

## La constitución de la democracia deliberativa

La pregunta fundamental de este importante estudio es ¿qué justifica la democracia? Carlos Santiago Nino examina críticamente una serie de respuestas clásicas y actuales para ofrecer a continuación su propia teoría de la democracia, poniendo el énfasis en su carácter deliberativo. Según la concepción de Nino, la democracia debe ser un diálogo moral y tiene la capacidad de generar una perspectiva imparcial con respecto a los intereses de todos los ciudadanos. Analizando una serie de tradiciones constitucionales, el autor critica el sistema presidencial y aboga a favor de una participación mayor y más directa de los ciudadanos en la vida política de su país. Además sugiere una revitalización del papel de los partidos.

Nino muestra cómo la democracia deliberativa puede estar combinada y respaldada por otras prácticas constitucionales. De su análisis se desprende una forma constitucional compleja que combina la constitución histórica, una constitución ideal de derechos y una constitución ideal del poder. La intención del autor es demostrar cómo estos tres componentes pueden reforzarse mutuamente sin entrar en conflicto.

*«La ampliamente discutida relación entre democracia y constitucionalismo depende de la significación de estos dos términos ... Los análisis de Nino llevan a ... una nueva teoría sobre la democracia deliberativa, ofreciendo innovadoras soluciones a viejos problemas»*

Robert Alexy, Universidad de Kiel

*«Carlos Nino fue una combinación extraordinaria entre un filósofo teórico, un estadista práctico y un patriota heroico. Su obra refleja los tres niveles»*

Ronald Dworkin, Universidad de Oxford

Carlos Santiago Nino (1943-1993) doctor en Derecho por la Universidad de Oxford, fue catedrático de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y profesor visitante regular de la Escuela de Derecho de Yale. Tuvo un papel muy importante en el proceso de democratización de Argentina durante el gobierno de Raúl Alfonsín como asesor presidencial, coordinador del Consejo para la Consolidación de la Democracia y miembro de la Comisión de Reforma del Código Penal de la Secretaría de Justicia de la Nación. Su intensa actividad como investigador y conferenciante lo llevó a Nueva York, Cornell, Frankfurt, Friburgo/Br., y otras ciudades. Es autor de una docena de libros y de más de sesenta artículos, muchos de ellos traducidos al inglés. Entre sus obras más recientes cabe destacar *Introducción a la filosofía de la acción humana* (1987), *El constructivismo ético* (1991) y *Fundamentos de Derecho Constitucional* (1993).



2446

Carlos Santiago Nino

# La constitución de la democracia deliberativa



341.234  
N716c  
1997 ex. 1

Carlos Santiago Nino

LA CONSTITUCION DE LA  
DEMOCRACIA DELIBERATIVA

Serie: CLA • DE • MA  
FILOSOFIA DEL DERECHO

**Editorial GEDISA ofrece  
los siguientes títulos sobre**

# FILOSOFIA DEL DERECHO

- |                       |  |
|-----------------------|--|
| CARLOS SANTIAGO NIÑO  | <i>La constitución de la democracia deliberativa</i> |
| THEODOR VIEHWEG       | <i>Tópica y filosofía del derecho</i>                |
| REINHARD ZINTL        | <i>Comportamiento político y elección racional</i>   |
| MICHEL FOUCAULT       | <i>La verdad y las formas jurídicas</i>              |
| RONALD DWORKIN        | <i>El imperio de la justicia</i>                     |
| IRING FETSCHER        | <i>La tolerancia</i>                                 |
| R. A. DAHL            | <i>¿Después de la revolución?</i>                    |
| DOLF STERNBERGER      | <i>Dominación y acuerdo</i>                          |
| OSCAR W. GABRIEL      | <i>Cambio social y cultura política</i>              |
| ROBERT ALEXY          | <i>Concepto y validez del derecho</i>                |
| L. KERN, H. P. MÜLLER | <i>La justicia, ¿discurso o mercado?</i>             |
| NORBERT HOERSTER      | <i>En defensa del positivismo jurídico</i>           |
| (en preparación)      |  |
| DAVID LYONS           | <i>Aspectos morales de la teoría jurídica</i>        |
| OWEN FISS             | <i>La ironía de la libertad de expresión</i>         |
| DENNIS F. THOMPSON    | <i>Etica política y administración pública</i>       |

# LA CONSTITUCION DE LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

por

Carlos Santiago Nino

**Código:** 0300129-0  
"Lice" Cetra de Conveterencia  
Ramais 2170 e 2222  
Tel/Fax: (054) 212 1113  
Campus Universitário  
Universidade do Sul  
CAXIAS DO SUL  
UNIVERSIDADE DE

gedisa  
editorial

Título del original en inglés:  
*The Constitution of Deliberative Democracy*  
© 1996 Yale University Press

Traducción: Roberto P. Saba

Diseño de cubierta: Marc Valls

Primera edición, julio de 1997, Barcelona

*A mi querido amigo Owen Fiss*

Derechos reservados para todas las ediciones en castellano

© by Editorial Gedisa, S.A.  
Muntaner, 460, entlo., 1.<sup>a</sup>  
Tel. 201 60 00  
08006 - Barcelona, España

ISBN: 84-7432-640-0  
Depósito legal: B-26.140/1997

Impreso en Limpergraf  
c/ del Río, 17 - Ripollet

Impreso en España  
*Printed in Spain*

Queda prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio de impresión, en forma idéntica, extractada o modificada, en castellano o cualquier otro idioma.

