

Una conversación entre iguales de Roberto Gargarella: comentarios críticos para abordar la tensión entre constitucionalismo y democracia

*Una conversación entre iguales by Roberto
Gargarella: critical comments to address the tension
between constitutionalism and democracy*

Itzel Mayans Hermida

 <https://orcid.org/0000-0002-4395-6200>

Instituto Mora. México
Correo electrónico: itzel.mayans@gmail.com

Recepción: 9 de octubre de 2024
Aceptación: 10 de diciembre de 2024
Publicación: 25 de febrero de 2025

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2025.19.19596>

Resumen: En este artículo discuto, críticamente, la propuesta que plantea Roberto Gargarella sobre la relación entre la democracia y el constitucionalismo en *Cuatro lecturas sobre la relación constitucionalismo-democracia. En defensa de la “conversación entre iguales”* y en *El derecho: una conversación entre iguales* (2020). En primer lugar, coincido con Gargarella en el diagnóstico que realiza sobre la necesidad de robustecer la calidad de la democracia deliberativa y de que los mecanismos de democracia directa sean propuestos, encauzados y al servicio de los intereses ciudadanos. En segundo lugar, sin embargo, planteo serias dudas sobre la deseabilidad de que la democracia directa tenga el propósito de replantear la idoneidad y contenido de los derechos fundamentales de las personas. Argumento que la deliberación democrática sobre los derechos fundamentales deba versar sobre las implicaciones opresivas que estos pueden tener en casos concretos y sobre personas usualmente marginadas. Sin embargo, ella no debe llevar a replantear, de forma permanente, su contenido, con el riesgo de devaluar su valor. Los derechos fundamentales son producto de batallas ciudadanas históricas y, por ello, son también conquistas cívicas importantes. En tercer lugar, argumento que, a menos que la democracia deliberativa adopte mecanismos robustos de democracia directa, es poco probable que las élites sociales y políticas estén al margen de las deliberaciones democráticas como Gargarella sugiere. Finalmente, cuestiono

que el criterio normativo de relevancia que guíe la deliberación democrática sea *el requisito de sinceridad*, y sugiero que existan otros filtros normativos que permitan a la ciudadanía identificar y evitar los sesgos que pueden estar presentes en el intercambio democrático que, entre ellas, tenga lugar.

Palabras clave: democracia directa; derechos humanos fundamentales; requisito de sinceridad; sesgos; implicaciones opresivas; constitucionalismo.

Abstract: This article critically discusses Roberto Gargarella's proposals about the relationship between democracy and constitutionalism, in *Cuatro lecturas sobre la relación constitucionalismo-democracia. En defensa de la "conversación entre iguales"* and *El derecho: una conversación entre iguales* (2020). Firstly, I agree with the author in the diagnosis he establishes in what respects to the several failures that democratic deliberation faces and in that direct democracy's mechanisms should be proposed, guided and in the service of citizen's interests. Secondly, I seriously doubt that direct democracy should have the purpose of permanently reviewing the content and main purposes of fundamental human rights. Instead, I argue that democratic deliberation on human rights should concern the identification of oppressive implications that they could have on specific cases and on vulnerable people. Nevertheless, it should not lead to permanently reviewing its content and main purposes because this could have the unfortunate implication of devaluing its value. Fundamental human rights are the product of historic citizen's battles and, therefore, they are important civic conquest. Thirdly, I also argue that unless democratic deliberation establishes a robust mechanism of direct democracy, it is unlikely that social and political elites remain out of the political conversations as Gargarella suggests. Finally, I detach from the position that suggests that *the sincerity requisite* is what is at stake in democratic deliberation, and I suggest that other normative filters should be used in order that citizens can identify and avoid possible bias in the democratic exchange that takes place among them.

Keywords: direct democracy; fundamental human rights; sincerity requisite; biases; oppressive implications; constitutionalism.

Sumario: I. *Introducción*. II. *Las fallas del sistema representativo: obstáculos a una conversación entre iguales*. III. *Una conversación entre iguales: implicaciones de la discusión abierta, continua e inacabada en materia de derechos fundamentales*. IV. *Sobre por qué, a menos que se establezca un modelo robusto de democracia directa, es difícil evitar la participación de las élites en los debates legislativos*. V. *Crítica sobre la pertinencia de que el requisito de sinceridad ciudadana sea lo que guíe a una conversación entre iguales*. VI. *Conclusiones*. VII. *Referencias*.

I. Introducción

Roberto Gargarella en: *Cuatro lecturas sobre la relación constitucionalismo-democracia. En defensa de la “conversación entre iguales”* presenta una tipología sobre las cuatro posibles formas de entender la relación de tensión persistente entre las posiciones del constitucionalismo y la democracia, vigente —en mayor o en menor medida— en las democracias constitucionales contemporáneas alrededor del mundo. Las cuatro posturas son: (1) contra la democracia; (2) a favor del constitucionalismo; (3) contra el constitucionalismo, y (4) a favor de la democracia (por la restauración democrática).

Desde mi punto de vista, dichas lecturas constituyen un muy buen punto de partida para entender todos los aspectos que están en juego en la tensión y que, en algunos casos, priorizan proteger el ámbito de los contrapesos (*checks and balances*) y, en otros, el de la participación popular robusta. Hay que decir que la propuesta de Gargarella de *una conversación entre iguales*, a pesar de privilegiar la centralidad de la posición (4) a favor de la democracia, se distancia de los aspectos menos deseables de las dos posiciones extremas (1 y 3) por buscar excluir, de plano, la relevancia que tendría en un sistema político justo, ya sea el tomar en cuenta las voces ciudadanas en la construcción de instituciones (1), por un lado, o la protección de los derechos (humanos y políticos) como parte de un sistema de equilibrios y contrapesos, por el otro (3).

La pretensión de este artículo es emitir algunas observaciones críticas a la postura de Gargarella de *una conversación entre iguales*. Debo decir que comparto con el autor su posición intermedia sobre la relevancia de conservar las dos partes de la ecuación (tanto los contrapesos como la activa participación política ciudadana); sin embargo, a diferencia de él, considero que para poder arribar a una efectiva conversación entre iguales hace falta idear un verdadero sistema basado en la implementación de mecanis-

mos de democracia directa,¹ que pueda traducir, de forma efectiva, la participación ciudadana en política pública. De otro modo, me temo que la posición de igualdad en la conversación ciudadana sobre todos los temas que nos afectan tenderá a diluirse en favor de las posiciones que las élites políticas y sociales favorezcan en cada circunstancia y coyuntura histórica.

Dicho de otro modo, considero que, en contextos de democracias representativas débiles, jóvenes o con diseños institucionales imperfectos y enormes desafíos estructurales (como la mexicana),² desestimar la relevancia de los derechos en favor de un tipo de democracia participativa³ que cuente con el objetivo específico de revisar el contenido de los derechos para buscar modificarles (lo cual generalmente se lleva a cabo a través de referendos, plebiscitos o participación en asambleas ciudadanas) tiene el efecto de contribuir a fortalecer las posiciones de ciertos actores políticos que pertenecen a las élites⁴ (el Poder Ejecutivo, los poderes económicos

¹ David Altman (2022) menciona que “Los mecanismos de democracia directa, especialmente si son de iniciativa ciudadana, son las instituciones que mejor encarnan el concepto de soberanía popular, donde los ciudadanos son todos libres e iguales”, (p. 30) y distingue entre varios modelos según quién los propone (el poder político o la ciudadanía) y según si tienen objetivos “defensivos”, “facultativos”, “abrogativos” o “propositivos” (pp. 27-29).

² Existen muchos indicadores y evidencias que revelan que el compromiso categórico con la protección de los derechos humanos en México está en regresión. Uno de los más importantes desafíos es el de combatir la impunidad en torno a la perpetración de muy serios crímenes como el sucedido en el mes de septiembre de 2014, cuando cuarenta y tres estudiantes normalistas, de la Escuela Normal Rural “Isidro Burgos” de Ayotzinapa, fueron desaparecidos a manos del crimen organizado en colaboración con funcionarios del Estado, policías municipales e, incluso, se presume que con integrantes del Ejército mexicano (Roninger, 2018, pp. 155-171).

³ Hay que decir aquí que Gargarella menciona expresamente que él busca defender un tipo de participación iniciada por los ciudadanos y que contribuye a fortalecer a la ciudadanía (Gargarella, 2021, p. 351). Sin embargo, considero que si ello está hecho a costa de debilitar los propios derechos ciudadanos (incluidos el de la participación política o el de la libertad de expresión), hay un riesgo muy real de que ello implique establecer una “tiranía de las mayorías” (Mill, 2003, p. 61), o que ello signifique una ventaja política para las representantes que asuman las posiciones políticas más populares entre los ciudadanos.

