

## CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD: UNA CRÍTICA DE J. WALDRON Y UNA DEFENSA DE C. NINO\*

SANTIAGO POZNANSKY\*\*

**Resumen:** Defenderé la siguiente tesis: si el liberalismo mayoritarista de Jeremy Waldron (detractor del control judicial de constitucionalidad) desea seguir fiel a sus convicciones y supuestos liberales de lo que es una democracia, debe admitir al menos una excepción respecto a cuando el control de constitucionalidad sí debe judicializarse. Esa excepción es respecto a la autonomía personal, y en particular trataré el caso de la autonomía vinculada al libre ejercicio del derecho político al voto. Presentaré un experimento mental para mostrar una consecuencia contraintuitiva de la democracia waldroniana y sus supuestos acerca de derechos individuales fundamentales. Finalizaré exponiendo una de las posiciones más acabadas respecto a la admisión del control judicial de constitucionalidad en democracia, que es la posición del liberal argentino Carlos Nino. La novedad de este artículo se halla en señalar la actualidad y vigencia del pensamiento democrático de Nino a más de veinticinco años de la publicación de "La constitución de la democracia deliberativa". Será el argumento nineano la herramienta que los mayoritaristas deben adoptar para resolver la tensión entre mayoritarismo y los precompromisos morales de la democracia.

**Palabras clave:** control judicial de constitucionalidad — carlos nino — democracia — filosofía del derecho — jeremy waldron — teoría liberal

**Abstract:** I will defend the following claim: if Jeremy Waldron's majoritarian liberalism (detractor of judicial review) wishes to remain committed to its liberal assumptions of what a democracy is, he must admit at least one exception respecting to when constitutional control must be judicialized. That exception is regarding personal autonomy, and I will deal with the case of autonomy linked

\* Recepción del original: 13/08/2019. Aceptación: 12/10/2019.

\*\* Estudiante avanzado de Filosofía en la Facultad de Filosofía y Letras (FFyL) de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Quiero agradecer a Francisco García Gibson por sus valiosos comentarios al manuscrito.

to the free exercise of the political right to vote. I sketch a mental experiment to show a counterintuitive consequence of Waldronian democracy and its assumptions about fundamental individual rights. I will finish by exposing one of the most finished positions regarding the admission of judicial review in democracy, which is the position of the Argentine liberal Carlos Nino. The novelty of this article is in pointing out the relevance and validity of Nino's democratic thought after more than twenty-five years of the publication of "The constitution of deliberative democracy". I claim that the ninean argument will be the tool that the majoritarians must adopt to resolve the tension between majoritarianism and the moral precommitments of democracy.

**Keywords:** judicial review — carlos nino — democracy — legal philosophy — jeremy waldron — liberal theory

## I.

No hay acuerdo sobre si el control de constitucionalidad de las leyes debe ser popular/mayoritarista (mediante consultas populares) o judicial (o bien concentrado o difuso).<sup>1 2</sup>

Unos sostienen que no podemos dejar en manos de unos pocos (alegan que se trataría de juristocracia y/o epistocracia) lo que es fuente de desacuerdo de todos los ciudadanos. Así, los jueces además de concentrar un inmenso poder, estarían ocupando el rol del Poder Legislativo. Otros sostienen que no es positivo para la democracia dejar en manos de una tiranía de la mayoría las precondiciones de la democracia. Para estos, el blindaje de ciertos derechos fundamentales hace algún tipo de sentido para la teoría constitucional porque la democracia es un ideal más robusto que una regla procedimental como la regla de la mayoría.

Primero, reconstruiré el argumento waldroniano de defensa al control mayoritarista de constitucionalidad. Mostraré, mediante un experimento mental original, los problemas que afronta respecto a la propia concepción de democracia liberal que Waldron sostiene. Más adelante reconstruiré el

1. De aquí en más, CJC (Control Judicial de Constitucionalidad).

2. El control concentrado consiste en que la decisión sobre la constitucionalidad de una norma recae en un único organismo. En cambio, en el control de constitucionalidad difuso cada juez en el caso concreto resuelve sobre la constitucionalidad de la norma.

argumento de Nino en defensa de la judicialización. Daré cuenta de por qué una postura moderada como la de Nino respecto al CJC es la mejor opción de control constitucional para una democracia y resuelve los problemas que padece el mayoritarismo waldroniano según el escenario planteado en el experimento mental.

## II.

El mayoritarismo waldroniano se diferencia de otras concepciones de la democracia que llamaré "moralistas".

A ojos del moralismo, la regla de la mayoría es fundamental en una democracia. Mas lo que define a una democracia no es una regla procedimental, sino sus precompromisos morales a los que se suma la regla de la mayoría como procedimiento colectivo de toma de decisiones tras una deliberación. Dichos precompromisos morales hacen que el sistema democrático tenga un estatus moral robusto. Garantiza ciertos principios morales rectores que hacen que el sistema democrático no sea reducible a un mero procedimiento (como es la regla de la mayoría). John Rawls y Ronald Dworkin son dos de los exponentes de la concepción moralista.<sup>3 4 5</sup>

3. La regla de la mayoría en este moralismo democrático no arroja el resultado contingente de un regateo o negociación, sino que arroja un principio de justicia correcto. Rawls establece la diferencia del control o elaboración de una ley en este proceso ideal imparcial y un proceso ideal de mercado: "Una peculiaridad del proceso de mercado ideal, distinto al proceso político ideal conducido por legisladores racionales e imparciales es que el mercado logra un resultado eficiente incluso si cada uno busca sacar ventaja". RAWLS, *A Theory of Justice*, p. 359, la traducción es de mi autoría.