## **Indice**

AGRADECIMIENTOS .....	11
1. El carácter complejo de la democracia constitucional .....	13
2. La observancia de la constitución histórica.....	30
3. La constitución ideal de los derechos .....	70
4. Concepciones alternativas de la democracia .....	101
5. Fundamentos de la concepción deliberativa de la democracia .....	154
6. La implementación de la democracia deliberativa .....	202
7. El control judicial de constitucionalidad en una democracia deliberativa .....	258
Conclusión. Las tensiones de una constitución compleja .....	296

## **Agradecimientos**

Este trabajo es el resultado de discusiones que he tenido en diversos centros académicos entre los cuales se encuentran la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, el Centro de Estudios Institucionales de Buenos Aires, la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale y la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. Agradezco a mis colegas y estudiantes, con quienes tengo una gran deuda intelectual y cuyos comentarios y críticas fueron extremadamente útiles para la preparación de este libro.

## **El carácter complejo de la democracia constitucional**

El constitucionalismo y la democracia se combinan para formar un sistema de gobierno conocido bajo el nombre de "democracia constitucional" (a veces utilizado como sinónimo de "democracia liberal"). Muchos consideran que esta unión constituye un feliz matrimonio entre dos valiosos ideales y que la democracia constitucional es una forma de gobierno muy superior a la democracia pura o a un gobierno constitucional no democrático.

Futuros historiadores probablemente describirán las últimas décadas del siglo xx como la era en la cual el ideal de la democracia constitucional se extendió rápidamente por el mundo. Durante la segunda mitad de la década de 1970 muchos países del sur de Europa abandonaron antiguas dictaduras y adoptaron regímenes democrático-liberales. A comienzos de los años ochenta, la mayoría de los países de América latina instituyeron democracias constitucionales, a la vez que repudiaron una larga tradición de gobiernos militares y dictaduras. Al finalizar esta década y comenzar la de 1990, otra oleada de constitucionalismo se extendió por Europa del Este y la Unión Soviética, demoliendo el imperio comunista que, alguna vez, pareció destinado a durar un milenio. Quizás otra ola de democracias constitucionales llegará a aquellas regiones de Asia y África que aún se encuentran sujetas al gobierno de un partido único.

Sin embargo, este matrimonio entre democracia y constitucionalismo no es sencillo. Sobrevenen tensiones cuando la expansión de la primera conduce a un debilitamiento del segundo o, por el contrario, el fortalecimiento del ideal consti-

tucional se convierte en un freno para el proceso democrático. Estas tensiones no son fáciles de detectar con precisión debido a la falta de certeza respecto de qué es lo que hace que la democracia sea algo valioso, cuál es el modelo de democracia que maximiza ese valor, y la oscuridad de la noción misma de constitucionalismo.

Aunque casi ningún pensador niega hoy en día que la democracia es el único sistema legítimo para gobernar una sociedad, existe poco acuerdo acerca de cuál es el origen de esa legitimidad. ¿El valor de la democracia, es instrumental o intrínseco? ¿Es éste procedural o sustantivo? ¿Reside en la característica negativa de evitar la tiranía y la monopolización del poder, o se encuentra asociado a su aptitud positiva de promover la autorrealización personal? ¿Es que acaso la virtud de la democracia reside en su capacidad para transformar las preferencias de la gente o para impedir que éstas sean alteradas? ¿Es la democracia un proceso político independiente de la moral, o es un modo de elegir entre valores morales y solucionar conflictos morales? ¿Son los individuos los sujetos de la democracia, o acaso lo son los grupos o las corporaciones? ¿Debería restringirse la democracia sólo a la "comunidad política" o debería extenderse a otras dimensiones de la sociedad civil como, por ejemplo, el lugar de trabajo? ¿Cuáles previsiones constitucionales serían esenciales a la democracia y cuáles serían contingentes e instrumentales? En este caso, ¿cuál sería el sentido de, por ejemplo, el principio "un hombre, un voto", las elecciones periódicas, la libertad de expresión, la división de poderes, la representación política, los partidos políticos y el control judicial de constitucionalidad?

De acuerdo al modo en que estas preguntas sean contestadas, aparecerán modelos de democracia muy distintos. Cada uno de estos modelos implica una relación diferente con el constitucionalismo. En el caso de algunos de ellos, ciertos requisitos surgen sin inconvenientes como derivados de aquellos aspectos que hacen valiosa a la democracia. En otros casos, hay una tensión fáctica y contingente, aunque real e importante, entre las derivaciones institucionales del valor de la democracia y aquellas vinculadas al ideal del constitucionalismo. Esta tensión sólo puede ser resuelta a través del ajuste y acomodamiento de los ideales en juego. Algunas veces, la

contradicción entre los ideales de la democracia y los del constitucionalismo es de carácter lógico, y puede ser completa o parcial, de modo que se evite sólo si se abandonan algunos de esos ideales en forma total o parcial.

De todos modos, la relación entre democracia y constitucionalismo depende principalmente de la interpretación que se haga de este último. Más allá del éxito práctico del ideal constitucional y de la cantidad de trabajos académicos dedicados a defenderlo, la caracterización del ideal mismo sigue siendo imprecisa y, de algún modo, misteriosa. Los siguientes ejemplos ilustran esta afirmación. Tomemos el caso de Inglaterra, país considerado pionero en adoptar la idea del constitucionalismo. Este país no cuenta con una constitución escrita y, en efecto, muchos especialistas sostienen que, como no hay ningún procedimiento para realizar un control de constitucionalidad sobre la legislación, este país ni siquiera cuenta con una constitución. Además, pese a que Estados Unidos fue el que introdujo la idea de constitución escrita, el tipo de estructura constitucional adoptada por este país no fue imitado por otros estados usualmente considerados ejemplos paradigmáticos del constitucionalismo. Muchos de estos países son monarquías y todos ellos tienen formas parlamentarias o semi-parlamentarias de gobierno en lugar de presidencialistas. La forma parlamentaria de gobierno acarrea una concepción más debilitada de la división de poderes que la instaurada en Estados Unidos. La mayoría de estos países que son considerados referentes del constitucionalismo, cuentan con una tradición de partidos políticos fuertes, a menudo combinada con sistemas de representación proporcional, en contraste con los partidos débiles y el sistema mayoritario de representación de Estados Unidos. Algunos de ellos no tienen control judicial de constitucionalidad y, si lo tienen, es bastante diferente del establecido a partir del caso *Marbury v. Madison*. Luego de revisar estas discrepancias surge un interrogante: ¿qué tienen en común todos estos países considerados paradigmas del constitucionalismo que pueda servir para identificar el significado de "constitucionalismo"?

