

**CÁTEDRA DE
DERECHOS HUMANOS:
REFLEXIONES
CONTEMPORÁNEAS
SOBRE LA PERSONA
Y SU SOCIEDAD**

PRIMERA SESIÓN



**Concepciones diversas sobre
los derechos humanos:
Garantismo vs. Deliberativismo**

Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Catalogación

PO
Q010
C373c

Cátedra de derechos humanos : reflexiones contemporáneas sobre la persona y su sociedad : primera sesión : concepciones diversas sobre los derechos humanos : garantismo vs. deliberativismo / la compilación de esta obra estuvo a cargo de la Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ; presentación Regina Castro Traulsen ; introducción Ana Micaela Alterio. – Primera edición. – Ciudad de México, México : Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021.

1 recurso en línea (44 páginas : ilustraciones ; 22 cm.)

En la portada: 10 Años, Reforma Constitucional, Derechos Humanos y Amparo

Material disponible en PDF.

1. Derechos humanos – Sociedad – Teoría – Análisis 2. Garantismo 3. Deliberativismo 4. Constitucionalismo 5. División de poderes 6. Política 7. Órganos de representación ciudadana 8. Tribunales internacionales I. Castro Traulsen, Regina, escritor de prólogo II. Alterio, Ana Micaela, autor de introducción III. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Dirección General de Derechos Humanos LC KGF3240

Primera edición: agosto de 2021

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Avenida José María Pino Suárez núm. 2
Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc
C.P. 06060, Ciudad de México, México.

Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio, sin autorización escrita de los titulares de los derechos.

El contenido de los documentos que conforman esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La compilación de esta obra estuvo a cargo de la Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La edición y el diseño estuvieron al cuidado de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

CÁTEDRA DE
DERECHOS HUMANOS:
REFLEXIONES
CONTEMPORÁNEAS
SOBRE LA PERSONA
Y SU SOCIEDAD

PRIMERA SESIÓN

Concepciones diversas sobre los derechos humanos: Garantismo vs. Deliberativismo



Suprema Corte
de Justicia de la Nación



DERECHOS
HUMANOS

Suprema Corte de Justicia de la Nación

Ministro Arturo Zaldívar
Presidente

Primera Sala

Ministra Ana Margarita Ríos-Farjat
Presidenta

Ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá
Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena
Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo
Ministra Norma Lucía Piña Hernández

Segunda Sala

Ministra Yasmín Esquivel Mossa
Presidenta

Ministro Luis María Aguilar Morales
Ministro José Fernando Franco González Salas
Ministro Javier Laynez Potisek
Ministro Alberto Pérez Dayán

Contenido

- 7 Presentación
- 9 Introducción
El garantismo de Luigi Ferrajoli y el
deliberativismo de Roberto Gargarella:
dos aproximaciones para el
constitucionalismo de los derechos
- 17 Intervenciones
- 35 Preguntas

Presentación

La *Cátedra de Derechos Humanos: reflexiones contemporáneas sobre la persona y su sociedad* es una iniciativa de la Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que busca generar un espacio de interacción entre personas académicas, activistas, juristas y defensoras de derechos humanos, con una reconocida trayectoria a nivel nacional e internacional, a fin de que dialoguen sobre sus postulados sobre los derechos humanos con la comunidad universitaria de nuestro país.

La primera sesión tuvo como propósito reflexionar a partir de distintas teorías que han tratado de explicar la relación entre los derechos humanos y su significado en una sociedad democrática. Para esto, contamos con la participación de dos de los más importantes exponentes del constitucionalismo contemporáneo: Luigi Ferrajoli y Roberto Gargarella, quienes debatieron en torno a dos concepciones sobre los derechos humanos: el garantismo y el deliberativismo. Lo anterior, bajo la moderación de una experta en la materia, la doctora Ana Micaela Alterio.

El interés generado en torno a la primera sesión de la *Cátedra de Derechos Humanos* superó nuestras expectativas: las inscripciones se cerraron a los pocos días de haberse publicado la convocatoria ante la respuesta de las y los estudiantes de nuestro país. Asimismo, la conversación en redes sociales sobre el evento no sólo involucró a la comunidad univer-

sitaria, personas de toda América Latina expresaron su interés por el debate y participaron en una conversación colectiva a partir de los postulados del garantismo y el deliberativismo.

Los comentarios que se suscitaron en redes sociales previos, durante y posteriores al evento dan cuenta que en nuestra región son compartidas las inquietudes sobre los derechos humanos, la democracia, las altas cortes, los órganos de representación popular, entre otras. Esto es un reflejo de la influencia que el pensamiento de Luigi Ferrajoli y de Roberto Gargarella han tenido en la comunidad jurídica de Latinoamérica, no sólo en las facultades de derecho, sino también al interior de los órganos jurisdiccionales y legislativos.

En esta ocasión, la Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación presenta esta publicación que busca difundir la conversación generada en la primera sesión de la *Cátedra* en torno a las diversas concepciones de los derechos humanos. En ella se encuentra una introducción al contenido de la sesión a cargo de la doctora Ana Micaela Alterio; una semblanza e introducción al pensamiento de Luigi Ferrajoli y de Roberto Gargarella en formato de infografía; así como la transcripción del debate llevado a cabo en febrero de este año.

Con esta publicación, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México busca contribuir en la generación de debates relevantes sobre los grandes temas de derechos humanos y aportar un insumo para que el diálogo sobre las ideas discutidas en la *Cátedra* se mantenga vivo en las facultades y escuelas de derecho de nuestro país y de nuestra región, así como para cualquier persona interesada en introducirse a los mismos.

Regina Castro Traulsen
Directora General de Derechos Humanos

Introducción

El garantismo de Luigi Ferrajoli y el
deliberativismo de Roberto Gargarella:
dos aproximaciones para el
constitucionalismo de los derechos

Ana Micaela Alterio*

En este libro, la lectora y el lector encontrarán la transcripción de una rica conversación que mantuvieron Luigi Ferrajoli y Roberto Gargarella en el marco de la Primer Cátedra de Derechos Humanos organizada por la Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN).

La conversación tiene varias aristas que resultan muy interesantes. En primer lugar, expone sintéticamente los “modelos” garantista y deliberativista del constitucionalismo que cada uno de los ponentes sostiene emblemáticamente. Dicha exposición permite, en segundo lugar, detectar las diferencias, pero también las similitudes que estos modelos encuentran entre sí. Las precisiones son útiles pues nos ayudan a “hilar fino” al momento de argumentar en materia de derechos fundamentales (DDFF); aunque también de modo coherente y consistente en su relación con la democracia, la división de poderes y funciones, la política y el entorno que hace posible (o no) el cumplimiento y exigibilidad de los mismos. Por último, contesta algunas preguntas que ayudan a descubrir puntos no siempre explícitos en sendas teorías.

* Abogada por la Universidad Nacional de Cuyo, en Mendoza, Argentina. Maestra y doctora en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid, actualmente es profesora de tiempo completo del Departamento Académico de Derecho del Instituto Tecnológico Autónomo de México y parte del Sistema Nacional de Investigadores del CONACYT, Nivel 1.

A modo de introducción y esperando colaborar en la lectura de las páginas que siguen, quisiera realizar dos comentarios muy generales. El primero, tiene que ver con (a) el *contexto* de los autores y cómo este, a mi criterio, repercute en sus posturas frente al derecho. El segundo en cambio, se concentra en (b) los *antecedentes* académicos de los profesores y en cómo estos marcan, también desde mi punto de vista, la evolución de sus trayectorias.

Luigi Ferrajoli es un académico *italiano*, que se desempeñó como *juez*, y cuya trayectoria inicial estuvo anclada en el *derecho penal* y en su preocupación por limitar el poder punitivo del Estado.

Estas dos notas son importantes: a) porque la Constitución italiana, posterior a la derrota del país en la Segunda Guerra Mundial, es paradigmática de un modelo catalogado por la doctrina como *neoconstitucionalista* y que se explica en parte, como producto de una enorme desconfianza hacia las mayorías. Sus notas: rigidez de sus cláusulas, consagración de derechos fundamentales y control judicial de constitucionalidad fuerte, en manos de un Tribunal Constitucional con última palabra, pueden entenderse como una reacción al fascismo que gobernó al país en el periodo inmediatamente anterior.

b) El derecho penal por su parte, imprime ciertas características al modo de pensar el derecho y su justiciabilidad: la taxatividad de los tipos penales y el estrecho margen de discrecionalidad judicial que se permite en esta materia, hacen pensar en la actividad judicial como cognitiva, cuasi lógico-deductiva, donde se busca conocer la verdad (procesal) de los hechos sometidos a consideración judicial.

