

PODER JUDICIAL, ESTADO DE DERECHO Y DEMOCRACIA DELIBERATIVA Y POPULAR

JUDICIAL BRANCH, RULE OF LAW
AND DELIBERATIVE AND POPULAR DEMOCRACY

Recibido: 10/10/2018 – Aceptado: 01/11/2018

Dr. Fernando Adrián Bermúdez¹

Universidad Nacional de Cuyo (Argentina)
Universidad de Mendoza (Argentina)
fbermudez@derecho.uncu.edu.ar

1 Doctor en Derecho, Abogado y Profesor de Grado Universitario en Ciencias Jurídicas egresado de las Facultades de Derecho y Filosofía y Letras de la UNCUIYO. Profesor Titular de Problemática del Conocimiento en la Facultad de Derecho de la UNCUIYO y Profesor Adjunto de Filosofía Jurídica de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza. Profesor de Epistemología y Metodología de la Investigación en diversos posgrados de la UNCUIYO y de la Universidad de Mendoza. Coordinador de Ciencia y Técnica en la Facultad de Derecho de la UNCUIYO y Director de Posgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza.

Resumen

La situación actual del poder judicial está atravesada por diversas antinomias que van desde las críticas a la legitimidad de origen (justicia legítima) y de ejercicio (justicia dialógica), hasta la desaparición de los tribunales. En este escenario, algunos autores enrolados en la llamada “justicia dialógica”, parten de un concepto de constitución denominada deliberativa, donde la legitimación constitucional estaría en un diálogo inclusivo en que las decisiones serían resultado de procesos de discusión en los que intervinieran todos los afectados en igualdad de posiciones. En segundo lugar, se observa una crítica a la supuesta falta de legitimidad de ejercicio democrático del poder judicial. El presente artículo, responderá al siguiente interrogante: ¿El poder judicial, es un órgano jurisdiccional o un promotor de la deliberación democrática? Se estudiará cuáles serían los alcances de una democracia deliberativa en el estado de derecho y su proyección al poder judicial.

Palabras clave: Democracia deliberativa; Constitucionalismo Popular; Estado de derecho; Poder Judicial; Jurisdicción.

Abstract

The current situation of the judiciary is undergoing numerous antinomies that range from criticism to the legitimacy of origin (legitimate justice) and practice (dialogic justice), to the disappearance of courts. In this scenario, some authors enrolled in the so-called Dialogic Justice, based on the concept of deliberative constitution in which constitutional legitimation is in an inclusive dialogue in which decisions result from discussion processes in which all those affected are in the same conditions. Second, there is criticism of an alleged lack of legitimacy in democratic practice on behalf of the judiciary. This article will answer the following question: Is the judiciary a jurisdictional body or a promoter of democratic deliberation? The scope of a deliberative democracy in the rule of law and its impact on the judiciary will be studied.

Keywords: Deliberative Democracy; Popular Constitutionalism; Rule of Law; Judiciary; Jurisdiction.

“... los integrantes de este Tribunal no hemos prestado juramento constitucional para facilitar o dificultar los propósitos políticos de los gobiernos de turno; lo hemos hecho simple y exclusivamente para decidir si ellos se adecuan a la Constitución Nacional, y por lo mismo, no sería saludable que el alto contenido emocional que suelen tener dichos propósitos nos impresionen de tal modo que lleguemos a depender de ellos. Somos los guardianes supremos de los principios constitucionales, entre los cuales está el de evitar cualquier exceso de los otros poderes. Tenemos el deber ineludible de pronunciarnos ante cualquier intento de desconocer dichos principios. No podemos medir la capacidad política de las ramas ejecutiva y legislativa; somos guardianes del sistema de libertades del pueblo y no los encargados de encauzar su destino político y económico. Es pues necesario que esta Corte sea el órgano de gobierno más desapasionado y el confiable tutor de los mandatos constitucionales”.

Enrique Petracchi²

(Ex Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación)

Sumario

1. Introducción
2. Democracia deliberativa y justicia dialógica
3. El constitucionalismo popular
4. Estado de derecho
5. Conclusión: estado de derecho, democracia y poder judicial
6. Bibliografía

2 Rec. M. 547 XXIII, sentencia del 24 de setiembre de 1991, in re: “Molinas, Ricardo Francisco c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ Amparo”, citado por EKMEKDJIAN, Miguel Ángel. Reflexiones sobre la Constitución y el Mercosur. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2005, pág. 426.

1. Introducción

La situación actual del poder judicial se encuentra tensionada por diversas antinomias que van desde las críticas a la legitimidad de origen y de ejercicio (“justicia legítima”³ o “popular” y “justicia dialógica o deliberativa”), hasta la desaparición de los jueces, como plantea el escritor norteamericano Jeremy Waldron⁴, que propone un mundo sin tribunales. En este escenario, algunos autores enrolados en la llamada “justicia dialógica”, parten de un concepto de constitución denominada “deliberativa”, donde la legitimación constitucional estaría en un diálogo inclusivo en que las decisiones serían resultado de procesos de discusión en los que intervinieran todos los afectados en igualdad de posiciones.

En el otro extremo está el denominado “constitucionalismo popular” que, entre otras características, el pueblo asume el poder constituyente, el poder constituido, el poder interpretativo y sus interpretaciones son las más auténticas, definitivas y superiores al texto escrito. Es el primero, el mejor y el final interprete de la constitución. De esta manera, se puede concluir claramente, que la función jurisdiccional estaría relegada a ser un apéndice del pueblo, como único sujeto capaz de interpretar y tener la última palabra de la constitución.

