

IGNACIO GIUFFRÉ

CONSTITUCIONALISMO DELIBERATIVO

**Objeciones a la jurisdicción constitucional
y democracia deliberativa**

Prólogo de
Roberto Gargarella y José Luis Martí

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2026

ÍNDICE

	Pág.
PRÓLOGO. CONSTITUCIONALISMO DELIBERATIVO Y UNA CONVERSA- CIÓN PERMANENTEMENTE ABIERTA, <i>por Roberto Gargarella y José Luis Martí</i>	11
NOTA PRELIMINAR.....	19
INTRODUCCIÓN	23
1. EL PUNTO DE PARTIDA	23
2. EL ITINERARIO ARGUMENTATIVO Y LA ESTRUCTURA METODO- LÓGICA	24
3. LA JUSTIFICACIÓN.....	27
4. ACLARACIONES PREVIAS	30
CAPÍTULO I EL CONSTITUCIONALISMO FUERTE ANTE LAS OBJECIONES A LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y EL GIRO DELIBERATIVO DE LA DEMOCRACIA.....	33
1. INTRODUCCIÓN	33
2. EL CONSTITUCIONALISMO FUERTE.....	35
2.1. El comienzo, la expansión y el modelo alternativo	35
2.2. Las objeciones a la jurisdicción constitucional del constitucionalismo fuerte.....	42
3. EL GIRO DELIBERATIVO DE LA DEMOCRACIA	49
3.1. El comienzo, la expansión y los modelos alternativos	49
3.2. El núcleo del modelo.....	52
3.3. La deliberación democrática como ruptura en la historia del constitu- cionalismo.....	57
4. CONCLUSIÓN: EL POTENCIAL DE LAS OBJECIONES A LA JURIS- DICCIÓN CONSTITUCIONAL Y DEL GIRO DELIBERATIVO DE LA DEMOCRACIA.....	65

	Pág.
CAPÍTULO II LA LIMITADA RECEPCIÓN DE LAS OBJECIONES A LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL Y DEL GIRO DELIBERATIVO DE LA DEMOCRACIA	69
1. INTRODUCCIÓN	69
2. LA DESATENCIÓN DE LA CULTURA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÁNEA.....	71
3. LA INCONSISTENCIA DE ALGUNAS TEORÍAS CONSTITUCIONALES CONTEMPORÁNEAS	76
3.1. La jurisdicción constitucional como un «ejemplar de la razón pública» ..	79
3.2. La jurisdicción constitucional como un «foro de los principios».....	87
3.3. La jurisdicción constitucional como una sede de la «representación argumentativa».....	104
3.4. La jurisdicción constitucional como una «autoridad más alta».....	117
4. CONCLUSIÓN: LAS OBJECIONES A LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL Y EL GIRO DELIBERATIVO DE LA DEMOCRACIA REFORZADOS	132
CAPÍTULO III EL SURGIMIENTO Y LA MADUREZ DEL CONSTITUCIONALISMO DELIBERATIVO	135
1. INTRODUCCIÓN	135
2. EL CONTEXTO DE APARICIÓN DEL CONSTITUCIONALISMO DELIBERATIVO.....	137
2.1. Las contribuciones de la democracia deliberativa ante las objeciones a la jurisdicción constitucional.....	138
2.2. Los límites de la democracia deliberativa ante las objeciones a la jurisdicción constitucional.....	147
3. LA MADUREZ DEL CONSTITUCIONALISMO DELIBERATIVO	158
3.1. Las principales experiencias institucionales.....	159
3.2. Los principales desarrollos teóricos	168
4. CONCLUSIÓN: LAS OBJECIONES A LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL Y EL GIRO DELIBERATIVO DE LA DEMOCRACIA COMIENZAN A TOMARSE EN CONSIDERACIÓN.....	179
CAPÍTULO IV EL CORAZÓN DEL CONSTITUCIONALISMO DELIBERATIVO	183
1. INTRODUCCIÓN	183
2. LA ANATOMÍA Y LA FISIONOMÍA.....	185
2.1. Algunas cuestiones terminológicas	187
2.2. Hacia un concepto	191
2.3. El alcance.....	194
3. LOS ELEMENTOS	198
3.1. ¿Quiénes deliberan y deciden?.....	199
3.1.1. Los jueces de cada tribunal (diálogo intrajudicial)	200
3.1.2. Los tribunales (diálogo transjudicial).....	203
3.1.3. Las instituciones (diálogo interinstitucional).....	207
3.1.4. Las instituciones y la sociedad (diálogo inclusivo).....	210

	Pág.
3.2. ¿Cómo se delibera y decide?	216
3.2.1. Los principios estructurales y sus precondiciones	217
3.2.2. Hacia un criterio de toma de decisiones.....	220
3.3. ¿Sobre qué se delibera y decide?.....	225
3.3.1. Los cotos vedados	225
3.3.2. Los asuntos de moral intersubjetiva	229
4. UNA RESPUESTA A LA TENSIÓN ENTRE EL CONSTITUCIONALIS-	
MO Y LA DEMOCRACIA	232
5. CONCLUSIÓN: EL CONSTITUCIONALISMO DELIBERATIVO TOMA	
EN SERIO LAS OBJECIONES A LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIO-	
NAL Y EL GIRO DELIBERATIVO DE LA DEMOCRACIA	238
 CAPÍTULO V LAS IMPLICACIONES DEL CONSTITUCIONALISMO DELIBE-	
RATIVO EN LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL	241
1. INTRODUCCIÓN	241
2. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL DELIBERATIVA.....	243
2.1. De la deferencia y el activismo a la deliberación democrática.....	246
2.2. Un control de constitucionalidad semiprocedimental	250
2.3. Las claves generales para un marco institucional.....	261
3. LA JUSTIFICACIÓN. ALGUNAS ADVERTENCIAS Y DESAFÍOS	270
3.1. Las razones procedimentales y las razones sustantivas.....	270
3.2. La ineludible contingencia	274
3.3. La dependencia contextual	279
4. CONCLUSIÓN: LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL DELIBERATI-	
VA MATIZA LAS OBJECIONES.....	284
 CONCLUSIONES	289
BIBLIOGRAFÍA	293