⁴ En *Liberal virtues*, Stephen Macedo (1992) menciona que: “Frecuentemente, leyes adecuadamente propuestas reflejan nada menos que la posición de una bien posicionada, financiada o poderosa minoría. [...] No debemos de olvidar que *la tiranía de la mayoría* era el principal vicio temido por los legisladores de la ley fundamental de América”, (p. 168). Y más adelante, en relación a cómo interpretar la Constitución, señala: “La constitución como un ícono nos invita a leerla bajo un lente de globalidad —las ideas morales de justicia, libertad

de un país o un partido político, por ejemplo). Esto va en detrimento de los derechos humanos y políticos ciudadanos cuyo diseño ha sido el resultado de haber emprendido batallas políticas y sociales históricas, es decir, precisamente de la participación ciudadana activa y continua expresada a lo largo de varias décadas —como en el caso de los derechos reproductivos de las mujeres (Lamas, 2017), el derecho ciudadano a tener acceso a la información pública (López Ayllón et al., 2024, pp. 65-95), el derecho a la libre expresión de las ideas o a la asociación política (artículo 19)—.⁵

Como sugieren acertadamente Francisca Pou y Sofía Treviño (2024, pp. 171-198) no hay que olvidar que muchos de los derechos constitucionales, sobre todo los contenidos en las partes dogmáticas de las constituciones políticas de las democracias, fueron tanto ideados como defendidos a partir de la organización política ciudadana, gracias a la cual las élites políticas no tuvieron otro remedio que aceptarles de forma gradual y paulatina; un proceso que, a la larga, cristalizó en su inclusión y garantía constitucional.

De manera que las posiciones (3) contra el constitucionalismo y (4) a favor de la democracia (por la restauración democrática), tienden a desestimar, según mi punto de vista, que los derechos humanos, políticos y sociales más importantes sean resultado de procesos democráticos de larga data y que protejan, además, intereses humanos de mucha relevancia. Y no precisamente porque se quieran imponer prioridades políticas a las generaciones por venir, sino porque la historia nos ha mostrado, de diferentes maneras, que protegen esferas básicas de libertad e igualdad política y so-

y equidad— que preserva de manera conjunta tanto nuestra lealtad como nuestra integridad moral [...] Los ciudadanos liberales, quienes son críticamente reflexivos sobre la justicia de sus instituciones políticas, entienden que la constitución, para ser vinculante, debe de ser capaz de ser leída como una aproximación razonable a los *principios que pasan la prueba de la justificación pública*" (p. 171) (énfasis añadido).

⁵ Es posible apreciar los múltiples obstáculos que ha enfrentado, en las últimas décadas, la libertad de expresión en México a partir de constatar las cifras de periodistas asesinados en este país. La organización independiente Artículo 19 ha documentado que, "del año 2000 a la fecha *Article 19* ha documentado 167 asesinatos de periodistas en México, en posible relación con su labor. De estos, 47 se han registrado durante el gobierno actual de Andrés Manuel López Obrador y 47 en el mandato de Enrique Peña Nieto" (Artículo 19).

cial que tenemos buenas razones en conservar más allá de las dinámicas políticas coyunturales o de contar, en un momento histórico específico, con gobiernos más o menos favorables a su protección.

Es decir, los derechos humanos, políticos y sociales gozan de dicho estatus porque, lejos de ser sacados de la arena política como Gargarella sugiere (2024, p. 11), han sido políticos desde el inicio. Además, han sido defendidos con la vida y libertad de un sinnúmero de conciudadanos,⁶ quienes han gozado de la convicción de que su defensa y protección equivale a establecer unas mejores condiciones iniciales de libertad, igualdad y dignidad, desde las cuales las batallas de otras generaciones puedan partir.

La organización del artículo será la siguiente. En la sección I introduciré la propuesta central de Gargarella de *una conversación entre iguales*; mencionaré las fallas que enfrenta actualmente el sistema de democracia representativa, coincidiré con el autor en su diagnóstico sobre dichas fallas y retos institucionales que padece tanto la representación política como la deliberación ciudadana; aunque me distanciaré de la solución que él propone. Considero que, como mencioné anteriormente, adoptar *una conversación entre iguales*, sin prever contrapesos, puede ser perjudicial para la protección de los derechos fundamentales de las personas. En la sección II abordaré más detenidamente cuáles son las implicaciones de mantener un tipo de discusión *abierta, continua e inacabada* en materia de derechos fundamentales y por qué la concepción *humanista* (Gilabert, 2011), o de lo *no decidible* (Gargarella, 2021) sobre los derechos tiene una función práctica que desempeñar, a la par de la concepción *política* (Beitz, 2011; Gilabert 2011) o de lo *decidible* (Gargarella, 2021), para proteger, suficientemente, cada uno de los intereses humanos que los derechos fundamentales buscan preservar. En la sección III mencionaré por qué considero que, a menos que se establezca un modelo robusto e institucional

⁶ Los derechos económicos y sociales de la Constitución mexicana de 1917 es un buen reflejo del esfuerzo de introducir garantías que fueron —y han sido— sumamente importantes para las conquistas sociales ancestrales, aunque, en los hechos, hayan tenido alcances y logros más limitados.

de democracia directa, es difícil evitar la participación de las élites en los debates legislativos y ciudadanos que, desde mi lectura, implica —indirectamente— la propuesta de Gargarella. En la sección IV hablaré también de por qué, a la par de que se garantice *una conversación entre iguales* sobre los temas de interés público, deben contemplarse restricciones normativas sobre cómo los ciudadanos deben conversar y que superen el requisito de sinceridad, es decir, el supuesto de que nuestra deliberación ciudadana se conducirá bien siempre y cuando las personas ofrezcan las mejores formulaciones que, desde su punto de vista, tengan los valores políticos que cada discusión particular requiera.

En la conclusión resaltaré el importante aporte de Gargarella a la reflexión sobre qué modelo de democracia es idóneo ante el conjunto de retos que enfrentamos en la actualidad; aunque expongo mis dudas sobre cómo implementar su propuesta en contextos sociales de fragilidad democrática institucional y de polarización política (de izquierda o derecha). También resalto la enorme preocupación de que, a pesar de que no asumo ninguna posición de elitismo cognitivo y confío en la capacidad ciudadana para autorrepresentar sus intereses, considero necesario preservar también las ventajas que algunos sistemas expertos (como el judicial) proveen en la protección de los derechos fundamentales de las personas.

II. Las fallas del sistema representativo: obstáculos a una conversación entre iguales

En este apartado desarrollaré el diagnóstico de Gargarella en lo que respecta a su propuesta de cómo entender los derechos fundamentales y cuáles son sus implicaciones concretas desde la perspectiva de *una conversación entre iguales*.

En primera instancia, me gustaría expresar que coincido con él en el diagnóstico global del que parte sobre los aspectos del sistema democrático que distan de funcionar adecuadamente. Garga-

rella menciona, con razón, que “nosotros, el pueblo” nos sentimos distanciados de la política porque —con razón— reconocemos que nuestra vida política nos ofrece muy pocas posibilidades de participar significativamente en la decisión y discusión de nuestros propios asuntos, los que más nos afectan” (2021, p. 8) y, en su libro, nos plantea la pregunta: “¿cuáles dimensiones deberían privilegiarse, a los fines de asegurar la representación plena o, al menos, la más plena posible de la sociedad?” (Gargarella, 2021, p. 115), dado que las personas tenemos una multiplicidad de rasgos que contribuyen, simultáneamente, a definir nuestra identidad social (género, religión, identidad sexual, ideología, etcétera). En esta línea de ideas, también señala que “la cuestión no es tanto que la ciudadanía pueda decidir mal, sino que no tenga la oportunidad de conversar, para clarificar en el diálogo lo que quiere expresar y los matices de su pensamiento” (Gargarella, 2021, p. 139).

