

**Tres modelos normativos de Estado: separación estricta de poderes, checks and balances y deliberativo**

**Carlos Ignacio Giuffré<sup>1</sup>**

**PALABRAS CLAVE:** División de poderes – Democracia deliberativa – Teoría discursiva del derecho.

**RESUMEN:** El presente trabajo tiene por objeto repasar los sistemas constitucionales de “separación estricta de poderes” y de “pesos y contrapesos”, para luego analizar el “deliberativo”, demostrando que los dos primeros, en tanto modelos de Estado herméticos o adversativos, presentan límites para efectivizar los postulados de la democracia dialógica. Además, describe la teoría del derecho que se relaciona con este prototipo de democracia y, por último, se enuncian posibles institucionalizaciones del modelo deliberativo.

---

<sup>1</sup> Abogado por la Universidad de Mendoza; Docente Adscripto a la Cátedra de Derecho Constitucional de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales en la Universidad Nacional de Cuyo y a la Cátedra de Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales en la Universidad de Mendoza; Especialización en Derecho Constitucional en la UCA.

### **Tres modelos normativos de Estado: separación estricta de poderes, checks and balances y deliberativo**

Al distribuir las atribuciones constitucionales del Estado existe un debate teórico y una disputa de poder en torno a quién ha de tener “la última palabra” al momento de decidir cuestiones relativas a la interpretación de la Constitución como de las leyes, dentro de un sistema republicano –que distribuye las funciones en tres órganos– y que a su vez reconoce tribunales supranacionales. Comprender esto es fundamental para pensar en las *condiciones de legitimidad de las decisiones* que se han de tomar en un Estado de Derecho.

Luego de este exordio, se ha de referenciar a los dos modelos tradicionales de división de poderes del Estado. Uno, es el de “*la separación estricta y extrema de poderes*”, que tuvo lugar, por ejemplo, en la Constitución francesa de 1793 y sostenía que *no debía haber interferencia* entre las ramas del gobierno; tal independencia implicaba aislamiento. No se permitía el control judicial de las leyes ni el veto presidencial, ello con el objeto de impedir que se obstaculice la producción y aplicación de las leyes por parte de otro órgano estatal.

Según la concepción jacobino-rousseauiana, la última palabra la debía tener quien estaba legitimado en el ámbito político para expresar la voluntad general, esto es, el Poder Legislativo<sup>2</sup>. De lo contrario se vulneraba la voluntad del pueblo, en tanto: soberana, recta e infalible, según Rousseau<sup>3</sup>.

Por otro lado, emerge el “*sistema de los frenos y contrapesos*” de los Padres Fundadores, que proponía la necesidad de *una mutua interferencia* entre los órganos de gobierno, fue ideado en Estados Unidos como mecanismo para limitar el poder político, dotando a cada rama estatal de una ambición tal, que la de una contrarreste a la de la otra. Surge para evitar y contener la confrontación,

---

<sup>2</sup> ZACCARÍA, Giuseppe, *La jurisprudencia como fuente del derecho: una perspectiva hermenéutica*. Revista Isonomía (online). 2010, N° 32, México, p. 132. ISSN 1405-0218.

<sup>3</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El contrato social*. Azcoaga, Enrique (trad.). Madrid: Edaf, 2005, p. 75. ISBN 84-7166-456-9.

antes que para promover el diálogo, por eso fue *pródigo en la creación de elementos defensivos y ofensivos*, mediante la posibilidad de contener los efectos de una norma, ahora sí, a través del veto y la declaración de inconstitucionalidad<sup>4</sup>.

A diferencia del modelo anterior, Hamilton, en el capítulo 78 de El Federalista<sup>5</sup>, hace hincapié en que en el sistema resultante de la Constitución, el Poder Judicial aparece como “el menos peligroso” en comparación con el Ejecutivo y el Legislativo y que, por tanto, se convierte en la rama mejor posicionada para actuar como mediadora entre el Estado y el pueblo y, en caso de conflicto, para hacer prevalecer la voluntad del primero por sobre la del segundo.

Ahora bien, para el Constitucionalismo Dialógico, los dos modelos reseñados, en tanto *herméticos y adversativos*, se encuentran desactualizados y presentan límites para efectivizar la Democracia Deliberativa, basada en que la regulación de las relaciones entre los poderes del Estado es igual o más importante que consagrar su división.