PRÓLOGO

CONSTITUCIONALISMO DELIBERATIVO Y UNA CONVERSACIÓN PERMANENTEMENTE ABIERTA

Ignacio Giuffré ha escrito un libro importante: Constitucionalismo deliberativo. Objeciones a la jurisdicción constitucional y democracia deliberativa. Se trata de una obra seria, meditada, inteligente e informada con la mejor y más reciente literatura internacional sobre la materia. El trabajo de Ignacio ayuda a marcar y definir una era de reflexiones en el constitucionalismo democrático, que aparece tal vez en un momento especialmente crítico, dada la evolución que muchas de las democracias consolidadas y los sistemas constitucionales liberales están siguiendo en los últimos años.

Su texto, a este respecto, puede verse como punto culminante y de síntesis, que llega después de muchos años de discusión y controversias en torno a la jurisdicción constitucional en el marco de una democracia. Lamentablemente, las significativas discusiones que se habían ido dando, en las últimas décadas, en dicho terreno, se habían desarrollado a través de dos caminos separados y paralelos. Por un lado, nos encontramos con muchos (innumerables, inabarcables) estudios sobre la revisión judicial de constitucionalidad, y su justificación en democracia; y, por otro lado, y sobre todo en los últimos años, contamos con enfoques de enorme interés, que prestan atención al constitucionalismo, desde el punto de vista de la teoría democrática. Esas dos corrientes de la literatura, aunque se referían, básicamente, a la misma materia, hablaban de cuestiones parecidas y se movían por nobles y similares intereses, no se prestaban mayor atención entre sí. De ahí el valor especial de un libro como el que nos ofrece Ignacio.

Constitutionalismo deliberativo vincula, de manera virtuosa, esas dos líneas de estudio dentro de la literatura, mostrando la riqueza y potencia de esa suma de esfuerzos. Repensado en clave deliberativa, el control judicial puede verse —finalmente— justificado. A la vez, la teoría deliberativa puede ganar expresión institucional efectiva, a través del accionar de los jueces. La confluencia puede resultar, entonces, enriquecedora y fructífera para ambas ramas de la teoría. Combinadas de una cierta forma (y solo así, nos dice Ignacio) la teoría de la judicial review, y la teoría deliberativa pueden fortalecerse mutuamente, dotando de mayor factibilidad a objetivos que resultan, finalmente, comunes.

En efecto, hasta tiempos muy recientes, la teoría del control judicial de constitucionalidad aparecía estancada en una serie de discusiones que giraban en círculos, y que se abrían, en todo caso, a dicotomías sin aparente salida. Pensemos, por caso, en la perenne controversia acerca del carácter contra-mayoritario o no democrático del control judicial. ¿Qué representaba, en democracia, la práctica del control judicial? ¿Se trataba de la forma más apropiada de hacer efectiva la democracia (tal como pudiera sugerir, pionera y lúcidamente Alexander Hamilton, en los inicios del constitucionalismo)?¹ ¿O es que el control judicial constituía, más bien, e irremediabilmente, un «insulto» a la democracia (como pudiera escribir Jeremy Waldron, en uno de los embates más fuertes que se hicieran contra dicha práctica, en los años ochenta)?² ¿Es que la judicial review implicaba conceder la «última palabra» institucional al órgano con credenciales democráticas más débiles (como supiera criticar Mark Tushnet, en sus estudios más críticos)? ¿O es que se trataba de una práctica extendida en el tiempo, que finalmente dejaba a las mayorías la posibilidad de seguir insistiendo siempre con sus opiniones (como sugiriera Robert Dahl en sus trabajos, empíricamente informados, sobre la materia)?

Paradójicamente, la discusión aparecía empantanada en esas arenas movedizas, como incapacitada de salir de allí. Y es que había argumentos sensatos en ambos lados. Como resultado de ello, la práctica se prolongaba en el tiempo, siempre idéntica a sí misma, mientras se sofisticaban las razones que se daban en torno a la misma, y la retórica con la que se las envolvía.

¹ Así, en términos de Hamilton, en *El Federalista* 78, dado que la Constitución condensaba la voluntad popular última, el control judicial era visto como la manera de hacer posible que prevaleciera finalmente dicha voluntad última del pueblo, cada vez que una decisión de la legislatura desafiara a la Constitución.

² Ello así porque un tribunal de pocas personas, no elegidas directamente por el pueblo, era capaz de imponer su voluntad sobre una decisión política (imaginemos, una ley de aborto), capaz de reflejar la voluntad de un sinfín de personas que durante años se organizan, discuten, intentan convencer a otros, elaboran argumentos, realizan campañas, participan activamente en los canales democráticos disponibles, finalmente logran que el parlamento apruebe una ley que refleja ese trabajo colectivo y el acuerdo alcanzado tras amplios procesos deliberativos, para que finalmente una corte —utilizando su poder de control judicial— declare inconstitucional esa ley.

