

TALLER DE ESTUDIO PROFUNDIZADO (TEP)

DERECHO CONSTITUCIONAL

“Concepciones sobre el Poder Judicial (y sobre su mal desempeño): ¿Hay una tercera vía entre el neoconstitucionalismo y el populismo?”

Docente: Pedro A. Caminos

Período de clases: 3 de mayo al 21 de junio

Horario: Miércoles de 18:30 a 20 horas

I. Contexto.

En los últimos años, han surgido dos imágenes opuestas en el debate global sobre los tribunales. Por un lado, existe un discurso según el cual el Poder Judicial cumple un rol central en la defensa y conservación de valores fundamentales para la democracia liberal, como los derechos humanos y el estado de derecho. Esta perspectiva considera que los jueces tienen la tarea de controlar las decisiones que adoptan las instituciones políticas basándose en el supuesto de que la responsabilidad electoral es insuficiente como mecanismo de limitación del poder. Al mismo tiempo, esta concepción asume que toda la actividad gubernamental está sujeta a normas jurídicas lo cual conduce inevitablemente a su judicialización. De ese modo, los tribunales se convierten en actores políticos centrales que, según se sostiene, tienen legitimidad para decidir en última instancia sobre cuestiones profundamente controvertidas y problemáticas.

Por otro lado, se desarrolló un discurso que presenta variaciones de región en región y de país en país pero que podemos resumir de este modo. En primer lugar, el discurso parte de un fundamento normativo distinto al anterior en el que las bondades de la democracia liberal no se dan por sentado. A partir de una reelaboración del concepto de soberanía popular, el discurso alternativo asume que existe un sujeto colectivo, un “pueblo” que tiene un interés en el bien común, que se opone a una o más minorías que son corruptas en el sentido de que solo persiguen sus propios intereses a expensas del bien común. Aquel bien común, querido por el pueblo, puede ser fácilmente identificado y traducido en políticas públicas concretas. De este punto de partida se sigue que, en segundo lugar, la oposición a dichas propuestas sea entendida como una negación del bien común. Ya sea que dicho rechazo se presente en términos sustantivos, es decir, como una crítica a la política en sí, o en términos formales, en el sentido de que la política en cuestión es considerada inconstitucional por presentar deficiencias procedimentales o incompatibilidad con los derechos humanos, en cualquier caso la oposición es “enemiga del pueblo”. La consecuencia de esto es que, si los jueces tienen algún rol, este no es otro que el de acompañar las políticas públicas que hacen al bien común. Por lo tanto, en tercer lugar, la pretensión de que los tribunales puedan controlar o invalidar la actividad de los políticos que proponen o adoptan aquellas políticas coloca a los jueces (y quizás, también, a la profesión jurídica en general) entre las minorías corruptas que actúan en base a sus propios intereses. En América Latina, este discurso a veces es acompañado por una peculiar concepción, denominada “lawfare”, que vincula a los jueces con los grandes medios de comunicación, servicios de inteligencia y estados extranjeros.

Estos dos tipos de discurso son fácilmente reconocibles en el debate público en la Argentina. Ahora bien, un punto interesante es que, dada la disparidad de fundamentos normativos de cada uno de ellos, la evaluación de lo que constituye el adecuado “desempeño” de los jueces parece ser inconmensurable. Desde una perspectiva, la declaración de inconstitucionalidad de una ley parece ser parte de la actividad normal y habitual de los tribunales. Desde la otra, si la ley es una implementación del bien común del pueblo, entonces su declaración de inconstitucionalidad es una clara señal de corrupción de los jueces. Por lo tanto, cuando surge la necesidad de evaluar la actividad de los tribunales, la discusión racional se vuelve prácticamente imposible en los hechos. Esto se traduce en varios problemas que van bastante más allá de las diferentes coyunturas políticas y se refieren al progresivo deterioro de la calidad institucional del Poder Judicial.