Y por último encontramos el “estado de derecho” que, no obstante, las diversas tipologías que se encuentran en discusión, plantea una instancia distinta a las dos corrientes anteriores, donde la naturaleza jurisdiccional del poder judicial está enmarcada en aspectos sustanciales o valorativos del sistema político y de gobierno y no solo procedimentales a través de la invocación del diálogo o del pueblo⁵. En el presente capítulo se trata de responder al siguiente interrogante:

3 Un antecedente fue la denominada “*Democratización de la Justicia*”, que entre otras iniciativas proponía la modificación del Consejo de la Magistratura Nacional y la elección popular de los jueces. Apoyado y promovido por la Asociación Civil Justicia Legítima.

4 WALDRON, Jeremy. *Lawan Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999. Pág. 16. Citado por SAGER, Lawrence. *Juez y democracia. Una teoría de la práctica constitucional norteamericana*. Madrid: Marcial Pons, 2007, pág. 198.

5 En este sentido es que el constitucionalismo popular como el dialógico no hablen del estado de derecho, porque supone una instancia que sobrepasa al pueblo. Loris Zanatta, afirma en esta línea argumentativa:

¿El poder judicial, es un órgano jurisdiccional o un promotor de la deliberación democrática? y ¿Cuál de las tres posiciones recepciona mejor el papel y función del poder judicial, justamente respetando su naturaleza jurídica y su adecuado papel en un sistema republicano como el argentino?

2. Democracia deliberativa y justicia dialógica

La "justicia dialógica o constitucionalismo dialógico o deliberativo"⁶, es una práctica que se viene desarrollando desde la década de 1980, y que busca responder a tres interrogantes como son la revisión judicial, la cuestión democrática y el problema del diseño institucional⁷. En particular los autores ponen como hito de inicio el año 1982 en Canadá, cuando allí se adoptó la "Carta de Derechos"⁸, donde entre sus principales novedades, incluye la denominada "cláusula del no obstante" que permite a la Legislatura insistir con su legislación, durante otros cinco años, a pesar de que la Corte la declarase incompatible con la Carta misma. Esta práctica abrió, según los autores, una forma diferente de la relación entre jueces y legisladores, que ya no iba a caracterizarse por la presencia de un Poder Judicial con el derecho de imponer su autoridad sobre los legisladores, en caso de desacuerdo con estas respecto del significado de la Constitución.

Además del modelo de Canadá, han aparecido otras formas dialógicas⁹

"Así pues, el populismo es antiliberal y tolera mal o alude las reglas establecidas por el constitucionalismo liberal y el espíritu inherente al Estado de derecho, además de pensar que el "pueblo", considerado siempre como una comunidad indivisa, tiene prioridad absoluta sobre cualquier otro poder", En: ZANATTA, Loris. *El populismo*. Buenos Aires: Katz, 2016, pág. 163.

6 Un representante del constitucionalismo deliberativo es Carlos Nino, sobre esto leer, *La Constitución como convención*, en: NINO, Carlos. *Una teoría de la justicia para la democracia*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2013, pág. 19 y ss.

7 GARGARELLA, Roberto y BERGALLO, Paulo. *Presentación*. En: GARGARELLA (Comp.) *Por una justicia dialógica*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2014, pág. 9 y ss.

8 Carta Canadiense de Derechos y Libertades, 1982. [Fecha de consulta: 16 de junio de 2019]. Disponible en: https://web.oas.org/mla/en/Countries_Intro/sp_can_const.pdf

9 GARGARELLA, Roberto. *El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos*. En: GARGARELLA, R. (Comp.). *Por una justicia dialógica*. Op. cit., pág. 119 y ss.

como el llamado “nuevo modelo constitucional del Commonwealth”, que van desde el Reino Unido (1998), Nueva Zelanda (1990), Austria (2004) y el Estado de Victoria (2006) y que consiste en una combinación de los elementos tradicionales en el *common law* del *Commonwealth* con las nuevas declaraciones de derechos fundamentales. Por ejemplo, el involucramiento de los poderes legislativos en la revisión de la constitucionalidad de las normas antes de que se conviertan en leyes vigentes. También se cita como ejemplo, los derechos indígenas y el derecho de consulta, destinado a asegurar que las comunidades afectadas por las renovadas formas de la explotación económica participen en esas decisiones. El caso de las empresas de megaminería, por ejemplo.

Y en el caso de América Latina, se pueden observar prácticas dialógicas llevadas a cabo por los tribunales superiores, a través de las convocatorias a audiencias públicas en que participan no solo las partes sino diferentes miembros de la sociedad civil. Un ejemplo de ello fue la audiencia pública de la Ley de Medios¹⁰ en la Argentina, y en Colombia sobre los problemas de superpoblación carcelaria, y desplazamiento de personas¹¹.

En resumidas cuentas, el constitucionalismo deliberativo plantea, a pesar de los matices de sus principales exponentes, que los asuntos constitucionales fundamentales deben ser resueltos mediante una conversación extendida, persistente en el tiempo, y que debe involucrar a las distintas ramas del poder, tanto como a la propia ciudadanía.

Ahora bien, dentro de las principales objeciones que plantea la justicia dialógica se encuentra la cuestión de la revisión judicial y su legitimidad democrática. En este sentido, se pueden observar varias propuestas al tema de la revisión judicial.