La combinación de estas circunstancias, explican en gran medida la postura de Ferrajoli ante el sistema democrático constitucional. Uno donde la Constitución y los derechos que consagra son atrincherados, y los jueces

se yerguen como guardianes indisputables ante cualquier intento de contestación. Esta decisión institucional no es problemática para Ferrajoli por las mismas razones que se deducen de lo apuntado:

Primero, porque los derechos representan “lo verdadero”, lo que expresa la Constitución y sostiene (define) la democracia *sustantiva*. En tanto verdaderos no están sujetos a opinión o disputa de las mayorías (“que mediante su voto no pueden hacer verdadero lo falso, ni falso lo verdadero”) y deben ser protegidas por los jueces ante cualquier amenaza.

Segundo, porque los jueces y juezas solo realizan una actividad cognoscitiva, de subsunción los hechos a las normas sin “agregar” decisión alguna. En este sentido no podría haber falta de legitimidad en sus decisiones, que se circunscriben a garantizar lo ya decidido claramente por la soberanía popular. Así, cualquier evaluación de legitimidad tendrá que ver con los *resultados*: con garantizar (en palabras de Dworkin) la igual consideración y respeto de todos y todas.

Roberto Gargarella, por su parte, es un académico *argentino*, que además de jurista es *sociólogo* de formación. Su trayectoria comenzó al lado de Carlos Nino y sus preocupaciones comunes por la restitución democrática de Argentina.

Estas notas también son importantes para comprender la evolución de su teoría. a) Por un lado, porque a diferencia de lo ocurrido en Europa, las experiencias dictatoriales en América Latina no fueron respaldadas electoralmente, sino que, por el contrario, fueron contramayoritarias. Es más, podría decirse que la consagración de DDFF en las Constituciones de la región está fuertemente anclada a la disputa política que han llevado adelante los distintos movimientos sociales, desde abajo y contra las élites. Esto desde la etapa fundacional independentista y anticolonialista, hasta

la actualidad, todos en clave constitucional (piénsese en los movimientos de mujeres a lo largo de la región, la movilización social actual en Chile, el movimiento de la Séptima Papeleta en Colombia, la movilización de los pueblos indígenas desde México a los países andinos, etc.).

Además, y en particular, la Constitución argentina no prevé un control judicial fuerte de constitucionalidad de tipo *kelseniano*, sino un control difuso encabezado por una Suprema Corte de Justicia que históricamente no pudo resistir los embates autoritarios. Por la similitud de este sistema al estadounidense, el debate sobre el papel de la judicatura y sus rasgos elitista, permeó el debate local desde su origen constitucional de 1853.

(b) Por otro lado, porque como discípulo de Carlos Nino, sus reflexiones se tiñeron de las preguntas filosóficas sobre los fundamentos, más que sobre los resultados, de lo que podía considerarse “lo correcto”. Así, la legitimidad de cualquier decisión no se puede pensar como dada *a priori*, sino que tiene que pasar por un *procedimiento* de validación en el que todas las posibles afectadas por dicha decisión puedan participar, en condiciones de igualdad, exponiendo y contrastando sus puntos de vista. De allí que se encuentre como presupuesto de la teoría de Gargarella un constructivismo epistémico marcado por el disenso y los procedimientos deliberativos e igualitarios; y, como resultado, “una posibilidad”, que obtuvo el apoyo mayoritario en las mejores condiciones y por tanto debemos respetar, pero que permanece abierta y revisable por los mismos procedimientos democráticos que le dieron origen. Esta concepción filosófico-democrática, este “ideal regulativo”, impregna todo su trabajo convirtiéndose en la medida para evaluar el derecho penal, la protesta social, el desempeño de la judicatura, los mecanismos de participación semidirecta o los diseños institucionales del constitucionalismo.

Como se puede ver, he presentado claves de lectura de alto contraste, quizá en un intento pedagógico y, a la vez, osado por su simplificación. Pero lo cierto es que muchos son los puntos que tienen en común las teorías garantista y deliberativista que defienden los profesores. La preocupación por el respeto y garantía de los derechos fundamentales para todos y todas es clave. En ambos, esto sólo es posible en un entorno donde también las condiciones materiales de ejercicio estén garantizadas y donde los poderes “salvajes”, “fácticos”, “mafiosos”, sean éstos, públicos o privados —que suelen representar la principal amenaza para la democracia constitucional y los derechos—, estén sometidos a la Constitución. ¿Cómo someterlos? ¿Mediante qué palancas de la “sala de máquinas” hacerlo y a la vez garantizar esas condiciones materiales? Ahí no hay acuerdo... Si bien ambos autores defienden lo que se podría calificar de un constitucionalismo “de izquierdas”, lo cierto es que ni siquiera dentro de ese espectro hay respuestas contundentes (menos aún fáciles) respecto del mejor diseño institucional, suponiendo la comunidad de los fines.

Tampoco las encontraremos en el derecho constitucional comparado. En los últimos años nuestra disciplina se ha visto enriquecida por un debate amplísimo que pretende contestar estas preguntas poniendo el acento en los derechos fundamentales y sus condiciones de efectividad. Desde distintas latitudes, leemos propuestas de “constitucionalismo transformador”, “constitucionalismo popular”, “neoconstitucionalismo”, “nuevo constitucionalismo latinoamericano”, “constitucionalismo progresista”, etc. Ferrajoli y Gargarella, con su garantismo y deliberativismo respectivamente, representan aportes imprescindibles en esta reflexión global, absolutamente necesaria y urgente.

Luigi Ferrajoli

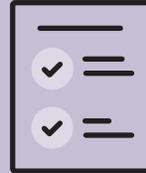
(Italia, 1940) es profesor y autor de múltiples obras sobre teoría y filosofía del derecho. En el ámbito judicial se desempeñó como juez en la ciudad de Prato (1967-1975).

Como docente, fue profesor en la Universidad de Camerino y desde 2003 en la Universidad de Roma III, donde es profesor emérito.

GARANTISMO

Subordinación del poder a los derechos fundamentales

El garantismo es un modelo de derecho fundado en la subordinación de todos los poderes –públicos y privados– y en los vínculos impuestos a ellos en garantía de los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones.



El garantismo como límite a la regla de mayoría: la esfera de lo indecible



Los derechos fundamentales forman parte de la esfera de lo indecible: aquello que se expropia del control y decisión de las mayorías, aun en una democracia, a partir de su incorporación en las Constituciones. Ninguna mayoría, aun por unanimidad, puede decidir su abolición o reducción. La legitimidad democrática surge, entonces, a partir del respeto por esos derechos.

Los derechos fundamentales como la ley del más débil

Para Ferrajoli, los derechos fundamentales se constituyen como la ley del más débil en oposición a la ley del más fuerte que regiría en su ausencia. Es por esto que la protección de estos derechos no puede quedar en manos de esas mayorías, siempre contingentes, que son las principales amenazas para los derechos y también su objeto principal de control.



La legitimidad del control judicial de la ley



Frente a la crítica al control judicial de la constitucionalidad de la ley, relacionada con su aparente carácter no democrático, Ferrajoli defiende su legitimidad: su fundamento será democrático si entendemos que el papel de la judicatura es proteger aquello que no puede decidirse por las mayorías: los derechos fundamentales.

Roberto Gargarella

(Argentina, 1964) es doctor en derecho por la Universidad de Buenos Aires (UBA) y por la Universidad de Chicago. Actualmente es profesor de derecho constitucional y teoría política en la Universidad Torcuato

di Tella y en la Facultad de Derecho de la UBA. Sus principales temas de investigación son el constitucionalismo, la democracia y el poder judicial.

DELIBERATIVISMO

Diálogo entre iguales sobre los asuntos constitucionales fundamentales

También conocido como constitucionalismo dialógico, propone 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”.