Así, en el Modelo Deliberativo, la lógica de la división de poderes –según Habermas– ha de realizarse, en estructuras distintas, ubicando en su centro a la deliberación, mediante *formas de comunicación y participación*<sup>6</sup> para resolver los asuntos políticos a través de procedimientos comunitarios de toma de decisiones.

Fundado, como lo constata Gargarella, en la premisa de que ninguna institución en particular basta para se tomen en consideración todas las

---

<sup>4</sup> GARGARELLA, Roberto, “El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos”. En: GARGARELLA, Roberto (compilador), *Por una justicia dialógica; El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2014, p. 137. ISBN 978-987-629-395-2.

<sup>5</sup> HAMILTON, Alexander, MADISON, James y JAY, John, *El federalista*. 2a ed. Velasco, Gustavo (pról. y trad.). México: Fondo de cultura económica, 2010. ISBN 978-968-16-6371-1.

<sup>6</sup> HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez; Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Jiménez Redondo, Manuel (int. y trad.). 4ª ed. Madrid: Trotta, 2008, p- 262. ISBN 978-84-8164-151-6.

preocupaciones relativas a un tema específico<sup>7</sup>. Por eso, Martí<sup>8</sup> señala que los *principios* del proceso deliberativo son: la argumentación, apertura, colectividad, continuidad, inclusión, publicidad, libertad e igualdad de los participantes.

El modelo en análisis tiene como presupuesto una *teoría discursiva del derecho*; en este sentido, Habermas puntualiza que una norma es correcta, y por lo tanto *legítima*, si puede ser el resultado de un específico procedimiento de corrección, a saber, el de un proceso de argumentación o fundamentación racional en el marco de una situación ideal de diálogo, como es el Discurso, donde se introducen informaciones y se producen argumentos sobre pretensiones de validez problemáticas formuladas por las partes.

De acuerdo a la propuesta habermasiana, el lugar tradicional de la “razón práctica subjetiva”, como capacidad informativa que da orientaciones de contenido al actor en la acción o que le dicta qué es lo que debe hacer, pasa a ocuparlo la “razón comunicativa”, consistente más bien en el medio lingüístico a través del cual se concatenan las interacciones a fin de lograr el reconocimiento intersubjetivo de pretensiones de validez<sup>9</sup>.

Dicho de otro modo, el concepto de “racionalidad procedimental-comunicativa”, se sustenta en que las propiedades de validez de un juicio lógico no sólo han de buscarse en la dimensión individual o de la lógica-semántica de los argumentos, sino también en *la dimensión del proceso colectivo de fundamentación del mismo*<sup>10</sup>. Y el resultado obtenido conforme a ese procedimiento, el consenso, habría de fundar su presunción de racionalidad.

---

<sup>7</sup> GARGARELLA, Roberto, “El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos”. En: GARGARELLA, Roberto (compilador), *Por una justicia dialógica; El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2014, p. 169. ISBN 978-987-629-395-2.

<sup>8</sup> MARTÍ, José Luis, *La república deliberativa: una teoría de la democracia*. Gargarella, Roberto y Moreso, José Juan (pról.). Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 90-97. ISBN 84-9768-383-8.

<sup>9</sup> HABERMAS, *ob. cit.*, pp. 63-65.

<sup>10</sup> HABERMAS, *ob. cit.*, p. 297.

Esta teoría del derecho, hace depender la aceptabilidad racional de las resoluciones judiciales no sólo de la calidad de los argumentos, sino también de la estructura del proceso de argumentación. A diferencia del modelo solipsista de decisión judicial basado en la personalidad de un juez Hércules –todo poderoso– que se distingue por su razón personal y por su privilegiado acceso a la verdad, el procedimiento argumentativo de *búsqueda cooperativa de la verdad* garantiza la comprobabilidad intersubjetiva del juicio.

Distinto es la situación en el modelo de los “pesos y contrapesos”, donde el miedo a las mayorías, deriva en la desconfianza frente a las instituciones representativas, lo cual, en última instancia, se traduce en valorar positivamente el hecho de que los tribunales detenten la última palabra y que sean instituciones contramayoritarias que evitan la denominada “tiranía de las mayorías”.

Michelman critica esa concepción sobre el proceso de decisión de los jueces, al decir que: “Lo que falta es diálogo. Hércules... es un solitario. Es demasiado heroico. Sus construcciones narrativas son monológicas. No conversa con nadie, sino a través de libros. No se entrevista con otros. No se tropieza con la otroidad... Hércules no es más que un hombre después de todo... Dworkin ha construido una apoteosis del juez juzgando, pero sin prestar atención a... la pluralidad”<sup>11</sup>.