En un primer lugar, nos encontramos con Peter Hogg y Allison Bushell, que plantean el siguiente interrogante: ¿Por qué los jueces, que no son elegidos para ocupar sus cargos ni responsables de sus acciones, son investidos del poder

10 LORENZETTI, Ricardo. *Las audiencias públicas y la Corte Suprema*. En: GARGARELLA, R. (Comp.). *Por una justicia dialógica*. Op. cit., pág. 345 y ss. Del mismo autor, *El arte de hacer justicia*. Buenos Aires: Sudamericana, 2015.

11 RODRÍGUEZ GARAVITO, César y RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. *Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2015.

de invalidar leyes que han sido creadas por los representantes del pueblo debidamente elegidos? La respuesta común ante esta objeción, es para los autores, que todas las instituciones de nuestra sociedad deben acatar el estado de derecho, y la revisión judicial simplemente requiere la obediencia de los órganos legislativos a la Ley de la Constitución. ¿Es posible que haya diálogo entre dos instituciones cuando una está claramente subordinada a la otra? ¿Acaso este no requiere una relación entre iguales? Planteando como propuesta de diálogo entre la Corte y el órgano legislativo que la decisión judicial este abierta a la revocación, modificación o anulación legislativa. El cuerpo legislativo está en condiciones de idear una respuesta que respete los valores de la carta que han sido identificados por la Corte, pero que cumpla con los objetivos sociales y económicos que la decisión judicial ha impedido¹². Los autores no explican cómo se llevara a cabo dicho diálogo, ya que al no tener la última palabra el Poder Judicial, por la facultad que se le otorgaría al poder legislativo de revocar una sentencia de la Corte, no se resuelve cuando terminaría este ida y vuelta de revocación a revocación.

En otro sentido, vemos a Mark Tushnet¹³, para el cual la revisión judicial dialógica es una posibilidad interesante e implica una modificación bastante significativa de la revisión judicial. En vez de dar a la revisión una forma fuerte, la debilita, y ese grado de debilitamiento dependerá de la forma precisa que tome. La idea básica de la revisión judicial dialógica es alentar interacciones entre las distintas ramas acerca de cuál de las interpretaciones rivales razonables sobre las provisiones constitucionales es la correcta.

Un diálogo modelo puede tomar esta forma: la Legislatura promulga una ley que luego es declarada inconstitucional por la Suprema Corte al violar lo que la Corte entiende por protección constitucional a la libertad de expresión. La Legislatura puede responder de distintas formas. Por ejemplo, señalando que la Suprema Corte, servicialmente, ha dirigido su atención a un problema

12 HOGG, Peter W. y BUSHELL, Allison A. *El diálogo de la Carta entre los tribunales y las legislaturas (o quizá la Carta de Derechos no sea algo tan malo después de todo)*. En: GARGARELLA, R. (Comp.). *Por una justicia dialógica*. Op. cit., pág. 17 y ss.

13 Sobre el autor consultar el libro homenaje coordinado por GARGARELLA, Roberto y NIEMBRO ORTEGA, Roberto. *Constitucionalismo progresista: retos y perspectivas*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2016.

constitucional que la Legislatura había ignorado o infravalorado antes. Por lo tanto, al centrar su atención en la cuestión constitucional, puede que termine estando de acuerdo con la interpretación de la Corte y modifique la ley para que sea consistente con esa interpretación. O, algo aún más interesante, puede que la Legislatura concluya, luego de deliberar, que encuentra una interpretación de la provisión de la libertad de expresión según la cual la ley original era constitucional y, sin modificación alguna, más razonable que la de la Corte. Es importante observar que, en un sistema con revisión judicial dialógica, debe haber algún mecanismo (como el poder de veto de la sección 33) para hacer que la insistencia de la Legislatura en su propia interpretación razonable sea legalmente efectiva¹⁴.

¿Cuáles son entonces las formas de revisión judicial dialógica? El diálogo ocurre a lo largo del tiempo o en forma secuencial. La dimensión temporal del diálogo nos permite incluir en el modelo general de la revisión judicial dialógica algunos aspectos que ya son familiares¹⁵. Como se puede observar, tampoco este autor soluciona el problema de la última palabra o la forma en que esa nueva interpretación llevada a cabo por la legislatura, se termine por imponer.

En un sentido similar, Roberto Gargarella considera que las soluciones dialógicas prometen terminar con las tradicionales objeciones democráticas a la revisión judicial basadas en las débiles credenciales democráticas del Poder Judicial, o en el riesgo de que, al “imponer la última palabra”, afecte el sentido y objeto de la democracia constitucional, según la cual, las mayorías deben estar en el centro de la creación normativa. En este sentido, las soluciones dialógicas eluden el problema de la “última palabra” y puede ayudar a que la política vuelva a ocupar un lugar prominente en el proceso de toma de decisiones.

De esta manera, propone el autor argentino, promover una organización institucional diferente, capaz de dejar atrás esa estructura que, en un principio, se había propuesto contener y canalizar la “guerra social”. Es decir, una estructura basada en la lógica agonial o de enfrentamiento.

Para superar estos problemas, parte de una particular concepción

14 TUSHNET, Mark. *Revisión judicial dialógica*. En GARGARELLA, R. (Comp.). *Por una justicia dialógica*. Op. cit., pág. 109.