Crítica al control judicial y reivindicación del parlamento

La idea anterior implica reflexionar en torno al control de constitucionalidad de la ley en los sistemas democráticos: ¿por qué la judicatura y no el parlamento tiene a cargo la tarea principal de interpretar la Constitución y de dictar “la última palabra” sobre una cuestión constitucional? ¿por qué hemos adoptado un sistema institucional tan rígido, donde la judicatura valida o invalida una ley, como si los problemas constitucionales fueran del tipo “todo o nada”?



La sala de máquinas de la Constitución

Para Gargarella, las Constituciones en América Latina se han preocupado por tener un catálogo de derechos de vanguardia, pero con una organización del poder concentrado y tradicional, a lo que ha llamado la sala de máquinas de la Constitución.



Hacia un constitucionalismo deliberativo: repensar el diseño institucional

A fin de democratizar esta sala de máquinas, el deliberativismo propone repensar un diseño institucional en donde la judicatura, el parlamento y el poder ejecutivo, además de la ciudadanía, puedan dialogar y encontrar las mejores soluciones a los problemas constitucionales fundamentales en una democracia, incluyendo los temas relativos a los derechos humanos. Una vez que los distintos poderes alcancen acuerdos conversacionales se diluyen los temores y las críticas relacionadas con la imposición de soluciones “desde arriba”.



Intervenciones

Luigi Ferrajoli sobre la teoría garantista

Garantismo es una palabra del léxico jurídico relativamente nueva. En el viejo léxico jurídico, se entendía por garantías a una clase de institutos de derecho privado, como la hipoteca, la prenda, la fianza. Actualmente se entiende, por garantías, sobre todo las técnicas cuya finalidad es asegurar la efectividad de los derechos fundamentales.

Por garantías, yo entiendo, en general, los vínculos y los límites correlativos a derechos subjetivos que consisten todos en expectativas, positivas o negativas, a las que corresponden lógicamente obligaciones o prohibiciones.

Por garantismo se entiende, por consiguiente, un modelo de derecho y de sistema político dirigido a la garantía de los derechos subjetivos. Según los diversos tipos de derechos se puede distinguir entre garantismo propietario, garantismo liberal, garantismo social, garantismo civil a partir de la garantía de los derechos patrimoniales, de los derechos de libertad, de los derechos sociales y de los derechos civiles. También hablaremos de garantismo internacional para designar el conjunto de las garantías, desgraciadamente casi inexistentes, para la tutela de la paz y de los derechos

humanos establecidos en las tantas cartas, declaraciones, pactos y convenciones de derecho internacional.

El sector del derecho con referencia al cual la teoría del garantismo ha sido elaborada primordialmente es el derecho penal. En efecto, fue sobre todo en el terreno penal que nació el garantismo, que se conecta en este sentido a la tradición ilustrada, a la tradición clásica del pensamiento penal liberal y expresa la instancia que fue propia del iluminismo jurídico, de la enunciación, de la minimización de aquel poder terrible como lo llamó Montesquieu, que es el *poder punitivo*. En este sentido el garantismo penal se identifica con el proyecto de un “derecho penal mínimo”: expresión con la cual se puede designar un sistema penal que minimiza no solamente la violencia de los delitos, sino también las penas informales y excesivas.

Sin embargo, el garantismo, es decir, este paradigma se presta para ser ampliado como el paradigma teórico de la democracia constitucional, es decir como técnica, como paradigma de garantía de todos los derechos fundamentales. Desde los derechos de libertad hasta los derechos sociales, de los derechos de los trabajadores a los derechos de las minorías; siempre esos derechos pueden ser concebidos como leyes del más débil en alternativa a la ley del más fuerte la cual prevalecería en su ausencia.

De este modo el garantismo diseña un modelo de derecho fundado en la subordinación a la ley de todos los poderes, a garantías de esos derechos, que normalmente son establecidos por las cartas constitucionales. Creo que se puede extender este paradigma no solamente al poder punitivo, como es la tradición liberal clásica, también a los otros poderes públicos; no solamente a los poderes públicos, también a los poderes económicos y privados que la atención liberal ha comúnmente confundido con las libertades y que son poderes cuyo carácter salvaje puede ser más opresivo, más predatorio,

que los mismos poderes públicos; no solamente a los poderes estatales, también a los poderes sobre estatales.

Está una aporía en la tradición del pensamiento jurídico y político, expresado de la misma palabra Estado de derecho: la idea que solamente el Estado, solamente los poderes estatales son poderes que requieren límites y vínculos. La teoría garantista, al contrario, es una teoría de límites y vínculos también a los poderes privados; a los poderes sobre estatales. Pues bien, yo creo que la categoría del garantismo, el paradigma garantista, la categoría de las garantías, tiene una centralidad sobre todo en la teoría de la democracia constitucional; una centralidad que hace de la democracia el producto de una construcción política que la Constitución asigna a los poderes públicos, sobre todo, a los poderes políticos de gobierno y a los poderes legislativos.

Hay un rasgo característico de los derechos fundamentales que explica su ineficacia sobre todo en el orden internacional. A diferencia de los derechos patrimoniales cuyas garantías nacen junto con los derechos garantizados —la deuda junto al crédito, la prohibición del daño junto al derecho real de propiedad— los derechos fundamentales son establecidos directamente por normas generales, y no surgen con sus garantías, que bien pueden faltar —y de hecho faltan, sobre todo en el derecho internacional. Por tanto, necesitan reglas de actuación que introduzcan a escala nacional y escala global las garantías principales y la correspondiente institución de garantías.

También el derecho a la vida sin la prohibición del homicidio, sin la prohibición de la pena de muerte sería un derecho de papel, sería un derecho inefectivo. Todos los derechos fundamentales requieren para su efectividad, si lo tomamos en serio, la introducción de la institución de garantías.

Los derechos sociales, por ejemplo, la salud, la institución de la salud pública; el derecho a la instrucción de la escuela pública; el derecho a la paz, la institución de garantías de la paz, es decir el monopolio internacional de la fuerza y la eliminación de los ejércitos; la tutela, la garantía de un buen medio ambiente, es decir, la introducción de un dominio público planetario capaz de sustraer a la mercantilización los bienes comunes del medio ambiente.

El constitucionalismo es un sistema de límites y vínculos; pero el garantismo es la otra tarea del constitucionalismo: sin garantías, los derechos son derechos inefectivos. Esto es de particular evidencia en el derecho internacional. El pacto de convivencia pacífica, no se debe olvidar, ha sido establecido por la humanidad y puede quedar inefectivo sin la introducción de técnicas de garantías.

Todas estas cartas que son un embrión de constitución global requerirían la introducción de la institución de garantías. A nivel global, por ejemplo, existe la Organización Mundial de la Salud. Sin embargo, ésta es una institución que no tiene medios económicos y es totalmente incapaz, como ha demostrado la actual pandemia, de absorber su función de garantías.

Pues bien, yo creo que hoy estamos en un momento, en una encrucijada de la historia: afrontar o soportar las emergencias globales, afrontarlas o soportarlas, es decir, afrontar o soportar los grandes desafíos: el calentamiento global, las catástrofes ecológicas, la amenaza nuclear, el crecimiento de la desigualdad de la pobreza.

En esta instancia racional y realista, la humanidad no puede sobrevivir sin producir técnicas de garantías que tomen en serio los derechos fundamentales establecidos a nivel internacional. Por eso hemos propuesto

un movimiento de opinión con la finalidad de realizar, en el sentido común, la convicción de la necesidad de la construcción de una Constitución de la Tierra, es decir, de un sistema de límites y vínculos a todos los poderes y a todas las fuentes nacionales e internacionales.

Es la vieja idea de Thomas Hobbes frente a este estado de naturaleza, de los poderes salvajes, de los Estados o soberanos —muchos de los cuales están dotados de armamentos nucleares que pueden destruir la humanidad—, frente a los poderes salvajes del mercado que pueden, sin límites, destruir a la naturaleza, al medio ambiente. La vieja indicación de Hobbes que debe ser declinada en sentido garantista.

