

## **SOBRE EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS MECANISMOS DE DEMOCRACIA DIRECTA. UN ANÁLISIS DESDE LA TEORÍA DE LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA\***

EMILIANO MARTÍN VITALIANI\*\*

**Resumen:** La pregunta que este trabajo pretende responder es cómo deberían tratar los tribunales a los productos de los mecanismos de democracia directa. Para esto, el marco teórico elegido es la teoría de la democracia deliberativa. Esta teoría nos da argumentos para sostener que el grado de deferencia que los tribunales deben tener hacia los *outcomes* de los mecanismos de democracia directa es mayor al que les corresponde a las leyes regularmente sancionadas. Una vez dicho esto, estudiaremos en qué medida satisface la legislación argentina un cierto estándar deliberativo y, por lo tanto, cuál debe ser el nivel de deferencia hacia las leyes sancionadas por la ciudadanía de forma directa, afirmando que el nivel de deferencia debe ser moderadamente alto.

**Palabras clave:** control de constitucionalidad — democracia directa — democracia deliberativa

**Abstract:** The question this paper aims to answer is how should courts analyze the outcomes of direct democracy mechanisms. The theoretical framework we choose is deliberative democracy theory. This theory provides us with arguments that let us say the level of deference courts should have for direct democracy outcomes is higher. Once we have said this, we will study to which degree Argentin-

\* Recepción del original: 04/12/2018. Aceptación: 17/02/2019.

\*\* Estudiante de Abogacía y Ciencia Política (UBA). Becario DeCyT y ayudante alumno de Elementos de Derecho Constitucional cátedra Gargarella – Tauber Sanz. Agradezco a la Universidad de Buenos Aires haberme brindado el marco apropiado para el desarrollo de esta investigación. Asimismo, a María Emilia Barreyro, sin cuya dirección, predisposición y ayuda hubiera sido imposible siquiera pensar en escribir este texto. También agradezco a Patricio Méndez Montenegro y Roberto Gargarella, cuyas lecturas de versiones previas de este trabajo suscitaron comentarios que me ayudaron a incorporar matices y revisar algunas posiciones.

ian legislation satisfies some deliberative standard and thus, what is the level of deference Argentinian judges should have to direct democracy outcomes, concluding it is moderately high.

**Keywords:** judicial review — direct democracy — deliberative democracy

## I. INTRODUCCIÓN

Los mecanismos de democracia directa (o MDD) viven, en la actualidad, un momento de auge en América Latina.<sup>1</sup> No solo la frecuencia de su utilización ha aumentado exponencialmente en los últimos años, sino que esta mayor frecuencia ha venido de la mano con su consagración explícita en las constituciones latinoamericanas a partir de los años 90.<sup>2</sup>

La Argentina no es la excepción a esta regla, sino que forma parte de esta en virtud de que estos mecanismos fueron incorporados en la reforma constitucional de 1994 en los artículos 39 y 40, ampliando así las posibilidades de participación ciudadana directa.

El presente trabajo se propone indagar la cuestión del tipo de control de constitucionalidad que les corresponde a las decisiones que pudieran emanar de la utilización de estos mecanismos (en particular de la consulta popular vinculante, ya que es el único caso en el que la ciudadanía decide efectivamente) a la luz de la teoría de la democracia deliberativa.

La cuestión que intentaremos dilucidar a lo largo de este trabajo es cómo deberíamos leer las disposiciones que surgen de los MDD, es decir qué grado de deferencia debe tener el poder judicial a la hora de evaluar la constitucionalidad de las leyes que surjan de referéndums vinculantes, *ceterisparibus* las demás variables, como pueden ser la materia sobre la cual se realiza la consulta popular. Esto podría resultar relevante para perspectivas como las de Ely,<sup>3</sup> quien afirma que el rol de los jueces es el de custodiar el libre juego democrático, por lo que es en las materias que lo afectan donde debe tener un mayor activismo.

Quisiera en este punto aclarar qué preguntas no serán respondidas aquí. En primer lugar, no queremos hacer ninguna afirmación sobre quién

1. GARGARELLA & COURTIS, "El nuevo constitucionalismo latinoamericano de ayer...", p. 11.

2. WELP, "El referendo en América Latina. Diseños...", pp. 26-42.

3. ELY, *Democracy and Distrust*.

debe realizar el control de constitucionalidad. Si bien la pregunta por la última palabra en la organización institucional es absolutamente central para la teoría constitucional, no se encontrarán aquí respuestas a esta. En segundo lugar, resulta importante destacar que tampoco indagaremos en la cuestión de los remedios judiciales apropiados. La cuestión de los remedios judiciales apropiados desde la teoría de la democracia deliberativa ha despertado la atención de la academia, en particular poniendo el foco en las soluciones dialógicas al problema del control judicial de constitucionalidad. Sin embargo, este tampoco es el objeto de nuestro trabajo.

Para desarrollar la respuesta a la pregunta planteada aquí, el trabajo estará estructurado en siete partes. Una vez realizada esta introducción, definiremos en las partes dos y tres los conceptos sobre los cuales se cimentará el resto del presente trabajo. En primer lugar, la teoría de la democracia deliberativa y en segundo, los fundamentos teóricos de la organización institucional con la que contamos. Una vez hecho esto, nos preguntaremos si las decisiones tomadas mediante prácticas deliberativas deben contar, en términos ideales, con una mayor deferencia por parte de los jueces a la hora de realizar el control de constitucionalidad que aquellas normas que surjan de procesos con una baja calidad deliberativa. Para esto indagaremos los fundamentos teóricos del control judicial de constitucionalidad a la luz de una concepción particular de la democracia, su concepción deliberativa.

Una vez resuelta esta cuestión nos proponemos analizar si la regulación de los referéndums vinculantes en la Constitución de la República Argentina tiende o no a satisfacer el ya mencionado estándar deliberativo, y por lo tanto en qué medida aplica la respuesta que dimos a la primera cuestión.

De la respuesta a estas dos preguntas se desprenderá que no es igual el grado de deferencia que los jueces deben a las leyes sancionadas mediante mecanismos de democracia directa que aquel correspondiente a las decisiones emanadas del congreso. Esto en virtud de que las credenciales deliberativas de los MDD son mayores por lo que los jueces deben tener mayor deferencia hacia las decisiones que de ellos emanen.

La sexta parte busca analizar cómo las respuestas a estas preguntas se insertan en el marco legal dado por el art. 40 de la Constitución Nacional y su ley reglamentaria, la Ley N°25.432. Diremos allí que el plexo normativo cuenta con algunos problemas desde el punto de vista deliberativo. Sin embargo, terminaremos por concluir que, en principio, los MDD deben contar con una mayor deferencia por parte de los jueces a la hora de evaluar su constitucionalidad.

## II. DEMOCRACIA DELIBERATIVA

La teoría de la democracia deliberativa vive desde los 80 un auge en el mundo académico. El núcleo de esta consiste en que la legitimidad de las decisiones políticas surge de la deliberación entre ciudadanos en pie de igualdad.<sup>4</sup>

Podemos reconocer en esta afirmación una dimensión deóntica relacionada con la justificación como principio básico de justicia<sup>5</sup> y una justificación epistémica, según la cual la deliberación nos lleva a tomar mejores decisiones.<sup>6</sup> Si la democracia se justifica no solo por los principios sobre los que se cimienta, sino por la imparcialidad de sus *outcomes*,<sup>7</sup> una forma particular de la democracia que nos permita tomar decisiones más confiables es deseable.

Lo cierto es que no tenemos la necesidad de elegir entre estas dos justificaciones de la democracia deliberativa, sino que bien podemos adscribir tal como lo hacen algunos autores, a una concepción que involucre tanto principios de justicia como una dimensión epistémica de la democracia.<sup>8</sup>

Resulta evidente que aquellos que justifican su concepción deliberativa de la democracia a partir de principios morales o de justicia no necesitan más que mostrar que la corrección de esta postura en un plano filosófico. Sin embargo, resulta más complejo mostrar las virtudes epistémicas de la democracia deliberativa. Vienen en auxilio de esta tarea algunas hipótesis que son condición de posibilidad de la concepción epistémica.

En primer lugar, diremos que la concepción epistémica se sostiene sobre la hipótesis de que la falta de imparcialidad en las decisiones no surge como consecuencia de las inclinaciones autointeresadas de los actores que participan en el proceso de su formulación. Al contrario, aunque los actores muchas veces busquen decidir de acuerdo con el bienestar general, estas decisiones no llevan a su satisfacción en virtud de errores sobre los hechos o sobre cuestiones morales que podrían ser subsanados mediante una participación inclusiva.<sup>9</sup> Tal como lo afirma Gargarella:

4. BOHMAN, "The Coming Age of Deliberative Democracy", pp. 400-425.

5. FORST, *Justificación y crítica*.

6. NINO, *La constitución de la democracia deliberativa*, pp. 154-202; ESTLUND, "Between fairness and deliberation: the epistemic...", pp. 173-204.

7. ROSANVALLON, *La legitimidad democrática*, pp. 119-182.

8. LINARES, *Democracia participativa epistémica*.

9. NINO, *La constitución de la democracia deliberativa*, p. 168.

"El presupuesto es que el sistema de toma de decisiones gana en imparcialidad en la medida en que surja de una discusión amplia e inclusiva, en la que, en particular, se escuche a todos los que disienten, piensan distinto y desafían las decisiones establecidas".<sup>10</sup>

Si los agentes nos comportáramos de forma puramente egoísta y autointeressada, el diálogo sería fútil dado que, en caso de tener información perfecta sobre los medios para satisfacer nuestro interés egoísta, no habría razones que nos hagan cambiar nuestra decisión respecto de determinada cuestión. Sin embargo, estudios tanto de tipo teórico<sup>11</sup> como empírico<sup>12</sup> nos muestran que las pautas de comportamiento en nuestra vida como agentes políticos difieren de aquellas bajo las cuales podemos explicar nuestro accionar como actores en el plano económico.