Hasta aquí, considero que Gargarella tiene razón en que el sistema representativo no ha logrado traducir las demandas ciudadanas en acciones de gobierno, entre otras razones, porque nuestras representantes populares poseen incentivos para congraciarse con las élites políticas y sociales, quienes las proponen en las listas a los cargos de representación popular, por un lado, a la vez de que, efectivamente, tampoco ha existido una genuina conversación entre ciudadanas y ciudadanos, por el otro. Ello debido a que, en nuestras sociedades democráticas, las personas con mayores recursos económicos y políticos pueden traducir dicho capital económico y social en mejores oportunidades para, por ejemplo, expresar sus puntos de vista, lograr intercambiar favores con los funcionarios públicos en turno, y poder incidir, a partir de establecer relaciones estrechas con el poder político, en la política pública. De manera que, claramente, el sistema representativo adolece de diversas debilidades institucionales, por lo que la participación ciudadana, como Gargarella (2021, pp. 136 y 137) lo argumenta, se ha limitado a la participación electoral, en detrimento de la variable deliberativa.

Sin embargo, a partir de dicho diagnóstico, atribuye muchos de los males de la democracia a la existencia de contrapesos (*checks and balances*) propios de las posiciones (1) *contra la democracia* y (2) *a favor del constitucionalismo*:

La frase que resume de modo perfecto el objetivo que define al sistema tanto como su principal virtud y defecto: evitar las mutuas opresiones entre mayorías y minorías resulta muy importante, pero el coste de darles un poder institucional equivalente resulta descomunal en términos democráticos. (Gargarella, 2021, p. 146)

De manera que, para Gargarella, los defectos de la democracia representativa han impedido la consolidación de una democracia deliberativa que involucre a la ciudadanía, de forma más activa, en la conversación sobre las iniciativas de ley y de políticas públicas, por un lado; mientras que los representantes populares no han trabajado realmente a favor del interés público, ya que su voluntad ha sido frecuentemente capturada por las élites (2021, p. 202). Todo ello se explicaría —en alguna buena medida— a partir de que a las minorías se les ha dotado de un poder descomunal frente a las mayorías. A su vez, dicho poder descomunal con el que cuentan las minorías sería atribuible, entre otras cosas, a que gozan de derechos inalienables defendidos por jueces, quienes bloquean o impiden que su contenido sea sometido a deliberación o escrutinio por parte de dichas mayorías a través del control de constitucionalidad (Gargarella, 2021, p. 205).

Sobre esta segunda parte del diagnóstico que realiza el autor no estoy de acuerdo por dos razones. La primera es que no me parece que la existencia de derechos fundamentales inalienables (basados en la misma concepción de Gargarella de que constituyen protecciones robustas a intereses humanos) sea una de las causas de las fallas de la democracia representativa —o al menos en el libro no se muestra convincentemente que sea así—. Las flaquezas del sistema representativo podrían ser atribuibles, en parte, a la tendencia inherente del propio sistema democrático a fallar tanto

de forma teórica (entendida como ideal) como práctica, como argumenta Axix Z. Hug (2020). De forma sintética, dichos problemas estructurales estarían relacionados con: a) el problema de quién debe estar incluida o excluida de la participación (*the boundary problem*); b) la tensión considerada irresoluble entre guiarnos, por un lado, por la regla de la mayoría a la vez de intentar favorecer el interés público, por el otro; c) el reto de buscar consenso o unanimidad social sin aplastar la diversidad en el camino; d) los diferentes sesgos epistémicos o morales que enfrentan las ciudadanas a la hora de identificar el interés público o individual; e) los problemas que conciernen al federalismo vs. el centralismo en la construcción de mayorías democráticas; y f) las fallas de diseño e incentivos de los distintos sistemas políticos a lo largo del mundo, entre los más destacados (Hug, 2020, pp. 11-49). De esta forma, habría que analizar hasta qué punto (y en qué medida) las fallas de la democracia representativa y electoral son efectivamente producidas por la clausura deliberativa sobre los derechos fundamentales más importantes; o, por el contrario, por muchos de los problemas inherentes a la democracia, especialmente sobre cómo, a partir de una cierta ingeniería electoral, se traduce la obtención de votos en legitimidad política y en la autorización para llevar a cabo ciertos mandatos de leyes o de políticas públicas que resultan ser perjudiciales a los intereses de las mayorías (o, incluso, de algunas minorías).⁷

La segunda razón para distanciarme de Gargarella es que considero que otro de los problemas que explican las fallas de la democracia representativa contemporánea no es la clausura en el debate de los derechos *per se*; en contraste, consiste en que ellos no han

⁷ Al propósito de la efectividad de las elecciones para adoptar decisiones públicas, Adam Przeworski (2022) menciona: "Las elecciones —las herramientas con que un colectivo decide quién debe gobernarlo y cómo— son el mecanismo central mediante el cual se procesan los conflictos en las democracias. Sin embargo, ese mecanismo sólo funciona bien si lo que está en juego no es demasiado, si perder una elección no constituye un desastre y si las fuerzas políticas derrotadas cuentan con posibilidades razonables de ganar en el futuro. Cuando llegan al poder partidos profundamente ideológicos que procuran eliminar obstáculos institucionales con el fin de consolidar su ventaja política y ganar discrecionalidad en la elaboración de políticas, la democracia se deteriora o «retrocede»" (p. 167).

sido suficientemente garantizados a la mayoría de la población. De manera que el problema sí consistiría en la afectación a los intereses de la mayoría, pero no debido a que se haya omitido entrar a una discusión sobre sus contenidos. Al contrario, considero que los contenidos —en muchos casos, como en el de los derechos reproductivos— pueden ser correctos, pero no se han garantizado de forma equitativa al conjunto amplio de personas que viven en un territorio (ciudadanas y no ciudadanas). Es decir, si fuese una realidad que todas y todos gozamos de poder acceder a juicios justos, muchas de las críticas al sistema judicial, en la opinión de muchos, probablemente no tendrían lugar porque todas y todos tendríamos acceso a los privilegios que la formalidad de la ley, en teoría, nos confiere.

III. Una conversación entre iguales: implicaciones de la discusión abierta, continua e inacabada en materia de derechos fundamentales

En *Cuatro lecturas sobre la relación constitucionalismo-democracia. En defensa de la “conversación entre iguales”*, Gargarella no se detiene a explicar cómo impacta su propuesta —tanto teórica como práctica— en la prioridad de la que ha gozado la protección de los derechos fundamentales de las personas, y se limita a argumentar a favor de promover una participación política muy extendida (robusta versus minimalista) de todas las personas, en relación con los problemas y temáticas (asuntos públicos) que pudiesen afectarle de forma directa

Sin embargo, en el libro *El derecho: una conversación entre iguales* (Gargarella, 2021) en donde sí desarrolla estas implicaciones, queda mucho más claro que su propuesta implica ver a los derechos como producto de acuerdos sociales y que, lejos de adscribirles dentro de la *esfera de lo indecible* (al provenir de una “ley natural” según la tradición), pertenecen, por el contrario, a la *esfera de lo decidible* (es decir, susceptibles de ser modificados según

el mandato popular). Favorecer esta posición, significa cuestionar aquella que teóricos como Ronald Dworkin, Luigi Ferrajoli o Ernesto Garzón Valdés defienden y que consiste en ver a los derechos como entidades o construcciones que se encuentran (y que deben situarse) más allá de los asuntos coyunturales sobre los que las mayorías democráticas pudiesen tener injerencia.

Al margen de plantearnos la importante pregunta sobre cuál es el origen de la normatividad de los derechos —que no es el tema que busca atenderse en este artículo—, considero importante plantear, en su lugar, la pregunta sobre cuál es el papel práctico que es deseable que asuman en contextos de democracia participativa, de desacuerdo razonable y de desigualdad respecto a su garantía y protección.