En términos muy generales, todo el mundo estaría de acuerdo en que "constitucionalismo" significa algo así como "gobierno limitado".<sup>1</sup> Sin embargo, "constitucionalismo" puede

tener una amplia gama de significados que varían en su densidad o robustez conceptual:

i) La concepción menos robusta quizá se encuentre asociada a la idea básica de *rule of law*, que implica la preservación de algunas reglas jurídicas fundamentales que limitan en cierta medida lo que un órgano particular de gobierno, democrático o no, puede hacer.

ii) Un concepto un poco más robusto sería más específico respecto del modo en que el gobierno se encuentra limitado por normas jurídicas, requiriendo generalmente de una constitución, aunque no necesariamente materializada en un documento escrito. Cualquiera sea su contenido, esta constitución está protegida desde el momento en que su reforma o derogación exigen procesos más complejos que el requerido para modificar la legislación ordinaria, y se considera suprema respecto de esas normas.

iii) Un concepto aun más robusto de constitucionalismo contiene restricciones formales que la constitución impone a las leyes sujetas a su supremacía, requiriendo que éstas sean, por ejemplo, generales, precisas, públicas, no retroactivas, estables y que se apliquen imparcialmente sin distinción alguna que la misma ley no haga.

iv) Podríamos robustecer aun más el concepto si le agregamos la idea de separación de poderes, con especial énfasis en la independencia del poder judicial de los órganos legislativos.

v) Una dimensión fundamental se le agrega al concepto de constitucionalismo cuando la constitución reconoce derechos individuales que no pueden ser coartados por ningún órgano del Estado.

vi) Cuando se agrega el control judicial de constitucionalidad, el constitucionalismo se hace aun más robusto ya que la justicia independiente se convierte en la única institución capaz de proteger esos derechos y cuenta con el poder de anular la legislación que los amenaza.

vii) El concepto se amplía enormemente cuando se agrega la democracia a los requerimientos mencionados, para juzgar el origen de algunas instituciones del gobierno.

viii) Por último, la robustez del concepto de constitucionalismo depende del modelo particular de democracia que se tome

y sus instituciones específicas, tales como la representación, la democracia directa, la necesidad de contar con un cuerpo legislativo colectivo y elegido popularmente, o con un órgano unipersonal, también popularmente electo, pero que reúna funciones legislativas y ejecutivas.

Al examinar la presencia o ausencia de las diferentes características del constitucionalismo, es posible comparar y contrastar diversas concepciones de este último y sus dinámicas. Incluso el menos robusto de los sentidos que pueda dársele a "constitucionalismo" es de interés teórico, además de contar con un importante valor práctico. Me refiero al requerimiento de que el país tenga una constitución como base de su sistema jurídico. De nuevo, existe una gran vaguedad en torno a la palabra "constitución", pero podemos asumir que se refiere al conjunto de normas que prescribe la organización básica del poder político y la relación entre el Estado y el individuo, imponiendo límites a la actividad legislativa. En este sentido mínimo, una constitución no necesita ser escrita, puede ser consuetudinaria como en el caso británico. Lo más importante es que no se asume nada acerca del aspecto sustancial de esa constitución. Esta puede tener cualquier clase de contenido. De este modo, no sería falso decir que tanto la Unión Soviética de Stalin y el gobierno del *apartheid* de Sudáfrica tuvieron constituciones. Esta forma de entender el concepto de "constitucionalismo" es absolutamente familiar para académicos que trabajan en el contexto de América latina. Sus constituciones no sólo han existido durante períodos en los que las democracias prevalecían, sino también bajo gobiernos de dictaduras militares. Estos últimos han tratado a menudo de legitimarse a sí mismos acatando, al menos de palabra, las normas fundamentales características de este significado de "constitucionalismo".

Algunas preguntas interesantes podrían hacerse, sin embargo, teniendo en cuenta este concepto débil de "constitucionalismo". El hecho de que existan algunas reglas que definen, de un modo u otro, la organización del poder y la relación entre el Estado y los ciudadanos, sumado a que estas normas no se encuentran sujetas a los procesos legislativos normales, den proveerle al ciudadano de garantías básicas contra posibles caprichos del gobierno. Estas son las ventajas e

das con el *rule of law*. Un ejemplo de constitucionalismo en este sentido, y de sus beneficios, es el del pasado régimen de Augusto Pinochet en Chile, que fuera reemplazado hace algunos años por un sistema democrático. Como es bien sabido, este régimen buscó autolegitimarse en 1980 a través de la sanción de una constitución que fue ratificada por un plebiscito y que contaba con muchas previsiones groseramente antidemocráticas. Sin embargo, constituye una opinión generalizada en Chile que la constitución de Pinochet sirvió para impedir abusos del gobierno. Además, muchos avances democráticos pudieron hacerse gracias a la invocación de disposiciones constitucionales en los tribunales, debido a que éstos se vieron inclinados a obedecerlas para preservar su imagen ante la opinión pública nacional e internacional.