4. En última instancia, para el moralismo democrático, el *outcome* que arroje la regla de la mayoría en una situación de desacuerdo razonable deberá ser semejante al principio de justicia que un legislador imparcial que "únicamente le interesa tomar la decisión correcta". Dicha corrección es una corrección moral. Es presumible que respecto al control de constitucionalidad Rawls supedita la regla de la mayoría al arribo de lo moralmente correcto. RAWLS, *A Theory of Justice*, p. 359, la traducción y las itálicas son de mi autoría.

5. Ver DWORKIN, "Igualdad, democracia y Constitución: nosotros, el...", pp.324-346. Allí Dworkin defiende una concepción moralista de democracia la cual denomina "democracia comunitaria" en oposición a otras teorías de la democracia incluida la colectiva-estadística de John Hart Ely. Dworkin articula mediante su teoría de la democracia una sustantiva defensa al control judicial de constitucionalidad.

Otra teoría de la democracia liberal se apartará de alguna medida de estas "democracias moralistas"; esa es la teoría mayoritarista. Su tesis central es la siguiente: dado un umbral de legitimidad democrática, todo desacuerdo profundo respecto a derechos debe ser resuelto por todos los afectados mediante regla de la mayoría.

Jeremy Waldron es el mayor exponente del mayoritarismo y su postura respecto al control judicial de constitucionalidad es tajante: jamás será admisible en una democracia legítima que el control no sea ejercido por el pueblo.<sup>6</sup>

Los mayoritaristas, como Waldron, señalan cuestiones de hecho que hacen que no sea intuitivamente aceptable la judicialización del control. Por ejemplo, en la gran mayoría de las democracias, los jueces no son electos democráticamente, sus cargos son de por vida, no están sometidos a una instancia de escrutinio público. A menos que sostengamos un elitismo epistémico o que son "Hércules del derecho",<sup>7</sup> pueden los jueces equivocarse tanto como un deliberante en un foro de discusión pública. Otros ejemplos son que, igualmente, los jueces acaban sometándose a regla de la mayoría entre los integrantes de una Corte Suprema y que los jueces conforman una aristocracia que tiene la última palabra en cuestiones fundamentales para la democracia. La intuición mayoritarista que rechaza la judicialización del control puede formularse de la siguiente manera: si no hay ninguna garantía de resultado correcto acerca de que los jueces resguarden los derechos fundamentales de la democracia ¿por qué una democracia optaría por dejar en pocas manos lo que puede quedar en manos de todos?

El mayoritarismo proporciona algunas consideraciones y estipulaciones más al respecto:

i. Los defensores del CJC nombran casos tales como "Brown vs. Board of education" por ser hitos de las victorias de la judicialización del control.

6. Los problemas normativos relativos al blindaje de derechos en democracia suelen clasificarse en una taxonomía doble, cuyos dos niveles no son equivalentes. El primer nivel es relativo a la existencia de una constitución en una democracia. Waldron también se pronuncia sobre este problema filosófico, pero no es mi tarea aquí analizar sus argumentos al respecto. El segundo nivel es, suponiendo una constitución, quién o cuál debe ser el agente que ejerza el control de constitucionalidad cuando este es petitionado. Es de este problema filosófico del cual me ocupo aquí.

7. Expresión acuñada por Ronald Dworkin, quien la utiliza para referirse a un juez imaginario que toma siempre la decisión correcta.

Para que el CJC esté más comprometido con victorias que con posibles derrotas, deberíamos comparar el contrafáctico de cómo en Estados Unidos se desarrollaron los derechos sin la judicialización de dicho control. Al ser imposible evaluar empíricamente enunciados contrafácticos, podemos mirar la historia de otras naciones donde no hay judicialización. Al examinar la historia política de dichas naciones notamos que son naciones tan o más libres que los Estados Unidos.<sup>8</sup>

ii. Si tanto el control popular como el control judicial pueden obtener tanto victorias como derrotas, por cuestiones de legitimidad democrática en el procedimiento deberíamos quedarnos con la regla de la mayoría.<sup>9</sup>

iii. Los pasajes más contundentes y ricos de las cartas de derechos no suelen resolver los problemas de desacuerdo. Más bien sucede que son esos pasajes los que son fuente de desacuerdo en la sociedad. Es una razón más para que el control de constitucionalidad de una ley polémica sea popular, dado que los pasajes más contundentes no proporcionan ninguna ayuda al juez que ejerce el control en el CJC y sí proporcionan razones para agigantar los desacuerdos.<sup>10</sup>

Waldron sostiene, tras haberse comprometido con una democracia liberal con ciertos derechos básicos para que esta sea legítima, que ver al CJC como un Ulises que se ata a sí mismo al mástil para no sucumbir ante el canto de las sirenas solo es un precompromiso útil para evitar aberraciones a ojos de una democracia liberal. Las cuestiones relativas a derechos son más bien fuente de desacuerdo, no necesariamente desacuerdos aberrantes. Dichos desacuerdos deben resolverse mediante regla de la mayoría. En el caso del control de constitucionalidad, cuando se promulga una ley y se petitiona para que se ejerza dicho control, ese control petitionado (ya que hay derechos que son objeto de desacuerdo de muchos) no debe estar en manos de unos pocos. Por lo tanto, no debe judicializarse.