15 Ídem.

democrática como es: la deliberativa, como un ideal regulativo desde el cual es posible los particulares arreglos institucionales. Ahora bien, qué se entiende por democracia deliberativa. La misma busca asegurar que el proceso de toma de decisiones se asiente en un diálogo inclusivo, en contraste con los vinculados a la tradición de los frenos y contrapesos. Retomando la noción habermasiana de que las decisiones justificadas son las que resultan de procesos de discusión en los que intervienen en posición de igualdad todos los potenciales afectados. 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. Asimismo, la discusión entre todos los posibles afectados sirve a propósitos diferentes y valiosos: abre la posibilidad de que todos obtengamos información con la que no contábamos, corriamos errores a partir de las críticas que recibimos de los demás, nos veamos forzados a plantear nuestras posiciones en términos entendibles y aceptables para los demás y, en consecuencia, nos obliga a pensar de qué modo nuestras iniciativas impactan sobre los otros y a considerarlos en nuestras propuestas. Además, nos compele a confrontar con quienes piensan distinto y a argumentar con ellos en lugar de simplemente descartar de forma prejuiciosa o dogmática sus puntos de vistas. Por último, hay un elemento civilizatorio y educativo en la idea misma de discutir con otros, sobre todo cuando aceptamos que lo que debe prevalecer es la postura que posea el mejor argumento¹⁶.

Resulta difícil considerar como diálogo una situación en la cual las distintas partes no se encuentran situadas en posición de igualdad y en la que una de ellas, en los hechos, se ubica en un lugar de dominación¹⁷.

Por último, tenemos al profesor Conrado Hübner, que en la línea de la revisión judicial se pregunta: ¿Importa la última palabra? Sí, pero menos de lo que se suele considerar. ¿En qué casos importa? En aquellos en los que se deba zanjar una controversia con cierta pretensión de durabilidad o cuando se deba resolver, aun de manera provisional, la toma de una decisión colectiva

16 GARGARELLA, Roberto. *El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos*.

En: GARGARELLA, R. (Comp.), *Por una justicia dialógica*. Op. cit., pág. 125 y ss.

17 *Ibidem*, pág. 148.

que sea válida para todos. ¿Cuál será el criterio para elegir la institución que posea la prerrogativa de esta última palabra, aunque sea provisional? Alguien podría afirmar que debería ser la confianza de la comunidad en la institución que tenga mayores probabilidades de producir la mejor decisión posible. Pero ¿qué ocurre si esta institución es comparativamente menos democrática que las demás? Incluso quien acepte la hipótesis del carácter más o menos democrático de instituciones aisladas, debería admitir en términos pragmáticos, dentro de la lógica de la división de poderes, la institución “más democrática” debería de tener posibilidad de contestar cuando esté en desacuerdo¹⁸.

Éste último propone un criterio de legitimidad que hace de la deliberación su variable dominante, del que se puede derivar un sistema métrico de la interacción institucional: la “performance deliberativa”. Sostengo que los Parlamentos y las Cortes tienen la legitimidad necesaria para sostener su actividad en la medida en que participan del diálogo. Pueden elegir diferir, esperar o, frente a un nuevo argumento mejor, desafiar a otra rama de gobierno. Por esto, considera la revisión judicial como un veto temporario y también como una herramienta que permite refinar la conversación interinstitucional¹⁹.

Como vemos, los autores de diversas procedencias, van a coincidir en la falta de legitimidad de la revisión judicial por la falta de sustento democrático dialógico, sin otra explicación que el sólo hecho del diálogo por el diálogo mismo, sin ninguna instancia a donde podría llegar ese diálogo o cuáles podrían ser las condiciones valorativas del mismo.

3. El constitucionalismo popular

Otra de las corrientes más influyentes en la actualidad, en particular en los Estados Unidos es el llamado “constitucionalismo popular”²⁰, que entre otros

18 MENDES, Conrado Hübner. *Una división de poderes deliberativa: entre el diálogo y la última palabra*, En: GARGARELLA, R. (Comp.). *Por una justicia dialógica*. Op. cit., pág. 163.

19 *Ibidem*, pág. 169.

20 Sobre el populismo se puede consultar entre otros: LACLAU, Ernesto. *La razón populista*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2014; FORSTER, Ricardo. *El litigio por la democracia*. Buenos Aires: Planeta, 2011. Una visión crítica del populismo, se puede consultar a ZANATTA, Loris. *El populismo*. Op. cit.

autores representativos se puede nombrar a Jack Balkin²¹, Stanford Levinson²², Richard Parker²³, Jeremy Waldron²⁴ y Larry Kramer. El último es uno de los más reconocidos, sobre todo por su libro *The People Themselves*²⁵, el cual propone, entre otros aspectos, un sistema en que el pueblo asume un control activo y constante sobre la interpretación y aplicación del derecho constitucional. Justamente frente al pueblo el autor pone como enemiga de esta posición popular la denominada "Supremacía Judicial", es decir, la facultad que tienen los jueces de tener la última palabra cuando se trata de interpretar la constitución y de tomar las decisiones sobre el significado de la misma, por ejemplo, la facultad de declarar la inconstitucionalidad de la ley dictada por el poder legislativo. Este autor ha influenciado a muchos de los intentos de reforma judicial que a partir del principio democrático popular pretenden trasladan este fundamento a la legitimidad de ejercicio judicial, tratando de insertar en la lógica jurisdiccional.

Si bien se puede encontrar una gran heterogeneidad entre los autores que han trabajado en el constitucionalismo popular, existen algunos presupuestos comunes entre los cuales podemos resaltar:

- a) Crítica a la supremacía judicial: importa quitar a la corte el poder de intérprete final de la Constitución. Sacar la Constitución de los tribunales, según la frase de Mark Tushnet.
- b) Sensibilidad popular: el populismo, la defensa de las opiniones y valores del pueblo, la preocupación por recuperar y reconocer la importancia y el peso institucional a los valores propios de la cultura popular.
- c) Interpretación extrajudicial: la interpretación constitucional de los ciuda-

21 BALKIN, Jack. "Idolatry and Faith". *Tulsa Law Review*. 2003. Vol. 38, pág. 553; LEVINSON, Stanford. "Respect-Worthy: Frank Michelman and the Legitimate Constitution". *Tulsa Law Review*. 2004, Vol. 39, pág. 485.