Es decir, no solamente la garantía de la vida, la garantía de las libertades, de los derechos sociales, de los bienes fundamentales. A través de límites y vínculos a todos los poderes, ésta es la única respuesta racional y realista. La verdadera utopía consiste en la idea de que la realidad puede quedar como es sin producir catástrofes.

Roberto Gargarella sobre la teoría deliberativa

Quisiera dar cuenta de la posición que defiendo, realizando algunas breves consideraciones sobre cinco puntos en particular: democracia, derechos, separación de poderes, control de constitucionalidad y, en la medida en que el tiempo me lo permita, el sistema penal. Lo haré, en buena medida, en diálogo amistoso y crítico con las posiciones del Profesor Ferrajoli.

Democracia. Comienzo con una referencia al modo en que entiendo la democracia. Entiendo a la democracia en relación con lo que denomino “una conversación entre iguales.” La idea de la “conversación entre iguales”, por supuesto, no viene a describir o dar cuenta del modo en que funcionan nuestras democracias. Por el contrario, se trata de un “ideal regulativo” que

nos sirve para criticar el modo en que ellas funcionan —el ideal nos sirve para ver cuán lejos estamos de una organización institucional capaz de producir decisiones justificadas. En efecto, creo que en una sociedad democrática que pretenda merecer ese nombre, las decisiones que se tomen, para resultar justificadas, deben estar basadas en una “discusión entre todos los afectados.” Cuanto más se aleja el proceso de toma de decisiones de dicho ideal, menos se justifica la decisión del caso (o, para decirlo en términos jurídicos, mayor es la presunción de su inconstitucionalidad). A veces, las decisiones que tomamos se alejan fuertemente del ideal de la conversación democrática porque la decisión la toman, en los hechos, sólo los miembros de la elite política o económica del caso (un problema de inclusión). Otras veces, la decisión pierde validez porque ella se ha discutido poco, o no se la ha discutido en absoluto (un problema de deliberación). Y otras veces, la decisión final se debilita porque, en los hechos, en ella no ha participado de modo efectivo (sino sólo formal) una porción importante de la población, en razón de la marginalidad en la que vive (un problema de igualdad). Según diré, el ideal de la “conversación entre iguales” es un ideal exigente, difícil, pero no es una utopía: hoy sabemos que es posible acercar mucho a nuestro proceso decisorio a dicho ideal. Puede que no queramos hacerlo, pero ése será otro problema: de falta de voluntad, y no de imposibilidad.

Subrayo también (para comenzar una conversación directa con el Profesor) que la idea de la “conversación entre iguales” no necesita recurrir a abstracciones peligrosas, como la de la “soberanía del pueblo”; ni nos remite, de ningún modo, a la idea de la “omnipotencia legislativa” (que tanto preocupa a Ferrajoli): el ideal que sostengo convoca a la conversación, y no a la imposición; alude a los ciudadanos, más que a sus representantes; y nos refiere a la igualdad, y no a la omnipotencia o al abuso en el que podrían querer incurrir unos pocos.

Desde dicho ideal de la “conversación entre iguales” es que pienso a todo el orden jurídico, comenzando por su basamento: la idea de los derechos, en la que ahora me concentro.

Derechos. En este punto, me interesa aclarar de qué modo pienso a los derechos y cómo es que entiendo su vínculo con la idea de democracia. Me interesa realizar esta aclaración porque la visión que defiendo al respecto resulta, según entiendo, muy distinta a la que sostiene el Profesor Ferrajoli. Recuerden, por caso, que para el Profesor, las nociones de “derechos” y “democracia” nos refieren a dos “esferas” diferentes y contrapuestas entre sí —dos esferas que no se tocan ni deben tocarse la una a la otra. La idea de los derechos aparece, en su visión, como formando parte de lo que él denominó la “esfera de lo indecible”. Por tanto —en su opinión— la democracia no debe considerarse autorizada a ingresar en esa esfera “intocable,” más bien sagrada. Según parece, sólo los jueces estarían habilitados para ingresar en esa “esfera de lo indecible”, en su tarea de custodios y garantes de los derechos. Para recurrir a una imagen que utilizara alguna vez el Profesor argentino Ernesto Garzón Valdés, la democracia debe “quitar sus sucias manos” de la esfera de los derechos.

Mi postura al respecto es completamente opuesta a la anterior. Parto de la idea de que los “derechos” no son otra cosa que intereses que hemos llegado a considerar fundamentales —y por tanto dignos de especial protección— luego de estudiar historia política, luego de aprender de los errores gravísimos que hemos cometido en el pasado. Decir esto, ante todo, significa decir que los derechos no son ajenos al debate democrático. Más bien lo contrario: ellos son —¡deben serlo!— el resultado del debate democrático. Son un producto de la democracia y, por tanto, se encuentran finalmente sujetos a nuestra conversación colectiva.

En este sentido, sostengo que la “esfera de los derechos” debe entenderse como íntimamente vinculada con la “esfera democrática” —no como algo separado de ella, y ajena al debate colectivo. Por ello también, considero que la reflexión sobre esos derechos concierne, inevitablemente, a nuestra conversación entre iguales.

Somos nosotros, humanos, los que decidimos consagrar a esos intereses fundamentales como derechos constitucionales. Lo hacemos para señalar: “aquí están nuestros errores”. Podemos decir, por ejemplo: “aprendemos de nuestra historia. Miramos hacia atrás, y reconocemos que, una y otra vez, cuando estuvimos en el poder, hemos oprimido al que pensaba diferente, hemos perseguido al disidente, hemos acallado a la oposición. No queremos que eso ocurra nunca más y por eso damos una especial protección a esos derechos, queremos darle una especial protección porque sabemos que solemos equivocarnos en este respecto, y sabemos también que nuestros errores en el área son graves y difíciles de reparar.” Por esto mismo, nosotros no podemos, en cualquier momento, irresponsablemente, y como queramos —con una mera decisión mayoritaria por ejemplo— deshacernos de esos derechos. Sin embargo, dicho compromiso de especial y muy fuerte protección de los derechos no niega lo que me ha interesado afirmar, esto es, que tenemos el derecho de conversar sobre nuestros derechos, el derecho de reflexionar críticamente sobre el contenido, sobre los alcances, sobre los límites de esos derechos.

Separación de poderes y control judicial. Esto me lleva a un tercer punto que se refiere a la separación de poderes y, desde la separación de poderes, me va a llevar inmediatamente a un cuarto punto sobre el control judicial de constitucionalidad. Ante todo: no creo que uno pueda desprender, de la defensa de la separación de poderes, una defensa del control judicial. Creo —y pienso que en esto también me diferencio del profesor Ferrajoli— que uno no puede derivar de allí, no puede ni debe hacer nacer,

desde una reflexión sobre la separación de poderes —una justificación del control judicial. Anticipo lo anterior para aclarar, enseguida, lo siguiente: el hecho de que muchos de nosotros, partiendo de una idea robusta de democracia —digamos, la idea de la conversación entre iguales— rechacemos la idea de que los jueces pueden tener la “última palabra”, no significa rechazar la idea de separación de poderes. Quienes partimos de la defensa de la conversación entre iguales no estamos afirmando, por hacerlo, la idea de la omnipotencia legislativa: la concepción de la democracia que sostenemos no nos lleva a decir que la mayoría puede hacer lo que quiere. No, por el contrario. Ya lo hemos dicho: aceptamos la idea de los derechos constitucionales; aceptamos la idea de que tales derechos merecen una protección especial; afirmamos que es necesario hacer un esfuerzo muy especial —un esfuerzo político y filosófico, un esfuerzo justificatorio— si queremos modificar, cambiar esos derechos, pero al mismo tiempo afirmamos que es completamente lícito y apropiado conversar democráticamente sobre los derechos que tenemos —sus límites, sus alcances, su contenido.

Qué significa entonces, en ese marco, defender la separación de poderes? Es que la defensa de la separación de poderes nos lleva a sostener que el poder judicial debe ser el único encargado de custodiar los derechos, o que el poder judicial debe ser el que se queda a cargo de pronunciar “la última palabra” en materia de derechos? ¡No! De ningún modo. La reflexión sobre los derechos y la custodia de los derechos nos corresponde a todos, desde distinto lugar, personal e institucional: cada uno conforme a la responsabilidad cívica o pública que ha asumido.