Una discusión que, finalmente, parecía «oxidada», encallada en el tiempo. Cabe recordar que esta polémica acerca de las credenciales democráticas del control judicial provenía, como ya hemos dicho, de los orígenes mismos del constitucionalismo moderno, cuando se enfrentaban Hamilton y Brutus o Jefferson, y que se había reproducido con especial virulencia en el nacimiento del control judicial europeo, en el famoso debate entre Hans Kelsen y Carl Schmitt, hasta que en la década de los sesenta del siglo pasado volvió a reactivarse por tercera vez en la historia del constitucionalismo tras la publicación del influyente trabajo de Alexander Bickel sobre la rama «menos peligrosa» del estado, y así hasta nuestros días.

En el ámbito de la teoría deliberativa nos encontrábamos, mientras tanto, con problemas de naturaleza semejante. Aquí también se avizoraban pulsiones intensas y tensiones que se traducían, finalmente, en la dificultad para el progreso y el cambio. En efecto, a pesar de sus obvias ambiciones prácticas, la teoría deliberativa se manifestó, inicialmente, a través de formulaciones meramente abstractas. Se trataba de expresiones que, ante todo, buscaban contradecir y trascender, finalmente, a otras concepciones teóricas en boga: las visiones minimalistas, economicistas y pluralistas, en particular, pero también ciertas lecturas alternativas —participativas— que, por unas u otras razones, mostraban límites cuestionables. Ello así, ya sea por sus rasgos elitistas o populistas, ya sea por tomar las preferencias de los agentes como preferencias dadas, ya sea por su resistencia a los mecanismos de diálogo y transformación o «lavaje de preferencias», etcétera (Held, Manin, Goodin).

Luego de convertirse en un interlocutor identificable, plausible —en otros términos, una vez llegada a la mayoría de edad, como lo describiera James Bohman— la teoría deliberativa buscó demostrar que, además, ella se encontraba «preparada para gobernar». Es decir, resultaba posible apelar a ella para reorganizar el orden institucional. A una oleada interminable de estudios netamente empíricos desarrollados en los últimos veinte años, se unieron también muy variadas y concretas propuestas de diseño institucional. Sin embargo, una vez más, los primeros intentos —importantes— para mostrar la musculatura práctica de la teoría, resultaron, en nuestra opinión, limitados en su atractivo. Desde el «día de la deliberación», propuesto por Bruce Ackerman, hasta los experimentos localizados de James Fishkin, y más tarde ciertas formas de las asambleas ciudadanas, sugirieron la presencia de una alternativa democrática visible, llamativa, atractiva, pero también «fantasiosa», reservada para muestras de laboratorio.

Frente a una coyuntura, a la vez, de estancamiento (en la discusión sobre judicial review) y de crisis de crecimiento (en la teoría deliberativa), el encuentro y mutua interpenetración, entre ambas secciones de la literatura, resultó enormemente fructífero. Dicha confluencia terminó permitiendo una (exitosa) renovación argumentativa, en el debate en torno al control judicial

de constitucionalidad en democracia, a la vez que contribuyó a que la teoría deliberativa ingresara, de una manera sensata y a la vez potente, en la conversación sobre diseños institucionales. Ahora, la teoría constitucional podía responder de una forma inteligente a las tradicionales objeciones «democráticas» que recibía, por su defensa del control judicial, mientras que la teoría democrática podía sentarse a la mesa de discusiones sobre reforma legal o constitucional, con buenas cartas de propuestas en la mano.

La confluencia entre estos nuevos enfoques de teoría constitucional, y esta nueva aproximación a la democracia, se expresó en lo que Ignacio denomina, con acierto y siguiendo una novísima tendencia internacional en la que se encuentran autores como Habermas, Lafont, Levy, King, Tierney o Chambers, constitucionalismo deliberativo. Estaríamos hablando, en sus términos, y para decirlo simplifícadamente, de una concepción que entiende que las decisiones públicas se justifican en la medida en que ellas sean el resultado de una «deliberación inclusiva». En estos tiempos, dicha aproximación teórica viene a ofrecernos un ideal regulativo preciso y meditado —luego de tantos años de reflexión previa— que muestra ductilidad y competencia para su traducción práctica. En particular, las propuestas que fue capaz de presentar el constitucionalismo deliberativo, en materia de control de constitucionalidad, resultaron particularmente productivas.

Las respuestas que el constitucionalismo deliberativo dio y puede dar en el área, son y han sido diversas (en tal sentido, otra de las virtudes del texto de Ignacio es la de tratar de precisar qué es lo que una concepción sólida y consistente de este constitucionalismo dialógico debería defender en la materia). De todos modos, y como idea general, podríamos decir que lo que el constitucionalismo deliberativo justifica es un tipo de control de constitucionalidad dirigido a hacer posible el diálogo inclusivo. Esto es, el diálogo inclusivo que debe caracterizar a las decisiones en una democracia sensible a (lo que Waldron denominara) «el hecho del desacuerdo». Se trata de un control judicial (débil, no fuerte, en la terminología de Tushnet), concentrado de manera especial, aunque no excluyente, en los procedimientos o «reglas de juego» de una democracia inclusiva. Y se trata de un control judicial que se orienta a impedir males muy propios de nuestro tiempo: la concentración del poder, la censura sobre los opositores, el desmantelamiento de los órganos de control, etcétera. Ello, asegurando a su vez, y de ese modo, la preservación de una conversación común, sobre temas de interés público: una conversación siempre abierta y por tanto inacabada, como advertiera Habermas.

