

DIVISIÓN DELIBERATIVA DE PODERES Y CONTROL JUDICIAL DIALÓGICO

Nicolás Emanuel Olivares*

1. Introducción

Desde fines de la década de 1980, la teoría democrática deliberativa ha recibido el apoyo de renombrados teóricos políticos. Entre estos, cabe destacar a J. Cohen, J. Dryzek, J. Bohman, J. Rawls, J. Habermas, A. Gutmann y D. Thompson, J. Mansbridge, etc. Hasta el momento, dicha teoría ha trasuntado tres etapas teóricas más o menos definidas: normativa, empírica, e integradora.

En una primera etapa teórica, los defensores del modelo deliberativo tuvieron por meta sentar las principales bases normativas y conceptuales del mismo, con lo cual se abocaron a identificar los principios de contenido, de procedimiento, de preclusión, y de acomodación que integran el ideal democrático deliberativo¹². Los principios de contenido refiere a aquellos

* Abogado (UNC), Profesor Universitario (UCC). Doctorando en Derecho y Cs Sc (UNC), Maestrando en Derecho y Argumentación Jurídica (UNC), Becario doctoral CONICET. Docente Adscripto en Derecho Constitucional (UNC), y Ética (UNC). Integrante del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, de la Facultad de Derecho y Cs Sc (UNC). E-mail: olivares.nicolasemanuel@gmail.com Agradezco a los integrantes del *Seminario de Lectura en Teoría Constitucional* (CIJS-UNC) por sus generosos comentarios efectuados a una versión preliminar del presente trabajo.

¹ Respecto a la explicitación del contenido y forma de dichos principios, véase: Gutmann A. y Thompson D., 1996, *Democracy and Disagreement*, Harvard: Harvard U. P.; Gutmann, A., y Thompson, 2004, *Why deliberative democracy?*, Princeton: Princeton U. P.

² Gutmann y Thompson señalan que la concepción democrática deliberativa posee cuatro características, a saber: 1) implica un proceso de mutuo intercambio de razones, en el que los deliberantes buscan alcanzar justos términos de cooperación social; 2) las razones que se esgriman en dicho proceso deben ser públicamente accesibles a todos los afectados por la medida en cuestión; 3) dicho proceso deliberativo debe tener por fin producir una medida política vinculante para todos los ciudadanos durante un determinado período de tiempo; y 4) las medidas políticas y principios utilizados durante el proceso deliberativo son moral y

estándares políticos que el contenido de las decisiones políticas debe necesariamente respetar (libertad, igualdad, autonomía, oportunidad). Los principios de procedimiento determinan que estándares políticos deben respetarse durante el proceso dialógico intersubjetivo de toma de decisiones (reciprocidad, publicidad, rendición de cuentas). Los principios de preclusión señalan cuáles razones deben considerarse incluidas y cuáles excluidas de la deliberación pública en materia de decisión política (idea de razón pública irrestricta, inclusiva, o exclusiva). Los principios de acomodación moral refieren al carácter, actitud, predisposición, o virtudes cívicas que los ciudadanos individualmente considerados deben tener durante el proceso deliberativo (integridad cívica, magnanimidad cívica)³. En síntesis, la democracia deliberativa puede ser definida como aquel ideal político regulativo conforme el cual la legitimidad democrática de las medidas, normas e instituciones políticas depende de la existencia de un proceso intersubjetivo de justificación moral, en el cual los afectados por dicha decisión deliberan públicamente entre sí⁴.

Luego en una segunda instancia, los deliberativistas se abocaron a estudiar las implicancias institucionales de aquella concepción democrática. Las instituciones aquí estudiadas han sido numerosas (día deliberativo, sondeo deliberativo, micro-público, micro-asamblea, poder ciudadano como cuarta rama del gobierno, tribunal constitucional ciudadano, etc.). Algunas de ellas implican reformas moderadas y otras reformas más radicales a los actuales esquemas institucionales de gobierno. La idea central ha sido

políticamente provisionales (Gutmann y Thompson, 2004: 3-6). La combinación de estas cuatro características, permite a los autores definir a la democracia deliberativa como "...una forma de gobierno en la que ciudadanos libres e iguales (y sus representantes), justifican sus decisiones en un proceso en el que cada uno da razones mutuamente aceptables y generalmente accesibles, con el objetivo de llegar a conclusiones que sean vinculantes en un presente para todos los ciudadanos, pero abierto a cambios en un futuro..." (Gutmann y Thompson, 2004: 7).

³ A los fines de profundizar en el contenido y límites de cada uno de estos tres tipos de principios (de contenido, de procedimiento, de preclusión, de acomodamiento), véase: Gutmann y Thompson, 1996, Ob. cit.

⁴ El concepto de democracia deliberativa se diferencia de los conceptos pluralista, elitista, y populista de democracia. En otras palabras, dichos conceptos describen ideales regulativos opuestos. A los fines de dar con una adecuada contraposición entre dichos conceptos, véase: Nino, 1997: 197-198.

promover una mayor calidad democrática deliberativa de las instituciones formales de gobierno a la par de nutrir de una más adecuada información y habilidad argumentativa a los ciudadanos. En este marco reformista, ha recibido una especial atención la incógnita relativa a cuál es el mejor mecanismo deliberativo de control de constitucionalidad posible⁵.

Al respecto de dicho mecanismo, los deliberativistas han propuesto diversos tipos de diseño institucional, entre los cuales podemos destacar cuatro tipos generales: 1) judicial no dialógico, con supremacía judicial (J. Rawls, J. Habermas)⁶; 2) judicial dialógico, con supremacía judicial (C. H. Mendes, J. L. Martí)⁷; 3) judicial dialógico, con supremacía parlamentaria (S. Linares, J. C. Bayón)⁸; y 4) judicial dialógico, con supremacía ciudadana (C. Zurn, H. Spector)⁹.