8. WALDRON, *Derecho y desacuerdo*, pp. 392-393.

9. Su concepción del procedimentalismo lleva a Waldron a postular que es falsa la idea, atribuida a Ely, de que la democracia sufre una afrenta cuando "[...] las cuestiones sustantivas son alejadas del pueblo [...]" y "[...] no se produce ninguna cuando las alejadas son las cuestiones procedimentales", WALDRON, *Derecho y desacuerdo*, p. 401.

10. Este hecho que utilizan los mayoritaristas como premisa es intuitivamente comprobable al sopesar la doctrina jurídica sobre tal o cual artículo, e incluso la opinión popular sobre una ley. Vemos que no hay una convergencia total o una búsqueda de respuesta unánime ante el hecho del desacuerdo. Las diferentes posturas y las argumentaciones intentan demostrar que las demás están equivocadas.

Expresa Waldron que, cuando todos admitimos que un derecho es necesario, pero no acordamos en lo que este conlleva, ya no es evidente por qué las ataduras deben continuar, dado que no somos vulnerables a aberraciones. Más bien, deberíamos deliberar entre todos y votar bajo regla de la mayoría sobre qué *outcome* sería correcto al tratar de conocer qué conlleva un derecho.

A mi juicio, si Waldron no define las aberraciones de una democracia para distinguirlas de los desacuerdos no aberrantes entre lo que un derecho conlleva, está en problemas. Pienso que bien puede haber una parte de los que desacuerdan que sostengan que un derecho es importante, pero su interpretación sobre el mismo sea aberrante para la democracia.

Este ensayo parte de la hipótesis de que bien se podrían plantear desacuerdos entre mayorías respecto a lo que un derecho conlleva, que podría ser calificado de aberración para una democracia liberal. Si dicha hipótesis es correcta, el mayoritarismo waldroniano encuentra serias dificultades respecto a los derechos blindados que son precompromisos de una democracia liberal.

Expondré a continuación la concepción waldroniana de democracia liberal y un experimento mental para demostrar mi hipótesis en base a un escenario que el propio Waldron retrata.

### III.

Waldron asume que los ciudadanos de democracias liberales contemporáneas van a estar profundamente comprometidos con derechos individuales, pero van a tener desacuerdos sobre ellos y lo que conllevan.<sup>11</sup> Su argumento es el siguiente: hay dos tipos de derechos asociados a la democracia que la hacen legítima. Sin estas limitaciones a la democracia, dice Waldron, ella "casi no merecería su nombre".<sup>12</sup>

1.1. Derechos constitutivos del proceso democrático. Estos se basan en el respeto por la agencia moral individual para actuar en democracia y en derechos de participación de los ciudadanos en términos de igualdad en procesos de toma de decisiones.

11. "Los miembros de una comunidad están comprometidos con ciertos derechos, pero desacuerda respecto a dichos derechos". WALDRON, *Derecho y desacuerdo*. Respecto al desacuerdo respecto a derechos, WALDRON, "The core of the case against judicial review", p. 1369.

12. WALDRON, *Derecho y desacuerdo*, p. 387.

1.2. Derechos que son condiciones de legitimidad democrática más allá de su procedimiento formal. Por ejemplo: libertad de expresión, de asociación, autorrespeto e independencia de los ciudadanos.

Los derechos de 1.1. presuponen los derechos de 1.2.

Corolario: Las decisiones democráticas solo tienen sentido de legitimidad bajo estas condiciones.<sup>13</sup>

Estas condiciones que sostiene Waldron para la democracia son típicamente liberales y parecen, particularmente los derechos de 1.2., que dan una idea bastante robusta de una democracia como un sistema que no es solamente equiparable con un procedimiento democrático, como es el proceso democrático por excelencia que es la regla de la mayoría. Se deben garantizar siempre ciertos derechos fundamentales para llegar a tener un procedimiento legítimo. La posición de Waldron expresa que una vez que sabemos qué hace legítimo al procedimiento estamos a salvo de que sucedan aberraciones a la legitimidad de la democracia.

Antes de pasar al experimento mental, presentaré un escenario que Waldron mismo admite como legítimo.

Imaginemos que todos los individuos de una comunidad política disfrutan del derecho X. Pero, tras surgir desacuerdos sociales respecto a si es condición para la democracia o más bien no lo es, se vota por regla de la mayoría una ley que reduce o abroga el derecho X. Tras someternos a regla de la mayoría gana la posición de que ese derecho no es central para la democracia, sino incidental. Waldron sostiene que si el desacuerdo fue genuino esa decisión no es ilegítima.<sup>14</sup>

Creo que Waldron tiene dos problemas que serían fatales para su concepción liberal de la democracia. El primero es que no define qué es una aberración para la democracia (a fin de distinguir las de concepciones polémicas sobre derechos, pero no aberrantes) y el segundo es que en el escenario que acabo de presentar puede suceder (y seguramente suceda) que la minoría perdedora en la votación tenga muy buenas razones para creer que la interpretación del principio X ganadora que lo reduce sea una aberración para la democracia.