Como siempre, «el diablo está en los detalles». Sin embargo, ya solo con estas pocas pautas iniciales, podemos reconocer la riqueza de la propuesta deliberativa, y el modo en que la misma ayuda a romper las muchas inercias en donde la discusión sobre el control de constitucionalidad aparecía enca-

llada. Adviértase —en efecto— el impacto que puede tener la propuesta del constitucionalismo deliberativo, en esta área. Ella:

— *Rompe con el dilema sobre la «última palabra», sobre la deben tener unos o los otros: lo que nos dice, por el contrario, es que la discusión sobre temas constitucionales fundamentales se inscribe en un «diálogo continuo, abierto, inacabado».*

— *Destruye la discusión sobre si la decisión en torno a la constitucionalidad de la norma debe recaer en los jueces o en las mayorías. En principio, la idea es que la decisión de los jueces se justifica siempre que sea protectora o «activadora» de la decisión mayoritaria —en tanto decisión al servicio de la democracia—. En este sentido, ya no corresponde analizar el control judicial en los viejos términos (¿es contra-mayoritario?, ¿es pro-mayoritario?): la judicial review queda justificada si y solo si se ejerce de una manera que favorece la conversación colectiva.*

— *Termina con la idea de una decisión constitucional «elitista» e «impuesta desde arriba». Ahora queda en claro que la decisión judicial debe orientarse a posibilitar la «conversación horizontal» sobre el conflicto del caso. Se establece, de este modo, que la intervención de la «élite judicial» solo se justifica como modo de hacer posible un diálogo inclusivo.*

Más todavía, esta primera aproximación al constitucionalismo deliberativo (aún en ese preliminar esbozo que hemos presentado, siguiendo a la propuesta de Ignacio) nos permite distinguir y valorar a dicha propuesta, frente a otras aproximaciones que, en un sentido muy amplio, integran la misma «familia teórica», es decir, el intento de conciliar democracia deliberativa con control judicial deliberativo de constitucionalidad. Piénsese, por caso, en alternativas como las siguientes. El constitucionalismo deliberativo que favorece Ignacio, ante todo, no se superpone con una propuesta como la de que sostiene John Rawls en su Liberalismo Político: una propuesta que considera a la Corte Suprema (norteamericana) como un «ejemplo de la razón pública». Ocurre que la siempre lúcida visión de Rawls termina descansando en las exigencias formales del accionar de la Corte (su obligación de justificar las decisiones a través de razones públicas, ante todo) que, como podemos intuir, y como la práctica de las últimas décadas nos reafirma, nos refieren a exigencias que los jueces pueden eludir con relativa facilidad (para terminar presentando, bajo la forma de razones públicas, lo que en definitiva resultan razones de intereses particulares).

Del mismo, el constitucionalismo deliberativo no se identifica con la propuesta del «foro de los principios», que defiende Ronald Dworkin. Ello, entre otras razones, porque, a pesar de que ese foro se muestra sensible, en principio, a la intervención de voces e intereses diversos, el mismo resulta, en la práctica, un ejercicio que corresponde fundamentalmente a los jueces (que

son los que, en definitiva, determinan el contenido y forma de esos principios). Y, aunque Dworkin defendiera explícitamente la necesidad de explorar las posibilidades de diálogo interinstitucional, no había espacio en su visión para subordinar, en ningún sentido, la acción judicial a los fines de un interés democrático deliberativo superior.

Igualmente, una propuesta como la de Ignacio no se identifica con las que pudieron defender Robert Alexy o Philip Pettit, a través de sus propuestas de una «representación argumentativa» o una «representación indicativa», respectivamente, dado que no hay buenas razones, en definitiva, para entender a los jueces como representantes aceptables de la diversidad de argumentos y puntos de vista existentes. Ni tampoco con la que, más recientemente, sostuviera Cristina Lafont, en su crítica a los «atajos deliberativos», tal vez el intento alternativo más sólido de preservar las credenciales democráticas y deliberativas del control judicial, pero que, curiosamente, y en última instancia, aparece reposando sin quererlo en el «atajo deliberativo» de tribunales superiores, como las Cortes Internacionales.

Permítannos subrayar una virtud más —y ya son muchas— propia de un enfoque como el propuesto por Ignacio, en su constitucionalismo deliberativo. La propuesta de Ignacio aparece apropiadamente atenta a los datos de su tiempo, del lugar y el momento en que la misma se presenta. Se trata, en efecto, de una propuesta que pretende ser, de manera muy especial, sensible al contexto. ¡Y menudo contexto tenemos hoy! Por ello, la misma gana especial atractivo, en la actualidad, cuando resultan tan comunes como nefastos los experimentos populistas, de concentración del poder y de «erosión democrática», que buscan socavar al sistema de «frenos y controles», favoreciendo de ese modo el accionar discrecional y arbitrario de presidentes fuertes. En un momento crítico, como el que vivimos, la alternativa del constitucionalismo deliberativo aparece entonces como de particular interés, porque ella se muestre crítica y activa frente a los experimentos autoritarios del momento. Ante los mismos, el constitucionalismo deliberativo reclama jueces activos, especialmente, en el sostén de las condiciones y precondiciones de la democracia.