⁵ Cabe destacar que el mecanismo de control de constitucionalidad ha sido tradicionalmente presentado bajo una modalidad judicial y vinculado con los conceptos de supremacía y rigidez constitucional. Al respecto, véase: Bayón, 2004: 132-138.

⁶ RAWLS, J., 1996, *Political Liberalism*. Nueva York: Columbia U. P.; Habermas, J., 1998, *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge: MIT Press.; Habermas, J., 2004, “El Estado de derecho democrático: ¿una unión paradójica de principios contradictorios?”, en *Tiempo de Transiciones*, Madrid: Trotta.

⁷ En relación a la obra de C. H. Mendes, relativa a control deliberativo de constitucionalidad, véase: Mendes, C. H., 2009a, “Is it all about the last word? - Deliberative separation of powers I”, en *Legisprudence*, Vol. 3, N° 1, pp. 69-110.; Mendes, C. H., 2009b, “Not the last word, but dialogue - Deliberative separation of powers II”, en *Legisprudence*, Vol. 3, N° 2, pp. 191-246.; Mendes, C. H., 2011, “Neither dialogue, nor last word - Deliberative separation of powers III”, en *Legisprudence*, Vol. 5, N° 1, pp. 1-40.; Mendes, C. H., 2014, “Una división de poderes deliberativa: entre el diálogo y la última palabra”, en Gargarella R., (Comp.), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, pp. 159-185. En cuanto al trabajo de J. L. Martí en materia de control de constitucionalidad, véase: Martí, J. L., 2006, *La República Deliberativa. Una teoría de la democracia*. Madrid: Marcial Pons.; Martí, J. L., 2011, “Democracia y control judicial de constitucionalidad”, en el II Simposio de Ética y Derecho Constitucional. Córdoba: U.N.C.; Martí, J. L., 2014, “Is Constitutional Rigidity the Problem? Democratic Legitimacy and the Last Word”, en *Ratio Juris*, n° 27, vol. 4, pp 550-558.

⁸ Respecto a este diseño de control deliberativo de constitucionalidad pueden citarse los siguientes trabajos de dichos autores: Bayón, J. C., 2000, “Derechos, democracia y constitución”, en *Revista Discusiones*, año N° 1, pp. 65-94; Bayón, J. C., 2004, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en J. Betegón Et Al. (eds.), *Constitución y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 67-138;

Al respecto de esta clasificación, caben dos mínimas aclaraciones terminológicas. En primer lugar, el carácter de *dialógico* o *no dialógico* depende aquí de que los organismos encargados de efectuar el control de constitucionalidad deliberen o no entre sí. En segundo lugar, la *adjetivación del término supremacía* (judicial, parlamentaria o ciudadana) refiere aquí a cuál es el agente político que ostenta la última palabra institucional, aunque la misma sea de tipo provisoria y no definitiva.

En este trabajo nos abocaremos a estudiar una particular justificación del diseño institucional que aquí hemos identificado como *judicial dialógico con supremacía judicial*, la cual ha sido ofrecida por el teórico deliberativista C. H. Mendes¹⁰. Los argumentos esgrimidos por C. H. Mendes en defensa dicho tipo deliberativo de control de constitucionalidad, pueden resumirse en dos: 1) respeta más adecuadamente que los diseños institucionales rivales el principio de igual autonomía política (argumento intrínseco); y 2) garantiza un procedimiento y resultado epistémicamente superior al ofrecido por los diseños institucionales rivales (argumento epistémico). En síntesis, señala que el control judicial dialógico de constitucionalidad respeta adecuadamente el principio (intrínseco e instrumental) de legitimidad democrática deliberativa.

No obstante su complejidad, los trabajos académicos de C. H. Mendes, quizás por su carácter novel o por estar redactados en su

Linares, S., 2008a, *La (I)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Marcial Pons; S. Linares, 2014, "Justicia dialógica interinstitucional: de lege ferenda y de lege lata", en Gargarella, R., (Comp.), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, pp. 187-192.

⁹ Al respecto de las obras de C. Zurn y de H. Spector, relativas al control de constitucionalidad, véase: Zurn, C. F., 2007, *Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review*. Cambridge: Cambridge U. P.; Spector, H., 2014, "Un sistema democrático de control constitucional", en Gargarella, R., (Comp.), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, pp. 193-208.

¹⁰ En un trabajo anterior, publicado en esta misma revista, hemos analizado en profundidad los diseños institucionales de control deliberativo de constitucionalidad que aquí identificamos como de tipo judicial no dialógico (con supremacía judicial) y judicial dialógico (con supremacía parlamentaria). Al respecto, véase: Olivares, N. E., 2013, "En defensa de un modelo dialógico deliberativo de control judicial de constitucionalidad", en *Cuadernos de Doctrina Judicial de la Provincia de La Pampa*, (3), V, pp. 105-132.

mayoría en idioma inglés, no han sido lo suficientemente debatidos entre los teóricos políticos latinoamericanos, lo cual evidencia un *primer atractivo* para su discusión filosófica política. Así también, puede identificarse un segundo atractivo de los trabajos de C. H. Mendes. Este *segundo atractivo* reside en que adopta un enfoque integrador de presupuestos normativos y empíricos, lo que permite que su obra trascienda aquella segunda etapa teórica de la democracia deliberativa y pueda ser inscrita en una tercera etapa de desarrollo conceptual.

En relación a dicha tercera etapa teórica, cabe advertir que está actualmente vigente y tiene por meta integrar los conocimientos normativos con los empíricos, En esta etapa se inscriben las teorizaciones de J. Parkinson, J. Mansbridge, Et. Al., relativas a cuales debieran ser desde un enfoque sistémico los criterios normativos de evaluación de las prácticas deliberativas concretas, así como los de J. Steiner, Et. Al., atinentes a cómo pueden contribuir los experimentos deliberativos reales con el esclarecimiento de ciertas controversias normativas¹¹.

