

Reseña y comentario de “Ampliando las fronteras del constitucionalismo deliberativo” de Ignacio Giuffré

Alejandro Guevara Arroyo*

https://doi.org/10.35242/RDE_2024_38_14

Nota del Consejo Editorial



Recepción: 19 de febrero de 2024

Revisión, corrección y aprobación: 11 de julio de 2024.

Resumen: Se sintetiza y comenta un artículo reciente del filósofo y constitucionalista Ignacio Giuffré intitolado *Ampliando las fronteras del constitucionalismo deliberativo*. El artículo de Giuffré brinda un panorama claro e informado de la compleja discusión contemporánea en torno al lugar institucional de la deliberación en la comprensión de la Constitución y pautas que formula.

Palabras clave: Democracia / Constitución / Derecho constitucional / Interpretación constitucional.

Abstract: It is summarized and commented on a recent paper by the philosopher and constitutionalist Ignacio Giuffré entitled *Expanding the frontiers of deliberative constitutionalism*. Giuffré's paper provides a clear and informed overview of the complex contemporary discussion regarding the institutional place of deliberation in the understanding of the Constitution and the guidelines it formulates.

Key Words: Democracy / Constitution / Constitutional law / Constitutional interpretation.

* Costarricense, abogado, correo alejandroguevaraarroyo@ucr.ac.cr. Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Magíster en Filosofía del Derecho y doctorando en Derecho, ambos por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica e integrante de la Asociación Costarricense de Filosofía del Derecho y Filosofía Práctica.

1. INTRODUCCIÓN

Recientemente Ignacio Giuffré (2023) ha publicado el artículo “Ampliando las fronteras del constitucionalismo deliberativo” en la revista *Revus: Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*. Dicho texto ofrece un valioso panorama sobre las teorías constitucionales contemporáneas que dan respuesta a un problema clave. Este consiste, ante todo, en el lugar y forma legítima de la deliberación en lo que respecta a las decisiones autoritativas sobre el contenido normativo de las pautas constitucionales. En tal asunto tiene un espacio importante la conocida discusión sobre la legitimidad democrática del control judicial de constitucionalidad de las leyes democráticas (entre otras decisiones democráticas de derecho público)¹. Giuffré distingue entre cuatro teorías² del diálogo que dan respuesta a esta cuestión.

2. LA PROPUESTA TEÓRICO-RECONSTRUCTIVA DE GIUFFRÉ

La primera teoría que aborda la problemática en cuestión es la del diálogo intrajudicial. Esta engloba aquellas visiones que aceptan que para determinar con autoridad el contenido de las pautas constitucionales se requiere fundar dichas decisiones en razones. Sin embargo, sostienen que los partícipes idóneos de tal deliberación son una élite técnica: la de los juristas. Su particularidad es que la exigencia deliberativa queda satisfecha con la dinámica que se da dentro de cada tribunal.

Giuffré enlista diversas críticas que muestran las dificultades de dicha teoría para satisfacer el ideal de la deliberación democrática y dar una respuesta plausible a las objeciones demócratas contra el control judicial de constitucionalidad. Agregó que, en el caso de los tribunales constitucionales, muchas de estas críticas se agravan dado el volumen actual de trabajo que les es usual³.

¹ Entre las obras latinoamericanas importantes que abordan dicha discusión se encuentra Nino, 2003 y 2017; Gargarella, 2012 y 2021; Linares, 2008; Orunesu, 2012; Carbonell y García Jaramillo, 2010; Atria, 2016 y Alterio, 2021.

² Quizás resultaría preferible hablar de familias o direcciones teóricas, pues en no pocas ocasiones las propuestas que caen bajo cada una de las clasificaciones de Giuffré incorporan desacuerdos importantes aun en sus conceptos nucleares.