Sobre la base del escenario de desacuerdo sobre el derecho X lo plantearé respecto a la autonomía personal de los ciudadanos al ejercer su derecho a voto.

13. WALDRON, *Derecho y desacuerdo*, pp. 387-389.

14. WALDRON, *Derecho y desacuerdo*, p. 407.

Tomo la definición de Carlos Nino de autonomía como:

“[...] la libre adopción de ideales de excelencia personal y de planes de vida basados en ellos [...] el valor de la autonomía personal no protege acciones particulares, sino que simplemente previene que esas acciones sean interferidas sobre la base de ciertas razones”.<sup>15</sup>

Somos autónomos para ejercer nuestros derechos políticos si se cumple la simple condición de que podemos votar sin coerción ni intromisión de terceros. Si en pos de lo que es ser un “buen votante”, supongamos, se sanciona una ley perfeccionista respecto a la emisión de voto, la autonomía (que sería el derecho X en el escenario de Waldron) se vería cercenada en esa democracia.

Podríamos, a modo de experimento mental, imaginar un escenario donde por fundamentos perfeccionistas en las intuiciones morales y políticas de gran parte de la sociedad, la autonomía de los votantes pueda ser sujeto de profundo desacuerdo como los que Waldron imagina. Estos hipotéticos perfeccionistas (comprometidos con utilizar la coerción estatal para promover un estilo de vida determinado) creen que lo que verdaderamente conlleva el derecho de la autonomía del ciudadano respecto a la emisión de su voto es que actúe en tanto “buen votante”. Por tanto, en pos de imponer ese ideal de vida buena, estos hipotéticos perfeccionistas impulsan una ley donde esté justificado algún tipo de intromisión estatal en la emisión del voto de los ciudadanos.

Este ideal de “buen votante” juzga que no podemos interpretar la autonomía para elegir entre candidatos si no restringimos que primero una persona con derechos políticos debe ejercitar estos derechos bajo un marco de ciertas decisiones valiosas.

Un ejemplo de alguien que no tiene una participación política valiosa es quien, en democracia, a ojos de estos hipotéticos perfeccionistas, opta por malgastar sus votos en candidatos que a ojos de todos los ciudadanos (se sientan atraídos por ellos o no) son valorados como incompetentes o se presume se postulan a elecciones no para gobernar seriamente, sino por motivos absolutamente ajenos a la práctica de la gestión política.<sup>16</sup>

15. NINO, *La constitución de la democracia deliberativa*, pp. 278-279.

16. Entre dichos motivos ajenos a la gestión política se pueden postular por ejemplo ganar fama, hacer *lobby* con empresarios para negocios personales, el hecho de tejer una red de contactos para beneficio personal, etcétera.

Estamos suponiendo, también, que es evidente identificar a esos candidatos y que el total de la población tiene conocimiento de quiénes son y los distingue de otros candidatos que más allá de su partido o ideología son calificados como "políticos competentes". Votando a uno de los incompetentes no se viola el principio de daño, pero los perfeccionistas sostienen que la autonomía no conlleva el mero autogobierno del ciudadano en sus ideales políticos, sino que conlleva votar a quien desee pero desde ciertos estándares morales de un "buen ciudadano" que vive valiosamente su participación en democracia.<sup>17</sup>

Supongamos por mor de este experimento mental que ciertos partidos políticos perfeccionistas deciden proponer una ley que —para desalentar la práctica de malgastar nuestra vida como electores en votar incompetentes o candidatos a políticos sin el más mínimo interés en la política—, estipule que el voto será público y no secreto, para poder reprochar moralmente a quienes malgastan su voto, lograr que reflexionen y así promover un ideal de vida de "buen votante".

Que el voto sea secreto es parte de ejercer la autonomía en nuestro derecho político al voto, ya que al no saber el resto a quien dirijo mi voto, no puedo ser objeto de amenaza previa a mi votación ni puedo temer por mi integridad al momento de votar. El voto secreto es una protección contra la coerción estatal para que yo pueda autogobernarme en cuestiones de decisiones políticas e introduzca en la urna la boleta electoral que desee. Es una protección a la autonomía del ciudadano al momento de ejercer su voto. Si sucede que tengo certeza de que mi voto será público, no votaré libre de coerción ya que puedo temer al reproche moral ejercido por el Estado que busca promover la concepción de "buen votante" en democracia.<sup>18</sup>

Si soy autónomo, entonces soy juez de mí mismo y de cómo gestiono mi derecho político de votar. Una ley de ese estilo estaría poniendo en jaque la autonomía personal en general, y la autonomía al ejercer el derecho político de voto en particular. Dado que la autonomía suele estar

17. En última instancia (para evitar entrar en temas filosóficos de extrema complejidad como teorías de la responsabilidad o teorías metafísica de la causalidad) quien viola el principio de daño es este hipotético político incompetente que daña adrede desde su cargo público.