Atendiendo a este específico trasfondo conceptual, es que el presente trabajo tendrá por objetivos principales: 1) reconstruir los argumentos ofrecidos por C. H. Mendes en defensa de un control judicial dialógico de constitucionalidad con supremacía judicial; 2) explicitar ciertas objeciones contra dicha postura teórica; y 3) ofrecer argumentos en defensa de un control deliberativo multisituado de constitucionalidad.

2. Control judicial de constitucionalidad y legitimidad democrática. Tres perspectivas generales

¹¹ Al respecto de las obras que integran dicha tercera etapa teórica, véase: Parkinson, J., Mansbridge, J., Et Al., 2012, *Deliberative Systems*, Oxford, Oxford U. P.; Mansbridge, J., 1999, "Everyday talk in the deliberative system", en Macedo, S., *Deliberative Politics: Essays on Democracy and Disagreement*, New York: Oxford U. P., pp. 211-239; Steiner, J., Et. Al, 2004, *Deliberative politics in action: Analyzing parliamentary discourse*, Cambridge: Cambridge U. P.; y Steiner, J., 2012, *The Foundations of Deliberative Democracy: empirical research and normative implications*, Cambridge: Cambridge U. P.

C. H. Mendes señala que el debate sobre la legitimidad democrática del control judicial de constitucionalidad puede enfocarse desde tres perspectivas disímiles.

La *primera* de ellas busca dar respuesta a la pregunta acerca de quién posee la última palabra en materia de interpretación constitucional en una democracia, presuponiendo de que solo un poder constituido debiera estar a cargo de dicha tarea.

La *segunda* considera que dicha primera perspectiva es obtusa, atento la interpretación constitucional es efectuada por más de un poder constituido, por lo tanto el verdadero interrogante es si el mecanismo de control judicial de constitucionalidad promueve o no y de qué manera un genuino diálogo entre poderes constituidos con funciones estáticas y fijas.

En *tercer lugar*, puede identificarse una perspectiva conciliadora o complementaria de las dos perspectivas anteriores, la cual sostiene que dichas perspectivas aisladamente consideradas son reduccionistas y debieran ser vistas como aspectos de un interrogante más general, a saber: ¿cómo se integra el sistema de control judicial de constitucionalidad en el marco de un sistema democrático deliberativo?¹². Esta perspectiva propone diferenciar en qué casos debiera preocuparnos la determinación del poder constituido que tendría la última palabra, y en cuáles otros la atención debiera estar puesta en la interacción entre los poderes constituidos¹³.

C. H. Mendes sostiene que ninguno de los poderes constituidos tiene la última palabra porque en el marco de un sistema democrático deliberativo no existe algo así como la última y definitiva palabra. De este modo, la pregunta a responder no es: ¿quién posee la última palabra institucional en un sistema democrático?, sino ¿quiénes, cómo y cuando deciden sobre la constitucionalidad de las normas jurídicas en tal sistema?¹⁴.

C. H. Mendes considera que las posturas extremas son inadecuadas. Es decir, resulta igual de inaceptable la *tesis de la última palabra* como la *tesis de la no existencia de una última palabra*.

¹² MENDES, C. H. 2014: 159-160.

¹³ MENDES, C. H. 2014: 163.

¹⁴ MENDES, C. H. 2009a: 40.

Conforme C. H. Mendes debe adoptarse una *tesis intermedia* conforme la cual existe una *última palabra provisional*, en tanto revisable, abierta, cuestionable y no definitiva¹⁵.

Por un lado, la tesis de la última palabra resulta inaceptable porque desconoce el hecho de que toda norma política no es definitiva sino revisable. Por el otro, la tesis de la inexistencia de una última palabra desconoce la existencia de una última palabra provisional, ya que en materia política, atento la dimensión temporal de los asuntos humanos, resulta necesario siempre tomar una decisión concreta y no quedarse en la mera deliberación.

En otras palabras, C. H. Mendes señala que ambas tesis extremas reconocen un aspecto importante pero desconocen otro, lo cual las vuelve incompletas y vuelve necesario adoptar una tesis intermedia¹⁶.

3. Una división deliberativa de poderes constituidos como implementación institucional de un enfoque sistémico de la democracia deliberativa

C. H. Mendes considera que la mayoría de las teorías justificatorias de un determinado diseño de control de constitucionalidad carecen aún de un desarrollo más amplio sobre el papel de la deliberación en la política, de los logros que puede perseguir y valores que puede cumplir. En otras palabras, lo que falta es el desarrollo de una adecuada *teoría general de la separación deliberativa de poderes constituidos*. C. H. Mendes se pregunta entonces: ¿en qué consiste una teoría deliberativa de separación de poderes?¹⁷.

Dicha teoría deliberativa de separación de poderes debería empezar por reconocer que la teoría de frenos y contrapesos,

¹⁵ MENDES, 2014: 162-163.

¹⁶ C. H Mendes señala que la última palabra resulta relevante en dos situaciones específicas, a saber: 1) en las que deba tomarse una decisión que tenga pretensiones ciertas de durabilidad acerca de un tema controvertido; y 2) en aquellas en las que se deba tomar una decisión colectiva que sea válida, razonable, o aceptable para todos los afectados (Mendes, 2014: 163).

¹⁷ MENDES, C. H. 2009b: 32.

justificatoria de la separación de poderes, se ha concebido como un medio eficiente para evitar la tiranía de uno de los poderes por sobre los otros, equilibrando y compensando la fuerza política de dichas tres ramas (legislativa, ejecutiva y judicial). Sin embargo, lo correcto sería desarrollar una teoría justificatoria distinta, que no parta de una lógica agonial o conflictual entre poderes, sino de una perspectiva dialógica, comunicativa, deliberativa, tendiente a promover la cooperación política entre dichas tres ramas¹⁸.