Para aclarar lo anterior, conviene —según creo— partir de lo siguiente. Hay un sentido posible sobre la idea de “separación de poderes”, en la que estamos todos de acuerdo —una idea relativamente obvia, pero también importante, hoy común a todos. Me refiero a que, desde hace mucho tiempo, todos o casi todos coincidimos en sostener la idea de que los poderes de

gobierno no deben estar concentrados todos en una sola mano, o en pocas manos. El poder concentrado, el poder absoluto, el poder total en manos de un monarca o algún individuo particular, resulta, en nuestro tiempo, algo completamente inaceptable. Todos estamos de acuerdo con eso: para evitar abusos de poder, lo primero es impedir que el poder quede concentrado en una sola persona: necesitamos la separación del poder entre distintas esferas de gobierno. Ahora bien, una vez dicho esto, en lo que estamos todos de acuerdo, comenzamos a tener diferencias. Y es que disentimos, habitualmente, sobre la relación que deben tener entre sí esas distintas esferas de poder, y sobre la relación que debe existir entre esas distintas esferas del gobierno y la ciudadanía. Y aquí se abren muchas alternativas, que finalmente nos separan. Por ejemplo, existe una idea —que yo creo que está implícita en la reflexión del Profesor Ferrajoli— que es una idea vieja sobre lo que alguna vez se llamó la “separación estricta de poderes”. Según esta idea, debe haber una separación radical entre las distintas esferas de gobierno: si una tarea le corresponde (principalmente) a una rama del poder (por ejemplo, la Administración General que le corresponde al Ejecutivo), ninguna otra esfera debe interferir con ello. Cualquier interferencia al respecto es juzgada, entonces, como una intromisión indebida, como una violación de la separación de poderes. Yo rechazaría fuertemente dicha aproximación.

De hecho, la idea histórica del *checks and balances*, de los frenos y contra pesos, implica un rechazo directo a la idea anterior —la idea de la “separación estricta”. Más todavía: la idea de los *checks and balances*, que hoy —para bien o para mal— predomina en todas nuestras democracias, nació —a partir de una discusión que encuentra un gran antecedente en el debate americano entre Anti-federalistas y Federalistas— en directo rechazo a la idea de la “separación estricta” de los poderes. James Madison decía: la idea de la “separación estricta” de poderes (sostenida por los Anti-federalistas) es un gran error. En el famoso texto que hoy se conoce como

El Federalista núm. 51, escribió entonces que los poderes tienen que estar vinculados mutuamente, tienen que relacionarse mutuamente —no deben estar “estrictamente” separados. Ellos deben vincularse entre sí, y controlarse entre sí, y para ello, deben asumir muchas veces tareas que, en una primera mirada, parecían exclusivamente reservadas a las otras ramas de poder. El legislativo, entonces, puede iniciar un “juicio político”; como el Ejecutivo puede “vetar” una ley; como el poder judicial puede, a través de la interpretación, “completar” una “laguna” legal.

Ahora bien, desde la visión de la conversación entre iguales que yo defiendo, daría un paso adicional al que daba Madison. Ello así porque rechazo —con él— la idea primitiva de la “separación estricta,” pero también rechazo la idea tradicional de los *checks and balances* que ha sido muy interesante para evitar la guerra civil, pero totalmente inapropiada para promover el diálogo. Subrayo esto porque es importante. Insisto: el mecanismo de los “frenos y contrapesos” cumplió bien su misión histórica, que fue la de “canalizar institucionalmente” la guerra civil. Sin embargo, evitar la guerra no es lo mismo que promover el diálogo. Y ése es el problema que hoy tenemos: contamos con un sistema de organización de poderes que no prohíbe, pero dificulta el diálogo, porque estaba pensado para una función muy diferente (evitar la guerra).

En definitiva, yo creo que los poderes deben estar vinculados entre sí, ellos deben dialogar entre sí, y dialogar también con la ciudadanía (aunque, será importante aclarar, cuando tengamos tiempo, que no podemos llamar “diálogo” a cualquier decisión o reacción que una rama del poder tenga frente a la rama de poder contraria. Hoy, lamentablemente nuestro esquema institucional no ayuda al diálogo entre los poderes y mucho menos al diálogo entre la ciudadanía y las distintas ramas de poder. Entonces defender esta idea de la conversación entre los poderes y de los poderes y

la ciudadanía es compatible con rechazar la omnipotencia legislativa, rechazar el elitismo judicial, rechazar la “última palabra” en manos de los jueces, y asumir que los grandes problemas son problemas que tenemos que conversar entre nosotros.

Diálogo constitucional: ejemplos. Permítanme concentrarme ahora en el tema del diálogo constitucional, y ofrecer algunos ejemplos al respecto. Según entiendo, alguna vez hemos disentido, en los hechos, con el Profesor Ferrajoli, cuando expresamos nuestras diversas posturas sobre el acuerdo de paz en Colombia, y la consulta popular celebrada entonces. El Profesor se manifestó entonces muy en contra de involucrar a la ciudadanía en una consulta sobre el tema, y expresó su fuerte rechazo a (lo que él denominó) “plebiscitar la paz”. Mi postura es, en principio, totalmente contraria a la suya, en este respecto. Comienzo aclarando un punto: en lo personal, no estoy a favor de la idea de que todo aquello en lo que estamos en desacuerdo debemos plebiscitarlo. ¿Y por qué? Por lo dicho: porque estoy a favor de la conversación, mientras que el plebiscito no nos permite, no nos ayuda, normalmente, a esa conversación. La consulta popular, habitualmente, viene a tomar el lugar de la conversación, y la reemplaza obligándonos a decir “sí” o “no” frente a un tema difícil. Y yo rechazo radicalmente esa alternativa —y, de hecho, no la considero democrática. La rechazo porque la conversación exige otra cosa: exige que pensemos, colectivamente, sobre los matices, y nos corriamos y ayudemos mutuamente. La conversación no nos quiere encerrar en un “sí” o un “no” en el que no podemos argumentar ni matizar. La consulta popular puede aceptarse, finalmente, como la última etapa de una conversación, pero no debe concebirse en rechazo o reemplazo de la misma. Dicho esto, creo que es totalmente pertinente que la comunidad reflexione sobre sus grandes tragedias. Por ejemplo, como comunidad, tenemos todo el derecho del mundo de reflexionar sobre los dramas que hemos atravesado. Por caso: ¿qué hacer con el drama de la guerra que acabamos de atravesar en Colombia?, ¿qué

hacer en Argentina, en Uruguay, con el drama de las violaciones masivas a los derechos humanos que hemos sufrido en los años 70? Por supuesto que tenemos que tener el derecho, como comunidad de reflexionar sobre nuestros grandes dramas y eso de ningún modo significa “ya, mañana, plebiscitamos la paz” ¿Qué quiere decir plebiscitar la paz? Lo que tenemos que hacer es otra cosa: tenemos que discutir colectivamente sobre qué queremos hacer con la tragedia que produjimos, ¡eso sí! Tampoco se trata, entonces, de afirmar: “mañana plebiscitamos si se juzgan o no a los militares a ver si los condenamos a muerte” ¡De ningún modo! Necesitamos, en cambio, conversar colectivamente sobre qué hacemos con nuestras grandes tragedias, cómo procesar esos crímenes, cómo balancear nuestras prioridades (i.e., queremos privilegiar la obtención de “verdad,” o preferimos privilegiar el “castigo” a los culpables? —dos opciones muchas veces antitéticas).