Pablo Gilibert (2011), en su *Humanist and political perspectives on human rights*, anticipa que una de las críticas que puede recibir la posición *humanista* (o la esfera de lo *no decidible* en palabras de Gargarella) de los derechos humanos frente a la *política* es, precisamente, sobre la forma de justificarlos: “los derechos abstractos, en que la postura humanista se centra, presuponen circunstancias asociales que son radicalmente discontinuas con las circunstancias actuales en que los derechos de la *Declaración* son formulados” (Gilibert, 2011, p. 444). Sin embargo, y en respuesta a esta crítica, el propio autor comenta:

La posición humanista todavía puede mencionar que, en cualquier contexto social, las personas tienen exigencias abstractas a las condiciones para desarrollar su agencia normativa, para evitar formas de degradación concreta y un tipo de tratamiento inequitativo, o para desarrollar ciertas capacidades humanas centrales. (Gilibert, 2011, p. 444)

Desde este punto de vista, las posiciones *humanista* y *política*, tienen una función social complementaria. La primera conduce nuestra mirada a encontrar aquellos derechos cuya relevancia se encuentra en la protección de intereses, tales como son la autonomía, evitar formas de degradación moral o de tratamiento inequitati-

vo y/o para encontrar aquellas capacidades humanas (Nussbaum, 2002) sin las cuales la vida de las personas se torna menos valiosa y cuya existencia justifica la formulación de un derecho correspondiente que le proteja. Por otro lado, la segunda posición contribuye a reconocer las prácticas políticas relevantes, en cada contexto y circunstancia histórica, para sugerir de qué forma pueden y deben ser formulados los derechos fundamentales, dentro de la tradición legal respectiva y teniendo en cuenta las restricciones institucionales e históricas concretas. De tal manera, lejos de que dichas posiciones estén enfrentadas y sean mutuamente excluyentes, son complementarias en el trabajo que realizan, tanto normativo (encontrar el interés moral en el que descansan cada uno de los derechos) como en el de establecer su viabilidad práctica concreta.⁸

Desde esta perspectiva, el papel práctico que los derechos deben asumir es el de constituirse como una guía normativa para identificar el conjunto de intereses, capacidades humanas centrales y esferas de infranqueabilidad que, en conjunto, conforman las condiciones mínimas que es necesario garantizar para que las personas podamos desempeñarnos apropiadamente tanto como personas que gozamos de una *concepción del bien*, a la vez de una *concepción de la justicia* y, en esa medida, debemos ser tratadas como libres e iguales (Rawls, 2006, pp. 326-341).

Estoy de acuerdo con Gargarella, y, en sintonía con los mecanismos de democracia directa cuando ellos son iniciados por la

⁸ En *The idea of human rights*, Charles Beitz menciona, a este respecto, que los derechos humanos internacionales es el nombre de una empresa política colectiva —una práctica— con propósitos y modos de acción distintivos. El entendimiento de dichos propósitos y modos de acción es esencial para aprehender la naturaleza de los derechos humanos. Sin embargo, no establece cuestiones sobre su contenido o fundamentos. Dicha perspectiva permite que las personas puedan estar de acuerdo sobre la naturaleza de los derechos humanos internacionales, pero estar en desacuerdo sobre su contenido o tipos de consideraciones que la sustentan. Ello no significa que no necesitemos razones para que los derechos humanos nos importen —simplemente que no es parte de su práctica que cualquiera que acepte y actúe sobre la base de la doctrina pública necesite compartir las mismas razones para aceptarles (Beitz, 2011, pp. 103 y 104)—. El establecimiento de la viabilidad práctica de los derechos humanos depende, entonces, de poder hallar, en cada momento histórico y social, los contenidos específicos que las personas podamos aceptar, teniendo en cuenta que los desacuerdos sobre su interpretación y alcance persistirán.

ciudadanía, en que las instituciones —los jueces, según él— deberían permitir que “la comunidad decida acerca de sus propios asuntos, por medio del diálogo colectivo (en razón de la prioridad de éste frente al «hecho del desacuerdo»)” (Gargarella, 2020, p. 242). Sin embargo, me pregunto si todas las decisiones sobre cualquier asunto público de relevancia son igualmente legítimas cuando son tomadas por una mayoría social y frente al innegable hecho del desacuerdo. Stephen Macedo (1992) menciona, por ejemplo, que Abraham Lincoln “sostuvo que lo bueno y lo malo dependen de estándares de pensamiento independientes de la mera opinión” (p. 174), y que, por ello,

*el sentido de justicia*⁹ así como la *empatía hacia los congéneres*, te indican que el pobre negro tiene derechos naturales por sí mismo y que aquéllos que se los niegan, y que los mercantilizan, merecen que se les patee, así como ser despreciados y la muerte. (Macedo, 1992, p. 174)

Es decir, desde la perspectiva normativa sugerida por Macedo al recuperar a Lincoln, no es la *mera opinión* ni del juez ni de la moralidad social ampliamente compartida, sino el sentido de la justicia lo que tendría que guiar regulativamente la interpretación que se haga de los valores constitucionales.

Frente a ello, Gargarella podría afirmar que su propuesta deliberativa parte, precisamente y a diferencia la condición de esclavitud que padecieron los afroamericanos hasta mediados del siglo XIX, de gozar de la condición de igualdad en la conversación¹⁰ —finalmente la igualdad es un concepto normativo—. Sin embar-

⁹ Énfasis añadido.

¹⁰ “En lo que aquí interesa, pensaré el diálogo apropiado en relación con las pautas establecidas y defendidas en las páginas anteriores —deliberación, inclusión, igualdad, temas de interés público—, enfocado dentro del marco de la Constitución; es decir, específicamente, la conversación constitucional. Aclararé, entonces, que, en una democracia, la discusión sobre la Constitución y los principios subyacentes a ella debe ser producto de una conversación igualitaria e inclusiva entre todos los potenciales afectados” (Gargarella, 2021, p. 282). Aquí queda mucho más claro que la deliberación democrática no es exclusivamente sobre el contenido de cualquier política pública, sino sobre los contenidos mismos de la Constitución política.

go, y frente a esta réplica, hay que notar que las y los ciudadanos tenemos también diferentes interpretaciones sobre el significado de la igualdad,¹¹ y muchas de ellas no cumplen suficientemente los requisitos para poder protegerla apropiadamente.¹² De manera que la pregunta es si las personas debemos guiarnos, en el contexto de la deliberación democrática, por nuestras propias visiones sobre la igualdad, la libertad, etcétera, influidas incluso por nuestros sesgos, prejuicios o concepciones morales, o si hay necesidad de que dicha libertad se exprese, para fines de dotar de contenido a las leyes de justicia básica o constitucional, a partir de tener en cuenta ciertas restricciones deliberativas¹³ o de contar con algunos contrapesos —el denostado poder judicial, por ejemplo— que contribuya, con su interpretación constitucional, a equilibrar

¹¹ Rawls distinguió los significados de un *concepto* y una *concepción* (Rawls, 2001, p. 65). En este caso, habría un concepto de igualdad, pero varias concepciones, algunas más válidas que otras, para efectos de ampliar o limitar la protección de nuestros derechos fundamentales entendidos adecuadamente dependiendo de la esfera de interés que se propongan proteger.

¹² Por ejemplo, en la Carta apostólica *Mulieris Dignitatem* del Papa Juan Pablo II, queda clara que *la dignidad propia de las mujeres*, aunque se conciba como de igual valor respecto a la masculina, no corresponde a la igualdad social, moral y política que recuperan los tratados internacionales en la materia (como el de *la CEDAW* o *El Cairo*). Por lo tanto, no debería fungir como sustrato de nuestras leyes y políticas públicas de justicia básica o fundamental: “La mujer —en nombre de la liberación del «dominio» del hombre— no puede *tender a apropiarse de las características masculinas*, en contra de su propia «originalidad» femenina. Existe el fundado temor de que por este camino la mujer no llegará a «realizarse» y podría, en cambio, deformar y perder lo que constituye su riqueza esencial. Se trata de una riqueza enorme. En la descripción bíblica la exclamación del primer hombre, al ver la mujer que ha sido creada, es una exclamación de admiración y de encanto que abarca toda la historia del hombre sobre la tierra. Los recursos personales de la femineidad no son ciertamente menores que los recursos de la masculinidad; son sólo diferentes. Por consiguiente, la mujer —como por su parte también el hombre— debe entender su «realización» como persona, su dignidad y vocación, sobre la base de estos recursos, de acuerdo con la riqueza de la femineidad, que recibió el día de la creación y que hereda como expresión peculiar de la «imagen y semejanza de Dios»” (Juan Pablo II, 1988).

¹³ John Rawls (2006, p. 43) famosamente argumentó que las *doctrinas morales comprensivas* deben quedar fuera de la deliberación democrática cuando se trata de discusiones, tanto de funcionarios públicos como de ciudadanas, que son susceptibles de dotar de contenido a lo que él denominó como *esencias constitucionales* (en ellas se incluyen tanto los principios fundamentales que definen la estructura general del Estado y el proceso político, a la vez de los contenidos de los derechos y libertades básicos de los y las ciudadanas).

(idealmente) la probable presencia de prejuicios¹⁴ que son susceptibles de informar nuestro criterio en un sinnúmero de materias.