De esta forma, podemos afirmar que uno de los pilares sobre los cuales se sustenta la rama epistémica de la teoría de la democracia deliberativa es el hecho de que las preferencias de los individuos no son fijas, sino que dada una situación de diálogo en la que los ciudadanos pueden exponer en pie de igualdad sus puntos de vista, las posturas de los individuos pueden ser modificadas de acuerdo con las *razones* que sus conciudadanos aporten durante el debate.

La deliberación sobre la base de razones no puede darse en el vacío. Existen ciertos derechos cuya existencia es previa al proceso deliberativo, dado que son condición de posibilidad de este. Reconocemos genéricamente el "derecho a la participación".<sup>13</sup> Sin embargo, cabe preguntarse qué se necesita para participar. En este sentido, Nino afirma que existen "derechos *a priori*" que promueven el valor epistémico de la democracia. Expresado en sus palabras:

"El valor epistémico de una democracia requiere que se cumpla con ciertos prerrequisitos sin los cuales no existiría una razón para diferenciar los resultados de la democracia. Estas condiciones incluyen: la participación libre e igual en el

10. GARGARELLA, "El nuevo constitucionalismo dialógico frente al...", p. 124.

11. ELSTER, "The market and the forum", pp. 3-33.

12. FUNG, "Recipes for Public Spheres: Eight Institutional..."; WENZEL, "Direct Democracy and Minorities: Changing Attitudes...", pp. 228-248.

13. WALDRON, *Derecho y desacuerdos*, pp. 325-351.

proceso de discusión y toma de decisiones; la orientación de la comunicación en el sentido de la justificación; la ausencia de minorías congeladas y aisladas, y la existencia de un marco emocional para la argumentación".<sup>14</sup>

Desde la perspectiva de Estlund también existen derechos que son condición de posibilidad del correcto funcionamiento democrático, aunque sin llamarlos derechos *a priori*. Entre ellos enumera de forma no taxativa el derecho a asociarse, a participar de los asuntos públicos y a expresarse libremente.<sup>15</sup>

Este *background* es necesario para el proceso deliberativo, aunque no es suficiente. Para considerar a una decisión legítima desde la democracia deliberativa, las razones deben revestir ciertas particularidades, es decir que no cualquier razón es válida para justificar una decisión.<sup>16</sup> Las razones otorgadas en el debate público deben ser públicas, es decir que deben ser potencialmente aceptables por todos los participantes razonables. De esta forma algunas justificaciones quedan fuera del debate, mejorando la probabilidad de que el resultado que surja del debate sea, efectivamente, imparcial.

El tipo de justificaciones que nos exige la democracia deliberativa pareciera ser un punto de contacto entre las ya mencionadas ramas epistémica y deóntica de esta teoría. Encontramos así conceptos similares al de razón pública en exponentes de ambos grupos. En este sentido resultan especialmente esclarecedores los conceptos de "aceptabilidad" y "generalidad" desarrollados por Estlund y Forst respectivamente.

El primero de ellos, un referente de la rama epistémica de la teoría de la democracia deliberativa sostiene que los argumentos deben ser aceptables para todas las personas calificadas.<sup>17</sup> Por otro lado, Forst, referente de la rama deóntica, define el requisito de generalidad que deben poseer las justificaciones de la siguiente forma:

"Generalidad significa que los fundamentos que han de sustentar la validez normativa para las normas como las de los derechos humanos deben poder ser com-

14. NINO, *La constitución de la democracia deliberativa*, p. 192.

15. ESTLUND, *La autoridad democrática*, pp. 231-232.

16. RAWLS, "The concept of public reason", pp. 93-110.

17. ESTLUND, *La autoridad democrática*, pp. 71-101.

partidos por todos los afectados, contemplando sus intereses y reivindicaciones (recíprocamente) legítimos".<sup>18</sup>

Vemos así que la cuestión de las razones públicas resulta transversal a la teoría de la democracia deliberativa y crucial para su adecuada comprensión.

Dadas las virtudes epistémicas de la deliberación colectiva, los resultados que surjan de esta serán presumiblemente valiosos.<sup>19</sup> Sin embargo, la democracia no se trata solamente de conseguir resultados imparciales que maximicen el bienestar general. El principio igualitario resulta esencial para cualquier fundamentación adecuada de la legitimidad de las decisiones democráticamente tomadas.<sup>20</sup>

### III. ALEJANDO A LA CIUDADANÍA DE LAS DECISIONES

La preocupación por la igualdad y la promoción del bien común forma parte esencial de los debates que fundaron las democracias constitucionales y, en especial, de aquel ocurrido en Estados Unidos.<sup>21</sup>

En términos históricos podemos decir que el control judicial de constitucionalidad surgió después de la guerra de independencia en Estados Unidos. Allí muchos pequeños campesinos lucharon por la independencia dejando de lado sus intereses particulares y poniendo en juego su patrimonio. De esta forma la guerra dejó a los campesinos sumamente endeudados, encontrándose así la población dividida en deudores y acreedores una vez finalizado el enfrentamiento armado.

Dado que los deudores constituían una mayoría, ellos utilizaron las legislaturas para promover medidas que hicieran posible un alivio económico, típicamente la emisión de papel moneda, a los fines de contar con dinero para saldar sus deudas. Como reacción a este movimiento legislativo es que nació un sistema institucional con elementos contramayoritarios

18. FORST, *Justificación y crítica*, p. 65.

19. NINO, *La constitución de la democracia deliberativa*, p. 190.

20. LINARES, *Democracia participativa epistémica*, pp. 70-73; ROSANVALLON, *La legitimidad democrática*.

21. SUNSTEIN, "Interest Groups in American Public Law", pp. 29-87.

y una filosofía que le dio fundamentos teóricos a esta forma particular de organizar el poder.<sup>22</sup>

Tal como dijimos, el control judicial de constitucionalidad surgió en un contexto histórico muy particular y tuvo un correlato teórico, cuyo mayor exponente lo constituyen los textos de *El federalista*, al cual haremos mención a continuación.

El primer elemento a tener en cuenta para comprender la filosofía de los federalistas es su desconfianza respecto de las mayorías en virtud de su tendencia al comportamiento faccioso, concebido como propio de la naturaleza del hombre.<sup>23</sup> De esta forma, el gobierno del pueblo por sí mismo llevaría a la satisfacción de intereses particulares y no del bien común.

La concepción antropológica negativa de la cual ellos partieron resulta esencial para la fundamentación de ciertos arreglos institucionales. Según ellos, los hombres tienden naturalmente a agruparse en facciones, ni siquiera el mejor estadista ilustrado podría evitarlo, por lo que resulta fútil buscar la unanimidad ya que "las causas de la facción no pueden suprimirse y que el mal solo puede evitarse teniendo a raya sus efectos".

Siguiendo este razonamiento, dado que la formación de facciones y el correspondiente comportamiento faccioso es inevitable, la organización del gobierno debe procurar que ninguna facción controle la totalidad del poder, avasallando los derechos de las minorías y solamente gobernando de acuerdo con su interés particular.

Como consecuencia de esta preocupación, se idea un sistema representativo con controles endógenos en el cual "la ambición debe ponerse en juego para contrarrestar a la ambición".<sup>24</sup> De esta forma la irracionalidad de las mayorías contaría con muchas barreras antes de imponerse sobre las minorías. Una de las manifestaciones más evidentes de este sistema de frenos y contrapesos es el control judicial de constitucionalidad.<sup>25</sup>

Nos encontramos así con un sistema ideado para que resulte sumamente dificultoso para la ciudadanía (o al menos para una mayoría de ella) llegar a tomar decisiones políticas trascendentes. Esta dificultad viene dada por el bicameralismo, el federalismo, la representación política y el control judicial de constitucionalidad. Dejaremos aquí de lado el federalismo y nos

22. GARGARELLA, *La justicia frente al gobierno. Quito...*, pp. 35-63.

23. MADISON, HAMILTON & JAY, *El federalista*, X.

24. MADISON, HAMILTON & JAY, *El federalista*, p. 220.

25. MADISON, HAMILTON & JAY, *El federalista*, LXXVIII.

concentraremos en las otras tres instituciones que limitan el poder de las mayorías ciudadanas.

El bicameralismo representa una traba para la sanción de leyes en tanto ellas no requieren solamente su aprobación por parte de los representantes de la mayoría de los votantes, sino también de la mayoría de las unidades subnacionales (Estados o Provincias) lo cual otorga poder de veto a las unidades subnacionales pequeñas en términos de población. De esta forma, no basta con que la mayoría de la población vote representantes que realicen su voluntad para lograr la aprobación de una ley, sino que se debe contar con la conformidad de la mayoría de las provincias.

Por otro lado, encontramos a la representación como una forma de limitar el accionar ciudadano en política. La representación política no es intrínseca a los gobiernos democráticos. Hasta el siglo XVIII la representación era considerada aristocrática, siendo la decisión en asamblea y el sorteo los dos métodos que mejor realizaban el ideal democrático, en tanto ambos consagraban plenamente el principio de igualdad.<sup>26</sup>

Por el contrario, si bien la representación contiene elementos democráticos, ella cuenta también con algunos otros de carácter aristocrático. Opera allí lo que Manin llama "principio de distinción", según el cual los representantes, lejos de tender a la semejanza con sus electores, deben diferenciarse ya que son electos en virtud de las cualidades particulares con las que cuentan.<sup>27</sup> Tal como afirma el mencionado autor, "[e]l hecho fundamental sobre las elecciones es que son *simultánea* e indisolublemente igualitarias y no igualitarias, aristocráticas y no aristocráticas".<sup>28</sup>

Este distanciamiento de la ciudadanía respecto de la toma efectiva de decisiones mediante la aparición de la representación es explícitamente defendido por los federalistas<sup>29</sup> a los fines de discernir correctamente cuáles son los intereses del país. De esta forma, quien toma las decisiones políticas no es más la ciudadanía sino un conjunto cualitativamente distinto de personas, quienes efectivamente gobiernan. En palabras de Manin:

26. MANIN, *Principios del gobierno representativo*, pp. 19-58.

27. MANIN, *Principios del gobierno representativo*, pp. 103-163.

28. MANIN, *Principios del gobierno representativo*, p. 185.

29. MADISON, HAMILTON & JAY, *El federalista*, pp. 39-41.

“[e]l gobierno representativo no es un sistema en el cual la comunidad se auto-gobierna, sino un sistema en el que las políticas y las decisiones públicas son sometidas al veredicto del pueblo”.<sup>30</sup>

Por último, tal como vimos, el control judicial de constitucionalidad por el que abogaban los federalistas tenía el fin explícito de poner un límite a las decisiones mayoritarias, dado que ellas podían implicar violaciones inaceptables a los derechos de las minorías.