Por su lado, Robert Alexy coincide en que “el Derecho necesita del discurso para lograr legitimidad”<sup>12</sup>; en efecto, la justicia de una resolución viene asegurada por el procedimiento democrático de su producción. La legitimidad, entonces, tiene carácter comunicativo, pues ella solo existe si hay intersubjetividad y consenso entre los involucrados.

El modelo deliberativo defiende un *ideal de diálogo argumentativo* entre el Poder Judicial, el Legislativo y el Ejecutivo, pero, también, con el pueblo, en virtud

---

<sup>11</sup> MICHELMAN, Frank, “Justification and the justifiability of law in contradictory world”. En: HABERMAS, *ob. cit.*, p. 295.

<sup>12</sup> ALEXY, Robert, “La institucionalización de la razón”, p. 233. En: SERNA, Pedro (Director), *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*. Granada: Comares, 2005, p. 179. ISBN 84-8444-981-5.

de su “derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos” consagrado en los Tratados Internacionales. Ahora bien, en cuanto ideal regulativo, esta teoría sólo se limita a *establecer un estado de cosas hacia el cual se debe tender* y sólo sirve para *diseñar mecanismos* que posibiliten procesos democráticos de toma de decisiones.

Entonces, la Democracia Deliberativa y los derechos de participación política, *para cobrar plausibilidad precisan de la institucionalización de ciertos mecanismos jurídico-dialógicos*, tales como: 1) los juicios por jurados; 2) la iniciativa legislativa popular; 3) la consulta popular; 4) las audiencias públicas; 5) los cabildos abiertos contemplados en la Constitución colombiana; 6) la consulta legislativa de constitucionalidad guatemalteca; o 7) la revisión judicial dialógica; entre otros.

Ellos se basan, por un lado, en uno de los imperativos del *axioma republicano* –art. 1 de CN– cual es la publicidad de los actos de gobierno y, por el otro, en el *brocardo de soberanía del pueblo* –art. 33 de la CN– según el cual, el poder del Estado procede del pueblo, al ser éste el portador del derecho subjetivo a participar en la formación democrática de la voluntad común.

Tales instrumentos constituyen una experiencia representativa de cómo la influencia del espacio público –que es donde se funda y construye la democracia– puede lograr el desarrollo de un *elevado grado de discusión* y puede generar la *adopción de decisiones con una dosis alta de calidad* en términos de contenido, racionalidad, intersubjetividad y consenso.

A través de ellos, se fortalecerá el vínculo entre los funcionarios y los ciudadanos, asegurando el ejercicio de su autonomía política, ya que podrán hacer manifiestos sus problemas, pretensiones e intereses para incidir en la formación institucionalizada de la voluntad común.

En función de este Modelo de Estado, la tarea de la construcción del derecho es un asunto de la comunidad, que debe estar en el centro de la creación normativa, pues no es una potestad exclusiva de la Legislatura ni de los Tribunales, como lo sostenían los dos modelos clásicos. De esta manera, se

desplaza la visión de lo jurídico-político centrada exclusivamente en el Estado, a partir del presupuesto de que la ciudadanía también es capaz de acción colectiva.

La cuestión, en definitiva, tiene asidero en decidir si: se pretende un Estado con órganos herméticos y aislados –tal como lo sugería Madison a los jueces en el capítulo 79 de El Federalista<sup>13</sup>– o, por el contrario, otro que tome un *rol activo como promotor de la deliberación*, que sea receptivo de la opinión pública, que difunda las discusiones y que lleve a cabo un gobierno abierto –como lo postula Lorenzetti–, todo, para tomar decisiones democráticas.

En suma, *las instituciones actuales no fueron diseñadas para favorecer la deliberación*, tal como se desprende del artículo 22 de la CN cuando establece que “el pueblo no delibera ni gobierna, sino a través de sus representantes”. Por lo tanto, si se procura institucionalizar el modelo dialógico, se deberá ser original para organizar *mecanismos jurídicos capaces de canalizar la interacción* entre las distintas ramas del gobierno y los ciudadanos.

---

<sup>13</sup> HAMILTON, Alexander, MADISON, James y JAY, John, *ob. cit.*