A este respecto, coincido con Gilabert (2011) en que, si no rescatamos suficientemente el papel de guía epistémica y moral de la que goza la posición *humanista* sobre los derechos, contribuimos a degradar su relevancia al insinuar o presuponer que ésta sólo se encuentra en las prácticas sociales y en la manera en que se ha logrado cristalizar su importancia, histórica y contingentemente, en tratados internacionales de derechos humanos:

Con relación al contenido, argumento que la perspectiva humanista identifica una serie de *derechos abstractos* que contribuyen a seleccionar apropiados derechos específicos que la perspectiva política demanda que persigamos. Con relación a la justificación, propongo un *equilibrio reflexivo deliberativo* en el cual las consideraciones humanistas provean una capa substantiva de razonamiento que pavimente nuestra habilidad tanto para defender como para cristalizar los aspectos vigentes de la práctica de los derechos humanos. (Gilabert, 2011, p. 141)

Por ello, me parece que existe un falso dilema en la propuesta de Gargarella de tener que optar por una tradición particular de los derechos humanos (la tradición de derecho natural v. la tradición benthamiana), y de que la posición *humanista*, o de la *esfera de lo indecible*, es defectuosa en tanto que coloca en un plano inamovible un constructo (los derechos) que debería estar sujeto a deliberación continua. El significado concreto de tener derecho a gozar de un juicio justo, como argumenta Gilabert, no sólo se explica a partir de la existencia de juzgados, leyes o de figuras como la de los jueces o magistrados, sino por el interés humano de ser

¹⁴ Siguiendo a Macedo, "La constitución no es simplemente democrática sino republicana y liberal, pliega al gobierno a asegurar a cada Estado, no sólo una forma de gobierno democrática sino también republicana; garantiza los derechos liberales mucho más allá de quienes pugnan por la apertura y equidad de los procesos democráticos. El proceso gubernamental debe de acatar estándares básicos de razonabilidad a partir de los cuales, algunas cosas, no están permitidas independientemente de la calidad del proceso seguido" (Macedo, 1992, p. 176).

tratadas y tratados de forma equitativa y con imparcialidad (2011, p. 445).

Ahora bien, a partir de entender a los derechos humanos como construcciones históricas y contingentes que reconocen intereses humanos importantes, aunque no por ello son *naturales* o se encuentren al margen de ser discutidos o revisados permanentemente, Gargarella deriva que la deliberación en torno tanto a la relevancia como al significado de cada uno de ellos deba de ser “abierta, continua, inacabada” (2021, p. 287).

Frente a esta propuesta concreta, considero que falta detallar qué significa que la deliberación en torno a ellos goce de estas tres características, ya que es posible vislumbrar, por lo menos, dos posibilidades de cómo entenderla. En primer lugar, una discusión *abierta, continua e inacabada* podría significar que existe la necesidad de que, tanto ciudadanía como legislaturas, se mantengan permanentemente alertas sobre las posibles formulaciones, interpretaciones o implicaciones que puedan distorsionar o comprometer el papel que dichos derechos deben de cumplir para garantizar que el interés fundamental que cada uno de ellos protege sea debidamente garantizado. En segundo lugar, la discusión *abierta, continua e inacabada* podría, sin embargo, significar que la pertinencia de proteger el propio interés que subyace a la protección del derecho —y que, incluso, lo justifica— sea puesto en duda y revisado siempre que surja una inquietud sincera (en la sección IV hablaré sobre este tema) sobre su pretendida utilidad o conveniencia social.

En el ejemplo sobre la importancia de gozar de un derecho a enfrentar un juicio justo que mencioné anteriormente, entablar una discusión *abierta, continua e inacabada* también admitiría dos interpretaciones posibles. Por un lado, implicaría evaluar de qué manera, por ejemplo, se entiende qué significa enfrentar un juicio justo o equitativo, si ello corresponde efectivamente con los estándares internacionales que se prevén para dichos fines, si las personas consideran ser tratadas con justicia o si su identidad social (de clase o étnica) afecta al resultado del juicio, si hay corrupción en el poder judicial que comprometa seriamente el resulta-

do, entre otras variables. Aquí se puede apreciar que la *discusión abierta, continua e inacabada* busca tanto identificar como mejorar el conjunto de significados, prácticas y sesgos que afectan seriamente el acceder a gozar de un juicio justo. Considero que, bajo esta primera interpretación, se admitiría que se incluyan distintos puntos de vista sobre el significado de enfrentar un juicio justo¹⁵ (recuperando las condiciones sociales e históricas concretas pertinentes), así como el conjunto de propuestas sobre cómo dirimir dichos desacuerdos y posibles tensiones. Sin embargo, el punto fundamental que quiero subrayar es que el hecho de enfrentar una *discusión abierta, continua e inacabada* no gira en torno a replantear, de forma indefinida, el interés humano fundamental de ser tratada con equidad y respeto, sino sobre cómo tendría que verse el procedimiento y los estándares de aceptabilidad con los que deben de contar todos los juicios que, efectivamente, cuenten como *suficientemente justos*.¹⁶

Debo decir que si esta es la posición que defiende Gargarella, estoy de acuerdo con ella, ya que tanto la ciudadanía como los poderes de la Unión deben permanecer alertas y vigilantes de que tanto las formulaciones de los derechos como sus aplicaciones correspondan con el espíritu o propósito fundamental que cada derecho persigue. Para ello, es necesario que permanezca abierta la posibilidad de que exista una reinterpretación constitucional,

¹⁵ Rawls establece la noción de *equilibrio reflexivo* precisamente frente a las circunstancias en que “tenemos una mente dividida y [...] nuestros juicios entran en conflicto con los de otras personas, habrá momentos en que tengamos que revisar, suspender o retirar esos juicios, si es que queremos lograr el objetivo práctico de alcanzar un acuerdo razonable en cuestiones de justicia política” (2001, p. 56), para poder revisar tanto nuestros juicios ponderados con los hechos y evidencias fácticas, a la vez de ajustar nuestros juicios frente al hecho del desacuerdo razonable.

¹⁶ Gargarella es un tanto ambiguo sobre el significado que tiene el que las y los ciudadanos mantengan una conversación entre iguales a lo largo del tiempo. En su libro menciona que los ciudadanos: “no esperan que la discusión se agote un día ni que quede congelada por obra de las reglas que escriben; como es esperable, discrepan sobre la interpretación de esas mismas reglas, y lo seguirán haciendo” (2021, p. 36). Aquí se da a entender que los desacuerdos que persistirán son, principalmente, sobre la interpretación de las mismas reglas que se asumen y reconocen como vinculantes; aunque ello no excluye que puedan darse otro tipo de desacuerdos que versen más sobre la deseabilidad de cambiar o conservar dichas reglas.

con la finalidad de distinguir cuáles son las versiones interpretativas, en cada caso, que son más adecuadas para el propósito de proteger el interés humano que se busca preservar.

Por otro lado, y en contraste, la segunda interpretación de lo que significaría mantener una discusión *abierta, continua e inacabada* sobre tener derecho a gozar de un juicio justo implica que se revise permanentemente o se someta a votación legislativa o social mayoritaria —en el mejor escenario con un procedimiento de escrutinio impecable en donde se incluya a todas las personas que sean potencialmente afectadas— la deseabilidad de que exista tal derecho y de que las confrontaciones (epistémicas o sociales) sobre quién tiene razón en una polémica determinada se decidan de una forma novedosa, por ejemplo, a partir de que una o varias personas valoren las evidencias del caso pero sin requerir de gozar de los estándares de imparcialidad e independencia que son exigidas, desde *El segundo tratado sobre el derecho civil* de John Locke (2006), como condiciones mínimas y necesarias para acceder a un juicio justo.

Es en esta segunda interpretación de lo que implica mantener una conversación *abierta, continua e inacabada*, en donde están colocadas las alarmas sobre las posibles implicaciones que dicho ejercicio tendría para asegurar la adecuada vigencia de los intereses humanos en cuestión, ya que, como vimos, lo que se cuestiona no es solamente la necesidad de adaptar el significado del derecho a gozar de un juicio justo al contexto sociohistórico específico o de mejorar las condiciones para que el derecho pueda ejercerse de forma apropiada, sino que se pone en riesgo la certeza jurídica de gozar del derecho a partir de cuestionar la deseabilidad misma de su existencia.