Por todo lo anterior, resulta claro ya que el aporte que realiza Ignacio Giuffré, a través de Constitucionalismo deliberativo, es de primera importancia. El libro nos introduce a una teoría innovadora y pertinente, de particular interés en este momento histórico, y que es capaz de dialogar bien (y de salir muy airosa en tales diálogos) con lo mejor de la teoría constitucional y la teoría democrática contemporáneas. Más todavía, en el desarrollo de su argumentación, Ignacio nos ofrece, además, un exhaustivo —podríamos decir, inmejorable— panorama, acerca de los debates actuales internacionales en materia de control de constitucionalidad; y nos ilustra acerca de las implicaciones y posibilidades prácticas del particular enfoque que defiende en la materia.

Siendo una obra escrita en español, que se suma y contribuye a la literatura académica propia de nuestra comunidad lingüística, una literatura rica y relevante pero siempre necesariamente limitada y falta de un mayor diálogo riguroso, sus aportaciones contribuyen de modo original también al debate internacional de esta materia. Por esa razón, también podemos verlo exactamente al revés: Ignacio ha realizado una importante contribución que ayuda a comprender mejor el ideal del constitucionalismo deliberativo y añade buenas discusiones al debate internacional, y es por ello doblemente valioso que haya decidido publicar esta obra en español para enriquecer y fortalecer nuestra comunidad académica.

La invitación que nos hace el autor es desafiante, provocativa, y de enorme interés. Y es capaz, por las mejores razones, de activar nuestras dudas y disputas, nuestros encendidos acuerdos y desacuerdos con su propuesta. No es este el momento ni el lugar para presentar o resolver tales controversias, pero, en todo caso, valgan algunas preguntas sobre su trabajo, que puedan servir para futuros debates.

Podemos preguntarle a Ignacio, primero, si estructuras institucionales como las existentes pueden hacer posible el constitucionalismo deliberativo o, en verdad, representan un obstáculo serio frente al mismo. Sabemos bien, a través de la experiencia comparada, que ejercicios dialógicos como los que propone Constitucionalismo deliberativo son posibles —realizables en la práctica—. Tenemos varios e importantes ejemplos de ello. Sin embargo, ¿no es que podemos decir, al mismo tiempo, que las ilustraciones con las que contamos son, todavía, episódicas o anecdóticas? En otros términos: ¿tenemos razones, bajo el «arreglo institucional» en el que vivimos, para pensar que dichas experimentaciones dialógicas ocasionales pueden convertirse, alguna vez, en prácticas estables?

Segundo, y en sentido similar: ¿no podríamos decir que, bajo la actual estructura de incentivos institucionales, nuestros jueces van a verse particularmente inclinados a reforzar su propio poder, y/o satisfacer a los intereses privados con los que habitualmente se rodean (y de donde, habitualmente, provienen)? Más todavía, para una teoría institucional que pretende ser realista y contextualmente situada: ¿no es que podemos pensar, particularmente en democracias frágiles (como, pero no solamente, las latinoamericanas, que interesan en particular a Ignacio), que allí, justamente, van a emerger y prosperar las condiciones para un ejercicio judicial anti-deliberativo, o corporativo, o reforzador de la desigualdad? ¿Es que tenemos razones para pensar que, en contextos institucionales de injustificada desigualdad, van a emerger las conductas requeridas (i.e., en los jueces) para acabar con tales injustas diferencias? ¿Es que podemos pensar que jueces surgidos de acuerdos entre las elites del poder más cerradas, van a estar motivados a guiarse por teorías igualitarias y deliberativas? ¿Es que podemos pensar que tales

jueces van a liderar (o, al menos, contribuir de modo apropiado) para poner fin a las condiciones (a las estructuras de poder) que permitieron que esos jueces llegaran a sus cargos, en primer lugar?

Relacionado con lo anterior, ¿qué precondiciones debería cumplir un ideal tan exigente como el del constitucionalismo deliberativo? ¿Qué educación o formación deberían tener los jueces, pero también los legisladores y hasta los propios ciudadanos? ¿Qué papel deberían tener los partidos políticos y las organizaciones sociales cívicas en un régimen constitucional deliberativo? ¿Qué recursos son necesarios para poder desplegar el arsenal de mecanismos institucionales que el modelo requiere? ¿Deberíamos, tal vez, repensar incluso cómo entendemos el derecho y hasta la forma en que redactamos las leyes y las sentencias? ¿Cómo podemos lograr una verdadera inclusividad de nuestros procedimientos institucionales —los judiciales, pero también los legislativos— que no deje a nadie a fuera y que no se preocupe únicamente de una inclusión formal, sino que atienda a las condiciones materiales, cognitivas o epistémicas y culturales de todos los ciudadanos, especialmente los más vulnerables?

Finalmente, ¿cómo convive el modelo de constitucionalismo deliberativo con la existencia y actividad de los tribunales y jurisdicciones internacionales, con la evolución del orden y el derecho internacional, con las presiones de la globalización económica, tecnológica y socio-cultural? ¿Y cómo impacta en el modelo la irrupción de las nuevas tecnologías digitales, y en especial de la Inteligencia Artificial, que por un lado hacen posible técnicamente un acercamiento al ideal democrático deliberativo con el que no podíamos soñar hace apenas tres décadas, pero por el otro presentan importantes amenazas para la pervivencia de nuestros sistemas democráticos y constitucionales, además de que tienen el potencial de transformar la naturaleza y el funcionamiento del propio derecho?