Es importante comparar la experiencia chilena con la argentina bajo el régimen militar. Aunque la Junta Militar en la Argentina sancionó el *Estatuto de Reorganización Nacional* que incorporaba algunos límites al ejercicio del poder y declaraba que la constitución existente se encontraba vigente en todo aquello que no contradijera al *Estatuto*, la Junta demostró una extrema resistencia a obedecer incluso su propio sistema normativo. Esto fue por demás evidente, por supuesto, respecto de las violaciones de derechos humanos cometidas durante la denominada “guerra sucia contra la subversión”. En este contexto, el gobierno militar violó groseramente las leyes vigentes, a pesar de que las mismas prescribían sanciones penales draconianas y juicios sumarios por actos terroristas. Sin embargo, incluso en esta situación extrema, el hecho de que el régimen acate —al menos de palabra— las normas legales, implica un freno a su poder que, en algunas instancias, tuvo vital importancia. En unos pocos casos, la Corte Suprema hizo lugar a acciones de *habeas corpus* realizadas en nombre de personas arbitrariamente detenidas o desaparecidas, y en algunos de ellos las autoridades militares debieron acatar esas decisiones.

La noción de constitucionalismo que se encuentra en el otro extremo del continuo de robustez es, por supuesto, de la mayor relevancia teórica y práctica. El sentido más robusto de constitucionalismo reclama no sólo la existencia de normas que organizan el poder y permanecen inalterables frente a los

procesos legislativos, sino que también, y fundamentalmente, requiere de estructuras específicas de procedimiento y contenido de las leyes que regulan la vida pública. Estas son las que definen el concepto de democracia liberal y parecen nacer de la combinación de dos ideales que a menudo se creen en tensión permanente. Por un lado, el ideal de un proceso político participativo en el cual todos los afectados por las decisiones políticas tienen igual derecho a expresar su opinión en el proceso de formación de esas decisiones. A esta dimensión me referiré en este texto como la dimensión democrática. En segundo lugar, se encuentra el ideal del gobierno limitado en el cual incluso la mayoría no puede afectar los intereses individuales protegidos. Esta dimensión refleja una dinámica libertaria. El constitucionalismo, en este sentido robusto, aparece como la síntesis de las ideas aparentemente en conflicto de Rousseau y Locke.

Cuando estudiamos la evolución del constitucionalismo en el mundo, es fácil detectar diferentes grados de énfasis en los dos componentes de la democracia liberal (la versión más robusta de constitucionalismo). En la experiencia histórica de los Estados Unidos, el componente de gobierno limitado ha sido fuertemente enfatizado, más allá de las variaciones que se han dado con el correr del tiempo. Ello se produjo parcialmente a través de la división de poderes, la cual, como lo señala Bruce Ackerman, tiene un carácter multifacético y evita que alguno de los órganos políticos reclame la representación de la totalidad del pueblo.<sup>2</sup> Frente a este sistema de “frenos y contrapesos” y la estructura federal del gobierno, la participación popular en las elecciones, al menos a nivel nacional, es generalmente modesta. Resulta, sin embargo, de mayor importancia el fuerte sistema de control judicial de constitucionalidad que ejercen funcionarios no electos y que da lugar a amplias interpretaciones de cláusulas constitucionales vagas referidas a derechos individuales.

Parece ser un lugar común decir que la experiencia europea en esta materia ha sido muy diferente, poniendo un énfasis mayor sobre el aspecto participativo o democrático del constitucionalismo robusto. En Europa, los gobiernos parlamentarios unifican la representación popular a fin de que puedan reclamar un mayor grado de legitimidad democrática. Esto se

vincula además con una tradición de amplia participación de los ciudadanos en los procesos electorales, a veces conseguida gracias a la obligatoriedad del voto. Además, muchos de los estados europeos son unitarios y, cuando son federales, como en el caso de Alemania, la división de poderes es diferente de la que existe en Estados Unidos, vulnerando menos las pretensiones del Parlamento de hablar en representación del pueblo. El control judicial de constitucionalidad es muy extraño a la tradición europea. De este modo, su expansión actual a través de tribunales especiales, denominados Cortes Constitucionales, preservan mejor que el sistema norteamericano la influencia del proceso político, ya que estos tribunales tienen una conexión más directa con aquel proceso.

Expertos europeos y de los Estados Unidos han llamado la atención sobre el hecho de que los dos componentes de la democracia liberal —participación popular y gobierno limitado— no son excluyentes. En ambas regiones, existen corrientes de pensamiento y de acción política que le dan una importancia variada a uno u otro componente. Observemos, por ejemplo, el reciente surgimiento del movimiento intelectual republicanista en Estados Unidos, con su visión de la democracia como diálogo participativo, la cual se opone a la perspectiva pluralista o elitista. En Europa, por otro lado, la expansión y profundización de la integración de la Comunidad Europea ha tendido a debilitar ambos aspectos de la democracia liberal.

Cuando trasladamos nuestra atención de Europa y Estados Unidos hacia América latina, encontramos en esta última una curiosa mezcla de participación popular y gobierno limitado. La mayoría de los países de América latina tienen sistemas constitucionales similares al modelo norteamericano, pero también adoptaron normas paraconstitucionales, procedimientos y otras prácticas legales que reflejan una fuerte influencia europea continental. De este modo, los países de América latina han adoptado sistemas presidencialistas de gobierno, generalmente con un fuerte control judicial de constitucionalidad y, a menudo, con un componente federal significativo. Por otro lado, estas naciones han seguido la tradición europea en muchas otras áreas. Por ejemplo, esta influencia puede percibirse fácilmente en la concepción que tienen del Estado y de la administración pública, el papel que desempeñan los partidos políticos

en el sistema electoral, la estructura general del sistema jurídico, las normas civiles y penales tanto en cuanto a su contenido como a los procedimientos y a la estructura de la justicia. La adopción incómoda en América latina de los dos componentes del constitucionalismo liberal democrático se refleja en el hecho de que ambos —la participación popular y el gobierno limitado— han sido internalizados sólo parcialmente en la cultura política de la población. La investigación empírica apoya la hipótesis de que la adhesión de la gente a la democracia es mucho más fuerte en cuanto a su dimensión participativa que en relación a la dimensión liberal de la tolerancia y el respeto por los derechos.<sup>3</sup>

El constitucionalismo parece requerir claramente el reconocimiento de la importancia mutua de sus dimensiones democrática y liberal, esta última fundada en los derechos de los individuos. Dada la variedad de combinaciones institucionales que pueden darse de estos valores, es importante crear un marco normativo para poder entenderlos. Este marco será de ayuda para políticos y teóricos que busquen consolidar el constitucionalismo en diferentes países del mundo.