22 LEVINSON, Stanford. "Constitutional Populism: Is It Time for 'We the People' to Demand an Article Five Convention". *Widener Law Symposium Journal*. 1999. Vol. 4, pág. 211.

23 PARKER, Richard. "Here, the People Rule, A Constitutional Populist Manifesto". *Valparaiso University Law Review*. 1993. Vol. 27, núm. 3.

24 WALDRON, Jeremy. *Law an Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

25 KRAMER, Larry. "The People Themselves". *Popular Constitutionalism and Judicial Review*. Oxford: Oxford University Press, 2004. Consultar la reseña que realiza GARGARELLA, R a esta obra, "El nacimiento del "Constitucionalismo popular". *Revista de Libros de la Fundación Caja de Madrid*. 2006. N° 112, pág. 15 y ss.

danos. No se excluye la interpretación por los poderes (la departamentación), pero se reserva al pueblo la palabra final.

- d) Pluralismo jurídico: la existencia de otro derecho fuera del derecho estatal, cargando las tintas sobre el sistema judicial, que descuida o desmerece el sentido o sentimiento jurídico de la ciudadanía, no obstante que la sociedad misma suele reconstruir las decisiones judiciales y hasta socavarlas.
- e) Soberanía del pueblo: este es el fundamento de las reformas y cambios que proponen; confían en la cultura popular, postulando mandatos cortos, la rotación en los cargos, la descentralización del poder²⁶.

Larry Alexander y Lawrence Solum, en otro sentido, sintetizan en seis proposiciones los alcances del constitucionalismo popular: 1) el pueblo mismo hace la Constitución, 2) el pueblo mismo hace cumplir la Constitución, 3) el pueblo mismo interpreta la Constitución, 4) las interpretaciones constitucionales del pueblo son auténticas en el sentido de autoritativas, 5) la autoridad constitucional interpretativa del pueblo es definitiva y final con respecto a las instituciones gubernamentales, lo que importa que la autoridad interpretativa de las instituciones de gobierno, incluyendo el Poder Judicial, está subordinada a las interpretaciones del pueblo mismo y sujeta a la revisión de éste, 6) las decisiones constitucionales tomadas por el propio pueblo triunfan sobre el texto escrito de la Constitución²⁷. De esta manera, el pueblo asume el poder constituyente, el poder constituido, el poder interpretativo radica en el mismo pueblo y sus interpretaciones son las más auténticas, definitivas y superiores al texto escrito. Es el primero, el mejor y final interprete de la constitución. Todos estos aspectos se verán reflejados en la obra de Kramer.

Es importante ver cuál sería la idea de pueblo que plantea Kramer, ya que nos permitirá observar los alcances de su propuesta. En este sentido afirma: “En un mundo de constitucionalismo popular, los funcionarios de gobierno son los controlados, no los controladores, y la autoridad interpretativa final recae en el

26 SEGOVIA, Juan Fernando. “La interpretación constitucional populista”. *Prudentia Iuris*. Buenos Aires,. 2013. Nº 76, pág. 109 y ss.

27 LARRY, Alexander y SOLUM, Lawrence. “Popular? Constitutionalism?”. *Harvard Law Review*. 2005. Nº 118, pág. 1621-1626, citado por SEGOVIA, Juan Fernando. Op. cit., pág. 112.

propio pueblo"²⁸, de ahí que la Constitución sea un acto de la voluntad popular del pueblo y hecha por el pueblo.

De esta manera el principio básico del constitucionalismo popular sería en palabras de Kramer:

“... la idea de que los ciudadanos son nuestros intérpretes más autorizados de la Constitución: que sus puntos de vista sobre el significado de la Constitución, expresados colectivamente, reflejan la máxima autoridad a la hora de resolver los desacuerdos acerca de lo que el documento permite, prohíbe o requiere. A alguien que abraza el constitucionalismo popular, no le basta con decir que el ciudadano puede cambiar el texto a través de una enmienda... o alguna vía más informal, desde que la indudable autoridad popular para hacer la ley constitucional ni disminuye ni excluye cualquier poder concurrente para interpretarla. Tampoco es suficiente decir que los ciudadanos comunes pueden tener opiniones y expresar su descontento por la agitación, no si esto aún significa que la última palabra está formalmente depositada en alguna persona fuera de la comunidad a la que ésta deba persuadir”²⁹.

Respecto de los medios de actuación con que contaría la política constitucionalismo popular, serían varios, a saber: movimientos sociales, de los legisladores, de los políticos de partido, reclamando y presionando en diferentes ámbitos fuera de los tribunales, en las calles, en el discurso público y debates, en los salones del Congreso, en la elaboración de nuevas leyes de derechos civiles y en peleas sobre nombramientos judiciales.

En definitiva, para Kramer la democracia prevalece sobre la justicia. Dicha respuesta la dijo contestándole a Lawrence Sager, sintetizando la postura del constitucionalismo popular, donde la justicia está subordinada al pueblo.