Al respecto de dicha perspectiva dialógica entre poderes constituidos, C. H. Mendes comparte la tesis normativa de R. Gargarella conforme la cual para una adecuada y genuina implementación de un sistema democrático deliberativo debemos mudar de un tipo de interacción agonial entre poderes constituidos a una de tipo dialógica.¹⁹ Por su parte, C. H. Mendes sostiene que la teoría liberal decimonónica de separación de poderes y su justificación de frenos y contrapesos resulta incoherente o inconsistente con el ideal regulativo de deliberación democrática²⁰.

C. H. Mendes desea que los poderes constituidos estén en continuo diálogo, lo cual vuelve necesario delinear una teoría constitucional dialógica. Según C. H. Mendes, los dos componentes necesarios de una *teoría del diálogo constitucional*, son: a) una teoría general de la división de poderes; y b) una teoría de la decisión, tanto de los tribunales y de los parlamentos. C. H. Mendes señala que el diálogo político, así como otros casos de comportamiento político, surge de la articulación de un determinado diseño institucional y una cultura política adecuada. Es explicable, por decirlo así, por la fusión de los acuerdos formales con las actitudes culturales de fondo que operan tras estos arreglos²¹²².

¹⁸ MENDES, C. H. 2009b: 32.

¹⁹ GARGARELLA, R., “El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos”, en Gargarella, R., (Comp.), 2014, *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, (pp. 119-158), p. 152.

²⁰ MENDES, C. H. 2009b: 32.

²¹ MENDES, C. H. 2009b: 31.

²² C. H. Mendes señala que los aspectos institucional y cultural son complementarios, de manera que no pueden invocarse aisladamente para justificar la imposición de determinado mecanismo democrático deliberativo. De este modo, C. H. Mendes rechaza las teorías deliberativas que brindan justificaciones

Desde esta perspectiva dialógica surge entonces la pregunta de cómo equilibrar o superar la tensión entre continuidad y finalidad, entre cambio y estabilidad, entre deliberación continua y última palabra institucional. A fin de equilibrar ambas dimensiones, C. H. Mendes defiende la adopción de una teoría del control de constitucionalidad que entiende a dicha función revisora como de tipo contingente y contextual. En otras palabras, conforme C. H. Mendes, una adecuada teoría del control de constitucionalidad debe atender a: i) las implicancias de adoptar una concepción deliberativa del sistema democrático; y ii) los factores contextuales propios de cada sociedad democrática. Atendiendo a dichos elementos debe adoptarse el diseño institucional que mejor se adapte al contexto y promueva la mayor y mejor deliberación entre poderes constituidos²³.

C. H. Mendes sostiene que cada sociedad política tiene que tomar una posición sobre si los tribunales o parlamentos tienen derecho a la *última palabra provisional*²⁴. Sin embargo, esta simple elección no define si este régimen es más o menos democrático. Conforme C. H. Mendes, *no hay una respuesta jurídica universal* a ese dilema institucional. Las opciones van a ser contingentes, y cada comunidad exigirá una solución particular sobre la base de varias *otras consideraciones contextuales*²⁵.

De este modo, conforme C. H. Mendes, la teoría constitucional dialógica, en tanto tesis normativa intermedia, entre las tesis extremas de la última palabra, y de la no existencia de última palabra equilibraría las dos variables en tensión (cambio y estabilidad) mediante el empleo respectivo de las nociones de *ronda de procedimiento* y de *última palabra provisional*²⁶.

El concepto de *ronda de procedimiento* refiere a que cada poder constituido a su turno procesal podrá pronunciarse sobre la constitucionalidad de las normas infraconstitucionales. El concepto de *última palabra provisional* hace alusión a que en una democracia

puramente institucionalistas y las ofrecen argumentos puramente culturales. (Mendes, 2009b: 31).

²³ MENDES, C. H. 2009b: 32.

²⁴ MENDES, C. H. 2009a: 41.

²⁵ MENDES, C. H. 2009a: 41.

²⁶ MENDES, C. H. 2009b: 32

deliberativa resulta necesario determinar cuál será el poder constituido que posea la última palabra institucional en dicha ronda deliberativa, aunque la misma estará sujeta a una futura revisión lo cual la vuelve provisoria y no definitiva.

Desde esta perspectiva C. H. Mendes, sostiene que el mejor enfoque normativo a adoptar de una concepción democrática deliberativa es de tipo sistémico, razón por la cual reconstruye al sistema constitucional de división de poderes como un *sistema democrático deliberativo*.

En defensa de esta *perspectiva deliberativa sistémica*, C. H. Mendes señala que su adopción es la forma más adecuada de a) dar cuenta de cómo debe definirse normativamente un sistema institucional democrático con división de poderes; y b) describe de manera más precisa cómo funciona empíricamente dicho sistema en la práctica constitucional (Mendes, 2014: 159-160). C. H. Mendes señala que la distribución de funciones entre los poderes constituidos es una cuestión dinámica (no estática) y contingente (no fija), y se va configurando a través del desarrollo de la práctica constitucional misma (Mendes, 2014: 165, 170-171)²⁷.