### **La democracia como concepto normativo**

Constitucionalistas y actores políticos se encuentran a menudo involucrados en el proceso de consolidación de regímenes democráticos. Ellos juzgan relevantes las concepciones de democracia sólo desde la perspectiva de la legitimidad subjetiva y, por lo tanto, desde la perspectiva de la estabilidad y la funcionalidad del sistema político. La legitimidad subjetiva consiste en la creencia generalizada de la población en la justificación moral del gobierno y sus directivas. La democracia es vista, entonces, como un instrumento para alcanzar el fin de la estabilidad. En efecto, aquellos que se encuentran involucrados en una transición democrática y proponen o instauran reformas institucionales, tratan de consolidar y estabilizar las estructuras democráticas al mismo tiempo que intentan evitar las amenazas de regresar a alternativas autoritarias. Buscan preservar y promover en la conciencia social la idea de que el sistema en vigencia es legítimo, especialmente considerando probables inconvenientes en satisfacer las demandas sociales.

Un objetivo importante de este libro es tratar de mostrar que mediante este enfoque se omite una dimensión esencial del diseño institucional. Desde mi punto de vista, el problema no reside en la legitimidad *subjetiva*, sino en la *objetiva*. Mi preocupación no se centra en las creencias que la comunidad tenga acerca de aquello que justifica moralmente un régimen político, sino en qué es lo que realmente hace que éste se encuentre moralmente justificado.

Los actores políticos y los científicos sociales, preocupados acerca de cuál es el mejor diseño institucional para estabilizar las democracias, no son indiferentes al tema de su justificación. Ellos son, a menudo, firmes partidarios de la democracia y asumen como un hecho que ella es el mejor sistema político. Sin embargo, no consideran que aquello que la convierte en el mejor sistema político es también relevante para determinar los medios de su preservación. En lugar de ello, adoptan una perspectiva "hiperrealista" caracterizada como un proceso orientado hacia los resultados, concluyendo que aquello que hace de la democracia el mejor sistema de gobierno en términos morales, puede ser identificado por ciertas características fácticas (mecanismos regulares por los cuales la ciudadanía puede producir un cambio en el gobierno, la división de poderes o el respeto por los derechos básicos). Además, el mejor sistema de gobierno en términos morales se ve ostensiblemente ejemplificado por el vigente en algunos países paradigmáticos, tales como Estados Unidos, Gran Bretaña, Alemania y España. A través de la simple identificación y réplica del fenómeno o de los resultados deseados, estos actores buscan, de un modo neutral en materia de valores, los medios apropiados para alcanzar o preservar aquel sistema.

Esta línea de pensamiento es equivocada. La democracia, como sostiene Giovanni Sartori, es un concepto normativo y no puede ser identificado con profundidad sin articular de un modo completo la concepción valorativa que justifica sus instituciones distintivas. En sus propias palabras, "lo que la democracia es, no puede estar separado de lo que la democracia deber ser".<sup>4</sup> La inevitabilidad de este enfoque normativo se encuentra demostrada por los conflictos inherentes y las tensiones que existen dentro de las instituciones distintivas de la democracia, haciendo simplemente imposible identificar y adoptar las ins-

tituciones democráticas apropiadas. ¿Es la democracia el fenómeno de la representación o es, en cambio, una institución auxiliar impuesta por las dificultades de la democracia directa en una sociedad de grandes dimensiones? ¿Es la separación de los poderes ejecutivo y legislativo inherente a ella, o es éste un diseño institucional opcional que no resulta adoptado en democracias parlamentarias sin que exista una pérdida significativa? ¿Implica la democracia el reconocimiento de un *bill of rights* como límite a las decisiones mayoritarias y puesto en vigor por medio de instituciones independientes tales como la Corte Suprema, o es la democracia compatible con la completa soberanía de parlamento? ¿Son los partidos políticos instituciones distintivas de la democracia, o son ellos innecesarios en una democracia más perfecta? ¿Es el sistema electoral proporcional el método más adecuado para lograr la representación democrática, o es sólo una de las diversas alternativas que deben ser elegidas por razones técnicas?

Cuando nos damos cuenta de la variedad y amplitud de estas preguntas, llegamos a la conclusión de que no hay instituciones distintivas de la democracia desconectadas de una teoría valorativa que justifica un grupo de opciones. No podemos identificar instituciones comúnmente entendidas como democráticas e implementar un método para estabilizarlas sin aludir sistemáticamente a la teoría moral que las justifica. Dicho en términos más simples, la realidad no nos dice cuáles instituciones son esenciales y cuáles son contingentes en relación a un concepto normativo como el de democracia. Es imposible para nosotros determinar qué contingencias podemos manipular para preservar los elementos esenciales del concepto. El "hiperrealista" que piensa de otra manera, está confundido.

La necesidad de una concepción normativa de democracia es similar al argumento de Ronald Dworkin cuando sostiene que caracterizar una práctica, necesariamente implica una actitud interpretativa hacia ella.<sup>5</sup> En este sentido, la democracia es una práctica social que consiste en una conducta regular y actitudes predecibles. Estas prácticas crean instituciones que se encuentran orientadas hacia un cierto fin o valor. No podemos participar conscientemente de una práctica, ni la podemos entender como observadores inteligentes, si no adoptamos una actitud interpretativa, que vea la conducta y la actitud a la luz de ciertos

fines o valores. La práctica puede hacerse compatible con diferentes fines o valores —aunque no con cualquiera que nos surja de nuestra imaginación—, y así debemos elegir aquellos que nosotros pensamos que están mejor justificados. Una vez que hacemos esto, la interpretación de la práctica en relación a aquellos valores puede simplemente confirmar la práctica misma.