“La democracia prevalece sobre la justicia”. Esta frase sintetiza el punto central y decisivo del constitucionalismo popular, que deviene en una instancia

28 KRAMER, Larry. *The people themselves: popular Constitutionalism and judicial review*. Oxford: Oxford University Press, 2004. Pág. 107, citado por SEGOVIA, Juan Fernando. Op. cit., pág. 113.

29 KRAMER, Larry. “Undercover anti-populism”. *Fordham Law Review*. 2005. Vol. 73, pág. 1344, citado por SEGOVIA, Juan Fernando. Op. cit., pág. 119.

de relativismo moral, ya que no importa si la democracia busque el bien o sea justa, solo basta que sea expresión del pueblo. Si bien se podrían objetar o discutir varias de las tesis afirmadas por el autor, solo nos detendremos en esto que hemos denominado “relativismo moral y jurídico”, es decir, el no plantear el tema de la perfección humana.

Como se puede apreciar, no interesa hablar sobre el bien, los bienes humanos, la virtud o los valores como aquellas instancias de perfección en el hombre, es decir, del “arte de la vida buena”, como le llamaban los clásicos.

4. Estado de derecho

Respecto del “estado de derecho”, lo primero que debemos hacer es precisar qué entendemos por el mismo, por la gran diversidad de tipologías que existen como autores que lo tratan³⁰. En general cuando hablamos de “estado de derecho”, se hace referencia a la sujeción del poder político a la ley, para resguardar la autonomía de los individuos. Esta versión es la liberal, pero no es ni la primera históricamente, ni la única en la historia del pensamiento³¹.

Así podemos ver a Platón, Aristóteles, Cicerón, Tomás de Aquino, quienes en general resaltan que el mejor gobierno es el de la ley, no el del hombre, con las correspondientes salvedades de cada autor citado. Es decir, se resalta la idea del “gobierno del derecho”.

En este “gobierno del derecho” se reconoce al poder judicial dentro de la división de poderes y cuya legitimidad estaría sustentada en su naturaleza jurisdiccional, entendida como la función “decir el derecho en el caso particular y concreto”. El Poder Judicial, afirma Julio E. Soler Miralles, define situaciones particularizadas en concreto y ningún requerimiento de definición le es introducido sino en el vehículo del caso; sus pronunciamientos, formalmente al menos, agotan su virtualidad en el límite de lo concreto³². De este contenido

30 Sobre la evolución histórica consultar a, HERRERA, Daniel. “Del estado de derecho liberal moderno al estado constitucional de derecho actual”. *Forum. Anuario del Centro de Derecho Constitucional*. 2014 núm. 2.

31 MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio. “Nota sobre gobierno del derecho y ética de la virtud”. *Prudentia Iuris*. Buenos Aires. 2014. N° 78, pág. 147-148.

32 SOLER MIRALLES, Julio E. “Poder Judicial y Función Judicial”. En: INSTITUTO ARGENTINO DE ESTUDIOS

jurisdiccional, surge su nota de profesionalidad, que también es propio del "estado de derecho" estructurado en la formulación constitucional.

En las democracias constitucionales, afirma María Angélica Gelli, tanto en las que predomina el "Estado Liberal personalista" como el "Estado Social de Derecho", la función judicial es una atribución estatal exclusiva. Incluso en la concepción restrictiva del estado mínimo, éste debe prestar y asegurar a todos los habitantes un servicio de composición de conflictos y garantía de los derechos en todas sus formulaciones. Este deber estatal está directamente relacionado con las garantías del debido proceso adjetivo, aseguradas especialmente en el art. 18 de la Constitución Nacional y puede sintetizarse en la defensa en juicio de la persona y sus derechos.

Ahora bien, la garantía de la defensa en juicio no se agota con el establecimiento material de tribunales, la asignación a éstos de competencia y el dictado de normas procesales. Tampoco se vulnera por la disposición legal de formas alternativas de solución de conflictos, siempre que signifiquen opciones disponibles para el usuario o, si son obligatorias, garanticen el acceso a la justicia.

Pero, aquella garantía jurisdiccional exige, según mandato del Preámbulo de la Constitución y la doctrina elaborada al respecto por la Corte Suprema, asegurar la "justicia". Es decir, resulta necesario dictar sentencias justas, ya sea que se aplique al caso la justicia conmutativa, la distributiva o la social. Tal requerimiento demanda, sin excepción, un poder judicial independiente e idóneo, alejado de las presiones político-partidarias y de los factores de poder, económicos o sociales³³.

Como se puede apreciar, en el "estado de derecho", vamos a encontrar una clara preocupación por los fines de la actividad judicial y el resultado de su actuación, más allá del procedimiento tendiente a realizar su trabajo. A diferencia de las teorías analizadas con anterioridad, donde el punto estaba en cuestiones ajenas a los aspectos valorativos o sustanciales, preocupándose solo por el procedimiento a llevar a cabo.

Somos conscientes que no es suficiente con la realización de los requisitos

CONSTITUCIONALES Y POLÍTICOS. *El Poder Judicial*. Buenos Aires: Depalma, 1989, pág. 104.

33 GELLI, María Angélica. *Constitución de la Nación Argentina, Comentada y concordada*. Buenos Aires: La Ley, 1994. Tomo II, pág. 457.

del *rule of law* para alcanzar en concreto la justicia de las leyes, sino que es necesario al menos una cierta medida de virtud moral para lograrla³⁴. Pero dentro de las opciones que se vienen discutiendo en la actualidad cuyos extremos hemos visto en la “justicia dialógica” y el “constitucionalismo popular”, el mejor ámbito donde se podría desarrollar esto sería en el estado de derecho.