C. H. Mendes interpreta a la división de poderes como un dispositivo de carácter deliberativo, es decir un mecanismo institucional que: 1) permite compensar la mayor o menor calidad democrática deliberativa de un poder constituido con otro; 2) posibilita la distribución de funciones políticas generales entre diversas instancias o cuerpos institucionales; y 3) promueve el

²⁷ Cabe señalar que la postura de C. H. Mendes (2009a, 2009b, 2011, 2014) se diferencia notablemente de las de C. Zurn (2007) y de H. Spector (2014) en dos aspectos centrales: a) en primer lugar los diseños institucionales propuestos por C. Zurn y H. Spector otorgan funciones fijas y estáticas a solo dos centros de control, mientras que C. H. Mendes asigna funciones variables y dinámicas a todos los centros de autoridad constitucional intervinientes; y b) las teorías de C. Zurn y H. Spector señalan que existe una respuesta jurídica universal a toda sociedad democrática, siendo que C. H. Mendes asume una concepción contingente y contextualista de los diseños institucionales específicos. Al respecto de su propia postura, C. H. Mendes señala que: "...resulta posible pensar la legitimidad de Parlamentos y Cortes de una manera contextual y comparativa, en vez de hacerlo de forma abstracta y a priori. La legitimidad política es una propiedad institucional volátil que depende en parte de los resultados y en parte de las credenciales formales. Es una meta que alcanzar y preservar en cada decisión." (Mendes, 2014: 177).

diálogo intrainstitucional e interinstitucional acerca de temas políticos públicos (Mendes, 2014: 160).

En este entendimiento, C. H. Mendes atribuye a dicho sistema deliberativo tres grandes funciones, a saber: 1) *compensatoria*: las atribuciones otorgadas a cada poder constituido pueden equilibrarse, contrarrestarse, o compensarse entre sí; 2) *distributiva*: cada poder constituido puede asumir un rol, tarea, o función específica en el marco de un sistema inter-poderes de interpretación constitucional; y 3) *relacional*: los poderes constituidos se comunican, relacionan, interactúan de manera deliberativa, posibilitando y fomentando el intercambio de razones políticas inter-poderes (Mendes, 2014: 160).

A su vez, C. H. Mendes señala que el ideal democrático deliberativo: a) no solo debe pensarse como un criterio de formulación y evaluación de las *formas* políticas; sino también, b) del *contenido* de las normas o decisiones adoptadas, es decir de los resultados de dicho sistema (Mendes, 2014: 168). En este sentido, C. H. Mendes se aboca al estudio del *desempeño deliberativo* de los distintos diseños institucionales que admite un mecanismo de control de constitucionalidad deliberativa, sea predominantemente judicial o parlamentario (Mendes, 2014: 168).

Dicho desempeño deliberativo es medido no solo en función de su *valor intrínseco*, sino fundamentalmente en relación a la *calidad epistémica* alcanzada por los resultados devenidos de la aplicación de dicho mecanismo de control interactivo (Mendes, 2014: 168). En palabras del autor: "...la interacción deliberativa entre las ramas del gobierno tiene un potencial epistémico: ofrece una mayor posibilidad de alcanzar buenas respuestas con el tiempo" (Mendes, 2014: 168). En otras palabras, C. H. Mendes se propone analizar el concepto de desempeño deliberativo en tanto herramienta normativa útil "...para reflexionar acerca de la legitimidad de cada institución contextualmente *ex post*"²⁸²⁹.

4. Un control judicial dialógico de constitucionalidad

²⁸ MENDES, C.H. 2014: 170.

²⁹ Al respecto, C. H. Mendes sostiene que: "La democracia no puede abdicar de un juicio consecuencialista con el propósito de certificar la legitimidad de sus instituciones. La legitimidad democrática no debería limitarse a un criterio formal *ex ante* y no puede agotarse en una mera ingeniería constitucional" (Mendes, 2014: 176).

Una vez planteada y justificada la necesidad de adoptar: a) una perspectiva normativa intermedia, sustentada en la noción de *última palabra provisional*; y b) una perspectiva deliberativa sistémica, que tiene por epicentro a la noción de *división deliberativa de poderes constituidos*, C. H. Mendes se plantea el siguiente interrogante: ¿cuál es la institución encargada de expresar la última palabra provisional en materia de constitucionalidad de las leyes?³⁰.

Ante dicha incógnita C. H. Mendes analiza los argumentos esgrimidos en defensa de dos tipos de modelos dialógicos de control de constitucionalidad, a saber: a) parlamentario; y b) judicial³¹. En este marco, C. H. Mendes rechaza las posturas extremas de J. Waldron, quien define a la legitimidad política de manera puramente procedimentalista, y de su maestro R. Dworkin quien adopta una concepción sustantivista de la misma³².

En contraposición a dichas posturas extremas, C. H. Mendes adopta una concepción epistémica dialógica de la legitimidad política, conforme la cual "...la interacción deliberativa entre las ramas de gobierno tiene un potencial epistémico: ofrece una mayor posibilidad de alcanzar buenas respuestas con el tiempo"³³. Dada esta definición de la idea de legitimidad política, C. H. Mendes señala que el control judicial de constitucionalidad ofrece una mayor probabilidad de alcanzar la respuesta correcta³⁴.

C. H. Mendes brinda tres argumentos en defensa de un control judicial dialógico de constitucionalidad (CJC), a saber: 1) el sistema de control parlamentario no da cabida a la faz sustancial del concepto de legitimidad, siendo por ello una concepción reduccionista; 2) el CJC es percibido por los ciudadanos como un límite externo y contra-equilibrio necesario al poder político; y 3) el CJC posibilita la existencia de una mejor y mayor deliberación entre ciudadanos, en términos de fomentar el intercambio de razones

³⁰ MENDES, C. H. 2014: 163

³¹ MENDES, C. H. 2014: 168

³² MENDES, C. H. 2014: 171-174

³³ MENDES, C. H. 2014: 168

³⁴ MENDES, C. H. 2014: 174

públicas como justificativos a favor o en contra de tales o cuales normas o medidas políticas³⁵.

En otras palabras, conforme C. H. Mendes el control judicial de constitucionalidad puede asumir dos valiosas funciones: una negativa y otra positiva. La *función negativa* consiste en establecer un filtro frente a normas irrazonables, ilegítimas o injustas. La *función positiva* refiere la promoción de una mayor legitimidad democrática deliberativa y calidad epistémica de aquellas decisiones que involucren a los elementos constitucionales esenciales³⁶.