Veremos que algunas de las características de la democracia serán contingentes y revocables, mientras que otras serán centrales y, por lo tanto, necesarias de expansión. Del mismo modo, ver a la democracia como un concepto normativo no debería conducirnos hacia el otro extremo, el del utopismo. Esta perspectiva no sólo resultaría en la búsqueda de lo imposible, sino que caracterizaría a los componentes fácticos de las prácticas sociales actuales como si todas ellas tuvieran un valor democrático equivalente. De este modo, partimos de una concepción intuitiva que percibe que las prácticas políticas de países como Estados Unidos o Suecia son más valiosas que las de China o Libia, ya que no podemos caracterizar los fines de la democracia de forma tal que estos ejemplos terminen teniendo todos el mismo valor democrático. Debemos tratar de mostrar que, imperfectas como son, las prácticas sociales de las democracias actuales se encuentran más cerca del estado democrático ideal que los sistemas que no tienen ningún rasgo democrático. Por otro lado, no es una utopía en sentido negativo proponerse un ideal que, aunque quizás nunca se alcance en la realidad, pueda sin embargo distinguir una gradación de situaciones reales o posibles que logren ubicarse de acuerdo con su proximidad o lejanía respecto de aquel ideal. Una utopía válida se distingue de una inválida por el hecho de que la primera permite una evaluación valorativa de un fenómeno social real.

En síntesis, no podemos decidir cuál diseño institucional es mejor para asegurar la legitimidad subjetiva y, por lo tanto, la estabilidad de las instituciones democráticas, sin articular una teoría completamente desarrollada que explique los elementos esenciales que le dan valor a la democracia.

### Dialécticas constitucionales

El constitucionalismo amerita un análisis más profundo que el que demanda el de la democracia. Como ya fue señalado,

debemos empezar por tomar en cuenta los problemas que surgen de la naturaleza normativa del concepto de democracia. Además, el constitucionalismo combina dos elementos, los derechos y la democracia, y esta combinación crea sus propios problemas. En primer lugar, no es fácil identificar concepciones normativas congruentes con estos dos ideales. La democracia significa, como mínimo, la regla de la mayoría, mientras que los derechos individuales suponen aceptación unánime o decisiones tomadas por funcionarios no electos democráticamente, tales como los jueces y otras instituciones "minoritarias". ¿Cómo es posible justificar simultáneamente la regla de la mayoría y la de la minoría, y trazar los límites apropiados entre ambas? En segundo lugar, la tarea de combinar los dos ideales, democracia y derecho, no es en sí misma suficiente para explicar la noción de constitucionalismo. El constitucionalismo debe también incluir el ideal de respetar la constitución histórica y el sistema jurídico que deriva de ella. Por ejemplo, muchos observadores contemporáneos están preocupados por ciertas medidas tomadas por el gobierno que parecen violar el texto constitucional, incluyendo los indultos a personas aún no condenadas por violaciones a derechos humanos y el dictado de medidas por decreto, que deberían ser sancionadas por el Congreso. Pero estas acciones no son atentados directos y obvios contra los ideales de participación y libertad del constitucionalismo; aquellos que los objetan parecen estar formulando un argumento acerca de la constitución histórica.

La dimensión histórica del constitucionalismo está a menudo oculta detrás del reconocimiento de los derechos debido a dos circunstancias. Por un lado, la preservación de la constitución histórica y del sistema jurídico que deriva de ella, se supone instrumental para la protección de los derechos. Además, la constitución histórica a menudo reconoce un conjunto de derechos que permiten que sea considerada moralmente aceptable. De este modo, la observancia de la constitución histórica coincide con el respeto a esos derechos. El reconocimiento de derechos en la constitución histórica puede, sin embargo, ser menos que ideal en varios grados y, a veces, la protección de los derechos de una persona requiere de la violación de los mandatos del sistema jurídico. Por ejemplo, la preservación de la autonomía de alguien que es objeta al servicio militar puede

requerir la deserción y el rechazo de sus obligaciones legales.

El único enfoque posible que percibo para emprender un análisis profundo del constitucionalismo es a través de focalizar tentativamente sobre los elementos del constitucionalismo que parecen, *prima facie*, ser los portadores más fuertes de los valores asociados con esa noción. Estos elementos consisten en la constitución histórica, los procesos democráticos y participativos y la protección de los derechos individuales. Una vez que estos componentes del constitucionalismo son examinados y su valor es afirmado, el próximo paso debería ser la revisión de las diferentes concepciones que justifican la democracia como para poder determinar cuáles permanecen luego de realizado un escrutinio crítico. Las implicancias institucionales de la concepción de democracia que resulte favorecida deberán también ser reconocidas, permitiéndonos investigar la relación existente entre aquella concepción de democracia y las (otras) dimensiones del constitucionalismo (he agregado "otras" entre paréntesis debido a la decisión de ver a la democracia misma como una dimensión del constitucionalismo, lo cual considero se encuentra justificado a la luz de algunos usos del lenguaje y de la conveniencia de presentar las tensiones entre ésta y las otras dimensiones como *internas* al ideal constitucional). Una vez que las diferentes justificaciones de la democracia son confrontadas y una de ellas es adoptada, la tensión entre la democracia y el reconocimiento de los derechos, y también la tensión entre la democracia y la observancia de la constitución histórica, se ve de forma diferente, creando de este modo muchas implicancias para el diseño institucional.