5. Conclusión: estado de derecho, democracia y poder judicial

Una de las características del pensar jurídico de la modernidad es el abandono del finalismo, es decir, el descuido de las causas finales, deteniéndose solo en las causas eficientes desprovistas de sentido y finalidad³⁵. El derecho y la política dejan de ser considerados desde el punto de vista de los fines y objetivos por lograr en la concreta convivencia del hombre, y elevados al campo de los meros mecanismos procedimentales. Ya no importa cuál es la mejor forma de sociedad, de gobierno o de Estado, como plantearon Platón y Aristóteles.

El circunscribir toda la legitimidad, ya sea en un proceso de dialogo sostenido en el tiempo o en el pueblo como sujeto único y principal del orden jurídico político, y por el solo hecho de ser el sujeto de la soberanía política, hace producir una absolutización de la deliberación o del mismo pueblo, haciendo reducir las instancias valorativas a nada, es decir, no existen instancias ni política ni morales superiores a la deliberación o al pueblo mismo.

Debemos recordar con MacIntyre que resaltar las virtudes (la Justicia) como instancias de perfección humana no es solo para mantener las relaciones necesarias a fin de lograr la multiplicidad de bienes, sino también para mantener aquellas tradiciones que proporcionan, tanto a las prácticas como a las vidas individuales, su contexto histórico necesario³⁶. Solo importa, para Kramer, resaltar al pueblo como sujeto legitimado por excelencia, siendo el interprete final de la vida política, sin tener en cuenta otras legitimidades institucionales, que también son valederas, como por ejemplo la legitimidad del poder judicial

34 MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio. “Nota sobre gobierno del derecho y ética de la virtud”. *Op. cit.*, pág. 151.

35 Sobre las características del pensamiento jurídico de la modernidad consultar: MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio. *La desintegración del pensar jurídico en la edad moderna*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1980.

36 MACINTYRE, Alasdair. *Tras la virtud*. Barcelona: Crítica, 1987, pág. 274.

por su naturaleza jurisdiccional, es decir, por su función de dictar sentencias justas. Por esta razón no se plantea el "estado de derecho", porque esto implicaría una instancia de valoración ética, jurídica y política. De ahí que algunos autores hablen de "estado de justicia" como sinónimo de "estado de derecho" dada su íntima relación.

Por último, tanto las propuestas de la justicia dialógica como del constitucionalismo popular, terminan en un claro escepticismo donde ya no hay posibilidades de conocer en forma racional y objetiva la verdad práctica del orden ético, jurídico y político; no hay un conocimiento de lo que debe ser, sino en todos los casos de lo que es, con independencia de su verdad o error, justicia o injusticia, es decir, con independencia de su verdadero deber ser o deber no ser.

En la medida en que no volvamos a comprender lo jurídico y lo político en clave de perfección humana, de vida buena, de ejemplaridad, es muy difícil establecer una fundamentación racional y objetiva de nuestras instituciones jurídico-políticas, por la sencilla razón de la ausencia de algún marco referencial al cual recurrir y poder valorar. Esto lo han venido planteando, entre otros autores, R. Dworkin³⁷ y R. Alexy³⁸. Éste último en particular, cuando propone la naturaleza dual del derecho, es decir, su naturaleza autoritativa e institucional, por un lado, y valorativa y moral por otro, como marco de referencia axiológica del derecho. Este es el sentido que viene buscando el movimiento de rehabilitación de la filosofía práctica desde hace algunos años, cuando trata de retomar nuevamente el orden de los fines y valores del obrar humano en sociedad. En este sentido, afirma John Finnis, uno de sus mayores representantes:

"La filosofía práctica es una reflexión disciplinada y crítica sobre los bienes que pueden realizarse en la acción humana y sobre las exigencias de la razonabilidad práctica. De manera que cuando decimos que el teórico descriptivo debe proceder [...], adoptando un punto de vista práctico, queremos decir que él debe apreciar la importancia o significación de las semejanzas y las diferencias dentro de su materia de estudio preguntándose qué sería considerado importante o significativo en ese campo por aquellos

37 DWORKIN, Ronald. *Justicia para erizo*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2014.

38 ALEXY, Robert. *El concepto y la naturaleza del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2008.

cuyos intereses, decisiones y actividades crean o constituyen la materia estudiada”³⁹.

Por último, queda la pregunta, si son compatibles las prácticas constitucionales con la democracia basadas en la justicia. La respuesta es sí. Bien afirma Lawrence Sager, cuando resalta la idea de colaboración y asociación del poder judicial, no como meros agentes, seguidores de instrucciones. Estos deben trabajar en forma asociada con las instituciones públicas democráticas, haciendo posible una justicia constitucional más completa que si los tribunales actuaran en solitario.

“... es un error, sin duda, concluir a priori que una sociedad que cuente con un sistema de supremacía legislativa puro es más respetuosa con sus ciudadanos, en tanto que titulares de derechos con igualdad política, que una sociedad que sitúa los derechos en el centro de una práctica de aplicación judicial de la constitución”⁴⁰.

Ante la dicotomía democracia o justicia, creemos que podemos concluir con un estado de derecho con más democracia y con más justicia. Ian Shapiro sostiene que una de las notas de la democracia es justamente la ausencia de dominación, y que en “ello confluye democracia y justicia”, pues, las explicaciones más convincentes de ambos ideales implican compromisos con la idea de ausencia de dominación. “El reto es dar con maneras de limitar la dominación y minimizar a la vez las interferencias con las jerarquías legítimas y las relaciones entre poderes”⁴¹.