Esta filosofía, que distanciaba al pueblo de la toma efectiva de decisiones, fue rechazada por los antifederalistas por contradecir los valores republicanos<sup>31</sup> y el principio de autogobierno colectivo. Sin embargo, los antifederalistas fueron derrotados y el modelo de Madison se impuso.

América Latina reeditó este debate. Quienes discutieron estos asuntos en nuestro continente pueden ser agrupados en radicales, liberales y conservadores. Las constituciones latinoamericanas surgieron como producto de un pacto entre los últimos dos grupos, los cuales se distanciaban en su concepción de los derechos civiles (mientras que los liberales abogaban por libertades civiles amplias, los conservadores promovían un proyecto moralmente perfeccionista) pero coincidían en su voluntad de restringir los derechos políticos.<sup>32</sup>

Tal como vimos, las posiciones de los debates constitucionales en Latinoamérica se asemejaban a las posiciones de los federalistas y los antifederalistas en Estados Unidos. Finalmente, el debate decantó en soluciones similares a la estadounidense, es decir en constituciones que consagraban un sistema de frenos y contrapesos, aunque con un desbalance en favor del Poder Ejecutivo.

Nos interesan aquí en particular las coincidencias existentes entre la Constitución de Estados Unidos y de la República Argentina, ya que ello nos permitirá tomar los fundamentos vertidos en el debate constitucional estadounidense para desarrollar nuestra propia argumentación.

Nuestra Constitución consagra, al igual que la de Estados Unidos, un sistema mixto en el cual existe un gobierno central sin que por ello dejen de ser relevantes las provincias. Este sistema es defendido por Alberdi, quien

30. MANIN, *Principios del gobierno representativo*, p. 236.

31. SUNSTEIN, “Interest Groups in American Public Law”, pp. 35-38.

32. GARGARELLA, *La sala de máquinas de la Constitución*, pp. 13-90.

aboga por que este sistema mixto se vea reflejado en el Congreso a través del bicameralismo. De esta forma una de las cámaras representa a las provincias en su soberanía local, mientras que la otra representa al pueblo de la nación. Vemos así que se repite aquí el bicameralismo, característica estudiada más arriba.<sup>33</sup>

Por otro lado, al tratar el sistema electoral Alberdi ni siquiera se cuestiona explícitamente si el pueblo debe participar de forma directa en la toma de decisiones de alguna forma, sino que indaga en las características que deben tener los representantes, afirmando que a los extranjeros no se les debe restringir la posibilidad de ser electos, ya que la Argentina es escasa en hombres. Sin embargo, sí se deja traslucir su voluntad de alejar a la ciudadanía del gobierno efectivo mediante la "elección doble o triple", la cual constituye la mejor forma de "purificar" el sufragio.<sup>34</sup>

Este pasaje nos muestra que Alberdi (como buen liberal) repite la desconfianza de los federalistas hacia la ciudadanía. Nadie busca purificar algo que considera bueno. Este argumento se encuentra desarrollado en el capítulo XII de las *Bases*, en el que Alberdi explicita esta desconfianza, afirmando que "no estamos bastante sazonados para el ejercicio del gobierno representativo", por lo que el autor propone "una constitución monárquica en el fondo y republicana en la forma".<sup>35</sup> Encontramos así fuertes coincidencias tanto entre las filosofías que inspiraron las constituciones estadounidense y argentina, así como en las organizaciones institucionales que de ellas surgieron con las diferencias ya mencionadas.

#### IV. DEMOCRACIA DELIBERATIVA Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD, UNA APROXIMACIÓN TEÓRICA

Es en el contexto de constituciones con este trasfondo teórico que, como ya dijimos, se incorporan en América Latina sobre el final del siglo XX y principios del XXI mecanismos de democracia directa dentro del sistema institucional, generalmente a nivel constitucional. En

33. ALBERDI, *Bases y puntos de partida para...*, pp. 145-151.

34. ALBERDI, *Bases y puntos de partida para...*, pp. 145-151.

35. ALBERDI, *Bases y puntos de partida para...*, pp. 63-66.

el caso argentino específicamente, nos encontramos así con una institución propia de la tradición democrática radical en una constitución liberal conservadora.

Ahora bien, ¿tiene algo para decirnos la teoría de la democracia deliberativa sobre este nuevo mecanismo institucional y su inserción en el ya mencionado sistema de frenos y contrapesos? ¿Le cabe el mismo control de constitucionalidad a las leyes surgidas del parlamento que a aquellas que son producto de un referéndum vinculante?

Debemos, en primer lugar, hacer algunas aclaraciones preliminares. Cuando hablemos aquí sobre control judicial de constitucionalidad nos referiremos a su forma clásica, al menos en nuestro continente. Esta forma de control de constitucionalidad es aquella que es tributaria de la "lógica Marshall", según la cual las únicas dos opciones con las que cuentan los tribunales a la hora de decidir sobre una ley que contradice la Constitución son declararla inválida o quitarle el carácter supremo a la Constitución.<sup>36</sup>

El control judicial ha experimentado avances en los remedios que impone en sus sentencias en los últimos años. Algunos de estos avances resultan novedosos y podrían ser compatibles con una concepción deliberativa de la democracia.

Clásicamente encontramos las formas dialógicas de control de constitucionalidad, cuyo máximo exponente es la *notwithstanding clause* de la Constitución de Canadá. Esta cláusula establece que ante la declaración de inconstitucionalidad de una norma la Corte no la invalidará, sino que la reenviará al parlamento para su discusión. El parlamento puede ante este reenvío acatar la decisión de la Corte, modificar su legislación o insistir con la ley original. Esto muchas veces puede significar un esfuerzo interpretativo tal que el Parlamento se ve forzado a modificar su ley original a la luz de lo decidido por la Corte. Estas revisiones dialógicas permiten que los ciudadanos y los parlamentos evalúen los argumentos brindados por la Corte a la hora de declarar una inconstitucionalidad.<sup>37</sup> Por supuesto, este tipo de revisión de la legislación pareciera ser compatible y hasta deseable desde una perspectiva deliberativa de la democracia, dado que impone un mayor esfuerzo argumental a quienes sostienen que se debe tomar una determinada decisión.

36. United States Supreme Court, "Marbury v. Madison", 1803.

37. TUSHNET, "Revisión Judicial Dialógica".

Otra de las formas en las que el control judicial puede contribuir al diálogo democrático es a través del "efecto de desbloqueo" que pueden tener las sentencias.<sup>38</sup> Al dictar sentencias que no impongan soluciones particulares pero que sí den cuenta de una problemática central de una sociedad, los jueces pueden producir e influir en el debate político de una comunidad. Esta influencia consiste en, a partir de una sentencia judicial, colocar un tema en la agenda pública, ya sea mediante la producción de información sobre él o mediante la activación de las burocracias estatales. Al desestancar el debate sobre una cuestión relevante la Corte contribuye a la deliberación colectiva en lugar de atentar contra ella.

Si bien estas formas y funciones del control judicial de constitucionalidad resultan centrales para la literatura actual, no son ellas la que nos ocuparán aquí. Cuando hablemos de control judicial de constitucionalidad en este trabajo nos referiremos, como dijimos, a su forma tradicional, la cual ha imperado tanto en la Argentina (con algunas salvedades) como en Estados Unidos. Nos preguntaremos aquí por la relación entre esta forma particular de control judicial y la teoría de la democracia deliberativa, dejando de lado aquellas descritas más arriba.

Para responder esta pregunta, comenzaremos por estudiar cuál es la relación entre la teoría de la democracia deliberativa y el control judicial de constitucionalidad. Esta parte del trabajo busca aproximarse a las preguntas que nos hicimos más arriba de forma meramente teórica. No buscaremos respuestas en ningún sistema institucional en particular, sino que estudiaremos desde una perspectiva conceptual cómo debe ser el test realizado por los tribunales a la hora de evaluar la constitucionalidad de una ley para la teoría de la democracia deliberativa.

Podemos, en principio, aproximarnos a las respuestas que buscamos a través de las preocupaciones que fundan el control de constitucionalidad. El control judicial de constitucionalidad, tal como indica Gargarella,<sup>39</sup> funciona presuponiendo como *input* el egoísmo y el accionar autointeresado. De esta forma no se les exige a los actores un accionar virtuoso en términos individuales a los actores, sino que se supone que mediante su ambición

38. RODRÍGUEZ GARAVITO & RODRÍGUEZ FRANCO, *Cortes y cambio social: cómo la...*, pp. 128-141.

39. GARGARELLA, *La justicia frente al gobierno. Quito...*, p. 127.

se *economiza la virtud* en términos colectivos,<sup>40</sup> a los fines de evitar el sometimiento de grupos minoritarios.

Sin embargo, estos presupuestos no son compartidos por la teoría deliberativa de la democracia, tal como vimos más arriba. Esta teoría presupone (con sustento empírico) que en la esfera pública los agentes son susceptibles a las razones que sus conciudadanos puedan ofrecerles en el marco de una deliberación colectiva sobre asuntos de interés público. Nos preguntaremos aquí si, cambiando estos presupuestos, tenemos algo nuevo para decir sobre la forma en la que el control judicial de constitucionalidad es ejercido.

#### IV.A. Razones públicas

Como vimos en la segunda parte de este trabajo, la teoría de la democracia deliberativa nos exige cierto tipo particular de razones a la hora de fundamentar la adopción de una determinada posición en un debate. Estas razones deben ser de carácter público, es decir que deben ser potencialmente aceptables por todos los ciudadanos razonables.