5. Evaluación normativa de la postura adoptada por C. H. Mendes

Habiendo reconstruido la postura de C. H. Mendes, toca en turno ahora evaluar normativamente sus argumentos así como el diseño institucional por el propuesto.

Al respecto de esta empresa evaluativa, puede apreciarse que dicho autor: a) adopta una concepción predominantemente consecuencialista y epistémica de la evaluación del desempeño deliberativo de los poderes constituidos; b) otorga un rol activo a los poderes constituidos y pasivo al poder constituyente (originario y derivado); c) rechaza a priori un sistema de control de constitucionalidad preponderantemente parlamentario; y d) adopta una perspectiva contingente y contextual acerca del diseño institucional concreto de control de constitucionalidad a adoptar en cada sociedad democrática, pero a la vez promueve un control judicial dialógico de constitucionalidad.

Consideramos que cada una de estas cuatro características de la postura de C. H. Mendes, es pasible de una objeción normativa.

En primer lugar, consideramos que la evaluación normativa de los diseños institucionales no ideales no puede ser efectuada únicamente atendiendo a criterios epistémicos ex post, sino que debe incluir también criterios intrínsecos ex ante. C. H. Mendes se manifiesta a favor de *una concepción de legitimidad intermedia*, conforme la cual debemos optar por diseños institucionales

³⁵ MENDES, C. H. 2014: 174-175.

³⁶ MENDES, C. H. 2014: 183.

democráticamente legítimos que nos garanticen una mayor probabilidad de alcanzar una respuesta intrínseca e instrumentalmente correcta³⁷³⁸. Sin embargo, su defensa de un control eminentemente judicial pareciera estar más sustentada en criterios epistémicos ex post que en criterios normativos intrínsecos ex ante. Ello atento: a) rechaza abiertamente la posibilidad de que se instrumente un control legislativo de constitucionalidad, siendo que dicho poder político es más representativo, es decir goza de mayor legitimidad política de origen que el Poder Judicial; y b) no considera siquiera la posibilidad de instaurar una instancia ciudadana de control deliberativo de constitucionalidad. En este sentido, parece que su propuesta de solución, de adoptar un control dialógico predominantemente judicial no está en equilibrio reflexivo con su propia concepción de legitimidad democrática.³⁹

³⁷ MENDES, C. H. 2014: 172-174.

³⁸ Cabe señalar que la concepción de legitimidad democrática asumida por C. H. Mendes es similar o análoga a la de J. Rawls (1996), quien defiende un sustantivismo débil, y a la de J. C. Bayón (2000, 2004) y S. Linares (2008a, 2008b, 2014), quienes promueven una concepción procedimentalista débil.

³⁹ En relación al término equilibrio reflexivo, cabe señalar que es el método por excelencia de la filosofía moral y política contemporánea. Dicho método, propone contrastar las intuiciones o convicciones morales del investigador con un determinado criterio normativo de corrección, tal como justicia o legitimidad. En otras palabras, la corrección de nuestras intuiciones morales dependerá de su correspondencia o no con un determinado concepto de justicia o legitimidad. Ha sido John Rawls quien ha precisado con mayor detalle en qué consiste este método (Rawls, 1996). El equilibrio reflexivo, en tanto método filosófico moral de justificación y evaluación, se ha originado en la tradición coherentista (Seleme, 2004: 84). Esta última tradición señala que la corrección moral de nuestras acciones depende de su coherencia con los principios morales adoptados como guía de nuestra conducta. Han sido diversas las interpretaciones adoptadas sobre el concepto de equilibrio reflexivo, algunas de ellas criticables (Seleme, 2004: 100-109). Por un lado, para M. Sandel, el método del equilibrio reflexivo busca articular en una concepción de justicia nuestras convicciones sobre lo que consideramos correcto en correlación con una concepción metafísica de persona a la cual pueda aplicarse aquella concepción de justicia. Por otro lado, para J. Rawls, el método del equilibrio reflexivo busca, por un lado, articular nuestras convicciones sobre lo que consideramos correcto con una determinada concepción de justicia, sin que ello requiera apelar a una concepción metafísica de persona, sino a una concepción política de la misma (Seleme, 2004: 89, 109). En relación a cual es la interpretación que aquí adoptamos, es la propia de J. Rawls (Seleme, 2004: 109). Este método coherentista es entonces el que empleamos en la modalidad normativa-evaluativa del presente trabajo. A los fines de profundizar en la definición del término

En segundo lugar, C. H. Mendes adopta una definición reduccionista del término resultados políticos, atento se focaliza netamente en la calidad epistémica de las medidas, normas e instituciones adoptadas tras la deliberación política. Esta definición es reduccionista atento no incluye un tipo de resultados específico, que no se relaciona con las acciones políticas, sino con los sujetos políticos a saber, el aprendizaje moral efectuado por los participantes de dicho proceso deliberativo.⁴⁰ Más específicamente, C. H. Mendes propone un sistema de control de constitucionalidad que depende del accionar de los poderes constituidos, pero no incorpora en el sistema deliberativo una instancia de control ciudadano. En este sentido, cabe señalar que el diseño institucional deliberativo de control de constitucionalidad propuesto por C. H. Mendes no incluye adecuadamente a los ciudadanos comunes en dicho esquema dialógico. Al respecto, el enfoque sistémico en el cual C. H. Mendes sustenta su propuesta teórica señala que debe equilibrarse el rol desempeñado por los políticos profesionales y científicos políticos (expertos), con el de los ciudadanos comunes (legos)⁴¹.