Un ejemplo sobre cómo la primera interpretación del significado de entablar discusiones *abiertas, continuas e inacabadas* es correcta para combatir las posibles *implicaciones opresivas* que ciertas formulaciones de los derechos reproductivos pueden conllevar, se encuentra en la revisión que realiza la abogada afroamericana Dorothy Roberts, en *Killing the black body: race, reproduction, and*

the meaning of liberty, en relación a por qué los derechos reproductivos no han servido al propósito fundamental al que debían encaminarse. En efecto, las “políticas reproductivas en Norteamérica inevitablemente implican políticas raciales” (2017, p. 9), ya que han funcionado con un doble rasero. Por un lado, han promovido la natalidad entre mujeres blancas hasta donde ha sido posible, o políticas de anticoncepción para prevenir embarazos no deseados; sin embargo, no han fomentado tal ejercicio de la libertad reproductiva entre mujeres negras a quienes se ven como portadoras de una herencia genética pobre, transmiten “costumbres morales dudosas” y a quienes no se ha dudado en esterilizar, de manera forzada, cuando las élites políticas —invocando al interés colectivo— así lo han considerado necesario. Este caso constituye un ejemplo de la existencia de un prejuicio racial que distorsiona la generalidad y equidad con las que deben de funcionar los derechos. Y siguiendo la lógica de la perspectiva de *lo decidible* o *política* que recupera Gargarella, los significados tanto de la libertad como de los derechos reproductivos deben ser modificados para eliminar el sesgo opresivo que han padecido en detrimento de la igualdad de las ciudadanas afroamericanas.

Como las personas afroamericanas tienen el irrenunciable interés de gozar de libertad reproductiva y de elegir libremente sobre su cuerpo y reproducción, entonces los sesgos con los que han operado los derechos reproductivos deben de ser identificados y combatidos. Sin embargo, encontrar dichos sesgos no debería llevar a replantearnos la existencia misma de tales derechos ni a buscar desestimar su garantía en la vida de las personas.

En *El triple estándar de la razón pública* (2014), Moisés Vaca y yo argumentamos que, con la finalidad de que todos los asuntos de justicia básica y constitucional sean lo suficientemente aceptables desde un punto de vista ciudadano, la formulación de las leyes de justicia básica, los artículos constitucionales y los derechos fundamentales deben seguir tres planos de discusión importantes: en primer lugar, saber cuáles argumentos no son válidos para conformar las leyes y, en dicha medida, sean descartados de la discu-

sión (*razones dependientes*); en segundo lugar, qué argumentos pasan los requisitos mínimos de aceptabilidad normativa (*razones accesibles*); y finalmente, cuáles reflejan apropiadamente todos los valores políticos que tenemos razón en valorar en cada discusión particular sobre derechos fundamentales (*razones aceptables*) y, consecuentemente, puedan informar sobre el contenido de nuestros derechos y leyes de justicia básica fundamentales.

El triple estándar de la razón pública posee implicaciones importantes para el tema que nos ocupa. Recuperando el ejemplo de cómo los derechos sexuales y reproductivos pueden proteger la libertad reproductiva de las mujeres blancas, al tiempo que genera discriminación y exclusión para las mujeres racializadas, la propuesta del *triple estándar* nos guía en poder identificar las formulaciones que, sobre dichos derechos, son las aceptables mientras nos muestra cuáles de ellas deben de ser desechadas poco después de haber sido formuladas; descartadas en segunda instancia al carecer de un diseño adecuado o de plausibilidad científica y, finalmente, relegados en última instancia al no ser lo *suficientemente justas* (Vaca y Mayans, 2014, p. 85). Aquí simplemente es necesario agregar que, al menos de manera hipotética, habría varias versiones de dichos derechos que, al incorporar todos los valores que nos interesa preservar (igualdad, libertad reproductiva, imparcialidad, entre otros) al tiempo de proteger suficientemente la salud reproductiva de las mujeres, serían suficientemente justas y, en dicha medida, aceptables para la deliberación democrática.

Concretamente, sobre el ejemplo particular que presenta Dorothy Roberts sobre por qué tanto la libertad como los derechos reproductivos han sido problemáticos en Estados Unidos, las herramientas del *triple estándar* indicarían que ésta falla (aunque habría que detenernos si también su formulación formal) al recuperar “consideraciones fundadas en prejuicios sociales extendidos” (Vaca y Mayans, 2014, p. 76). Ninguna formulación o recuperación de los derechos fundamentales debe tener implicaciones discriminatorias al asumir, de forma explícita o tácita, prejuicios sociales que se tra-

duzcan en el goce selectivo de dichos derechos y en detrimento de poblaciones vulnerables.

El punto que quiero enfatizar es que la formulación o recuperación de un derecho claramente puede fallar; y lo que corresponde hacer, desde mi punto de vista, es mantener una conversación *abierta, continua e inacabada* sobre dichas implicaciones opresivas para evitarlas. Sin embargo, buscar mantener *abierta* la posibilidad misma de revocar por completo los derechos reproductivos, bajo el argumento de que algunas de sus implicaciones prácticas han sido reprobables al ser discriminatorias, sería una respuesta incorrecta. Lo anterior abre la puerta para que las mujeres de esta generación tengamos que volver a movilizarnos y a exigir la protección de nuestros derechos reproductivos como ya lo hicieron nuestras madres y abuelas con el riesgo de cancelarlos como sucedió ya en Estados Unidos, en junio de 2022, con la anulación de la famosa resolución de la Suprema Corte de Justicia de dicho país *Roe v. Wade* que había estado vigente desde 1973. Ello, desde mi punto de vista, constituye una gran injusticia en materia de libertad reproductiva además de que se retroalimenta la creencia —ampliamente compartida en contextos que tienen una cultura androcéntrica— de que las mujeres somos incapaces de tomar una decisión acertada e informada que favorezca nuestros propios intereses, con independencia de cuántas personas consideren (en un hipotético plebiscito) que el valor intrínseco de la vida humana deba de prevalecer por encima de los derechos reproductivos de las mujeres.

En *Una conversación entre iguales* y en *Cuatro lecturas sobre la relación constitucionalismo-democracia. En defensa de la "conversación entre iguales"*, Gargarella asume que promover y defender la democracia implica asumir un compromiso fuerte con la deliberación ciudadana y con su influencia en las soluciones vinculantes que se tomen. Sin embargo, considero que soslaya la importancia de que dichas soluciones sean efectivamente justas al no prever mecanismos deliberativos que guíen normativamente la discusión pública, corrijan las intuiciones morales socialmente adquiridas

(que llevan a la construcción de estereotipos perniciosos) o protejan los derechos fundamentales de las personas, sean estas parte de las mayorías, de las minorías privilegiadas o de las mayorías o minorías oprimidas (como las mujeres, integrantes de colectivos LGBTIQ+, personas racializadas o excluidas en función de su identidad social).

Una propuesta adecuada de deliberación democrática debería prever que las personas que se involucren en ella se reconozcan, en efecto y no solamente de palabra, como iguales; y que la ingeniería deliberativa cuente con mecanismos que ayuden a identificar los sesgos, prejuicios, distorsiones o resultados contraintuitivos que puede padecer una deliberación democrática genuina y que se presuponga como mínimamente legítima y sincera.

IV. Sobre por qué, a menos que se establezca un modelo robusto de democracia directa, es difícil evitar la participación de las élites en los debates legislativos

El funcionamiento democrático adecuado requiere de una importante participación política ciudadana. Ello ha sido reconocido ampliamente por partidarios de un tipo de democracia más procedimental (Dahl, 2018) y por partidarios de una democracia más robusta, en la que se asigna a la ciudadanía un papel importante en el desarrollo y conservación de ciertas virtudes cívicas (Macedo, 1992; Gutmann y Thompson, 1996) que permitan garantizar el mantenimiento del sistema político creado sobre firmes bases de moral pública compartida.

La participación política admite varias interpretaciones. Una de ellas es la que se limita a promover la elección de representantes populares por parte del electorado, sin involucrar demasiado a la ciudadanía en los temas substantivos de los que se ocupan las élites, tanto económicas como políticas. Otra forma de entender la participación política es a partir, precisamente y siguiendo el modelo de democracia deliberativa, de tomar con seriedad a la

virtud ciudadana como criterio normativo indispensable de la virtud del sistema en su conjunto. La condición de posibilidad del desarrollo de tales virtudes (tolerancia, respeto, reciprocidad, participación política), así como de la calidad en la argumentación pública, es precisamente a partir del involucramiento ciudadano activo en las deliberaciones políticas, así como del hecho de haber sido expuestos a la diversidad social y de opiniones, que permitan perfeccionarlas (Macedo, 2003, p. 160).