El comportamiento faccioso y autointeresado queda así prácticamente de lado, dado que los fundamentos de las decisiones legítimas se encuentran en criterios morales o de justicia independientes de los actores. Si bien una persona puede defender una postura que la beneficia, debe justificarlo ante sus conciudadanos sobre la base de razones distintas de su interés individual y someterse a los argumentos brindados por los demás partícipes del debate.

Al fundarse las decisiones en razones públicas, se independizan las motivaciones de los actores que las sostienen. Dado que nunca sería potencialmente aceptable para una minoría una medida que la oprima, una decisión de este tipo resultaría imposible de adoptar desde una perspectiva deliberativa. El requisito de aceptabilidad de las razones excluye a las decisiones que atentan injustificadamente contra los derechos de una minoría. Por lo tanto, el debate sobre la base de razones públicas funciona como salvaguardas contra la tiranía de la mayoría.

La exigencia de fundar en razones públicas la postura sostenida en el debate público produce que ciertas posturas y ciertas argumentaciones

40. ACKERMAN, *We the people. Foundations*, pp. 224-227.

queden excluidas. Un miembro de un grupo mayoritario no podría fundar su propuesta opresiva sobre la base de razones que resulten potencialmente aceptables para la misma persona que busca oprimir. Por lo tanto, queda sumamente reducida la posibilidad de que una decisión que satisfaga el requisito deliberativo de la fundamentación en razones públicas resulte opresiva para una minoría.

Vemos así que la teoría de la democracia deliberativa resuelve por medios distintos lo que Madison y el constitucionalismo liberal buscaban prevenir mediante un sistema de frenos y contrapesos. Lo que los federalistas buscaban resolver a través de mecanismos institucionales, la teoría de la democracia deliberativa lo resuelve a través de la suma de un nuevo requisito del procedimiento democrático: la fundamentación sobre la base de razones públicas. Por lo tanto, podemos decir hasta aquí que si nos encontráramos ante un proceso deliberativo ideal el control judicial de constitucionalidad carecería de sentido.

#### **IV.B. Provisionalidad**

Gutman y Thompson sostienen que la provisionalidad de los principios morales y políticos adoptados resulta una de las claves de la democracia deliberativa.<sup>41</sup> Dado que siempre pueden aparecer nuevos argumentos (teóricos o empíricos) que nos hagan cambiar de opinión, ningún principio (excepto el principio mismo de provisionalidad) está exento de ser modificado, lo que nos lleva a adoptar una concepción dinámica de la democracia.

Sin embargo, aquí nos encontramos reflexionando sobre el control judicial de constitucionalidad. Como resulta evidente, un elemento central para ejercer el control judicial de constitucionalidad es la misma Constitución. Una Constitución, ya sea pétrea o rígida, nace para durar, para mantenerse inalterada durante un tiempo prolongado. Esto resulta, en principio, contradictorio con lo que dijimos más arriba.

Si creemos que la Constitución tiene alguna importancia en una sociedad democrática, es justamente porque ella impide tomar un conjunto (reducido o no) de decisiones. Existe al menos una decisión que es incompatible con la Constitución. No suponer esto implica quitarle su carácter autoritativo y por lo tanto vaciarla de valor en tanto texto jurídico. Para

41. GUTMAN & THOMPSON, *Why deliberative democracy*, 110-119.

que tener una Constitución tenga alguna importancia para una comunidad política, ella debe ser contradictoria al menos con una decisión.

Si la Constitución funciona como un límite a las decisiones que podemos tomar, ese límite atenta contra el principio de provisionalidad expuesto más arriba. Si al finalizar un proceso deliberativo que nos llevó a concluir que una decisión tomada en el pasado es errónea no podemos modificarla, entonces el principio de provisionalidad se encuentra violentado.

En efecto, en este punto el lector podrá objetar que la lectura que proponemos aquí en torno a las constituciones es muy esquemática y hasta tal vez falsa, pues no contemplamos hasta aquí la función habilitante de los límites constitucionales,<sup>42</sup> la textura abierta de los textos constitucionales (la cual habilita una interpretación dinámica de estos), ni la forma en que la práctica constitucional puede verse influida por los cambios que se dan en la sociedad civil, especialmente a través de los movimientos sociales.<sup>43</sup>

La discusión en torno a estas diferentes lecturas del constitucionalismo excede largamente el objetivo de este trabajo. Ya vimos que desde una lectura (tal vez excesivamente) esquemática, la existencia misma de una Constitución y de un control de constitucionalidad que invalide leyes sobre la base de ella constituye una afrenta al principio de provisionalidad de las decisiones tomadas en una democracia deliberativa.

Sin embargo, incluso a través de lecturas más abiertas del constitucionalismo como la realizada por Siegel, vemos que la modificación de un cierto equilibrio constitucional resulta sumamente dificultosa. El nivel de movilización social, esfuerzo argumental y el alcance del cambio debe ser lo suficientemente alto como para cambiar un cierto estado de cosas, lo que hace que esta modificación sea muy costosa.

Si bien resulta posible aquí el cambio constitucional por vías informales, al tener un costo tan alto se daña la ya mencionada provisionalidad de los principios morales y políticos. Esto en tanto el *status quo* cuenta con una fuerza mucho mayor que la nueva interpretación constitucional, si bien resulta posible modificar la interpretación constitucional existente, esa modificación exige requisitos mucho más altos que los que se necesitan para conservar la interpretación vigente, dañando así el principio de provisionalidad.

42. HOLMES, "Precommitment and the paradox of democracy".

43. SIEGEL, "El rol de los movimientos sociales".

A la luz de estos argumentos, podemos decir que tanto desde una lectura esquemática del derecho constitucional que afirme que algunas decisiones están vedadas para los órganos democráticos como adoptando una perspectiva más informal que recepta los cambios que operan en la práctica a partir del accionar de la sociedad civil, el control de constitucionalidad tiene un efecto negativo en un principio central para la democracia deliberativa, la provisionalidad.

Concluimos así que, a la luz del tipo particular de razones que nos exige la teoría de la democracia deliberativa y del principio de provisionalidad, al menos la democracia deliberativa pone en jaque al control judicial de constitucionalidad, pudiendo haber una contradicción entre ellos. Esto porque el carácter público de las razones exigidas nos impide fundar la legitimidad de una decisión en un mero interés fáccioso. Este análisis ha sido realizado a nivel puramente ideal, tal como lo dijimos al principio de este apartado.

Sin embargo, los procesos reales difieren de nuestro ideal. Por lo tanto, cabe preguntarnos de qué presunciones nos permite hacer sobre las leyes la forma en que ellas son sancionadas. Nuestro objetivo aquí es saber si los productos de los MDD deben contar con un grado distinto de deferencia a la hora de su control de constitucionalidad que las leyes regularmente sancionadas. Por lo tanto, nos preocuparemos ahora por preguntarnos cuál de las dos formas de sanción de leyes (mediante un MDD o vía parlamento bicameral) se acerca más a un estándar deliberativo.

## V. DEMOCRACIA DIRECTA VS. DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

En esta sección estudiaremos si existe en el plano teórico alguna diferencia en términos deliberativos entre las decisiones adoptadas mediante mecanismos de democracia directa y aquellas que surjan de instituciones representativas. De esta manera, la forma de toma de decisiones que aparezca como la más adecuada a un estándar deliberativo será la que más deferencia deba recibir a la hora del control judicial de constitucionalidad, en virtud de los argumentos expuestos en el apartado anterior.

Resulta valioso para comenzar la exposición retomar los argumentos de Eule,<sup>44</sup> en tanto es quien mejor articuló una defensa de una mirada

44. EULE, "Judicial Review of Direct Democracy", pp. 1503-1590.

rigurosa (*hard judicial look*) sobre los *outcomes* de los mecanismos de democracia directa. Para empezar, podemos clasificar a los argumentos del mencionado autor en dos grupos: aquellos que refieren puramente al texto de la Constitución de Estados Unidos y los que tienen vinculaciones con la organización institucional de este país. Nos preocupa el segundo grupo, ya que es la ingeniería constitucional y no el texto lo que nuestro país tomó de Estados Unidos.

Eule afirma que la Constitución consiste en un sistema de filtros de la voluntad mayoritaria.<sup>45</sup> Estos filtros están dados por la representación, el bicameralismo y el control judicial de constitucionalidad. De esta forma se previene que las mayorías actúen de forma facciosa.

Los mecanismos de democracia directa cuentan con la particularidad de hacer desaparecer dos de los filtros que Eule reconoce: la representación y el bicameralismo. La Constitución construye un equilibrio entre las decisiones mayoritarias y los derechos de las minorías.<sup>46</sup> Mientras que las instituciones mayoritarias son aquellas que son elegidas mediante el voto popular, los derechos de las minorías están garantizados por el ya mencionado sistema de filtros y la existencia de principios que están más allá de la decisión mayoritaria. Dado que dos de los tres filtros (la representación y el bicameralismo) que la Constitución prevé en virtud de su desconfianza hacia las decisiones tomadas por la ciudadanía sin restricciones ya no existen, el otro debe tomar su lugar.

Según Eule, estos filtros constituyen un sistema y este sistema se ve alterado por la aparición de los mecanismos de democracia directa. De esta forma, el nivel de protección de las minorías, que estaba balanceado con los elementos mayoritarios de la Constitución, se ve reducido, produciéndose un desbalance. Por lo tanto, a los fines de reestablecer ese balance es que debe tomar fuerza el único elemento restante, el control judicial de constitucionalidad, el cual debe ser más estricto que para las leyes que surgen del Congreso.

Eule reconoce que muchas de las críticas que realiza a los mecanismos de democracia directa son trasladables al ámbito representativo, el cual también puede llevar a decisiones que perjudiquen a las minorías. Sin embargo, afirma que existe una diferencia sustancial entre los *outcomes* de

45. EULE, "Judicial Review of Direct Democracy", pp. 1522-1526.

46. EULE, "Judicial Review of Direct Democracy", pp. 1549-1550.

los MDD y los del Congreso. Al ser la actividad parlamentaria continua ella implica negociación constante a la hora de tomar decisiones. En este contexto las minorías se tornan relevantes ya que su apoyo puede resultar importante a la hora de tomar una decisión. Por el contrario, esta actividad constante no existe en los mecanismos de democracia directa. Allí no existe la posibilidad de prolongar una alianza estratégica en el tiempo en virtud de que los MDD se producen de forma aislada (*one-shot*) y de forma no continua, por lo que las minorías pierden poder y se encuentran en estado de indefensión frente a la voluntad mayoritaria.<sup>47</sup>

Encontramos así que algunos de los filtros previstos por la Constitución están ausentes en los MDD, lo que podría poner en riesgo a las minorías y que, por lo tanto, debemos reforzar la última barrera contramayoritaria: el control judicial de constitucionalidad.