39 FINNIS, John. *Ley natural y derechos naturales*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000, pág. 46.

40 SAGER, Lawrence. *Juez y democracia. Una teoría de la práctica constitucional norteamericana*. Op. cit., pág. 207.

41 SHAPIRO, Ian. *La teoría de la democracia en el mundo real*. Madrid: Marcial Pons, 2011, citado por MAINO, Carlos. “¿Gobierno de los jueces o gobierno de las instituciones?: pervivencia del rule of law en épocas neoconstitucionales”. *Forum. Anuario del Centro de Derecho Constitucional*. 2014. N° 2, pág. 119.

6. Bibliografía

- ALEXY, Robert. *El concepto y la naturaleza del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2008.
- BALKIN, Jack. "Idolatry and Faith". *Tulsa Law Review*. 2003. Vol. 38.
- Carta Canadiense de Derechos y Libertades, 1982. [Fecha de consulta: 16 de junio de 2019].
Disponible en: https://web.oas.org/mla/en/Countries_Intro/sp_can_const.pdf
- DWORKIN, Ronald. *Justicia para erizo*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2014.
- FINNIS, John. *Ley natural y derechos naturales*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000.
- GARGARELLA, Roberto. "El nacimiento del "Constitucionalismo popular". *Revista de Libros de la Fundación Caja de Madrid*. 2006. N° 112.
- GARGARELLA, Roberto. *El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos*. En: GARGARELLA, R. (Comp.). *Por una justicia dialógica*. Op. cit.
- GARGARELLA, Roberto (Comp.). *Por una justicia dialógica*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2014.
- GARGARELLA, Roberto y BERGALLO, Paulo. *Presentación*. En: GARGARELLA (Comp.) *Por una justicia dialógica*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2014.
- GARGARELLA, Roberto y NIEMBRO ORTEGA, Roberto. *Constitucionalismo progresista: retos y perspectivas*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2016.
- GELLI, María Angélica. *Constitución de la Nación Argentina, Comentada y concordada*. Buenos Aires: La Ley, 1994. Tomo II.
- HERRERA, Daniel. "Del estado de derecho liberal moderno al estado constitucional de derecho actual". *Forum. Anuario del Centro de Derecho Constitucional*. 2014 núm. 2.
- HOGG, Peter W. y BUSHHELL, Allison A. *El diálogo de la Carta entre los tribunales y las legislaturas (o quizá la Carta de Derechos no sea algo tan malo después de todo)*. En: GARGARELLA, R. (Comp.). *Por una justicia dialógica*. Op. cit.
- FORSTER, Ricardo. *El litigio por la democracia*. Buenos Aires: Planeta, 2011.
- KRAMER, Larry. "The People Themselves". *Popular Constitutionalism and Judicial Review*. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- LACLAU, Ernesto. *La razón populista*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2014.
- LEVINSON, Stanford. "Respect—Worthy: Frank Michelman and the Legitimate Constitution". *Tulsa Law Review*. 2004. Vol. 39.
- LEVINSON, Stanford. "Constitutional Populism: Is It Time for 'We the People' to Demand an Article Five Convention". *Widener Law Symposium Journal*. 1999. Vol. 4.
- LORENZETTI, Ricardo. *Las audiencias públicas y la Corte Suprema*. En: GARGARELLA, R. (Comp.). *Por una justicia dialógica*. Op. cit.

- LORENZETTI, Ricardo. *El arte de hacer justicia*. Buenos Aires: Sudamericana, 2015.
- MACINTYRE, Alasdair. *Tras la virtud*. Barcelona: Crítica, 1987.
- MAINO, Carlos. "¿Gobierno de los jueces o gobierno de las instituciones?: pervivencia del rule of law en épocas neoconstitucionales". *Forum. Anuario del Centro de Derecho Constitucional*. 2014. N° 2.
- MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio. "Nota sobre gobierno del derecho y ética de la virtud". *Prudentia Iuris*. Buenos Aires. 2014. N° 78.
- MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio. *La desintegración del pensar jurídico en la edad moderna*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1980.
- MENDES, Conrado Hübner. *Una división de poderes deliberativa: entre el diálogo y la última palabra*, En: GARGARELLA, R. (Comp.). *Por una justicia dialógica*. Op. cit.
- NINO, Carlos. *Una teoría de la justicia para la democracia*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2013.
- PARKER, Richard. "Here, the People Rule, A Constitutional Populist Manifesto". *Valparaiso University Law Review*. 1993. Vol. 27, núm. 3.
- EKMEKDJIAN, Miguel Ángel. *Reflexiones sobre la Constitución y el Mercosur*. Mendoza: Ediciones Jurídica Cuyo, 2005.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César y RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. *Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2015.
- SAGER, Lawrence. *Juez y democracia. Una teoría de la práctica constitucional norteamericana*. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- SEGOVIA, Juan Fernando. "La interpretación constitucional populista". *Prudentia Iuris*. Buenos Aires, 2013. N° 76.
- SOLER MIRALLES, Julio E. "Poder Judicial y Función Judicial". En: INSTITUTO ARGENTINO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES Y POLÍTICOS. *El Poder Judicial*. Buenos Aires: Depalma, 1989.
- TUSHNET, Mark. *Revisión judicial dialógica*. En GARGARELLA, R. (Comp.). *Por una justicia dialógica*. Op. cit.
- WALDRON, Jeremy. *Law an Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- ZANATTA, Loris. *El populismo*, Buenos Aires: Katz, 2016.