Por ello, el objetivo de este libro podría ser descripto como la identificación de dos dialécticas de la democracia que derivan del hecho de que ella se encuentra implantada dentro de una constitución compleja. En primer lugar, hay una dialéctica entre el aspecto *ideal* de la constitución, que refleja la dimensión constitucional de la democracia y la dimensión de los derechos, y la constitución *real*, que refleja la dimensión histórica del constitucionalismo. Diferentes escuelas de pensamiento le otorgan prioridad a una u otra de estas dimensiones o las consideran mutuamente excluyentes con demasiada facilidad. Sin embargo, yo defiendo la posición de que ambos componentes de una constitución, el ideal y el real, son la fuente de argumen-

tos válidos, e intentaré mostrar de qué forma éstos pueden ser combinados. En segundo lugar, examinaré la dialéctica entre la constitución de los derechos y la constitución de la democracia. Al examinar las constituciones existentes y la constitución ideal, se convierte en aparente el hecho de que exista la posibilidad de que los reclamos sustantivos, que son válidos *a priori*, puedan entrar en conflicto con los resultados que emergen de procedimientos legítimos. En otras palabras, los derechos reconocidos como pertenecientes a la dimensión liberal del constitucionalismo pueden entrar en conflicto con los resultados de los procedimientos democráticos que constituyen la dimensión participativa del constitucionalismo. Uno de mis propósitos es examinar de qué forma los derechos y la democracia pueden combinarse de un modo coherente.

Este libro, entonces, consistirá en un intento de ordenar los diferentes argumentos en conflicto basados en la pluralidad de dimensiones del constitucionalismo. La teoría que adopto pone especial énfasis en la dimensión representada por la democracia, una vez que su valor se encuentre apoyado sobre lo que llamaré democracia deliberativa. A través de combinar la democracia deliberativa con las dimensiones del constitucionalismo vinculadas con los derechos y la constitución histórica, podemos colaborar con los constituyentes para determinar el sistema más apropiado de gobierno y de división de poderes dentro de él, los límites de la democracia participativa *vis a vis* la representación, los requerimientos de un sistema electoral válido, el rol de los partidos políticos, las precondiciones de la descentralización, el sistema de gobierno —presidencialista, parlamentario o mixto— que maximice el valor de la democracia e, incluso, deberíamos poder definir el alcance legítimo del control judicial de constitucionalidad.

Para determinar la base de cada una de las tres dimensiones del constitucionalismo —democracia, derechos y constitución histórica— y la relación existente entre ellas, tomaré especialmente en cuenta el papel que cada una desempeña en el razonamiento práctico que conduce a la justificación de acciones y decisiones. El marco analítico del razonamiento práctico es particularmente útil debido a que éste muestra la importancia de cada dimensión del constitucionalismo en el nivel más básico de la experiencia social: la formación de las

decisiones. Además, la referencia al razonamiento práctico nos mantiene conectados con una noción de constitucionalismo que tiene relevancia práctica, y no meramente significativa para los emprendimientos especulativos del historiador o el antropólogo. La constitución compleja que quiero analizar ubicando el lugar que la democracia tiene dentro de ella es la que se emplea en el discurso justificatorio de abogados y jueces, cuya estructura debería ser tenida en cuenta en explicaciones externas, tales como aquellas que realizan historiadores y antropólogos. Por lo tanto, trataré de explicar cómo el proceso democrático, en combinación con el respeto por la constitución histórica y el reconocimiento de los derechos, afecta las premisas del razonamiento práctico a través del cual un juez, un funcionario de gobierno, o incluso un ciudadano común, intentan justificar una decisión constitucional.

Comenzaré este trabajo con una discusión en el capítulo 2 sobre la relevancia de la constitución histórica en el razonamiento práctico de aquellas personas —los jueces específicamente, aunque no sólo ellos— que deben justificar sus acciones y decisiones. Este análisis intentará arrojar luz sobre el rol de contrapeso que la constitución histórica ejerce sobre el proceso democrático. Este esfuerzo se convierte en imperioso cuando enfrentamos la indeterminación radical del documento mismo y el hecho de que su sanción y observancia deben ser justificadas dentro del contexto del razonamiento práctico que conduce a una decisión fundada en principios morales.

En el capítulo 3 propongo una teoría de los derechos. Esta teoría deberá servirnos de guía para resolver las aparentes paradojas que surgen de la supuesta indeterminación de la constitución histórica, aun cuando ésta pudiera amenazar el espacio moral reservado al trabajo del proceso democrático. Si los derechos, por ejemplo, pueden ser individualmente inferidos a partir de los presupuestos de nuestro discurso práctico, y si estos derechos cubren la totalidad del espacio moral, queda un espacio muy pequeño para la operación del sistema democrático. En resumen, esta reducción del espacio reservado para la democracia es el problema que le presenta al proceso democrático el reconocimiento de derechos.

En el capítulo 4, aludiré a las dudas que surgen acerca de la relevancia de la democracia cuando los derechos son recono-

cidos y una constitución histórica es respetada. A este punto, revisaré un amplio número de diferentes concepciones de democracia. En el capítulo 5, consideraré una concepción particular de democracia que llamaré deliberativa y trataré de demostrar cómo ésta enfrenta y soluciona los contrapesos opuestos por la constitución histórica y el reconocimiento de los derechos. En el capítulo 6, serán examinadas algunas implicancias del diseño institucional que emergen de la concepción de democracia que defiendo y su combinación con las otras dos dimensiones del constitucionalismo. El énfasis puesto sobre la democracia deliberativa afectará las decisiones que se tomen respecto de la adopción de una forma presidencialista o parlamentaria de gobierno, de mecanismos de democracia directa versus representativa, y varias otras decisiones básicas que deben ser tomadas en los regímenes constitucionales. En el capítulo 7, se examinarán los efectos particulares de esta concepción de democracia respecto del control judicial de constitucionalidad.