La argumentación de Eule es sumamente persuasiva. Ella toma los presupuestos teóricos de la organización institucional estadounidense y llega a conclusiones bien fundamentadas. Sin embargo, no se encuentra cuestionada allí la aceptación de esos presupuestos teóricos. Eule razona dentro del marco teórico de los federalistas, en un mundo de demonios, facciones e intereses puramente individuales, lo que lo lleva a sostener conclusiones válidas de conformidad con esas premisas.

El argumento de Eule resulta criticable por razones empíricas. Un repaso por los referéndums producto de iniciativas populares a nivel estatal en Estados Unidos y en distintos países de Europa muestra que numerosas decisiones tomadas a través de mecanismos de democracia directa favorecieron a grupos minoritarios, mientras que otras tantas decisiones judiciales cercenaron sus derechos.<sup>48</sup>

Sin embargo, el presente trabajo no busca dar mejores respuestas dentro del marco teórico madisoniano, sino que parte de un marco teórico distinto. Vimos ya que la teoría de la democracia deliberativa tiene algo para decirnos sobre el control judicial de constitucionalidad. Más precisamente, dijimos (en un plano ideal) que las preocupaciones de Madison se encuentran resueltas en la teoría de la democracia deliberativa, aunque con otras herramientas. De esta forma, si los medios adecuados para resolver el problema de la parcialidad y el sometimiento de las minorías a la tiranía

47. EULE, "Judicial Review of Direct Democracy", p. 1556.

48. SPADIER, "A Hardcore Case against (Strong) Judicial...", pp. 55-99.

mayoritaria cambian, también cambiará nuestra mirada en torno al control judicial de constitucionalidad. Más aun, diremos que, dadas ciertas precondiciones, un debate entre ciudadanos y no ya entre representantes nos llevará a una decisión con un mayor grado de imparcialidad. Por el contrario, la representación podría transformarse en una distorsión de la voluntad popular y de una deliberación correcta. Por lo tanto, afirmaremos que los productos de los MDD deben contar con un mayor grado de deferencia a la hora de ejercer el control judicial de constitucionalidad.

### **V.A. Exclusión y desigualdad**

Al comparar a la sociedad civil con los parlamentos encontramos algunas diferencias relevantes en lo que hace a la deliberación. Vimos, en la segunda sección, que la democracia deliberativa nos exige un debate entre ciudadanos iguales. Sin embargo, la actividad parlamentaria excluye a una gran parte de la población. Solamente una pequeña minoría tiene la posibilidad de participar en los debates que se dan en el parlamento, por lo que podemos pensarlo como la institucionalización de la exclusión en el debate público.<sup>49</sup>

Por otro lado, el debate parlamentario implica la discusión de los textos legales complejos que se estén tratando. Esta discusión, por la propia naturaleza de su objeto, se da en términos técnicos, lo que excluye a todos aquellos que no estén en condiciones de comprender adecuadamente el lenguaje legal.<sup>50</sup>

Si bien la esfera pública informal no garantiza la plena igualdad e inclusión, ellas son concebibles allí. Por el contrario, es la propia naturaleza de los cuerpos representativos la que excluye plenamente a una abrumadora mayoría de la deliberación, generándose así grandes dificultades en términos de inclusión e igualdad.

Dado que la legitimidad provenía según la teoría de la democracia deliberativa de un diálogo razonado entre iguales, las instituciones representativas tienden a minar esta legitimidad, dado que no satisfacen el requisito de la igualdad. Es cierto que el voto como legislador no es la única forma en la que los ciudadanos pueden participar en el debate parlamen-

49. BARREYRO, "The purest form of communicative power...", p. 9.

50. BARREYRO, "The purest form of communicative power...", p. 10.

tario. Las decisiones legislativas no surgen solamente de los legisladores, sino que ellas se ven influidas por mecanismos formales e informales de participación ciudadana. Entre ellos encontramos las audiencias públicas, la protesta social, apariciones en medios de comunicación y otras formas participativas. Sin embargo, estas formas participativas no equiparan al ciudadano con el legislador. La desigualdad –dado que es el Congreso el que finalmente tomará la decisión– sigue siendo enorme. Por lo tanto, el requisito de la igualdad en la deliberación se ve violentado (al menos parcialmente) por las instituciones representativas.

## V.B. Información

Como vimos más arriba, por definición, una gran mayoría de las personas se encuentra excluida del debate parlamentario. Esto genera que la valiosa información con la que esas personas puedan contar quede por fuera de la discusión, alterando así el valor epistémico de las decisiones.

Dijimos en la tercera parte de este trabajo que el principio de la diferenciación implicaba que los representantes revestían este carácter no por asemejarse a la sociedad civil, sino por todo lo contrario. La representación, tal como bien lo reconoce Eule, tiene por función que las decisiones tomadas en las legislaturas no se parezcan a las tomadas por la sociedad, sino que sean mejores.

Ahora bien, el hecho de que los representantes sean diferentes a los representados implica que también contarán con información diferente. Dado que los representantes se diferencian de la sociedad, su *background* será distinto, sus experiencias personales serán distintas, la formación con la que cuenten será distinta y los problemas que vean en la sociedad, así como su modo de abordaje de estos, serán distintos.

Dada esta innegable diferencia entre representantes y representados, la información que aportarán al debate cada uno de ellos será distinta. Los representantes cuentan con un rol privilegiado tanto para brindar información al debate público como para establecer la agenda política, dañando así la base igualitaria que nos exige la teoría de la democracia deliberativa para llevar a cabo una discusión colectiva.

Asimismo, los mecanismos representativos muchas veces dejan afuera a minorías que podrían participar en el debate activamente si se les brindara un espacio. Supongamos que pertenecemos a un curso de cien personas

de las cuales noventa y nueve fuman y una no.<sup>51</sup> En este pequeño curso contamos con dos formas alternativas de resolver las cuestiones que nos atañen a todos. Podríamos, por un lado, haber elegido tres representantes mediante nuestro voto para que ellos decidan cuáles serán nuestras reglas de convivencia. Por otro lado, podríamos también haber decidido que las cuestiones que nos atañen a todos serán resueltas por nosotros directamente, sin recurrir a la representación. Supongamos ahora que se nos presenta la pregunta sobre si permitir o no fumar en clase. Dado que los representantes son tres, es muy probable que la persona que no fuma no encuentre reflejada su posición al respecto en el órgano representativo. Asimismo, dado que la amplia mayoría de las personas (incluidos los mismos representantes) fuma, es dable esperar que ellos no consideren seriamente la posibilidad de que alguien se vea severamente afectado por la decisión de permitir que se fume en clase. Por el contrario, si todos los integrantes de la clase hubieran tenido la posibilidad de participar en el debate, el no fumador habría tenido su chance de explicar a los demás cuánto lo afectaba la decisión. Esto habría mejorado la calidad de la decisión, ya que los compañeros se habrían visto forzados a considerar la posición de nuestro individuo no fumador, la cual se encontraba excluida del debate entre representantes, pudiendo esto afectar la decisión final.

Por supuesto, como dijimos más arriba, existen formas en la que los ciudadanos pueden introducir información al debate entre representantes. Existen mecanismos formales e informales mediante los cuales los ciudadanos pueden participar en el debate. Sin embargo, los representantes se encontrarán mucho mejor situados que los representantes para establecer el *framing* del debate, así como para proveer información que sea utilizada como insumo en la deliberación.

De esta forma, un debate de representantes contará con menos información y argumentos que uno de ciudadanos en pie de igualdad, dado que por su reducido número y, por el ya explicado principio de la diferenciación, algunas voces quedarán necesariamente excluidas de los cuerpos representativos.

Incluso cuando los ciudadanos puedan introducir información en el debate, esta seguirá siendo sesgada, dada la preponderancia de los representantes a la hora de llevar a cabo esta tarea.

51. Tomo este ejemplo de las clases de Roberto Gargarella.

Dados estos dos elementos (información diferente y rol privilegiado en la deliberación) podemos afirmar que el debate contendrá un sesgo tanto en la información que se insuma como en el enfoque de los temas sujetos a discusión, y que en él resultará muy difícil escuchar voces que vengan de sectores ajenos a los representantes. Por el contrario, en un debate en donde todos tengan la posibilidad de realizar su aporte a la discusión en condiciones de igualdad, la información disponible reflejará mejor la información con la que realmente cuenta la sociedad, mejorando así el *outcome* de la deliberación.

### V.C. Intereses

Supongamos, tal como lo hacen Elster<sup>52</sup> y Estlund,<sup>53</sup> que los votantes cuentan tanto con preferencias egoístas como no egoístas. Una persona podría creer que hay buenas razones para adoptar una determinada medida, siendo que a su vez esa medida la perjudica en tanto individuo. Es decir que a la hora de decidir las personas ponderarán las razones públicas que sostengan una decisión (característica propia de perspectivas deliberativas) como el beneficio que ellos puedan obtener de la adopción de cierta medida (característica propia de perspectivas agónicas como la de Madison). No nos preocupa aquí cuál es el peso de cada una de las preferencias en abstracto, o si la importancia que se le dé a cada una dependerá del beneficio/perjuicio o de la fuerza de las razones en favor o en contra de una medida que existan en cada caso en concreto. Nos conformaremos con asumir que ambos elementos existen y que conviven a la hora de tomar decisiones políticas relevantes.