18. También puede suceder que mafias políticas con poder amenacen a ciertos grupos sociales vulnerables a fin de que no voten al candidato X y gracias al voto no secreto tengan absoluto control de la acción individual. Así, dichos ciudadanos no tendrán autonomía al ejercer su voto, ya que será el arbitrio de otro el que los coaccione. En este caso la amenaza de los mafiosos no es perfeccionista, es simplemente criminal.

protegida en las cartas de derechos de los Estados liberales, semejante ley será sometida a control de constitucionalidad. Ese control para Waldron deberá ser por regla de la mayoría en el parlamento (es decir, el mismo Poder Legislativo que ya aprobó la ley) o mediante plebiscito.

Un escenario donde no podamos emitir nuestros votos libremente porque una mayoría votó que no podemos hablar de autonomía si no es preconcibiendo un estatus moral de "buen votante", es una aberración y una catástrofe para la democracia liberal. Este escenario estaría atentando contra los derechos del punto 1.2. de Waldron sobre su concepción de democracia liberal. Si el control de constitucionalidad es popular mediante deliberación pública, podría suceder que, tras debatir y votar, esa ley resulte constitucional como no. El resultado no es el punto. Considero sumamente contraintuitivo el solo hecho de que como democracia consideremos, aunque sea por un segundo, que la plena autonomía en el ejercicio de derechos políticos es negociable y quedará supeditada a la regla de la mayoría o que es un "derecho incidental" y no constitutivo para la democracia, que puede ser subrogado en aras de cierto perfeccionismo antiliberal.

Waldron podría objetar que el experimento mental nunca llegaría a cabo, puesto que nadie iría en contra de la autonomía; diría que ir en contra de la autonomía o libertad para ejercer un derecho político jamás sería legítimo.

Creo que sí podría ser un caso que suceda en su teoría, puesto que los partidos perfeccionistas podrían alegar que de lo que ellos hablan es una interpretación más robusta de autonomía, que involucre un compromiso con ciertas decisiones valiosas. Por ejemplo, una interpretación donde los individuos, además de poder decidir sobre qué lista electoral introducirán en la urna, deben poder dar buenas razones de por qué actúan de tal manera. Un sistema de voto no secreto con reproche moral haría que los ciudadanos al tener moralmente el ideal de "buen votante" reflexionen (a costas de la coerción en su deliberación que ejerce el miedo a escraches públicos, por ejemplo) mejor sobre qué decisiones tomar acerca de candidatos que son reconocidamente incompetentes y, según los perfeccionistas, tomen su decisión más conscientemente.

Tras el experimento mental se podría interpelar a Waldron: suponen, ¿por qué someter si ya hay un escenario inaceptable para la democracia liberal, como la victoria de los perfeccionistas que alegan que la autonomía puede interpretarse como ellos suponen, por qué someter a regla de la mayoría la decisión? Waldron, en pos de sus compromisos con la democracia liberal, debería verse obligado a admitir la judicialización del control de constitucionalidad.

## IV.

Carlos Nino ha dado un interesante argumento a favor de la admisión de CJC en casos que involucran la autonomía personal. Dos aspectos hasta aquí señalados hacen susceptible a Waldron de verse obligado a tomar el argumento de Nino a favor del CJC. El primero es que desea mantener el compromiso liberal irrenunciable con ciertos derechos individuales fundamentales para la democracia liberal y no convertirse en un mayoritarista radical. El segundo aspecto es que las mayorías, como mostré en el experimento mental, en su intento de controlar la constitucionalidad y avalados por la premisa waldroniana de que los ciudadanos están comprometidos con ciertos derechos pero desacuerdan con lo que conllevan, sí pueden tomar una decisión inaceptable en una democracia liberal. El desacuerdo en tanto lo que conlleva ser autónomo (que para algunos tiene un prerrequisito perfeccionista de "buenos ciudadanos" y para otros no) no es un desacuerdo sobre el derecho a la autonomía en nuestra participación política, sino sobre lo que, como dice Waldron, "conlleva" ese derecho. Pero, aun así, las consecuencias pueden ser sumamente perjudiciales para la democracia liberal.

El argumento de Nino sobre por qué las cuestiones de autonomía no deben estar a merced de control mayoritarista de constitucionalidad es el siguiente:

1. Hay moral subjetiva y moral intersubjetiva. Una no es equivalente a la otra.<sup>19</sup>
2. En cuestiones de moral subjetiva nadie será mejor juez que uno mismo y es condición para un Estado liberal ser neutral y no imponer ningún tipo de ideal de vida buena sobre cada uno.
3. En cuestiones de moral intersubjetiva donde las decisiones del agente repercuten en otros agentes, el Estado sí puede tomar medidas para prevenir daño a terceros. La justificación del Estado contra las conductas del agente no puede encontrarse, sin embargo, en juicios sobre sus ideales morales. La justificación debe ser sobre la inaceptabilidad de su moral subjetiva y la discusión sobre

19. "Esto supone distinguir dos dimensiones de la moral: aquella compuesta por las pautas intersubjetivas que regula las acciones de unos respecto de otros, y aquella compuesta por pautas autorreferentes, usando este término no en sentido lógico sino en tanto refiere a un comportamiento cuyos efectos inciden solo en el carácter moral del agente". NINO, *Ocho lecciones sobre ética y derecho*, p. 133.

las conductas a prohibir en pos de preservar el principio de daño, debe ser entre mayorías.