Por supuesto, se trata solo de algunas preguntas relevantes que nos provoca el inspirador y vanguardista trabajo de Ignacio Giuffré. Tratar, con detalle, sobre estas cuestiones, de todos modos, es una tarea que debemos dejar pendiente, para que siga alimentando nuestra conversación persistente, inacabada, abierta siempre.

Roberto GARGARELLA
José Luis MARTÍ

NOTA PRELIMINAR

Este libro es el resultado, con reformulaciones, de la tesis doctoral que realicé en la Universitat Pompeu Fabra, bajo la dirección de Roberto Gargarella y José Luis Martí. La defendí en diciembre del año 2023 ante un tribunal integrado por Cristina Lafont, Joel Colón-Ríos y Donald Bello Hutt, cuyos comentarios mejoraron este texto.

Este trabajo ha cobrado sentido y ha sido posible gracias a las instituciones y las personas que me han apoyado durante años. Las primeras intuiciones tomaron forma, con la *Especialización en Derecho Constitucional* que hice en Mendoza, luego con el *Master in Global Rule of Law & Constitutional Democracy* de la Università degli Studi di Genova en conjunto con la Universitat de Girona, y después con el *Máster en Derecho Constitucional* del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales en conjunto con la Universidad Internacional Menéndez Pelayo. Desde aquellos comienzos hasta el presente, mi andadura —no solo académica— ha estado marcada por los seminarios y la influencia intelectual de Roberto Gargarella, pero, sobre todo, por su compañía y apoyo.

Las ideas embrionarias de este proyecto fueron discutidas en una estancia en el Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg, 2019), acogido por Armin von Bogdandy y Mariela Morales Antoniazzi. Estas ideas también se influenciaron durante mi paso por la Legislatura de Mendoza, así como también por la vocalía de Omar Palermo en la Suprema Corte de Justicia y mi participación junto a él a nivel nacional en el Consejo Consultivo para el Fortalecimiento del Poder Judicial (2020).

Posteriormente llegó la beca de la Universitat Pompeu Fabra. Por eso, mi agradecimiento no es solo al Estado argentino por la posibilidad de estudiar

allí, sino también a España y Cataluña por las becas para realizar los dos másteres —uno de ellos junto con una universidad italiana— y el doctorado, que dieron un giro rotundo a mi vida. Dentro de la Pompeu integré el *Grupo de Investigación de Filosofía del Derecho* que dirige José Juan Moreso, a quien también agradezco por lo que me ha enseñado, su calidez y ayuda persistente.

La apuesta fue que la tesis sea dirigida por dos auténticos maestros y amigos: José Luis Martí y Roberto Gargarella. Una de las virtudes de la monografía de José Luis fue su reconstrucción excepcional de la *república deliberativa* y, luego de leerla, mi sensación fue que era necesario algo similar sobre el *constitucionalismo deliberativo* y que nada mejor que intentarlo a su lado. Además, José Luis hizo su tesis bajo la codirección de Roberto —y de José Juan— y, a su vez, Roberto comenzó sus estudios junto a Nino —que, por cierto, también pasó varias temporadas en la Pompeu—; de allí que haya sido una experiencia especial que ambos leyeran y comentaran cada uno de mis pasos. Con ambos compartimos mucho más que la tesis. Espero que este trabajo honre lo que han hecho por mi camino y esta teoría, que ellos transformaron para siempre y para mejor.

En la Pompeu he construido amistades y tenido estimulantes debates con grandes profesores: Aida Torres, Alba Lojo, Alberto Carrio, Alejandro Saiz Arnaiz, Ezequiel Monti, Ezequiel Páez, Hugo Seleme, Jahel Queralt, José Luis Pérez Triviño, José María Vilajosana, Jorge Malem, Juan Pablo Alonso, Keith David Ewing, Lorena Ramírez Ludeña, Marisa Iglesias Vila, Pablo Navarro, Paula Casal, Paula Gaido, Sebastián Reyes, Serena Olsaretti, Sofía Reca Milanta, Víctor Ferreres Comella y Victoria Kristan. Adicionalmente, he disfrutado de la camaradería del grupo de tesistas con los que tuve la fortuna de coincidir. Otro agradecimiento dedico al equipo administrativo de la Pompeu.

Durante el doctorado, realicé una estancia en la Australian National University, College of Law (Canberra, 2022), donde pude discutir este proyecto con Ron Levy, otro referente del constitucionalismo deliberativo, a quien agradezco su amistad y ayuda constante. Tras culminar el doctorado, pude avanzar en esta obra gracias a una beca postdoctoral en la Pompeu, en el marco del proyecto «Institutional Changes for Democratic Dialogue», financiado por la Unión Europea (ERC) y dirigido por Roberto Gargarella. La estancia en el Trinity College Dublin, School of Law (Dublín, 2024), me permitió discutir con Aileen Kavanagh, cuya «colaboración» fue fundamental para refinar este proyecto. Durante la estancia en Australia pude conocer a Joel Colón-Ríos, quien no solo ha nutrido este texto con su generosa lectura y comentarios, sino que también ha dejado una huella indeleble en la Victoria University of Wellington, que recientemente me ha acogido como Senior Lecturer y me ha brindado el ambiente ideal para realizar los últimos ajustes de este libro. Agradezco, entonces, también a mi nueva *whānau* por la confianza y la cálida bienvenida.