Ahora bien, nada nos hace pensar que estos elementos no existen también en los partidos políticos o en los legisladores en forma individual. Ellos también pueden verse beneficiados por medidas no fundadas en razones públicas, así como pueden ser perjudicados por políticas correctamente fundamentadas. A su vez, nada nos hace pensar que la proporción en la que existen estos elementos cambia cuando hablamos de legisladores o de partidos políticos. Si suponemos (tal como lo hacen los federalistas) que el comportamiento de los hombres se asemeja más al de los demonios que

52. ELSTER, "The market and the forum".

53. ESTLUND, *La autoridad democrática*.

al de los ángeles (suposición sobre la cual se funda el sistema institucional que proponen) nada excluye del grupo de los hombres a los legisladores, por lo que cabe hacerles extensiva esa presunción. Una vez aceptado esto, debemos preguntarnos cuál de los dos métodos de toma de decisiones (el de los ciudadanos por sí mismos o el de los representantes en las dos cámaras del Congreso) tiende a una mayor imparcialidad en sus *outcomes*.

A los fines de ilustrar el punto que queremos hacer aquí, utilizaremos el siguiente ejemplo. Supongamos que se discute la adopción de la medida A. Existen buenas razones de acuerdo con los estándares establecidos por la teoría de la democracia deliberativa para la adopción de la medida A. Sin embargo, esta medida perjudica a un partido político y a un conjunto de ciudadanos, que representan iguales proporciones sobre el total de los votos.

Vemos aquí que se da la situación descrita más arriba: las razones públicas y los intereses privados entran en conflicto y los agentes deben priorizar una por sobre la otra. ¿Qué decidirán? Ciertamente no podemos saber *a priori* cuál va a ser la elección de nuestros agentes. Ella dependerá de un conjunto de factores que exceden el marco de este trabajo. Sin embargo, sí podemos saber en qué se diferencia la decisión de cada uno de los votantes respecto de la de cada uno de los legisladores, y mucho más respecto de la decisión del partido en cuestión: su poder de influencia.

Si bien como conjunto nuestro grupo de votantes potencialmente perjudicados cuenta con los mismos votos que nuestro partido político potencialmente perjudicado, el poder de decisión de cada uno de los agentes difiere enormemente. Mientras que la influencia de cada uno de los votantes es casi irrelevante, es mucho más probable que lo que decida un partido político con representación parlamentaria defina una votación. Por lo tanto, aumentan aquí los incentivos a decidir de acuerdo con el interés privado, ya que resulta mucho más probable que ese interés se vea satisfecho como consecuencia de la propia decisión, mientras que para el votante individual esta posibilidad es muy difusa, casi imposible.

Suponiendo constante el poder de las razones públicas para influir en la toma de decisiones, vemos que en un sistema representativo resulta menos probable que los agentes den primacía a las razones públicas por sobre el interés privado. Por lo tanto, siguiendo esta línea argumental, decimos que son las decisiones que de allí emanen, y no las que surjan de la ciudadanía, las que deben ser miradas con mayor rigor por los tribunales.

Dijimos en el apartado anterior que la satisfacción de un ideal deli-

berativo debe reducir el rigor del control judicial de constitucionalidad. Una vez resuelta esa cuestión, pasamos a comparar los mecanismos de democracia directa con aquellos propios de la democracia representativa desde la teoría de la democracia deliberativa. El análisis de este apartado buscó comparar estos mecanismos en un nivel abstracto, es decir sin entrar en especificidades de mecanismos particulares de democracia directa, lo que será abordado en el siguiente apartado. Aquí solamente nos interesó preguntarnos si, a nivel teórico, un estándar deliberativo se ve mejor satisfecho por mecanismos de democracia directa o por la democracia representativa. Ya vimos antes que la satisfacción de un estándar deliberativo resulta relevante para la forma en la que debe ejercerse el control judicial de constitucionalidad.

Habiendo comparado los mecanismos de democracia directa con la toma de decisiones en el parlamento, podemos decir que es la primera forma la que mejor se adapta a un ideal deliberativo. Por lo tanto podemos decir, al menos en un plano ideal, que a ella le corresponde un mayor grado de deferencia a la hora de evaluar sus *outcomes*.

## VI. LA REGULACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA ARGENTINA

Hemos visto que, en condiciones ideales, y a la luz de la teoría de la democracia deliberativa, el control judicial de constitucionalidad queda vacío de sentido. A su vez, también dijimos que a un nivel ideal es la democracia directa la que mejor se adapta a la democracia deliberativa. Sin embargo, nada nos hace suponer (al menos sin un análisis previo) que la regulación de la Constitución argentina para los MDD y el contexto en el que esos mecanismos se insertan se asimilen a estas condiciones ideales para la deliberación.

Tal como afirma Joshua Cohen,<sup>54</sup> los sistemas institucionales deben hacer la deliberación posible, buscando que la situación realmente existente se asemeje tanto como sea viable a un modelo deliberativo ideal. En términos de Barreyro, "los procesos referendarios deben estar institucionalizados de tal manera que faciliten y promuevan las prácticas deliberativas

54. COHEN, "Deliberation and democratic legitimacy", pp. 79-80.

a nivel de la sociedad civil".<sup>55</sup> Por lo tanto, es nuestro deber estudiar en qué medida satisfacen nuestras instituciones las precondiciones para una deliberación inclusiva antes de otorgar credenciales democrático—deliberativas a los *outcomes* de los procesos políticos.

Dijimos hasta los apartados anteriores que la deliberación colectiva tendía a solucionar los mismos problemas contra los que se instituía el control judicial de constitucionalidad. De esta forma, cuanto mayor sea la satisfacción de este ideal deliberativo en la práctica, mayor será la deferencia que deberá tener el control judicial de constitucionalidad de los referéndums vinculantes. Me propongo en este apartado estudiar en qué medida la Constitución Nacional (en adelante CN) tiende a satisfacer el ideal deliberativo en los mecanismos de democracia directa.

La CN consagra en su art. 40 la posibilidad de que el Congreso, a iniciativa de Cámara de Diputados, llame a una consulta popular vinculante.<sup>56</sup> A su vez, este artículo se encuentra reglamentado por la Ley N° 25.432. Analizaré a continuación algunos de los aspectos relevantes para la evaluación de las virtudes epistémicas del proceso mediante el cual se toma una decisión en los términos del art. 40 de la CN.

## VI.A. Tamaño y minorías

Una de las principales preocupaciones de quienes se oponen a la utilización de mecanismos de democracia directa es que estos pueden llevar a un avasallamiento por parte de las mayorías hacia los derechos de las minorías. Veremos que incluso dentro de este marco teórico, existen buenas razones para pensar que es poco probable que esto suceda en los MDD previstos en la CN. Tal como dijimos, la cuestión de la opresión de una facción mayoritaria por sobre una minoría era una de las principales preo-

55. BARREYRO, "Formas puras y corruptas de referéndums...", p. 11.

56. Artículo 40.- El Congreso, a iniciativa de la Cámara de Diputados, podrá someter a consulta popular un proyecto de ley. La ley de convocatoria no podrá ser vetada. El voto afirmativo del proyecto por el pueblo de la Nación lo convertirá en ley y su promulgación será automática.

El Congreso o el presidente de la Nación, dentro de sus respectivas competencias, podrán convocar a consulta popular no vinculante. En este caso el voto no será obligatorio.

El Congreso, con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, reglamentará las materias, procedimientos y oportunidad de la consulta popular.

cupaciones de los federalistas y una de las razones sobre las cuales fundaban su defensa de la formación de una confederación. Cuanto más grande la unidad política, más diluidas estarán en ella las facciones y por lo tanto menor será la probabilidad de que ellas sometan al resto de la población.<sup>57</sup>

Esta hipótesis ha sido testada por Donovan y Bowler.<sup>58</sup> Ellos afirman que de los argumentos de los federalistas se desprende que en las unidades políticas pequeñas las minorías serán blanco de las decisiones tomadas mediante mecanismos de democracia directa. Al someterla a falsación, estos autores encuentran que al pasar del nivel local al estatal se reduce enormemente la cantidad de MDDs que tienen como objeto a grupos minoritarios, representando un porcentaje mínimo. De esta forma los autores corroboran la hipótesis de los federalistas.

La regulación que estamos estudiando aquí, tal como dijimos, es la que se encuentra en el art. 40 de la CN y su ley reglamentaria 25.432. Nos encontramos así frente a mecanismos de democracia directa que rigen a nivel nacional, es decir ante una unidad política grande. Aun si aceptáramos la hipótesis de los federalistas, es decir si cuanto mayor es la unidad política menor es el riesgo del ataque a minorías en los MDD, podemos decir que en el caso que se encuentra bajo estudio aquí el riesgo es el menor posible en tanto nos encontramos en presencia de una unidad política grande.

Los argumentos expuestos más arriba nos permiten afirmar que es bajo el riesgo de la utilización de los mecanismos de democracia directa consagrados en la CN tengan como objetivo cercenar derechos de minorías. Por supuesto, decir que el riesgo de opresión mayoritaria es bajo no equivale a decir que es nulo, por lo que no queremos aquí negar que esto sea una posibilidad, sino simplemente señalar que el gran tamaño de la unidad política reduce la posibilidad de que esto ocurra. Por lo tanto, si el sentido mismo del control judicial de constitucionalidad es la protección de las minorías, su intensidad debe reducirse al bajar el riesgo de que ellas se vean perjudicadas.

## **VI.B. Derechos *a priori***

La democracia no consiste solamente en un mecanismo de toma de decisiones, sino que algunos derechos son requeridos para que podamos

57. MADISON, HAMILTON & JAY, *El federalista*, IX.

58. DONOVAN & BOWLER, "Responsive or responsible government?", pp. 264-272.

denominar a un régimen como democrático.<sup>59</sup> En particular, Carlos Nino afirma que ciertos derechos son precondiciones necesarias para la deliberación democrática. Él denomina a estos derechos *derechos a priori*. Trazaremos aquí algunas líneas que nos permitan pensar en qué medida el ordenamiento jurídico tiende a garantizar algunos de los derechos que resultan centrales para una democracia deliberativa. En la medida en que el goce de estos derechos se vea satisfecho, la deliberación real se acercará a un ideal deliberativo.