Una tercera objeción general, señala que más allá de defender un enfoque sistémico y dialógico, C. H. Mendes defiende un sistema de control constitucional en el cual el poder judicial ocupa un lugar más relevante que el del poder legislativo. Hemos señalado que C. H. Mendes brinda tres argumentos en contra de un modelo parlamentario de control deliberativo de constitucionalidad⁴².

equilibrio reflexivo, véase: Seleme, H. O. (2004). “Posición original, equilibrio reflexivo y deontologismo”, en *Análisis Filosófico*, XXIV N° 1, 83-110.

⁴⁰ EL *aprendizaje moral* es pensado aquí como una vía o camino para empoderar a los ciudadanos y permitirles que lleven adelante un rol activo en la definición de las políticas públicas. En otras palabras, la deliberación democrática no solo tiene por fin promover normas, medidas o instituciones legítimas sino principalmente posibilitar un genuino autogobierno ciudadano. En este sentido, el criterio de aprendizaje moral tiene por norte o meta incorporar realmente aquellas voces ciudadanas que circunstancial o habitualmente se han visto excluidas o insuficientemente motivadas para participar del debate político.

⁴¹ Al respecto de cómo equilibrar el rol de los ciudadanos con el de los expertos políticos en el marco de un sistema democrático deliberativo, véase: Christiano, T., 2012, “Rational deliberation among experts and citizens”, en *Parkinson, Mansbridge, Et. Al.*, Ob. cit., pp. 27-51).

⁴² MENDES, C. H. 2014: 174-175.

Consideramos que cada uno de estos tres argumentos ofrecidos por C. H. Mendes, en defensa de un control judicial de constitucionalidad dialógico, resulta objetable.

i) Resulta falsa la tesis conforme la cual necesariamente (tautología), todo sistema de control parlamentario no da cabida a la faz sustancial del concepto de legitimidad democrática. Asociar la faz sustantiva del concepto de legitimidad política con el control judicial y la faz procedimental con el control parlamentario responde una postura reduccionista. Dicho reduccionismo implicaría asumir la siguiente tesis falsa: en el marco del procedimiento formal de sanción de las leyes no se tutelan o se tienen en cuenta los valores políticos sustantivos, ni se pretende alcanzar determinados resultados sustantivamente valiosos.

ii) Si el CJC es *percibido* por la ciudadanía como un adecuado límite externo a las pretensiones hegemónicas de poder de los poderes constituidos políticos (legislativo y ejecutivo), ello implica simplemente sostener que la ciudadanía tiene una *creencia* x acerca del comportamiento del sujeto y. Sin embargo, dicho razonamiento no implica necesariamente que: a) desde una perspectiva moral positiva, tal creencia sea universalmente aceptada en todas las sociedades democráticas; ni que b) desde una perspectiva moral crítica, tal creencia sea verdadera, válida, moralmente razonable o correcta. En otras palabras, el segundo argumento, brindado por C. H. Mendes en defensa del CJC, es de tipo descriptivo, atento describe una determinada situación empírica de carácter obviamente contingente que no puede aceptarse como argumento justificatorio de la tesis normativa conforme la cual el poder judicial efectúa un mejor control que el poder legislativo.

iii) El argumento de que el CJC promueve la deliberación política entre ciudadanos, constituye también un argumento descriptivo-empírico de carácter contingente. En este sentido se aplica lo dicho en relación a la objeción formulada al segundo argumento. Así también, si fuere el caso de que efectivamente se pruebe que en aquella sociedad democrática donde se desea implementar el CJC el mismo posibilita la deliberación política, ello no prueba aún que dicho control la promueva de una mejor manera que si estuviera a cargo del poder legislativo. Y si aún se probara esto último, tal situación sería contingente y no permitiría justificar

universalmente un rol preponderante del poder judicial en el control de constitucionalidad de las leyes.⁴³

Una cuarta objeción señala que una adecuada implementación de la división deliberativa de poderes, propia de un enfoque sistémico de la democracia deliberativa, no puede dar ventajas a priori al control ejercido por parte de un poder constituido por sobre el que ejercita otro poder constituido, ni tampoco por sobre el control ejercido por la ciudadanía. En el caso de C. H. Mendes, si bien promueve una evaluación contingente y contextual de los diseños deliberativos de control de constitucional, considera que debe darse prioridad jerárquica al control judicial por sobre cualquier tipo de control legislativo y ciudadano.

En nuestra consideración, una genuina implementación de la perspectiva sistémica en materia de democracia deliberativa, y más precisamente una adecuada puesta en práctica de una división deliberativa de poderes conllevaría la adopción de un control deliberativo de constitucionalidad de tipo multisituado. Sin embargo, el lector se preguntará *¿en qué consiste un control deliberativo multisituado?* La respuesta a este interrogante será develada en el siguiente apartado.

6. Una propuesta superadora: control deliberativo multisituado de constitucionalidad

En este apartado explicitaremos las bases normativas de la que consideramos una propuesta de diseño institucional complejo y superador en relación a la adoptada por C. H. Mendes.

El carácter *complejo* de nuestra propuesta se debe a que atiende explícitamente tanto a la faz ideal como a la no ideal de la teoría democrática deliberativa. Al respecto, cabe advertir, que C. H. Mendes no explicita cuales de sus argumentos parten de un enfoque deliberativo ideal y cuales desde uno no ideal. A diferencia de este autor, proponemos adoptar un diseño institucional de control

⁴³ Por otro lado, el sistema de control constitucional de tipo dialógico defendido por C. H. Mendes parte de la idea de que las funciones interpretativas específicas que asume cada uno de los poderes constituidos depende de las confrontaciones y negociaciones efectivamente producidas entre ellos acerca de quien ostenta el mejor argumento a su favor (Mendes, 2014: 178).

deliberativo de constitucionalidad que responde a dos tesis normativas, una idea y otra no ideal.