También me he nutrido de la orientación y, en algunos casos, la amistad de colegas de distintos lugares del mundo: Adrián Herranz, Akritas Kaidatzis, Alberto Costi, Alejandra Zúñiga, Alejandro Berrotarán, Alejandro Cortes, Alejandro Guevara Arroyo, Ana Cannilla, Andrea Greppi, Andrés Rossetti, Ángeles Ródenas, Antoni Abat i Ninet, Argelia Queralt, Carlos Espósito, Carlos González Bellene, Carlos Martínez Cinca, Carolina Fernández Blanco, Carolina Ovares, Chiara Valentini, Claudia Heiss, Constanza Núñez, Christian Viera, Daniel Oliver-Lalana, David Gomes, David Kenny, Dean Knight, Diego Papayannis, Diego Pardo, Dimitrios Kyritsis, Domingo Lovera, Dorando Michelini, Eddie Clark, Elena Escobar, Elisabeth Perham, Emanuel Olivares, Emiliano Vitaliani, Enza Faletti, Eoin Daly, Esteban Llamosas, Fernando Braccacini, Felipe Rey, Fernanda Torres, Fernando Atria, Fiona McDonald, Flavia Carbonell, Gabriel Negretto, Gabriela Ábalos, Geoff McLay, Gonzalo Carranza, Gonzalo Ramírez Cleves, Geoffrey Palmer, Gerardo Tripolone, Gonzalo Scivoletto, Graeme Austin, Grégoire Webber, Gustavo Maurino, Ignacio Colombo, Ignacio Perotti, Indira Latorre, Íñigo González Ricoy, Isabel Linfante, Jimena Sáenz, Jorge Baquerizo, Jordi Ferrer Beltrán, Josep Aguiló Regla, Juan Carlos Bayón, Juan Iosa, Juan Zelaya, Julián Gaviria, Kate Ogg, Laura Clérico, Leonardo García Jaramillo, Líber Martín, Lucas Misseri, Lucía Giudice, Luciana Álvarez, Luis Inarra Zeballos, Luis Sánchez, Luis Villavicencio, Manuel Atienza, Marcela Chahuán Zedan, Marcos Armenteras, Mariano Domínguez, Mariano Melero, Maricel Asar, Mariela Puga, Mario Adaro, Maris Köpke, Mark Tushnet, Marnie Lloyd, Matija Žgur, Mauro Benente, Mele Tupou, Micaela Alterio, Nicolás Egües, Oran Doyle, Osvaldo de la Fuente, Pablo Magaña, Paolo Sandro, Patricia Popelier, Pedro Caminos, Rachael Walsh, Rafael Bustos Gisbert, Ricardo García Manrique, Richard Bellamy, Rosalind Dixon, Rubén Marciel, Ruiping Ye, Sandra Fredman, Santiago Nasif, Santiago Prono, Scott Stephenson, Seán Rainford, Sebastián Figueroa, Sebastián Linares, Sergio Verdugo, Simone Chambers, Stephen Garbaum, Tom Hickey, Vincenza Falletti, Vicente Aylwin, Víctor Abramovich, Víctor Castañeda, Víctor Ibáñez, Xabier Arzoz Santisteban y Yanina Welp. A su vez, los avances del texto han sido discutidos en clases, eventos académicos y proyectos de investigación, cuyos interlocutores también han contribuido a darle forma.

Un agradecimiento fundamental merece Agostina, por su mirada y su ánimo a lo largo de estos años inolvidables. Otro tanto merecen mi familia y amigos, por estar incluso en la distancia. Y, finalmente, un agradecimiento para dos personas que me han dado lo más importante: mamá y papá.

Este proyecto fue concebido originalmente como un libro unitario, pero en el proceso algunas de sus partes se publicaron como artículos, que aquí aparecen revisados y ampliados. Así, parte del capítulo I coincide con «El constitucionalismo fuerte en la encrucijada. El constitucionalismo deliberativo como

salida», en *Revista de Derecho Político*, 118. En cuanto al capítulo II, parte de los subapartados 3.1, 3.2 y 3.3 se encuentran en «Constitucionalismo fuerte y democracia deliberativa: inconsistencias en Rawls, Dworkin y Alexy», en *International Journal of Constitutional Law*, 21, 4, 2023, mientras que parte del subapartado 3.4 se encuentra en «Deliberative Constitutionalism ”without Shortcuts”: On the Deliberative Potential of Cristina Lafont’s Judicial Review Theory», en *Global Constitutionalism*, 12, 2, 2023. Parte del capítulo III se encuentra en «The Coming of Age of Deliberative Constitutionalism», en *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, 38, 2, 2024. Parte del subapartado 3.1 del capítulo IV aparece en «Pushing the Boundaries of Deliberative Constitutionalism: From Judicial Dialogue to Inclusive Dialogue» y «Ampliando los alcances del constitucionalismo deliberativo: Del diálogo judicial al diálogo inclusivo», ambos en *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 50, 2023. Finalmente, parte del subapartado 3.2.2 del capítulo IV y parte del apartado 2 del capítulo V aparecen en «Deliberative Judicial Review», en *Federal Law Review*, 53, 1, 2025.