³ Por ejemplo, la poderosa Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica resuelve alrededor de 20 mil casos anualmente desde hace tiempo. Es más, para el año 2023 se reportó que por primera vez en su historia se han superado los 30 mil casos resueltos en el transcurso de un año. Es cierto que estas sentencias incluyen la resolución de recursos de *habeas corpus*, de amparo, consultas judiciales de constitucionalidad, consultas previas de constitucionalidad de leyes y acciones de inconstitucionalidad (ver: <https://delfino.cr/2024/01/sala-iv-rompio-record-de-casos-ingresados-y-resueltos-durante-2023>). Empero, aun concentrándose en este último subconjunto, la

La segunda teoría es la del diálogo transjudicial. Al igual que la anterior, entiende que la exigencia de dar razones en favor de una decisión sobre el contenido de la Constitución se satisface dentro del gremio de los juristas. Empero, en este caso, se amplía la clase de quienes participan en el diálogo para incluir varios órganos judiciales. La deliberación judicial relevante puede tomar una forma vertical (entre órganos judiciales de diversas jerarquías autoritativas), horizontal (entre órganos judiciales de igual jerarquía autoritativa; por ejemplo, cortes constitucionales de distintos países) o mixta.

Se trata, obviamente, de una visión constitucional juristocrática, en tanto el espacio relevante de deliberación es eminentemente juridicista⁴. Tras enlistar sendas críticas, Giuffré apunta que esta dirección tampoco logra dar cuenta del ideal de la democracia deliberativa ni de las objeciones demócratas al control judicial de constitucionalidad.

La tercera teoría se denomina diálogo interinstitucional. Se trata de las conocidas propuestas del constitucionalismo dialógico. Notablemente, esta dirección rompe con el monopolio juridicista de la comprensión constitucional. Para ella, resulta necesario quitar a los órganos judiciales la última palabra sobre lo constitucional. Esta teoría queda satisfecha con la inclusión en el diálogo de actores institucionales de las ramas políticas del gobierno.

Estas propuestas logran dar una respuesta a la objeción democrática al control judicial de constitucionalidad, pueden aun así tomar formas bastante elitistas. En otras palabras, pueden ser poco inclusivas democráticamente y, por ello, no satisfacer adecuadamente el ideal denso de la democracia deliberativa.

cantidad es considerable. Por ejemplo, para el 2020 el órgano reportó un total de 24 929 resoluciones. De estas, 22 713 fueron recursos de amparo, 1882 hábeas corpus, 309 acciones de inconstitucionalidad, 11 consultas judiciales de constitucionalidad, 13 consultas legislativas, 1 conflicto de competencia. Téngase en cuenta, además, que según el artículo 13 de la Ley de Jurisdicción Constitucional de Costa Rica, la interpretación constitucional que haga en cualquier resolución es vinculante para todos los otros órganos del Estado e, incluso, para la ciudadanía. ¿Qué tipo de deliberación interna puede esperarse en un órgano con este volumen de trabajo? ¿Vale la pena considerar que las figuras visibles (esto es los magistrados) son los integrantes reales de la deliberación judicial de ese órgano? Ciertamente, se requiere una reflexión más profunda sobre estas preguntas. Aun así, cabe sospechar que su respuesta resulta más bien escéptica sobre las virtudes y capacidades deliberativas del mentado tribunal. Los datos empíricos sobre la Sala Constitucional de Costa Rica los he obtenido del sitio oficial de la Sala Constitucional de Costa Rica (ver: <https://salaconstitucional.poder-judicial.go.cr/index.php/component/content/article/72-comunicados/492-labor-de-la-sala-constitucional-en-2020-numero-de-asuntos-resueltos-supero-al-de-casos-ingresados?Itemid=437>)

⁴ Juridicista no es un término que Giuffré utilice. Se trata de un neologismo con el cual aludo a la característica de cierto ámbito social o institucional de ser constituido e integrado por las prácticas normativas del gremio de los juristas (en sentido muy amplio: jueces, litigantes, juriconsultos...). Se sabe, por supuesto, que ya han existido modelos constitucionales en los cuales la comprensión normativa de lo constitucional no recae ni prioritaria ni exclusivamente sobre instituciones juridicistas; por ejemplo, las explicaciones históricas presentadas por Kramer (2011).