Este modelo de participación política robusta¹⁷ también considera recomendable la cercanía entre representantes y representados, una relación en la que se espera que los primeros asuman los intereses, aspiraciones y posturas, incluso, de su electorado. Una segunda versión de este modelo es aquella en la que se establece una distancia más amplia entre representantes y representados, en la que los primeros asumen un margen de discrecionalidad importante en el que no necesariamente deben rendir cuentas sobre el sentido de sus votaciones particulares a sus representados. La idea normativa detrás de esta postura es que para que los representantes puedan desempeñar adecuadamente su función, deben actuar siguiendo sus propias convicciones, así como seguir su mejor interpretación sobre lo que está en juego en cada una de sus propuestas de iniciativas y del sentido de su voto en las plenarios. La razón que se ofrece para aceptar este margen de discrecionalidad de los representantes públicos es que, una vez electa la representante, ella debe gozar de la independencia necesaria para ponderar en qué consiste servir al interés público y ejercer, hasta cierto punto, cierta autoridad epistémica (Gargarella, 2021, p. 81). Aunque reconozco las virtudes y fortalezas de esta posición (Fuerstein, 2020, pp. 154-179) considero que una de sus consecuencias es que la captura o intervención de las élites en el sentido de la representación es más fácil que si hubiera mecanismos de rendición de cuentas

¹⁷ Amy Gutmann y Dennis Thompson mencionan que “cuando los ciudadanos deliberan, buscan el acuerdo sobre principios morales substantivos que pueden ser justificados sobre la base de razones mutuamente aceptables” (1996, p. 55).

más estrictos entre representantes y representados en las democracias representativas (Gargarella, 2021, p. 111).

Por ello, considero necesario poner sobre la mesa la necesidad de discutir la pertinencia de prever diseños constitucionales en los que se incluyan mecanismos diversos de democracia directa (Altman, 2019, pp. 17-50), como alternativas al modelo de democracia representativa actual en la que las representantes poseen varios tipos de conflicto de interés y riesgos de captura política.

Finalmente, creo que también el Poder Judicial y concretamente los jueces corren los mismos riesgos de captura que padecen los representantes populares frente al poder de las élites o de intereses particulares. Sin embargo, la salida que vislumbro consiste en hacer más sólida la división de poderes —al contrario de debilitarla como sucede actualmente en México con la reforma judicial presentada por el presidente de la República al Congreso de la Unión en 2024 (Astudillo, 2023, pp. 292-294)— para que ellos funcionen como contrapesos respectivos, a la vez de establecer, constitucionalmente, mecanismos de democracia directa.

V. Crítica sobre la pertinencia de que el requisito de sinceridad ciudadana sea lo que guíe a una conversación entre iguales

En la propuesta de *una conversación entre iguales*, Gargarella presupone (2021, pp. 40 y 41)¹⁸ que el propio hecho de ser incluidos

¹⁸ “Si, en nuestro ejemplo, Aída —la única disidente en relación con las creencias religiosas de la mayoría— no hubiese estado presente en las deliberaciones, los demás habrían decidido mal (más aún, de un modo que los habría avergonzado) por la falta de reconocimiento de ese punto de vista disidente: no habrían tenido la capacidad o la posibilidad de percatarse por ellos mismos de la presencia de creencias diferentes ni del daño que podían causar por no asignarles el cuidado y el respeto que se merecían” (Gargarella, 2021, p. 34). En esta cita, resulta revelador que se asuma que la sola presencia de Aída a la discusión pública en cuestión preservaría su derecho a disentir religiosamente, en primer lugar, a la vez de que se considera que el conocimiento sobre el daño que ella recibe a partir de prohibirle la oportunidad de expresarse será casi automático al momento en que los otros reciban el mensaje. En contraste, como menciona Ángela Davis (2019), los prejuicios sociales tienen

en una conversación sobre los temas que nos afectan debería traducirse en que se adopte un cambio de rumbo sobre el sentido de muchas de las leyes y políticas públicas que más nos afectan a nivel global (calentamiento climático, desigualdad social extrema, crisis económicas, etcétera). Y a pesar de que considero que la participación democrática individual o colectiva debe ser garantizada como un derecho humano, y pueda además presuponerse la sinceridad a la hora de participar a favor de una cierta solución a un problema que nos afecta de manera directa, no hay ninguna garantía de que la participación política se traduzca en la elección de las políticas que, efectivamente, favorezcan el interés público —o el interés de la mayoría, a la vez de proteger los intereses y derechos de las minorías— en cada discusión específica.

En este contexto, Nancy Fraser (2015, pp. 221-243) considera que uno de los niveles más graves de injusticia consiste, precisamente, en ser excluida de la circunscripción de participantes de los temas que nos afectan. Asimismo, otros muchos consideran que la democracia electoral está lejos de promover una democracia más substantiva (Gutmann y Thompson, 1996, pp. 52-94), en donde las y los ciudadanos sean los principales agentes del destino colectivo y cuya calidad se mida por las virtudes cívicas y el involucramiento ciudadano en la conformación de las soluciones que a todas nos atañen.

Considero que el requisito de sinceridad se ha sobrevalorado (Mayans, 2019, pp. 92 y 93) en el marco de las discusiones sobre democracia deliberativa, debido a que aun cuando

una capacidad para distorsionar la humanidad de las personas y es a partir de la lucha social que se consiguen conquistar derechos fundamentales. Por ejemplo, las mujeres burguesas y los hombres negros tuvieron que emprender una batalla ardua que implicó el establecimiento de alianzas, sin precedentes, entre ellos para poder empezar a cambiar tanto la misoginia como el racismo. Un pasaje de un discurso expresado por Angelina Grimke en 1837 es recuperado por Davis (2019): “La negación de nuestro deber de actuar es una descarada negación de nuestro derecho a actuar; y si no tenemos derecho a actuar, entonces, bien podríamos ser calificadas de «las esclavas blancas del Norte», ya que al igual que nuestros hermanos cautivos, debemos sellar nuestros labios con silencio y desesperación” (p. 52).

sea efectivamente necesario para que las discusiones públicas se conduzcan bajo estándares de civilidad mínimamente aceptables, éste no debe de ser visto como un requisito suficiente para que, en cada caso, un grupo de ciudadanos (o representantes públicos) sean capaces de encontrar razones mínimamente justas dentro de una discusión específica. La razonabilidad general (es decir, la existencia de compromisos genuinos con la cooperación social equitativa) tanto de los ciudadanos como de sus posturas públicas no es lo que hace que cualquier razón que interpongan, sinceramente, deba de ser tomada en cuenta. (Mayans, 2019, pp. 92-94)

Por ello, considero que Gargarella tiene razón en que la participación ciudadana activa en la discusión pública tiene rendimientos importantes tanto en la autodeterminación ciudadana (en la que yace el genuino poder soberano) como en el desarrollo de virtudes cívicas, que, a su vez, contribuyen a la consolidación y permanencia del sistema político democrático a lo largo del tiempo. Sin embargo, hallar las soluciones de política pública más acertadas o compatibles con los valores, derechos ciudadanos o con los estándares de justicia social no se encuentran, necesariamente, dentro de sus resultados. Como sabemos, las personas nos podemos equivocar en nuestras elecciones, muchas de las cuales pueden llevarnos lejos de nuestro mejor interés o bienestar, aunque sean tomadas sinceramente y sin interferencias ilegítimas.¹⁹ En dicha medida, los derechos humanos fundamentales, contribuyen a la protección robusta de los intereses humanos que tenemos razones en valorar según

¹⁹ Martha Nussbaum (2002) en *Las mujeres y el desarrollo humano*, menciona, que la noción de *preferencias adaptativas* se refieren a “la idea de que algunas preferencias están deformadas por la ignorancia, la malicia, la injusticia y el hábito ciego tienen hondas raíces también en la tradición liberal de filosofía política: en las ideas de Adam Smith sobre la avidia y el enojo, en las ideas de Mill sobre los sexos, en las ideas de Kant sobre las diferentes maneras en que la gente se acostumbra a tratarse mutuamente como medios más que como fines, en las ideas de John Rawls sobre las maneras en que condiciones sociales injustas de fondo marcan el deseo y la elección” (pp. 65 y 66). Esa misma idea está presente cuando Philip Petit (2012) cita a Isaiah Berlin a propósito de la implausibilidad de que incrementemos significativamente nuestra libertad a partir de adaptar nuestras preferencias a las opciones que ofrece el mundo social: “enseñar a un hombre que, si no puede conseguir lo que desea, él debe aprender a desear sólo lo que puede obtener, puede contribuir a su felicidad y su seguridad; pero no incrementará su libertad civil o política” (p. 31).

los estándares de justicia social a los que me he referido, aunque no seamos capaces de reconocer nuestros intereses genuinos en una situación social e histórica concreta.