Por lo dicho, a mí no me pareció, en su momento, una aberración, sino algo muy interesante lo que se decidió en Uruguay, cuando se reflexionó —de miles de modos distintos, y en los foros más diversos— sobre qué hacer con la ley de amnistía —una reflexión que no comenzó, sino que concluyó, con (más de) una consulta popular sobre la cuestión. La consulta popular fue el último paso de una larga conversación que todavía no ha terminado, que sigue abierta y eso está muy bien. En definitiva: una comunidad democrática debe poder discutir sobre lo que le importa —sobre todo, sobre lo que más le importa. Ella debe discutir sobre la paz, debe discutir sobre la guerra, debe discutir sobre qué hacer con sus grandes dramas, debe discutir sobre qué hacer con sus tragedias y debe discutir sobre los grandes problemas sobre los que disiente. Piensen en el caso del aborto en Argentina o en Irlanda hace dos años. En dicha ocasión, en mi país, discutimos colectivamente sobre un problema que nos atraviesa a todos. Sufrimos y tenemos posiciones muy distintas al respecto. Por eso, está muy bien que nos hayamos tomado la libertad de discutir al respecto, que

hayamos exigido la oportunidad para hacerlo. ¿Qué hacer, sino, frente a un tema que nos divide tanto? No podemos decir “ya está resuelto, la respuesta está escrita en el universo, la respuesta está escrita en una estrella, la respuesta ya la dijo la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la respuesta está en la Convención Europea, la respuesta es la que se deriva de lo dicho por la Corte Interamericana en tal fallo” ¡No! Tenemos que ponernos de acuerdo sobre qué hacer, tenemos que reflexionar colectivamente sobre cómo poner juntas las diversas y profundas preocupaciones que tenemos al respecto —preocupaciones por la libertad de la mujer, por el cuidado de su salud, por el cuidado del feto y de los bienes que más apreciamos. Tenemos que discutir, porque disentimos, no hay otra vía que discutir. Eso no quiere decir entonces, omnipotencia legislativa, ni quiere decir “plebiscitamos el aborto ya, mañana”. ¡No! Discutimos colectivamente sobre el tema, y está muy bien que lo hayamos hecho. Se trata —debemos saberlo— de una conversación que sigue abierta, porque disentimos, porque no tenemos un acuerdo completo. En Argentina el Congreso luego de una larga discusión pública acaba de tomar una decisión en favor de la legalización, lo que es muy importante. Pero no debemos olvidarnos, ni debemos asustarnos por ello: la discusión sigue abierta y está muy bien que sea así.

Recapitulando: he dicho algo sobre democracia; he dicho algo sobre los derechos, sobre el papel de los derechos y sobre el origen de los derechos; hice referencias, también, a la cuestión de la separación de poderes; y aludí asimismo al tema del control judicial. Subrayaría, en este último respecto, que el control debe estar al servicio de la conversación democrática, lo que quiere decir que debe cuidar las condiciones procedimentales de la conversación democrática. El poder judicial puede y debe ayudar a que esa conversación se dé, y a que se desarrolle de modo procedimentalmente ecuánime —el poder judicial, insisto no debe remplazar a esa conversación, como normalmente ha hecho. Finalmente, ni la legislatura, ni un

plebiscito, ni una decisión judicial deben remplazar la conversación colectiva. A todos les corresponde —desde su distinto lugar— ponerse al servicio de la conversación colectiva. Y eso requiere no sólo decirlo, no sólo enunciar esa misión. Ese resultado requiere, por parte de los miembros de cada uno de tales poderes, actitud, motivación y también —es importante dejar esto en claro— dicho resultado requiere de reformas institucionales. Ello así porque, insisto, nuestro sistema institucional no sólo no está preparado para promover la conversación pública, sino que tiende a desalentarla.

Derecho penal. Termine mi presentación con una pequeña consideración sobre las implicaciones de esta visión —de todo lo dicho hasta aquí sobre la conversación entre iguales— en materia de derecho penal. Aquí mencionaría, también, un desacuerdo simplemente amigable con el Profesor. Pero antes de enunciar y explicar ese desacuerdo quisiera destacar lo siguiente. En mi opinión, pocos han hecho —como Ferrajoli— una contribución tan relevante e influyente en favor de una visión liberal del derecho penal. En tal sentido, creo que tenemos que estarle eternamente agradecidos por eso, particularmente en un contexto como el nuestro, marcado por el dogmatismo y la violencia penal.

Dicho esto, creo que hay algunos problemas en su visión sobre la materia, comenzando por un punto crucial en relación con mi análisis anterior. Yo defendería, contra mucho de lo que yo le he leído, un vínculo mucho más estrecho entre democracia y derecho penal, lo cual tiene implicaciones enormes para las discusiones que nos interesan en la materia. Otra vez, defender ese vínculo estrecho entre democracia y derecho penal, no significa decir: “plebiscitemos las penas,” no quiere decir una mayoría ocasional decide la pena que quiere, cuando quiere, del tipo que quiere. ¡No! No nos olvidamos que los derechos que hemos creado merecen una especial protección, aunque finalmente sigan sujetos a nuestra conversación. Pero entonces —debemos preguntarnos— ¿qué hacemos con las penas?

Esto es, ¿qué hacemos con los problemas graves que tenemos, por ejemplo, de inseguridad? Según entiendo, también ese tipo de cuestiones tienen que ser producto de una conversación entre iguales: no creo que se nos pueda quitar de las manos el derecho de discutir sobre qué política de seguridad queremos, como si no nos perteneciera el tema, como si no nos pareciera de la mayor importancia. Como si fuera ajeno a nosotros, como si un juez pudiera decidir en nuestro lugar, cuál es la política penal adecuada y cuál es el modo adecuado de defender garantías penales básicas. Son cosas sobre las que tenemos que conversar colectivamente y otra vez, eso no significa omnipotencia legislativa, ni significa plebiscitarlo todo.

El derecho penal tiene que pasar a tener un vínculo más estrecho con la democracia política. Muchos —y tal vez el Profesor también— parten de una idea opuesta a la que sugiero, y consideran que *porque* lo que se juega en esas decisiones es *tan* especialmente importante (i.e., derechos y garantías fundamentales) es que *justamente* debe dejarse tales decisiones en manos de los expertos, de los técnicos, de los más preparados, y lejos del “bullicio” mayoritario. Adviértase que, de este modo —quiero decir, por seguir este tipo de criterios— es que seguimos oscilando, desde hace décadas, entre dos posiciones de linaje finalmente aristocrático: el *elitismo penal* —que pretende satisfacer los “intereses” de las personas, sin tomar en cuenta la “voluntad” efectiva de las mismas— y el *populismo penal* que dice preocuparse por aplicar la “voluntad” de una ciudadanía con la que no dialoga nunca.

La posición que defiendo, la de la conversación entre iguales, pretende trasladar, también al campo penal, la preocupación por la discusión colectiva, asumiendo que, al hacerlo, empezamos a “romper amarras” con esos dos males que nos dominan, intermitentemente, desde hace años, el elitismo y el populismo —finalmente, las dos caras de la misma moneda.

Al respecto, marcaría un último punto: creo que hay un problema si —como tiende a hacerlo mucho del mejor liberalismo penal, e incluso aquí

al Profesor Ferrajoli— se asume, sin dar un basamento empírico sólido, que al vincular al derecho penal con la democracia —en mi caso, con la conversación democrática— lo que va a resultar es un estallido neo punitivista. Se asume, prejuiciada y apresuradamente, y sin apoyo empírico alguno, que va a haber una explosión de populismo penal si permitimos que las personas hablen sobre las penas. Y no entiendo por qué es que eso va a ser así. Y es más, las pruebas empíricas que tenemos van en dirección más bien contraria. Los jurados populares —a los que yo criticaría por poco, no por mucho— los jurados populares, decía, en general han tomado siempre decisiones moderadas, idénticas o más moderadas que las que toman los jueces profesionales, lo cual es simplemente un indicio de que un mayor vínculo entre conversación colectiva y derecho penal, no significa una expresión punitivista. En todo caso, mi punto aquí es muy básico, muy elemental, muy modesto: no podemos simplemente asumir que si nosotros establecemos un vínculo mayor entre derecho penal y democracia vamos a tener un estallido populista. Eso no está aprobado, los indicios que tenemos van en dirección contraria y tenemos que determinar, entonces, por qué es que una sociedad democrática no podría asumir el derecho de conversar sobre los problemas y los dramas que tiene, por ejemplo, en materia de seguridad.

Al respecto, agregaría, sólo como nota al pie porque ya no tengo tiempo, que también que es un problema pensar al derecho, en todo el derecho —como lo hace el Profesor— desde el derecho penal, que debe verse como la excepción más que como la regla —hablamos allí de los modos en que ejercer las formas más fuertes de la coerción, hablamos de castigo y de restricciones. Yo tiendo de otro lugar, pensar todo el derecho desde el derecho constitucional, lo cual seguramente también es un defecto —aunque, me parece, menos grave, dado que el acuerdo constitucional es el eje que ordena y debe ordenar todas nuestras discusiones sobre el derecho (civil, penal, comercial, etc.).