La cuarta alternativa es la que Giuffré denomina diálogo inclusivo. Engloba todas aquellas propuestas teóricas que, además de excluir la juristocracia sobre la comprensión constitucional e incluir la participación deliberativa de las ramas políticas del poder, da espacio (de diversas formas) a la ciudadanía misma para que determine el contenido normativo de las pautas constitucionales.

Como integrantes de esta dirección, Giuffré menciona las propuestas de Forst (2014), Bello Hutt (2017 y 2018), Lafont (2020), Gargarella (2021) y el fundamental Habermas (2008), entre otros (cabe agregar propuestas latinoamericanas como las desarrolladas por Linares [2017], Inarra [2023] y el propio Giuffré).

Esta teoría constitucional es la que presenta un modelo compatible con un ideal denso de democracia deliberativa. Además, según esta perspectiva, los tribunales constitucionales y otros órganos judiciales tienen un lugar democráticamente legítimo en la determinación del contenido normativo de las pautas constitucionales. La clave es que no se trata de un lugar constitucionalmente exclusivo ni privilegiado.

3. COMENTARIO

Quiero remarcar que para determinar si un cierto modelo constitucional sostiene un ideal denso de democracia (como lo es el deliberativo), resulta necesario considerar cómo se traduce dicho ideal en *instituciones constitucionales* (en la sala de máquinas del poder, para utilizar la conocida expresión de Gargarella -ver su obra 2014-).

Consecuentemente, para distinguir entre modelos democráticos y modelos juristocráticos sobre la comprensión normativa de los principios y cláusulas constitucionales, resulta imprescindible localizar el lugar institucional que la propuesta en consideración da a los órganos judiciales y, en especial, a los tribunales constitucionales y altas cortes. En específico, ha de revisarse la autoridad final o última palabra que el modelo atribuye a dichos órganos en la determinación de tres respetos:

- a) La constitucionalidad de las decisiones gubernativas (en especial, legislativas);
- b) el sentido normativo de las cláusulas constitucionales, cuáles son las pautas constitucionales que integran un orden constitucional dado y cómo se ponderan y jerarquizan entre sí; y

- c) la clase de los criterios por medio de los cuales se establece el contenido normativo de dichas pautas constitucionales, su ponderación y jerarquía⁵.

Siguiendo a Waldron (2018), se puede denominar control judicial de constitucionalidad fuerte a la forma de control que posee la última palabra en el sentido (a). Por su parte, si un órgano acumula la última palabra sobre los otros dos niveles, propongo que podría denominársele un control judicial de constitucionalidad *fortísimo*.

En este sentido, entiendo que ningún modelo que establezca institucionalmente un control judicial fortísimo es compatible con el ideal denso de la democracia deliberativa. Para plantearlo en pocas palabras, el peligro es que la práctica de comprensión constitucional llevada adelante por el control judicial fortísimo (y las instituciones que se le asocian) tienda a disolver las condiciones institucionales que sostienen otras maneras de comprensión *no juridicista* de lo constitucional. Notablemente, esta situación afectaría una de las facetas clave de todo modelo constitucional democrático denso: el lugar constitucional que ahí ha de tener la comprensión político-ciudadana sobre el sentido normativo de los asuntos fundamentales que le atañen. Dichos asuntos incluyen, por supuesto, las pautas constitucionales.

El peligro en cuestión es real. Como dice Loughlin:

Diverting these issues to a forum that is relatively remote, unaccountable, costly, and operates on the principal of individual complaint, [juristocratic] constitutionalism pushes ever more political issues into an institution that is insulated from the cut and thrust of ordinary life. Elsewhere, [...] the political struggle is often long, intense, incremental, and the product of accommodation and compromise, but its consequences have at least been thrashed out in accountable institutions. By signaling that the people should turn to the forum of [constitutional-legal] principles to deliver social change, aspirational [and juristocratic] constitutionalism carries the danger of draining the lifeblood from democracy, not just as a system of collective decision-making but, perhaps more importantly, as a way of life. (2022, p. 168)

⁵ La característica (a) es propia de los modelos con control judicial fuerte, según la terminología de Waldron, 2018, pp. 128-132. Por su parte, (b) es lo que Niembro-Ortega denomina supremacía interpretativa (Niembro, 2021, p. 47). Sin embargo, esta última faceta ha de distinguirse de lo aludido por (c).