Este punto cuestiona que, a pesar de que la deliberación democrática se conduzca teniendo en cuenta los valores que nos interesa preservar, es importante contar con la división del trabajo profesional de jueces, quienes, a partir de su labor de interpretación en cada rama legal y tema concreto, pueden encontrarse en una mejor posición para interpretar la Constitución de una forma más acertada. A su vez, y a pesar de que considero que el *requisito de sinceridad* conforma una de las condiciones necesarias en que debe de conducirse la deliberación democrática equitativa, no considero que sea un requisito suficiente para garantizar que la interpretación que tenemos sobre los valores políticos democráticos, muchas veces influidos por sesgos poderosos, sea la que deba prevalecer cuando de lo que se trata, en el contexto de una democracia constitucional, es de favorecer el bienestar de las personas, nuestros intereses comunes y evitar interferencias mutuas ilegítimas, no solamente satisfacer las preferencias existentes entre las ciudadanas.

VI. Conclusiones

A lo largo de este artículo he buscado realizar una crítica constructiva a la propuesta de Roberto Gargarella de *una conversación entre iguales*. Dicha crítica parte del innegable reconocimiento de que necesitamos robustecer el aspecto deliberativo de nuestras democracias constitucionales, y de que los mecanismos de democracia directa sean realmente propuestos, encauzados y al servicio de los genuinos intereses ciudadanos, y no por las élites sociales o por los funcionarios públicos en turno. Por dicha razón, la crítica de Gargarella al estado actual de la democracia constitucional asume, correctamente desde mi punto de vista, que no ha existido una genuina conversación entre iguales y que el sistema ha distorsionado,

para satisfacer diferentes intereses, la voz ciudadana. Cabe señalar que estoy de acuerdo con el autor en todos los puntos anteriores. Sin embargo, la crítica que he buscado realizar consiste en señalar las implicaciones de su propuesta en la comprensión que tenemos del papel práctico de los derechos humanos fundamentales.

En primer lugar, mencioné que es imprescindible pensar en los detalles del modelo de democracia directa que habría que implementar para poder estar en condiciones de traducir, de forma efectiva, la voz ciudadana en mejores leyes y políticas públicas. De otro modo, parece remoto que la influencia de las élites vaya a desaparecer de las decisiones públicas que se tomen a partir de llevar a cabo una conversación ciudadana mediada por su influjo. Quizá Gargarella haya pensado en dichos detalles, aunque no los incluyó en su libro o en el artículo de este volumen.

En segundo lugar, consideré que la conversación entre iguales no debería de debilitar el papel de los derechos humanos al perder o diluir la vertiente *humanista*, o de lo *no decidible*, de su función práctica de orientar nuestra mirada para encontrar los intereses humanos que se busca proteger, y que, más allá de las limitaciones o posibles opresiones en que estos derechos incurran, no se debe de correr el riesgo de eliminarles o de replantear su significado de forma permanente. Por ello, me incliné por la opción de que la discusión que se haga de ellos consista en evaluar sus implicaciones inequitativas o discrecionales, al tiempo de cuidar, sin embargo, que ésta no consista en someter su existencia a escrutinio o votación mayoritaria.

En tercer lugar, mencioné que el *requisito de sinceridad*, a pesar de ser necesario para que las decisiones públicas se lleven a cabo de forma respetuosa y razonable, finalmente no garantiza (por sí solo) que se encuentren las mejores interpretaciones de cada valor político o derecho fundamental que esté en cuestión. Por ello, considero fundamental que las discusiones públicas se conduzcan teniendo en cuenta restricciones normativas, para que cada uno de los intereses humanos que se busca proteger con los derechos fun-

damentales sean suficientemente protegidos y ampliados a toda la ciudadanía.

VII. Referencias

- Altman, D. (2019). *Ciudadanía en expansión, orígenes y funcionamiento de la democracia directa contemporánea*. Siglo XXI. Artículo 19 México y Centroamérica. <https://articulo19.org/periodistasasesinados/>
- Astudillo, C. (2024). La reforma al Poder Judicial. Efectos en el estatus y la mecánica de elección —por voto popular— de sus integrantes. En S. López Ayllón et al. (Coords.), *Análisis técnico de las 20 iniciativas de reformas constitucionales y legales presentadas por el presidente de la República*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Beitz, C. (2009). *The idea of human rights*. Oxford University Press.
- Dahl, R. (2018). *La democracia*. Ariel.
- Davis, A. (2019). *Mujeres, raza y clase*. Akal.
- Fraser, N. (2015). *Fortunas del feminismo*. Instituto de Altos Estudios Nacionales; Traficantes de Sueños.
- Fuerstein, M. (2020). Democratic representatives as epistemic intermediaries. En M. Schwartzberg y D. Viehoff (Eds.), *Democratic failure*. Nomos LXIII; New York University Press.
- Gargarella, R. (2021). *El derecho como una conversación entre iguales. Qué hacer para que las democracias contemporáneas se abran —por fin— al diálogo ciudadano*. Siglo XXI.
- Gargarella, R. (2024). *Cuatro lecturas sobre la relación contitucionalismo-democracia. En defensa de la "conversación entre iguales"* [Manuscrito inédito].
- Gilbert, P. (2011). Humanist and political perspectives on human rights. *Political Theory*, 39(4), 439-467.
- Gutmann, A. y Thompson, D. (1996). *Democracy and disagreement*. Harvard University Press.

- Hug, A. Z. (2020). Democracy as failure. En M. Schwartzberg y D. Viehoff (Eds.), *Democratic failure*. Nomos LXIII; New York University Press.
- Lamas, M. (2017). *La interrupción legal del embarazo, el caso de la Ciudad de México*. Fondo de Cultura Económica; Universidad Nacional Autónoma de México.
- Locke, J. (2006). *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. Tecnos.
- López Ayllón, S., Ojeda, L., Hernández, C. y Cejudo Ramírez, G. (2024). Extinción de órganos constitucionales autónomos (reforma administrativa). En S. López Ayllón et al. (Coords.), *Análisis técnico de las 20 iniciativas de reformas constitucionales y legales presentadas por el presidente de la República*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Macedo, S. (1992). *Liberal virtues: citizenship, virtue, and community in liberal constitutionalism*. Oxford University Press.
- Macedo, S. (2003). *Diversity and distrust, civic education in a multicultural democracy*. Harvard University Press.
- Mayans, I. (2019). *La controversia del aborto desde la perspectiva de la razón pública*. Universidad Autónoma de la Ciudad de México; Instituto Mora.
- Mill, J. S. (2003). *Sobre la libertad*. Alianza Editorial.
- Nussbaum, Martha. (2002). *Las mujeres y el desarrollo humano*. Herder.
- Petit, P. (2012). *On the people's terms. A republican theory and model of democracy*. Cambridge University Press.
- Pou, F. y Treviño, S. (2024). Gender and constitutionalism in Mexico. En F. Pou Giménez, R. Rubio Marín y V. Undarraga Valdés (Eds.), *Women, gender, and constitutionalism in Latin America*. Taylor and Francis.
- Przeworski, A. (2022). *La crisis de la democracia, ¿adónde pueden llevarnos el desgaste institucional y la polarización? Siglo XXI*.
- Rawls, J. (2001). *La justicia como equidad, una reformulación*. Paidós.
- Roberts, D. (2017). *Killing the black body, race, reproduction, and the meaning of liberty*. Vintage Books.

Roninger, L. (2018). *Historia mínima de los derechos humanos en América Latina*. El Colegio de México.

Sumo Pontífice Juan Pablo II. *Carta apostólica Mulieris Dignitatem*. <https://es.catholic.net/op/articulos/2500/cat/159/mulieris-dignitatem.html#IV>

Vaca, M. y Mayans, I. (2014). El triple estándar de la razón pública. *Crítica. Revista Hispanoamericana de Filosofía*, 46(138), 65-91.

Cómo citar

IJ-UNAM

Mayans Hermida, Itzel, "Una conversación entre iguales de Roberto Gargarella: comentarios críticos para abordar la tensión entre constitucionalismo y democracia", *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, vol. 19, núm. 19, 2025, e19596. <https://doi.org/10.22201/ij.24487937e.2025.19.19596>

APA

Mayans Hermida, I. (2025). *Una conversación entre iguales* de Roberto Gargarella: comentarios críticos para abordar la tensión entre constitucionalismo y democracia. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 19(19), e19596. <https://doi.org/10.22201/ij.24487937e.2025.19.19596>