Preguntas

Micaela Alterio

Respecto de la teoría de la democracia, la primera pregunta, para al profesor Gargarella es: ¿En qué punto estos derechos que Nino llamaba “derechos *a priori*” o que consideraba *pre condiciones* del procedimiento democrático, serían muy diferentes al “ámbito de lo indecible” que defiende el Profesor Ferrajoli? Y le preguntaría al Profesor Ferrajoli: ¿Hasta dónde debería llegarse con estos derechos y su exclusión del poder de decisión?

Una segunda pregunta para ambos profesores: Las teorías parecen presentarse como extremos, pero me da la sensación de que hay muchas cuestiones que están conectadas, entonces, ¿Hasta qué punto consideran que el contexto podría llegar a hacerles modificar o acercar sus posturas?

Luigi Ferrajoli

Ante todo, deseo decir que yo comparto casi todo lo que ha dicho Roberto Gargarella sobre la idea de democracia, sobre todo desde la dimensión política de la democracia, que es el compromiso, la confrontación entre fuerzas políticas representativas que requiere la representatividad. Creo

que el modelo más garantista de este paradigma es la democracia parlamentaria, no la presidencial. El presidencialismo, el sistema monocrático, no puede ser tan representativo del pluralismo político, como un parlamento.

Yo distingo cuatro tipos de derechos fundamentales que corresponden a cuatro dimensiones de la democracia: la democracia política planteada sobre los derechos de autonomía política —el voto, la participación política—; la democracia civil, económica sobre la autonomía negocial de los derechos de autonomía civil; la democracia liberal, la dimensión liberal de la democracia sobre los derechos de libertad; y la dimensión social sobre los derechos sociales.

Y también, yo insisto sobre el hecho, que la separación de los poderes, no solamente debe existir entre poderes políticos y el poder judicial, sino, también entre los poderes políticos, legislativo y de gobierno y las que llamo instituciones de garantías primarias —el sistema sanitario, la escuela— que son funciones que históricamente se han desarrollado en el ámbito de la administración pública en la esfera del ejecutivo; porque en la tripartición de Montesquieu que ha sido formulada en 1748 no existían los derechos sociales. También estas instituciones, son instituciones contramayoritarias sometidas a la ley de los derechos fundamentales.

¿Cuál es el fundamento de la separación de los poderes?

El fundamento, yo creo que es la diversidad de fuentes de legitimación: las fuentes de legitimación de la decisión política, legislativa, de gobierno es la representatividad de la voluntad popular a través de las garantías del pluralismo, de la formación de la opinión pública, las garantías de libertad, etcétera.

Las instituciones de garantías primarias y secundarias se plantean contramayoritarias porque los derechos fundamentales en la idea de Dworkin son contramayoritarios en el sentido en que son contra la omnipotencia de las mayorías, en el sentido que ninguna mayoría puede decidir el destino de una persona, la condena de una persona o la no garantía de la salud o de la instrucción. Y sobre todo son contramayoritarias porque la fuente de legitimación es la certidumbre de la verdad procesal, de los presupuestos en las garantías primarias de la satisfacción de los derechos, es decir, que el consenso de la mayoría no puede hacer verdadero lo que es falso y falso lo que es verdadero.

Roberto Gargarella

Quería empezar por dos o tres puntos de acuerdo con lo que dijo el Profesor para después marcar algunas diferencias importantes en relación con las preguntas.

Estoy totalmente de acuerdo con que un sistema presidencialista y sobre todo el tipo de presidencialismo como el que tenemos en América Latina, es la peor opción posible dentro de los arreglos democráticos institucionales que conocemos. Éste es un punto muy importante, sobre todo a la luz de los presidencialismos autoritarios que tenemos y hemos tenido en la historia reciente de la región. También estoy de acuerdo con que los plebiscitos que hemos tenido, por ejemplo, en Colombia o el *Brexit*, se han llevado adelante del peor modo imaginable y que por ese tipo de razones deberíamos resistir un plebiscito sobre la paz, sobre la pena de muerte, sobre las garantías de Beccaria. Bueno, en eso estamos de acuerdo. También estoy de acuerdo con que hay ciertas precondiciones de la democracia que deben ser custodiadas. Entonces, hay muchos puntos de acuerdo. No es que sostenemos, por tanto, dos visiones antitéticas —creo que nuestras posturas están vinculadas en muchos puntos.

Pero, para ser honesto, quiero marcar algunas diferencias importantes que existen, también, entre las dos posturas. Una primera se vincula con esas precondiciones de la democracia. Como dijera, creo que tener derechos significa asignarle a algunas categorías, a ciertos intereses, un estatus de protección especial que implica que la ciudadanía no va a tener una vía fácil de acceso a la modificación, y mucho menos a la supresión de esas garantías. Sin embargo, aquí se advierte ya una primera diferencia importante entre nuestras dos posturas: yo creo que no podemos dejar de tener la posibilidad de debatir sobre ellas. No podemos ser privados del derecho de seguir discutiendo sobre esas garantías, seguimos teniendo ese derecho de discutir sobre esas garantías, por supuesto en determinadas condiciones. Y aquí aludo entonces al tema de los plebiscitos, y en particular a la consulta sobre la paz en Colombia. Yo estoy completamente de acuerdo en que tal cómo se desarrolló y cómo se convocó, el plebiscito de Colombia o el *Brexit* deberían ser rechazados y repudiados, ¡así no es como debe llevarse a cabo la conversación colectiva!

Pero —para subrayar ahora las diferencias— yo creo que sí tenemos, como comunidad, el derecho de discutir sobre la paz, de pensar sobre la paz, de pensar sobre los arreglos que nos ayuden a vivir mejor. Repudio la consulta en Colombia, porque —tal como estuvo formulada y desarrollada— esa consulta vino a reemplazar a la discusión pública, no a hacerla posible. Ella no fue la última etapa, el último paso luego de una larga conversación ¡no! Fue una consulta destinada a reemplazar la discusión pública, eso es lo inaceptable. Pero, por supuesto que tenemos como comunidad el derecho de discutir sobre las tragedias, sobre las desgracias, sobre los horrores que hemos cometido y sobre cómo resolver esos problemas, cómo hacerles frente, cómo seguir viviendo juntos luego del horror que hemos causado (en la Argentina, como en Europa luego de la Segunda Guerra Mundial, o en Colombia luego del desgarró que significó la guerra civil).

Y aquí un punto adicional que tal vez sea de desacuerdo y es que yo he perdido esperanza con la democracia representativa tal como la conocemos. Creo que el nivel —si quieren, de mafia o de poderes salvajes como alguna vez lo escribió el Profesor— es tal, que se han carcomido, se han socavado las bases y el valor de nuestros arreglos tradicionales. Uno mira la democracia parlamentaria italiana, la democracia presidencialista argentina, yo creo que tal como está organizado el sistema institucional, el mismo es insalvable.

Ahora bien, como dijera en mi presentación: parto de un ideal regulativo que me ayuda a decir hacia dónde ir. Por ello, mi respuesta resulta opuesta a la que pudo formular Carl Schmitt: “porque el parlamento no discute, porque funciona mal, porque está acosado por grupos de interés, entonces lo cerramos, dejamos el poder al Reich”, ¡no!, ¡no! Esta solución inaceptable resulta de premisas inaceptables: en las premisas del razonamiento de Schmitt, no aparece la democracia y la discusión como valor, sino como problema. La buena decisión, la que se necesita y se espera, aquella en la que se confía, es la del Führer. Mi propuesta es opuesta a la del autoritarismo político, porque tengo como ideal regulativo el de la conversación entre iguales. Por tanto, cuando veo —como vemos hoy— al parlamento copado por grupos de interés, atenuado por mafias, por una élite política que sólo piensa en sus propios privilegios —entonces, al menos tenemos un modo más interesante para pensar la reconstrucción— para pensar en cómo reconstruir institucionalmente la conversación entre iguales. Es hacia allá que tenemos que ir. Concluyo entonces: yo no confío más en este modo de la representación que conocemos, el que domina aún en nuestras sociedades tan débilmente democrática.