4. Dado que en cuestiones de moral subjetiva nadie será mejor juez que uno mismo, no hay razón para someter a voto de las mayorías por más desacuerdo que haya acerca de formas de vida buena.
5. Son los jueces quienes tienen la misión de controlar cuáles son los prerequisites para ser un ciudadano pleno en una democracia liberal (que debe gozar de autonomía), quienes revisen la constitucionalidad de leyes que parecen atentar contra la autonomía.<sup>20</sup>

El argumento acerca de por qué no es un atentado a la legitimidad democrática aceptar un juez como controlador de constitucionalidad en casos de las precondiciones de derecho político lo reconstruyo de la siguiente manera:

1. El poder del juez es el que tendría cualquier ciudadano en su posición de determinar si una ley satisface las condiciones de legitimidad democrática o la debilita.
  - 1.1 Supuesto del argumento: es claro cuándo una ley amplía el proceso democrático o bien restringe la libertad de las partes y/o la justificación que las partes hacen de sus acciones. No hay desacuerdo en las precondiciones de la participación libre en un proceso democrático.
2. En los procesos democráticos hay derechos que son condición de la validez de esos procesos que todos deseamos en una democracia.
3. Es misión de los jueces (por su posición, formación y entrenamiento) velar por dichos derechos cuya condición de validez no se encuentra determinada por el proceso democrático, sino que está presupuesto por este.<sup>21</sup>

A fin de cargar contra el mayoritarismo es muy poderosa la idea de Nino de que el juez, por otra parte, diría lo que cualquiera con intuiciones democráticas diría que merece ser respetado como derecho en una democracia liberal. En el control popular de constitucionalidad el supuesto es distinto. El pueblo se subdivide en contrincantes y habrá un resultado ganador (gracias a la regla de la mayoría) entre las partes que desacuerdan.

20. NINO, *La constitución de la democracia deliberativa*, p. 277.

21. NINO, *La constitución de la democracia deliberativa*, p. 276.

El juez que muestra Nino es más bien un árbitro del desacuerdo a quien le peticionan contraste con la Constitución, no es el juez una parte entre contrincantes que desacuerdan como sí sucede en el control popular de constitucionalidad. El juez habla por todos sin necesidad de una regla de la mayoría que puede traer consecuencias aberrantes.<sup>22</sup> Así se evita que un derecho fundamental quede sujeto a negociación entre mayorías y como un juez no estaría diciendo nada que otro ciudadano no diría, no es la judicialización del control un procedimiento radicalmente ilegítimo.

En el experimento mental se ha visto cómo las mayorías al diferir en lo que conlleva un derecho, lo disminuyeron de tal forma que ya no es evidente que la libertad de votar a cualquier lista electoral sin intromisión previa o posterior al voto sea un derecho *a priori* en una democracia. Si Waldron desea continuar admitiendo que hay derechos que son condiciones necesarias para una democracia, debe admitir el argumento de Nino a favor del CJC en ciertos casos.

Una democracia que no respete las condiciones 1.1. ni 1.2. que postula Waldron, no merece ser llamada así. A la luz de estas dos convicciones liberales de Waldron y teniendo en cuenta el experimento mental montado sobre un caso que el propio Waldron admite como legítimo en una democracia, hay buenas razones para considerar que la autonomía es un pilar tan fundamental que privarnos de ella para ejercer nuestro derecho a voto es una aberración para la teoría liberal. El solo hecho de someterla a negociación entre mayorías que disputan en la arena política es peligroso para las precondiciones de la democracia.

Si aceptamos el argumento de Nino a favor de la judicialización en el caso de la autonomía, la teoría liberal debe aceptar que es preferible pagar el costo de sacrificar un procedimiento democrático en pos de garantizar la autonomía de cada ciudadano en el momento de ejercer sus derechos políticos. La garantía será ejercida por el control constitucional de un órgano que presenta las cuestiones que más arriba hemos traído a colación que lo hace un órgano en parte antimayoritario como una Corte Suprema de Justicia. Es también un costo a pagar.

22. Nino de todas maneras admite que la posibilidad de que el juez tenga éxito en su control no se puede saber mediante un "cálculo algebraico". Nino no está suponiendo un "Hércules del derecho".

La teoría deliberativista de la democracia de Carlos Nino articula cabalmente la dimensión epistémica y la dimensión moral de una teoría ideal de la democracia. Se ha visto que en su propuesta dicha articulación es también una zona de tensión. Dicha tensión radica en que para preservar la moralidad de la democracia se deben eximir de la deliberación mayoritaria determinadas cuestiones, como la autonomía personal.