Encontramos como derechos fundamentales (sin pretender exhaustividad) el derecho a la igualdad, a la libertad de expresión, a la autonomía personal y algunos derechos económicos sociales y culturales. Estos derechos se encuentran consagrados por el bloque de constitucionalidad, tanto a nivel constitucional como en los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional.

El primero de los derechos que analizaremos será la igualdad. La democracia deliberativa requiere igualdad de tipo sustantiva.<sup>60</sup> Esta igualdad de tipo sustantiva surge de una concepción de la igualdad en tanto no sometimiento, por oposición a la igualdad como no discriminación. Para esta mirada particular de la igualdad, lo relevante es defender un ideal igualitario en términos de grupos. Dado que en las sociedades contemporáneas existen desigualdades estructurales, las soluciones legales ciegas a estas desigualdades, pensadas solamente como desigualdades entre individuos, tenderán a reproducir esta situación.<sup>61</sup> Un debate que incluya los puntos de vista de todos los potencialmente afectados por las decisiones a los fines de que brinden su perspectiva tanto en términos morales como de información relevante a la hora de tomar decisiones nos exige los grupos desaventajados puedan efectivamente participar de la discusión colectiva y no solamente que ellos no se vean explícitamente discriminados por los textos legales.

Nuestra Constitución pareciera tender desde su texto a defender un ideal igualitario del tipo exigido por la teoría de la democracia deliberativa a la luz de lo dispuesto en el art. 75 inc. 19 y 23. Sin embargo, lejos se encuentra la parte orgánica de nuestra Constitución de promover la satis-

59. O'DONELL, *Democracia, agencia y estado*, pp. 60-72; DAHL, "La democracia", pp. 45-46; NINO, *La constitución de la democracia deliberativa*, p. 192.

60. KNIGHT & JOHNSON, "What Sort of Equality Does Deliberative...", pp. 279-320.

61. SABA, *Más allá de la igualdad formal ante la ley*, pp. 27-82.

facción de estos derechos.<sup>62</sup> Afirma Gargarella que la carta de derechos de una Constitución debe estar inspirada por la misma filosofía que su organización del poder. De lo contrario, la carta de derechos cederá ante la primacía de la "sala de máquinas" de la Constitución.

Como vimos, nuestra organización institucional surge de un pacto entre liberales y conservadores y se mantiene intacta en líneas generales, más allá de algunas modificaciones puntuales. La concepción de la igualdad exigida por la teoría de la democracia deliberativa resulta ajena a la tradición liberal conservadora y por lo tanto a la organización institucional que ella dispuso. Por lo tanto, más allá de que resulte positivo que estos derechos se encuentren consagrados en la parte dogmática en nuestro más importante texto jurídico, su efectiva vigencia resulta poco probable.

Este argumento merece ser matizado a la hora de pensar en la autonomía personal. La autonomía personal es uno de los derechos sin los cuales es imposible pensar llamar democracia a un determinado régimen político. Hasta tal punto la autonomía es central para un régimen democrático que se la puede pensar como el derecho central sobre el cual se sostiene la democracia.<sup>63</sup>

Nuestra constitución pareciera estar mucho mejor preparada para garantizar el derecho a la autonomía personal que para defender una visión de la igualdad como no sometimiento. En primer lugar, podemos decir que el principio de autonomía personal se encuentra consagrado a nivel constitucional en el art. 19. Sin embargo, tal como vimos al tratar la igualdad, no alcanza con que un derecho tenga reconocimiento constitucional para que rija efectivamente, sino que este *status* debe estar acompañado por una organización institucional acorde.

En este sentido, vemos que la organización del poder en la Argentina se encuentra relativamente bien preparada para proteger el derecho a la autonomía personal. La preocupación por la no intromisión del Estado en los asuntos privados es constitutiva del liberalismo, filosofía que inspiró nuestra Constitución. Como vimos, la organización institucional argentina está pensada para evitar que los gobiernos mayoritarios violen la esfera de lo privado. Por lo tanto, vemos que en principio la autonomía personal encuentra un resguardo en el ordenamiento jurídico argentino, tanto en lo

62. GARGARELLA, *La sala de máquinas de la Constitución*, pp. 243-347.

63. NINO, *Fundamentos de derecho constitucional*, pp. 483-484.

que respecta a los derechos expresamente consagrados como en su organización institucional.

Concluimos que la relación del ordenamiento jurídico argentino con los *derechos a priori* es ambivalente, ya que por un lado parecería promover una idea robusta de autonomía, mientras que por otro su organización institucional promueve una concepción meramente formal de la igualdad, lo que no satisface las necesidades de la deliberación colectiva.

### VI.C. Opciones disponibles

La ley 25.432 establece en su art. 9 que las únicas respuestas posibles a la consulta popular vinculante son sí y no, coartando la posibilidad de un diálogo sustantivo entre el pueblo y sus representantes. Nino identifica a este como uno de los mayores problemas con los que cuentan los mecanismos de democracia directa en la actualidad.<sup>64</sup> Al no poder introducir los ciudadanos modificaciones ni votos parciales, estos se ven limitados a discutir sobre un número de posibilidades muy limitado. A su vez, Offe<sup>65</sup> también critica la imposición de una elección binaria, lo que empobrece el proceso de toma de decisiones. La imposibilidad de matizar las posturas respecto de los proyectos de ley y proponer mejoras para este afecta los mecanismos deliberativos en tanto circunscriben el debate a dos opciones que tal vez sean distintas a las que un diálogo entre ciudadanos hubiera producido. Ya no hay un *ongoing dialogue*, sino que se agregan preferencias respecto de una pregunta decidida por los representantes del pueblo. De esta forma se hierne gravemente la satisfacción de un estándar deliberativo.

Un diálogo sustantivo en torno a qué política adoptar respecto de una determinada cuestión involucra más que simplemente decir sí o no ante una determinada pregunta. El debate que se da en torno al MDD en cuestión en el marco de la ley 25.432 se verá moldeado por estas dos respuestas, viéndose así disminuidas las potencialidades de la deliberación ciudadana, en tanto la pluralidad de voces que la caracteriza solamente existirá en función de la defensa de dos posturas absolutamente rígidas decididas por un sujeto político distinto de la ciudadanía.

64. NINO, *Fundamentos de derecho constitucional*, pp. 209-214.

65. OFFE, "Referendum vs. Institutionalized Deliberation: What Democratic...", p. 19.

Como dijimos, resulta problemático que las respuestas disponibles sean tan limitadas. Sin embargo, este no es el único problema que encontramos en torno al art. 9 de la ley 25.432. Si bien es la ciudadanía quien tiene la palabra final respecto de esta cuestión, no es ella quien fija las respuestas entre las cuales debe optar. Limitar las respuestas posibles después de un primer momento deliberativo podría resultar útil a los fines de ordenar la discusión. Sin embargo, la ley 25.432 fija las únicas dos respuestas posibles para cualquier referéndum vinculante, es decir que las opciones entre las cuales se debe optar no solo no fueron dispuestas por los participantes en la deliberación, sino que tampoco fueron pensadas para cada referéndum en particular, existiendo así solamente dos respuestas posibles ante cualquier pregunta que se pueda plantear.

#### **VI.D. Tiempo de debate**

El art. 12 de la ley que regula la consulta popular vinculante establece que la votación deberá darse entre los sesenta y los ciento veinte días desde la fecha de publicación de la ley. Entendemos que es importante que exista un tiempo mínimo de debate tal como lo establece la ley, a los fines de dar tiempo a todos los potencialmente afectados por la decisión a tomar para que expresen sus posturas y así enriquecer el debate, mejorando la imparcialidad de la decisión.

Cabe destacar por último que, si bien la organización jurídico—institucional es relevante, también lo es el hecho de que los ciudadanos se encuentren comprometidos con un debate público robusto que atienda a razones, por lo que la evaluación de la regulación legal de los mecanismos de democracia directa (aunque fuera exhaustiva) no agota el análisis de estos a la luz de la teoría de la democracia deliberativa.

#### **VI.E. Obligatoriedad del voto**

Como dijimos en la quinta parte, la influencia del voto individual en el resultado de un referéndum es mínima y la posibilidad de que el propio voto cambie el resultado de la elección prácticamente inexistente. Por lo tanto, se podría esperar que las personas acudan a votar sin haberse informado lo suficiente. La escasa influencia del voto individual podría producir apatía política.

Nuestro ordenamiento jurídico consagra la obligatoriedad del voto en referéndums vinculantes a través del art. 3 de la ley 25.432. Esto hace que

los ciudadanos, interesados o no en la cuestión sobre la que deban votar, estén forzados a participar en la decisión. Tal como vimos, la influencia de los votantes en la decisión final es ínfima, lo que promueve la apatía política y la falta de información.<sup>66</sup> Ahora bien, si creemos que parte de las virtudes de la democracia se encuentra en sus cualidades epistémicas, ¿tiene sentido obligar a votar a personas poco incentivadas a informarse?

En este punto, Linares afirma que la respuesta varía según cuál sea el objeto de la consulta popular. Esto porque las leyes poseen un grado de especificidad mucho mayor que la elección de gobernantes o los referéndums constitucionales y, por lo tanto, también exigen un mayor esfuerzo al ciudadano para informarse. Así, obligar a los ciudadanos a votar sobre cuestiones sobre las que no están ni quieren estar informados reduce la confiabilidad epistémica de la decisión tomada a través de un referéndum.<sup>67</sup>

Como dijimos, nuestro ordenamiento jurídico obliga a los ciudadanos a votar en referéndums vinculantes, por lo que concluimos que en este aspecto el derecho local atenta contra la confiabilidad epistémica de la decisión tomada a través de una consulta popular.

Hemos analizado así algunos de los aspectos principales que rigen a la regulación de los mecanismos de democracia directa en la Argentina a la luz de la teoría de la democracia deliberativa.

Partiendo de la base de que los mecanismos de democracia directa son superiores a los mecanismos representativos desde una perspectiva deliberativa de la democracia, concluimos que, a pesar de las dificultades observadas, sigue teniendo la democracia directa primacía por sobre las formas representativas, por lo que el grado de deferencia de los tribunales al evaluar las decisiones que de ella surgen debe ser mayor.