La buena noticia es que en todo el mundo —en Europa, en América del Norte, en América Latina en general— hemos tenido experiencias recientes, de asambleísmo ciudadano —experiencias que remiten bien al ideal

de la conversación entre iguales. Lo vimos en Islandia con la discusión constitucional (una Constitución que terminó escribiendo buena parte de la sociedad), en Irlanda (en temas como el del aborto y el matrimonio igualitario), en las experiencias recientes en Canadá (discutiendo sobre sistemas electorales). Como comentara ya, aun en la Argentina, hemos tenido experiencias cercanas a la de la conversación entre iguales. En definitiva, creo que puede pensarse en una forma más horizontal, más democrática de la conversación ¡Es posible! Hoy lo sabemos.

Paso brevemente a la segunda pregunta que me parece muy importante —se trata de una pregunta muy pertinente para mi esquema. Yo creo que efectivamente, todo lo que pensamos tiene que estar contextualmente revisado. Así también, el control judicial. El mismo debe pensarse a partir de las tragedias propias de nuestra historia. Cuando John Ely hablaba de la visión procedimentalista del control judicial en Estados Unidos, y formulaba su propuesta al respecto (una propuesta que, como sabemos, estaba anclada en las propias decisiones de la Corte norteamericana) él se basaba en la tradición horrenda de discriminación hacia los grupos afroamericanos y el peso tremendo que tenían los grupos de interés y de lobby en el parlamento. Quiero decir, la rica propuesta constitucional que ha hecho el procedimentalismo constitucional se encuentra, desde sus inicios, anclada en un análisis contextual.

Muy bien, yo creo que en América Latina hay que pensar —y ésta es mi propuesta, que debería defender en otro contexto— el control judicial en relación con dos dramas (contextuales) principales. El primero de ellos tiene que ver con la historia de abuso del poder concentrado. entonces, un poder judicial bien orientado debería tener en cuenta que, esperablemente, en América Latina, el gobierno de turno va a repetir la conocida tendencia a favorecer la concentración de poderes, en beneficio del poder ejecutivo (y, con él, en beneficio de los poderes políticos económicos concentrados).

El segundo drama que debería tomar en cuenta el poder judicial, para orientar su función, es el drama de la desigualdad —un tema, el de la desigualdad y sus implicaciones, que el Profesor Ferrajoli ha desarrollado bien en sus consideraciones sobre los derechos sociales.

Por supuesto —y termino con esto— yo creo que el poder judicial debe desarrollar su misión de un modo dialógico, conversacional, apelando más a la conversión pública que a instituciones y a prácticas que hoy ya son parte del problema.

Desde una teoría deliberativista y desde una teoría garantista: ¿Cómo se propone el nombramiento o selección de jueces y juezas? Es decir, para que los jueces y juezas puedan ejercer el papel que ambas teorías de la democracia pretenden que tengan, ¿cuál sería el método de selección adecuado?

Luigi Ferrajoli

A propósito de la selección de los jueces, yo creo que la diversidad de las fuentes de legitimación no justifica el carácter electivo de los jueces. El carácter electivo se justifica por las funciones políticas. El carácter electivo podría producir, inevitablemente, jueces de partidos o jueces vinculados a los electores.

Naturalmente la selección de los poderes no solamente es un límite a la omnipotencia de la mayoría como dice Roberto Gargarella, pero también requiere la exclusión del creacionismo judicial. Hoy casi todos los teóricos de la jurisdicción insisten sobre el carácter creativo de la jurisdicción. Esto es un error epistemológico; debemos distinguir entre creación e interpretación, que es inevitable que la discrecionalidad judicial, como la discrecionalidad de cualquier actividad interpretativa, es inevitable; sin embargo, la

teorización del carácter creativo de la jurisdicción puede producir un protagonismo de los jueces que es uno de los aspectos más regresivos de la jurisdicción actual, en Italia y todo el mundo.

La separación de los poderes debe ser defendida no solamente para la garantía de la independencia de los jueces, también para la garantía de la independencia de la acción política, la garantía de los poderes políticos contra la invasión de la jurisdicción que se ha producido en muchos casos, en Italia, en Brasil, en muchos países. Esto significa que los derechos fundamentales, en cuanto contramayoritarios, no pueden ser plebiscitados, en eso estoy de acuerdo.

Yo creo que ha sido un error teórico y práctico, naturalmente, el plebiscito referéndum en Colombia sobre la paz. Sobre la paz y sobre los derechos fundamentales no se vota, son precondiciones de la democracia. La fuente de legitimación de los derechos fundamentales de las Constituciones, del principio de la paz; no es el hecho de ser queridos por todos, pero el hecho de garantizar [proteger] a todos, es otra cosa. Si la declaración del '89 fuere sometida a los votos en plebiscito, habría producido solamente, ni siquiera el 1% de los consensos. Hoy también un plebiscito sobre la pena de muerte o sobre los derechos sociales podría producir efectos trágicos.

La esfera de lo indecible significa que la Constitución es un pacto social, un contrato social, en el sentido hobbesiano, que establece las precondiciones mismas de las democracias. El carácter artificial de las instituciones democráticas se refleja también en esta razón social del artificio jurídico, que no es un valor en sí mismo, pero se justifica solamente como instrumento de garantías de la paz, de la igualdad, de la dignidad de la persona, de tantos derechos fundamentales; es decir, tiene una legitimación, como lo he llamado, no auto-poiética, sino hetero-poiética.

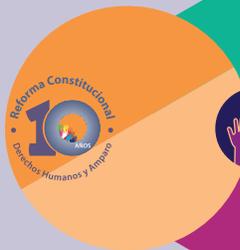
Roberto Gargarella

Sobre el nombramiento de jueces, también coincidí aquí con el Profesor: la elección popular de los jueces sería una forma de agravar el problema, de hacerlo peor. Y ello así, entre otras cosas, porque el problema —en sociedades de jueces dependientes de la política, como las latinoamericanas— aparece al día siguiente de esa supuesta elección. Entonces, si tenemos jueces electos, mañana mismo —tenemos que esperarlo— ellos ya estarán hablando por teléfono con el poder político para ver qué necesitan esas personas en el poder, y cómo es que pueden ayudarlas para, en todo caso, ver cómo extorsionar al adversario. Entonces, el problema importante es el que se torna visible al día siguiente a la elección, como quiera que ésta se dé. Por tanto, si no tenemos formas de controlar lo que ocurre luego del día de esa elección, y no tenemos tampoco formas de relacionar lo que ocurre luego con la conversación pública, lo que vamos a tener como resultado es el reforzamiento de este sistema de élites políticas, y de poder concentrado —este sistema de élites que se ayudan mutuamente: jueces, empresarios, políticos. En América Latina, al menos, ellos colaboran todo el tiempo, mutuamente, de espaldas a la conversación pública.

La formación editorial de esta obra fue elaborada por la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis. Se utilizaron tipos Source de 8, 10, 12 y 18 puntos. Agosto de 2021.

El garantismo y el deliberativismo son dos posturas que ofrecen miradas distintas sobre el fenómeno social que trascienden a la literatura especializada y se incrustan en la deliberación pública, ¿cuál debería de ser el papel de las Altas Cortes en una democracia?, ¿es legítimo el control de constitucionalidad de la ley?, ¿los parlamentos, en tanto órganos de representación popular, pueden decidir en torno a las cuestiones constitucionales fundamentales?, ¿los derechos humanos forman parte de la “esfera de lo indecidible”, o por el contrario, ¿su contenido y alcance puede discutirse en la esfera pública?

Esta publicación presenta las posturas de Luigi Ferrajoli y Roberto Gargarella así como las reflexiones derivadas de su participación en la primera sesión de la *Cátedra de Derechos Humanos: reflexiones contemporáneas sobre la persona y su sociedad*, una iniciativa de la Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que busca generar un espacio de interacción entre personas académicas, activistas, juristas y defensoras de derechos humanos con una reconocida trayectoria a nivel nacional e internacional, a fin de que dialoguen sobre sus postulados de los derechos humanos frente a la comunidad universitaria de nuestro país.



**DERECHOS
HUMANOS**