Y más agrega: “As political movements are replaced by legal strategies and collective will formation made subservient to rights arguments, regimes become depoliticized by the individuation of claims” (Loughlin, 2022, p. 177).

Si esto es así, me parece que es inconsistente sostener modelos teóricos que dicen defender ideales democráticos densos, pero preservan una rampante juristocracia sobre la comprensión constitucional. Cualquiera que sea la verdad sobre este asunto, lo cierto es que el artículo de Giuffré brinda un aporte importante para clarificar el complejo panorama teórico de la discusión contemporánea sobre el constitucionalismo democrático deliberativo.

Referencias

- Alterio, A. M. (2021). *Entre lo neo y lo nuevo del constitucionalismo latinoamericano*. Tirant Lo Blanch.
- Atria, F. (2016). *La forma del derecho*. Marcial Pons.
- Bello Hutt, D. (2017). Against judicial supremacy in constitutional interpretation. *Revus*, 31, 1-20. DOI [10.4000/revus.3659](https://doi.org/10.4000/revus.3659)
- Bello Hutt, D. (2018). Measuring popular and judicial deliberation: A critical comparison. *International Journal of Constitutional Law*, 16(4), 1121-1147. DOI [10.1093/icon/moy085](https://doi.org/10.1093/icon/moy085)
- Carbonell M. y García, L. (eds). (2010) *El Canon Neoconstitucional*. Universidad Externado.
- Forst, R. (2014). *Justification and Critique: Towards a Critical Theory of Politics*. Polity Press.
- Gargarella, R. (2012). *La justicia frente al gobierno, sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
- Gargarella, R. (2014). *La sala de máquinas de la constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Katz.
- Gargarella, R. (2021). *El derecho como una conversación entre iguales, qué hacer para que las democracias contemporáneas se abran -por fin- al diálogo ciudadano*. Siglo XXI.

- Giuffré, I. C. (2023). Ampliando las fronteras del constitucionalismo deliberativo: Del diálogo judicial al diálogo inclusivo. *Revus* [en línea], (50). <http://journals.openedition.org/revus/9793>
- Habermas, J. (2008). *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* (4.ª ed.). Trotta.
- Inarra, L. (2023). *Los jurados constitucionales como modelo democrático abierto y deliberativo de control de constitucionalidad*. En D. Gomes y G. Scivoletto (comps). *América Latina y teoría social, ensayos plurales*, pp. 49-80. Dialéctica.
- Kramer, L. (2011). *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*. Marcial Pons.
- Lafont, C. (2020). *Democracy without shortcuts: A participatory conception of deliberative democracy*. Oxford University Press. DOI [10.1111/1467-8675.12432](https://doi.org/10.1111/1467-8675.12432)
- Linares, S. (2008). *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Marcial Pons.
- Linares, S. (2017). *Democracia participa epistémica*. Marcial Pons.
- Loughlin, M. (2022). *Against Constitutionalism*. Harvard University Press.
- Niembro Ortega, R. (2019). *La justicia constitucional de la democracia deliberativa*. Marcial Pons.
- Nino, C. S. (2003). *La Constitución de la democracia deliberativa* (R. Saba, Trad.). Gedisa.
- Nino, C. S. (2017). *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Astrea.
- Orunesu, C. (2012). *Positivism jurídico y sistemas constitucionales*. Marcial Pons.
- Waldron, J. (2018). *Contra el gobierno de los jueces, ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales* (F. Gaxiola, L. García Jaramillo y S. Virgüez Ruiz, Trads.). Siglo Veintiuno.