INTRODUCCIÓN

1. EL PUNTO DE PARTIDA

¿Quién debe proteger los derechos y la democracia? ¿Cómo deben tomarse tales decisiones? ¿Qué contenido deben tener esas decisiones? Las preguntas relativas a la autoridad —quién decide—, el procedimiento —cómo se decide— y la justicia —qué se decide— han atravesado la historia de las democracias constitucionales desde sus orígenes hasta la actualidad. Una de las respuestas más tempranas y de mayor repercusión apareció en *El Federalista*, donde Hamilton argumentó que el poder judicial era «el menos peligroso» para proteger la Constitución en comparación con los otros poderes del Estado¹. La cuestión ha sido retomada una y otra vez, por ejemplo, en el siglo xx por Kelsen y Schmitt, quienes propusieron como «guardián» de la Constitución a la jurisdicción constitucional y al presidente del Reich, respectivamente². Más recientemente, la controversia se ha reavivado entre los partidarios del constitucionalismo político o débil y el constitucionalismo jurídico o fuerte, que atribuyen primacía al poder legislativo y la jurisdicción constitucional, respectivamente³.

Frente a tales preguntas perennes y debates interminables, este libro aborda la propuesta novedosa que ofrece el *constitucionalismo deliberativo*, según el cual los derechos y la democracia pueden protegerse mejor mediante el

¹ HAMILTON, MADISON y JAY, 2010: capítulo LXXVIII y, también, aunque menos conocido, el capítulo XVI.

² Al respecto, véanse SCHMITT y KELSEN, 2009.

³ A modo de ejemplo, dos exponentes de este debate son Dworkin y Waldron, sobre cuyas posiciones se volverá una y otra vez a lo largo de este trabajo.

diálogo inclusivo entre las instituciones y la sociedad. Así, la respuesta a *cómo* deben garantizarse los derechos y la democracia es mediante el diálogo —esto es, el aspecto deliberativo—. A su vez, la respuesta a *quién* debe estar a cargo de su garantía es que deben estarlo todas las instituciones públicas y personas o grupos potencialmente interesados —esto es, el aspecto democrático—. Tal propuesta, entonces, no solo toma en serio la legitimidad y la imparcialidad de las decisiones, sino que también ofrece mayores garantías de que el contenido de tales decisiones proteja lo que se considera justo y los derechos. Dado su atractivo, numerosos desarrollos teóricos e institucionales han comenzado a hacerse eco de esta corriente, que ha llegado a ocupar un lugar central en el debate constitucional contemporáneo⁴. De ahí, la relevancia de este estudio.

2. EL ITINERARIO ARGUMENTATIVO Y LA ESTRUCTURA METODOLÓGICA

El *objetivo principal* de este libro es el análisis del constitucionalismo deliberativo, en particular el derrotero desde su surgimiento hasta su expansión y su madurez, así como también su potencial normativo y sus claves institucionales. Este estudio está orientado a concitar la atención sobre las virtudes del diálogo inclusivo sobre los derechos y los bienes del constitucionalismo, así como también sobre su legitimidad e imparcialidad.

A fin de cumplir este objetivo, el sentido de las objeciones a la jurisdicción constitucional y del giro deliberativo de la democracia constituye el *hilo conductor* de este libro. El *planteamiento central* es que recobrar el sentido de ambas pautas resulta necesario para dar un paso hacia un constitucionalismo deliberativo, esto es, un modelo constitucional que se orienta, a partir del compromiso con las premisas de la democracia deliberativa, a morigerar las objeciones a la jurisdicción constitucional. Según este modelo, el diálogo inclusivo constituye una vía promisorias para que la democracia constitucio-

⁴ Esta premisa cuenta con un respaldo bibliográfico muy amplio. KAVANAGH, por ejemplo, sostiene que este enfoque ha adquirido un lugar «omnipresente», ha generado un «atractivo magnético» y se ha convertido en el «elixir de nuestro tiempo», destacando que «colonizó el discurso constitucional» porque ofreció una especie de «Santo Grial» para la reconciliación entre la garantía judicial de los derechos y la legitimidad democrática (2024: 21, 59-60). YOUNG, por su parte, advierte que «el diálogo constitucional o democrático se ha vuelto casi omnipresente en el actual discurso constitucional» (2019: 34). SCHAUER, a su vez, argumenta que «la idea del diálogo tiene un gran peso en el pensamiento constitucional contemporáneo», agregando que «el “diálogo” —o, a veces, el “discurso”, o, a veces, la “deliberación”— es un enfoque ampliamente promovido para la toma de decisiones políticas en estos días» (2019: 423, 435). A lo dicho se suma una extensísima producción académica: SMITH, 1990: 435; MANFREDI y KELLY, 1999: 524; BATEUP, 2006: 1109 y 2007: 1; DIXON, 2007: 393; SATHANAPALLY, 2012: 36-37; GARGARELLA, 2014a: 3, 7; FREDMAN, 2015: 447; YAP, 2015: 1; KAVANAGH, 2016: 83, 95; KYRITSIS, 2017: 101; KONG y LEVY, 2018: 626; ELSTUB y POMATTO, 2018: 295; LEVY y KONG, 2018: 2; LEVY, 2018: 351; ROACH, 2019: 267; GARGARELLA, 2019a: 32; BELLO HUTT, 2020: 66; GARGARELLA, 2021b: 251; entre tantos otros. Además de los trabajos citados, conviene tener en cuenta las siguientes expresiones.