Nino admite que en una teoría de la democracia deben convivir ambas caras de la moneda: es conciliacionista entre las condiciones morales y las epistémicas de la democracia. Nino admite excepciones donde el control de constitucionalidad sí debe ser judicial. El mayoritarismo waldroniano no sigue la línea argumentativa nineana y debe afrontar, por ejemplo, la consecuencia contraintuitiva que demostré en el experimento mental. Dicha consecuencia es inocua en la teoría de Nino, ya que admite la judicialización en el caso de la autonomía personal.

## V.

La concepción deliberativista de Nino comparte con el mayoritarismo de Waldron una reivindicación del procedimiento democrático. En el caso de Nino, como he señalado, el deliberativismo tiene un componente epistémico que hace que la deliberación democrática nos ayude a llegar a la decisión moralmente correcta.

He expuesto que aun siendo un deliberativista, Nino no admite que cuestiones como la autonomía personal pueda ser sometida a regla de la mayoría. El control de constitucionalidad (si bien, como el propio Nino expresa, nadie es mejor juez que uno mismo para pensar su propia autonomía) será ejercido por el Poder Judicial en ese caso. Interpretando la Constitución intentarán los jueces resguardar los derechos allí blindados. En una democracia deliberativa todo control no popular será aceptado como una excepción, como es el caso de la autonomía personal.

Se ha visto que una posición como la de Nino no cae en la tensión que sí cae la teoría democrática de Waldron. Aun así, queda por demostrar, para reivindicar la concepción de Nino, la legitimidad de restringir a las mayorías el campo de acción sobre cosa tan fundamental como es la autonomía personal.

Podría objetársele a la postura nineana que no da razones suficientes para la judicialización de control constitucional en casos de derechos fundamentales. O, más en específico, que Nino estaría

aceptando injustificadamente al depositar la interpretación y resguardo de derechos fundamentales en los jueces, lo que Julio Montero llama "elitismo epistemológico".<sup>23</sup>

En el caso del control judicial de constitucionalidad lo que interesa es probar que puede establecerse que es legítimo otorgar al juez que ejerce el CJC el status de un árbitro ideal imparcial.

Para Nino la existencia de derechos fundamentales blindados en cartas de derechos o constituciones tienen un carácter y no dependen de la experiencia de la deliberación colectiva, es decir, son *a priori*. En una reconstrucción del argumento nineano que realiza Julio Montero hay por un lado i) derechos que son precondiciones para la democracia y ii) derechos resultantes de la deliberación en democracia:

"i) Aquellos derechos que son una condición necesaria para la existencia misma del procedimiento democrático. ii) Todos los derechos restantes, que son simplemente una consecuencia de la deliberación pública [...], respecto de los derechos contenidos en i), afirma que, por tratarse de derechos derivados de los presupuestos mismos del discurso moral, los individuos pueden conocerlos monológicamente, sin necesidad de recurrir a la deliberación pública, sobre todo si disponen de un entrenamiento especial para 'explorar las estructuras del pensamiento individual y las prácticas sociales', como ocurre con los filósofos morales o los jueces".<sup>24</sup>

Ante una posible crítica mayoritarista sustentada en que no es legítima una decisión sobre derechos donde no se aplica la regla de la mayoría, la concepción nineana respondería que no es necesaria que la deliberación sea pública para que exista efectivamente algún tipo de deliberación.

El juez que ejerce el control de constitucionalidad aplica la reflexión individual, la cual es un tipo de deliberación. Lo que sería absolutamente ilegítimo en una democracia es que se le escape a un proceso de deliberación o que sea realizado por un agente sin la más mínima autoridad dentro de la arquitectura legal del Estado. Dado que la reflexión moral individual es un tipo de deliberación, no podemos hablar de falta absoluta de legitimidad. En todo caso, será una cuestión de grado la legitimidad (se hablará de

23. MONTERO, "La concepción de la democracia deliberativa...".

24. MONTERO, "La concepción de la democracia deliberativa...", p. 324.

mayor grado de legitimidad o menor grado), pero no de naturaleza. La reflexión monológica del juez es una deliberación válida en democracia, de no ser así no existiría el cargo de juez como tal.

El juez justifica su decisión en materia de derechos al controlar la constitucionalidad, combinando su conocimiento jurídico y un razonamiento moral para justificar el alcance o el dominio de un derecho que es precondition de la democracia liberal (como lo es el de autonomía personal). Si bien el juez razona monológicamente, apela a principios públicos que todos los agentes en su propio razonamiento monológico podrían identificar, adhieran a ellos o no.<sup>25</sup> Es fundamental notar que el juez debe apelar a principios públicos, es decir, principios que sean aceptables por todos los ciudadanos. Sin esta característica el razonamiento monológico del juez sí sería ilegítimo. El razonamiento del juez que ejerce el control es el mismo tipo de razonamiento mediante el cual todos conocemos las condiciones que permiten justificar la democracia liberal.

Ahora bien, para demostrar cabalmente que Waldron debería verse obligado a aceptar una posición como la de Nino, es necesario mostrar que las condiciones de la democracia pueden estar sustentadas, a la luz de la filosofía del propio Waldron, en un razonamiento moral monológico, lo cual parece razonable dado que la teoría waldroniana no es un deliberativismo extremo sin condiciones.<sup>26</sup>

Respecto a los derechos de 1.2. de mi reconstrucción de Waldron, él menciona como ejemplos de esas condiciones la libertad de expresión y la libertad de asociación. Es con esa clase de condiciones que la democracia tiene algún tipo de sentido de ser llamada como tal. Para establecer la conexión entre dichas condiciones y el sentido de la democracia no fue necesaria ningún tipo de deliberación mayoritaria ni pública, más bien hubo un razonamiento moral.