II. Objetivos.

El primer objetivo de este TEP es que los estudiantes tomen contacto con las diversas concepciones sobre el rol del Poder Judicial que son dominantes en el debate público argentino y global. El segundo objetivo es que puedan identificar los distintos fundamentos políticos que ellas presuponen con el fin de rastrear cuáles son los orígenes de tales desacuerdos. Finalmente, el tercer objetivo será el de sugerir una concepción alternativa sobre el rol del Poder Judicial que pueda contribuir al debate público evitando el bloqueo que se produce a partir del predominio de sus alternativas.

III. Programa.

Primera parte: Soberanía popular y democracia.

Clase 1: Presentación de la materia. La soberanía popular y la paradoja del constitucionalismo: El caso de la teoría del poder constituyente. Liberalismo (o constitucionalismo fuerte) vs. Constitucionalismo débil.

Clase 2: La concepción populista de la soberanía popular. El carácter auto-frustrante de prescindir de instituciones.

Clase 3: Democracia sin sustancia: teorías pluralistas y deliberativas de la democracia.

Segunda parte: Función judicial y control de constitucionalidad.

Clase 4: El concepto de función jurisdiccional. Dos visiones sobre la aplicación judicial de la constitución.

Clase 5: El problema de la aplicación judicial de los derechos constitucionales. La “salida fácil”: Supremacía constitucional y “fuerza normativa” de la constitución.

Clase 6: La tentación de las justificaciones basadas en las teorías procedimentales de la democracia. La “cultura de la justificación”.

Clase 7: La búsqueda de justificaciones alternativas del control judicial: El derecho a ser oído. El reconocimiento del carácter político de las decisiones judiciales y su justificación.

Tercera parte: Identidad constitucional, legislación y minimalismo judicial.

Clase 8: El pueblo como “pluribus e unum”. El carácter político del bien común. Los derechos constitucionales como mediación hacia la legislación. La posibilidad del minimalismo judicial en el ámbito constitucional.

IV. Bibliografía.

Atria, F. 2016. *La forma del derecho*. Madrid: Marcial Pons.

Besson, S. 2005. *The Morality of Conflict. Reasonable Disagreement and the Law*. Oxford: Hart, cap. 9 “Constitutional Rights qua Legislative Precommitment” (287-338).

Colón-Ríos, J. I. 2012. *Weak Constitutionalism. Democratic Legitimacy and the Question of Constituent Power*. Londres: Routledge, cap. 9 “Activating constituent power” (175-182).

Dobner, P. & Loughlin, M., eds. 2010. *The Twilight of Constitutionalism?*. Oxford: Oxford University Press.

Dworkin, R. 1996. *Freedom’s Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Nueva York: Oxford University Press.

Dyzenhaus, D. 2007. The Politics of the Question of Constituent Power. En Loughlin & Walker (2007a): 129-145.

Hamburger, P. 2010. A Tale of Two Paradigms: Judicial Review and Judicial Duty. *George Washington Law Review*, 78: 1162-177.

Harel, A. 2013. *Why Law Matters*. Oxford: Oxford University Press, cap. 6 “The Real Case for Judicial Review” (191-224).

Hirschl, R. 2004. *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.

Holmes, S. 1995. *Passions and Constraint. On the Theory of Liberal Democracy*. Chicago: University of Chicago Press, cap. 5 “Precommitment and the Paradox of Democracy” (134-177).

Kyritsis, D. 2017. *Where Our Protection Lies. Separation of Powers and Constitutional Review*. Oxford: Oxford University Press, cap. 6 “Constitutional Review in Representative Democracy” (121-151).

Lafont, C. 2020. *Democracy without Shortcuts*. Oxford: Oxford University Press.

Loughlin, M. 2010. What is Constitutionalisation?. En Dobner & Loughlin (2010): 47-69.

Loughlin, M. & Walker, N., eds. 2007a. *The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form*. Oxford: Oxford University Press.

Müller, J.-W. 2014. “‘The People Must Be Extracted from Within the People’: Reflections on Populism”.
Constellations, 21(4): 483-493.