Por un lado, consideramos que desde una *perspectiva normativa sistémica ideal* debe otorgarse en materia de control de constitucionalidad un rol de igual jerarquía normativa a la intervención de los poderes constituidos legislativo y judicial y un rol activo a la ciudadanía en tanto poder constituyente derivado. Para ello recomendamos la implementación obligatoria de una instancia parlamentaria y una instancia ciudadana de control, de tipo complementarias del control judicial.

Por otro lado, desde una *perspectiva normativa sistémica no ideal*, consideramos que la implementación real de un sistema deliberativo de control de constitucionalidad, debe admitir la preponderancia de aquel poder (constituido o ciudadano) que este en mejores condiciones de promover una mayor y mejor calidad democrática deliberativa del sistema en su conjunto, lo cual no permite defender a priori (ex ante) la prevalencia del poder judicial.

El carácter *superador* de nuestra postura, se debe a que la misma evita o sortea aquellas cuatro objeciones formuladas a la propuesta teórica de C. H. Mendes. De este modo, en contraposición a aquellas cuatro objeciones normativas, sostenemos que nuestra perspectiva normativa (en su faz ideal y no ideal), presenta los siguientes *cuatro atractivos*, a saber:

En primer lugar, al incluir una instancia legislativa, una judicial y otra ciudadana de control de constitucionalidad, podemos afirmar que nuestra propuesta de solución está en equilibrio reflexivo con una *concepción intermedia de legitimidad política*, conforme la cual debemos optar por diseños institucionales democráticamente legítimos que nos garanticen una mayor probabilidad de alcanzar una respuesta intrínseca e instrumentalmente correcta (Mendes, 2014: 172-174).

En segundo lugar, adoptamos una definición amplia del término resultados políticos, que no solo se focaliza en la calidad epistémica de las medidas, normas e instituciones adoptadas tras la deliberación política, sino que también incluye al aprendizaje moral efectuado por los participantes de dicho proceso deliberativo.

En tercer lugar, nuestro planteo normativo no desarrolla un sistema de control deliberativo de constitucionalidad exclusivamente dirigido por los poderes constituidos, sino que también incluye una

instancia ciudadana de control, la cual tiene por función evaluar los pronunciamientos efectuados en las etapas previas de la ronda deliberativa por el poder legislativo y judicial. Esta interpretación del enfoque sistémico deliberativo permite equilibrar el rol desempeñado por los políticos profesionales y científicos políticos (expertos), con el de los ciudadanos comunes (no expertos).

En cuarto lugar, al incorporar una instancia legislativa de control de constitucionalidad, nuestra defensa de un control deliberativo multisituado de constitucionalidad: a) considera que en el marco de un sistema democrático deliberativo, la instancia parlamentaria de control de constitucionalidad contribuye no solo a la legitimidad procedimental sino también a la legitimidad sustantiva de dicho proceso revisorio; b) no se asienta sobre creencias ciudadanas fundadas en una determinada moral positiva, sino en criterios normativos sustantivos, procedimentales y epistémicos, propios de una moral crítica;⁴⁴ y c) sostiene que la menor o mayor promoción de la deliberación democrática por parte de una instancia judicial de control de constitucionalidad depende de cada contexto específico y no puede afirmarse a priori.

En síntesis, en este trabajo se propone adoptar un *control deliberativo de constitucionalidad multisituado*, donde existan distintas instancias de control cada una de ellas a cargo de una institución distinta. Dichas instancias de control parcial, interactuarían entre sí en el marco de un sistema deliberativo más general que las incluya. Dicho sistema deliberativo estaría compuesto entonces por distintos centros de imputación política, todos ellos con autoridad democrática para decidir en la fase, etapa, o aspecto que le toque intervenir, conforme el diseño institucional concreto adoptado.

7. Conclusión

En este artículo, nos hemos propuesto los siguientes objetivos principales: 1) reconstruir los argumentos ofrecidos por C. H. Mendes en defensa de un control judicial dialógico de constitucionalidad; 2) explicitar ciertas objeciones contra dicha

⁴⁴ Al respecto cabe advertir, que la mayor o menor aceptabilidad general real por parte de una sociedad democrática concreta de estos criterios no obsta a su validez universal desde una perspectiva moral crítica.

postura teórica; y 3) ofrecer argumentos en defensa de un control deliberativo multisituado de constitucionalidad.

En relación al cumplimiento del *primer objetivo específico*, hemos señalado que C. H. Mendes defiende un particular diseño de control de constitucionalidad de tipo judicial dialógico con supremacía judicial.

Destacamos de la propuesta institucional ofrecida por C. H. Mendes, la pauta normativa conforme la cual el control de constitucionalidad no puede ser pensado desde la lógica de la última palabra, ni de la inexistencia de aquella última palabra, sino desde la postura intermedia de que existe una *última palabra institucional provisoria*. La democracia deliberativa es pensada por C. H. Mendes como un sistema político con funciones generales, que está integrado por distintas instancias autoritativas (provisorias e intermedias) siendo cada una de ellas desempeñada por un poder constituido, y estando la última palabra provisional en materia de constitucionalidad en manos del poder judicial.

Sin embargo en cumplimiento del *segundo objetivo específico*, hemos precisado que la defensa asumida por C. H. Mendes de un control judicial dialógico de constitucionalidad es pasible de cuatro (4) objeciones normativas.

En cuanto al *tercer objetivo específico*, y a diferencia de la postura asumida por C. H. Mendes, consideramos que en términos deliberativos ideales, no debe otorgarse al poder judicial un rol preponderante, sino implementarse un control deliberativo multisituado, que coloque la última palabra provisoria institucional en manos de un jurado ciudadano con poderes suficientes para controlar las interpretaciones efectuadas en las instancias previas de control (legislativa y judicial). Este diseño institucional multisituado elude las cuatro objeciones normativas, dirigidas a la propuesta normativa de C. H. Mendes, y presenta refractariamente cuatro atractivos propios.