Waldron aquí está admitiendo dos cosas. De una es plenamente consciente y explícito, y es que el procedimiento de regla de la mayoría no se aplicará directamente a las condiciones que hacen posible ese mismo procedimiento, sino como ya he señalado, a lo que ellos conllevan o implican que sí es fuente legítima de desacuerdo. También está admitiendo,

25. Sobre el razonamiento monológico y el concepto de "discurso moral", ver NINO, *Ocho lecciones sobre ética y derecho*, pp. 63-65.

26. Un ejemplo de una teoría democrática donde las propias condiciones están sujetas a deliberación y regla de la mayoría es la de Jürgen Habermas.

quizá no tan conscientemente, algo que Nino ya establece previamente: el hecho de que el razonamiento monológico está legitimado a identificar precompromisos morales y derechos que hacen a la democracia y son los que están en disputa cuando se peticiona controlar la constitucionalidad de una norma. En efecto, el propio Waldron sostiene: "Nadie piensa que un puñado de personas esté autorizado para imponer una decisión a los demás, simplemente porque haya más individuos a favor de la decisión que en contra".<sup>27</sup> Una afirmación como tal pareciera que capta la mayor intuición moral que tenemos sobre la democracia: sin un procedimiento epistémico/deliberativo entre los afectados, y sin precompromisos que hagan legítimo a ese procedimiento, no es razonable someterse a regla de la mayoría. Curiosamente, no hubo que deliberar colectivamente para llegar a tal afirmación ni tampoco someternos a regla de la mayoría para llegar a ella.

Dichas libertades que justifican la democracia no solo no están sujetas ellas mismas a deliberación o desacuerdo, sino que para justificarlas alcanza con el razonamiento moral de tipo monológico. No niega Waldron, a juzgar por la cita anterior, la posibilidad de que sea mediante el razonamiento moral individual que la conozcamos y aceptemos su validez. Por tanto, dado que está legitimada la deliberación individual para validar la justificación de la democracia (como la que ejerce un juez que razona al controlar la constitucionalidad), es válido inferir que una teoría como la waldroniana no tendría mayores problemas en admitir que el razonamiento moral (en este caso de un juez) es un tipo de deliberación, una deliberación individual, que tiene algún grado de legitimidad.

No solo es conveniente para Waldron una posición que admita excepciones al control popular de constitucionalidad, sino que al ser el razonamiento moral individual un mecanismo legítimo (como el propio Waldron parece admitirlo en el pasaje citado inmediatamente arriba) para inferir la validez de derechos, no es descabellado pensar que para evitar aberraciones se utilice ese mismo mecanismo que ya justificó la esencia de la democracia. Más aún, si la posición de Nino no presenta una consecuencia indeseable para la democracia, como sí la presenta la posición de Waldron, y si la teoría de Nino es compatible con la de Waldron en tanto la fundamentación de las precondiciones de la democracia no depende de un procedimiento de deliberación colectivo ni regla de la mayoría, se

27. WALDRON, *Derecho y desacuerdo*, p. 387.

obtienen dos razones por las cuales Waldron debería adoptar una teoría como la de Nino.

Sobre que la aceptación del control judicial de constitucionalidad es necesariamente un elitismo epistemológico no me ocuparé aquí. Lo cierto es que dados los problemas que presenta la tiranía de la mayoría en cuestiones de derechos fundamentales no es insensato sostener que el control debe ejercerlo la institución más preparada para ese fin con los funcionarios más preparados como son los jueces y juezas.

Las excepciones al control popular de constitucionalidad son *malgré lui* para un deliberativista como Nino, aunque a su juicio necesarias para mantener los prerequisites morales que hacen que sea conceptualmente posible una teoría de la democracia. El problema planteado como hipótesis del artículo encuentra una solución en una postura como la de Nino: el mayoritarismo waldroniano debe aceptar, al menos *malgré lui*, la excepción relativa a la autonomía personal.

## BIBLIOGRAFÍA

DWORKIN, Ronald, "Igualdad, democracia y Constitución: nosotros, el pueblo, en los estrados", en *Alberta Law Review*, Vol. XXVIII, N° 2, 1990, pp. 324-346, traducción de STOLARZ, Alfredo.

MONTERO, Julio, "La concepción de la democracia deliberativa de C. Nino: ¿Populismo moral o elitismo epistemológico?", en *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 29, 2006, pp. 319-331.

NINO, Carlos S., *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, 1997, Barcelona.

———, *Ocho lecciones sobre ética y derecho*, Siglo XXI, 2013, Buenos Aires.

RAWLS, John, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, 1971, Cambridge, Massachusetts.

WALDRON, Jeremy, *Derecho y desacuerdo*, Marcial Pons, 2005, Barcelona.

———, "The core of the case against judicial review", en *Yale Law Journal*, Vol. 115, N° 6, Artículo N° 3, 2006, pp. 1346-1406.