## VII. CONCLUSIÓN

La teoría de la democracia deliberativa nos otorga nuevas respuestas a los viejos problemas del constitucionalismo liberal. Es a la luz de estas nuevas respuestas que evaluamos las propuestas que surgieron (y triunfaron en el plano político) en los siglos XVIII y XIX alrededor de la

66. DOWNS, "Teoría económica de la acción política en una democracia", p. 107.

67. LINARES, *Democracia participativa epistémica*, pp. 270-271.

pregunta por la ingeniería constitucional que debían adoptar los nacientes Estados.

Una vez hecha esta evaluación concluimos que la deliberación sobre la base de razones públicas tiende a solucionar los mismos problemas que los federalistas buscaban resolver a través del sistema de frenos y contrapesos, en el cual se enmarca el control judicial de constitucionalidad.

Dado esto, el rol del control de judicial de constitucionalidad se va desdibujando a medida que se satisface un ideal deliberativo. Así como Eule afirmaba que el control debe reforzarse cuando caían las barreras de la representación y el bicameralismo, nosotros afirmamos que debe volverse más laxo si el proceso de toma de decisiones satisface un estándar deliberativo. Esto porque la satisfacción de este estándar resulta preventiva contra los problemas que el control judicial de constitucionalidad busca solucionar.

Una vez hecho esto, comparamos los MDD con la democracia representativa, a los fines de saber cuál es la forma democrática que más se ajusta a un ideal deliberativo. La forma de toma de decisiones que mejor se ajuste a este ideal deliberativo es la que deberá contar con un mayor grado de deferencia en virtud de las razones expuestas más arriba. Este análisis nos llevó a decir que la democracia directa cuenta, en principio, con ventaja por sobre la representativa en términos deliberativos. Por lo tanto, dado que la deliberación soluciona los mismos problemas que el control judicial de constitucionalidad, podemos decir que, a mayor deliberación, menor control de constitucionalidad. Se sigue de aquí que los *outcomes* de los MDD deberían contar *a priori* con una mayor deferencia por parte de los tribunales.

A la luz de esta conclusión evaluamos la regulación jurídica de los mecanismos de democracia directa a nivel federal en la Argentina. En la medida en la que la regulación argentina promueva la deliberación, mayor deberá ser la deferencia de los tribunales al tratar los *outcomes* de los MDD. Concluimos que el grado de satisfacción de un ideal deliberativo es medio. Por un lado, el ordenamiento jurídico promueve la deliberación garantizando la autonomía personal y un plazo mínimo de tres meses de debate, mientras que por otro el sistema institucional no promueve una concepción estructural de la igualdad y obliga a votar a personas no informadas. Por lo tanto, vemos que no estamos en presencia de un sistema que satisfaga plenamente los requisitos de la democracia deliberativa.

Sin embargo, la superioridad con la que cuenta la democracia directa por sobre la representativa (en un nivel ideal) a la hora de la deliberación es tal que nos permite afirmar que, a la hora de evaluar la constitucionalidad de las decisiones tomadas de esta forma, los tribunales deben, en principio, hacerlo con un grado mayor de deferencia que el que les corresponde a las leyes regularmente sancionadas.

Por supuesto, esta afirmación está sujeta a que no surja ninguna anomalía durante el proceso de discusión de la ley en cuestión que altere sustancialmente el proceso deliberativo. Es decir que de existir alguna modificación grave del proceso deliberativo en un caso en concreto que sea imposible de prever de acuerdo con la legislación vigente, nuestra conclusión caería.

Sin embargo, siempre que esto no ocurra, los tribunales deben tratar con un mayor grado de deferencia a los productos de los MDD que a las leyes que surjan del Congreso a la hora de evaluar su constitucionalidad.

## BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, Bruce, *We the People. Foundations*, Harvard University Press, 1993, Cambridge.
- ALBERDI, Juan B., *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Lancelot, 2009, Buenos Aires.
- BARREYRO, María E., "Formas puras y corruptas de referéndums. Notas para una evaluación de su legitimidad democrática", en *Isonomía*, No. 49, 2018.
- , "The purest form of communicative power. A reinterpretation to the key of the legitimacy of norms in Habermas's model of democracy", en *Constellations*, Vol. 25, Issue 1, 2018.
- BOHMAN, James, "The Coming Age of Deliberative Democracy", en *The Journal of Political Philosophy*, Vol. 6, No. 4, 1998, pp. 400-425.
- COHEN, Joshua, "Deliberation and democratic legitimacy", en BOHMAN, James & REHG, William (eds.), *Deliberative Democracy*, MIT Press, 1997, Cambridge.
- DAHL, Robert, "La democracia", en *Revista POSTData*, No. 10, diciembre 2004, pp. 11-54.
- DONOVAN, Todd & BOWLER, Shaun, "Responsive or responsible government?", en BOWLER, Shaun, DONOVAN, Todd & TOLBERT, Caroline J.,

- Citizens as Legislators. Direct Democracy in the United States*, Ohio State University Press, 1998, Ohio.
- DOWNS, Anthony, "Teoría económica de la acción política en una democracia" en BATLLE, Albert (ed.), *Diez textos básicos de ciencia política*, Ariel, 1993, Barcelona, pp.
- ELSTER, Jon, "The Market and the Forum", en BOHMAN, James & REHG, William (eds.), *Deliberative Democracy*, MIT Press, 1997, Cambridge.
- ELY, John, *Democracy and distrust*, Harvard University Press, 1980, Cambridge.
- ESTLUND, David, "Beyond Fairness and Deliberation: The Epistemic Dimension of Democratic Authority", en BOHMAN, James & REHG, William. (eds.), *Deliberative Democracy*, MIT Press, 1997, Cambridge.
- , *La autoridad democrática*, Sigo XXI, 2011, Buenos Aires.
- EULE, Julian N., "Judicial Review of Direct Democracy", en *Yale Law Journal*, Vol. 99, No. 7, 1990, pp. 1503-1590.
- FORST, Rainer, *Justificación y crítica*, Katz Editores, 2015, Buenos Aires.
- FUNG, Aaron, "Recipes for Public Spheres: Eight Institutional Design Choices and Their Consequences", en *The Journal of Political Philosophy*, Vol. 11, No. 3, 2003.
- GARGARELLA, Roberto & COURTIS, Christian, "El nuevo constitucionalismo latinoamericano de ayer y de hoy: promesas e interrogantes", en CEPAL, *División de Desarrollo Social*, CEPAL, 2019, Santiago de Chile.
- , "El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de frenos y contrapesos", en GARGARELLA, Roberto, *Por una justicia dialógica*, Siglo XXI, 2014, Buenos Aires.
- , *La justicia frente al gobierno*, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2011, Quito.
- , *La sala de máquinas de la Constitución*, Katz editores, 2014, Buenos Aires.
- GUTMAN, Amy & THOMPSON, Dennis, *Why deliberative democracy*, Princeton University Press, 2004, Princeton.
- HOLMES, Stephen, "Precommitment and the paradox of democracy", en ELSTER, Jon & SLAGSTAD, Rune (eds.), *Constitutionalism and Democracy (Studies in Rationality and Social Change)*, Cambridge University Press, 1998, Cambridge.
- KNIGHT, Jack & JOHNSON, James, "What Sort of Equality Does Deliberative Democracy Require?," en BOHMAN, James & REHG, William (eds.), *Deliberative Democracy*, MIT Press, 1997, Cambridge.

- LINARES, Sebastián, *Democracia Participativa Epistémica*, Marcial Pons, 2017, Buenos Aires.
- MADISON, James, HAMILTON, Alexander & JAY, John, *El Federalista*, FCE, 2014, México.
- MANIN, Bernard, *Principios del gobierno representativo*, Alianza, 2017, Madrid.
- NINO, Carlos S., *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, 2013, Buenos Aires.
- , *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, Gedisa, 2003, Buenos Aires.
- O'DONELL, Guillermo, *Democracia, agencia y estado*, Prometeo, 2010, Buenos Aires.
- OFFE, Claus, "Referendum vs. Institutionalized Deliberation: What Democratic Theorists Can Learn from the 2016 Brexit Decision", en *Daedalus*, Vol. 146, Issue 3, Summer 2017, pp. 14-27.
- RAWLS, John, "The Idea of Public Reason" en BOHMAN, James & REHG, William (eds.), *Deliberative Democracy*, MIT Press, 1997, Cambridge.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César & RODRÍGUEZ FRANCO, Diana, *Cortes y cambio social: Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Dejusticia, 2010, Bogotá.
- ROSANVALLON, Pierre, *La Legitimidad Democrática*, Manantial, 2005, Buenos Aires.
- SABA, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley*, Siglo XXI, 2014, Buenos Aires.
- SIEGEL, Reva, "El rol de los movimientos sociales como generadores de derecho en el derecho constitucional de los Estados Unidos", en *SELA, El derecho como objeto e instrumento de transformación*, 2002.
- SPADJER, Steven, "A Hardcore Case Against (Strong) Judicial Review of Direct Democracy", en *University of Queensland Law Journal*, Vol. 31, No. 1, 2012, pp. 55-99.
- SUNSTEIN, Cass, "Interest Groups in American Public Law", en *Stanford Law Review*, Vol. 89, 1985, pp. 29-87.
- TUSHNET, Mark, "Revisión Judicial Dialógica", en GARGARELLA, Roberto, *Por una justicia dialógica*, Siglo XXI, 2014, Buenos Aires.
- United States Supreme Court, "Marbury v. Madison", *5 U.S. 1 Cranch 137*, 1803.
- WALDRON, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, Marcial Pons, 2005, Madrid.
- WELP, Yanina, "El referendo en América Latina. Diseños institucionales y equilibrios de poder", en *Nueva Sociedad*, No. 228, 2010, pp. 26-42.

WENZEL, James, DONOVAN, Todd & BOWLER, Shaun, "Direct Democracy and Minorities: Changing Attitudes about Minorities Targeted by Initiatives", en BOWLER, Shaun, DONOVAN, Todd & TOLBERT, Caroline J., *Citizens as Legislators. Direct Democracy in the United States*, Ohio State University Press, 1998, Ohio.