En el epílogo comentaré sobre la forma en que los tres elementos del constitucionalismo —la constitución histórica, la constitución de los derechos y la constitución del poder— pueden encontrarse en una relación de mutua tensión o de apoyo recíproco. En su núcleo, este libro avanzará sobre una visión de democracia que focaliza sobre su valor epistémico y explora una amplia gama de implicancias para el constitucionalismo.

#### Notas

1. Véase Jon Elster, su introducción a *Constitutionalism and Democracy: Studies in Rationality and Social Change*, Jon Elster y Rune Slagstad (comps.), Cambridge, Cambridge University Press, 1988, pp. 2-3.
2. Bruce Ackerman, *We the People*, Cambridge, Belknap Press of Harvard University Press, 1991.
3. Véase Luigardo Catterberg, *Los argentinos frente a la política: cultura política y opinión pública en la transición a la democracia*, Buenos Aires, Editorial Planeta Argentina, 1989.
4. Giovanni Sartori, *Democratic Theory*, Detroit, Wayne State University Press, 1962, pp. 4-5.
5. Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge, Belknap Press of University Press, 1986, p. 66.

## La observancia de la constitución histórica

El constitucionalismo exige la obediencia de la constitución histórica, el documento creado en la fundación constitucional e interpretado a través de la historia del país. Este requerimiento persiste aun cuando la constitución histórica impide el desenvolvimiento del proceso democrático y no está, incluso, completamente legitimada por éste. El análisis de este fenómeno, en paralelo con la discusión que tendremos más adelante respecto del fundamento de los derechos individuales, es necesario para determinar las razones morales que permiten el desarrollo de la democracia dentro de los límites de una constitución de carácter complejo, y extraer conclusiones acerca de aspectos institucionales específicos correspondientes a aquel sistema democrático.

Dos aparentes paradoxas surgen del análisis de la interrelación entre las diferentes dimensiones del constitucionalismo en el contexto del razonamiento práctico a través del cual se justifican acciones y decisiones. En primer lugar, la constitución histórica sufre, a pesar de los indicios que parecen señalar lo contrario, de una indeterminación radical para su interpretación. En segundo lugar, la dimensión histórica es aparentemente superflua para la justificación de acciones o decisiones respecto de temas supuestamente regulados por ella. Si la constitución histórica es indeterminada o superflua, su observancia no parecería ser una exigencia legítima y no ejercería ningún contrapeso al desenvolvimiento de la democracia. Por ello, este capítulo puede ser visto como un intento por rebatir esta visión de la constitución histórica y explicar por qué esta última es un componente esencial de la noción de constitucionalismo.

Las mencionadas indeterminación y superfluidad de la constitución histórica se enfrentan con las invocaciones casi sagradas de las constituciones: las batallas legendarias que a lo largo del tiempo y la región se han librado en defensa de las diferentes constituciones; la intuición compartida de que la constitución es, como sostenía Juan Bautista Alberdi, padre intelectual de la constitución argentina, “la carta de navegación del país”, sin la cual éste vagaría sin rumbo; y la creencia extendida en los méritos sublimes de algunas constituciones o los efectos catastróficos de otras. Si la constitución histórica fuera superflua o indeterminada, no importaría, en lo que se refiere a los procesos de toma de decisiones de jueces, legisladores, funcionarios públicos y ciudadanos ordinarios, si la constitución tuviera un texto u otro, si hubiera sido sancionada de una forma u otra, o incluso si no hubiera ninguna constitución. La justificación de decisiones referidas a, por ejemplo, el reconocimiento legal de una asociación de homosexuales o la aplicación de la pena de muerte por sostener determinadas ideas políticas, no estaría basada en lo prescripto por una constitución sino en otros elementos. De acuerdo con esta visión, la constitución es considerada como una de las ficciones más monumentales de la cultura occidental, en la cual no escasean las ficciones y, además, no estaría limitada sólo a *algunas* constituciones. Su alcance sería absolutamente general: sostendría que ninguna constitución histórica tiene alguna relevancia para el razonamiento práctico.

### La indeterminación radical de la constitución

La primera paradoja, la que se refiere a la indeterminación radical de la constitución histórica, surge cuando la constitución es concebida como un texto o documento, o como actos del discurso que conducen a éstos, y requiere que las decisiones en materia constitucional emerjan de “los cuatro rincones” del documento. Sin embargo, el texto mismo no puede ser empleado en el razonamiento práctico. ¡Este es “un objeto demasiado duro” para ser forzado a transformarse en un elemento inmaterial! En lugar de ello, el texto debe ser convertido en proposiciones que puedan servir como premisas para el razonamiento justificatorio. Este proceso de transformación del texto en proposiciones es un proceso complejo.

En adelante, trataré de distinguir los diferentes pasos de este proceso y enfatizaré que muchos de ellos requieren de consideraciones normativas que no pueden ser extraídas del texto mismo o de otros "hechos duros". Si elimináramos del proceso de conversión del texto en proposiciones las consideraciones normativas que involucran principios morales, aquél conduciría a indeterminaciones irreductibles y a un número indefinido de proposiciones igualmente compatibles con el texto.

Convertir textos en proposiciones que puedan servir como premisas del razonamiento justificatorio implica varios pasos. En primer lugar, se le debe asignar sentido a los actos lingüísticos. Segundo, uno debe aplicar el criterio general determinado más arriba al texto específico en cuestión. Tercero, deben superarse las numerosas indeterminaciones que aún existan. Cuarto, deben inferirse las consecuencias lógicas del material interpretado. Finalmente, debe aplicarse la proposición normativa a los hechos específicos de la disputa en cuestión.

#### **Primer paso: asignación de sentido al material jurídico relevante**

La tarea de asignar sentido a actos lingüísticos, textos y prácticas es muy compleja y constituye un paso valorativo altamente controvertido. Hay generalmente dos grandes criterios que compiten para asignar sentido. El *subjetivista*, que toma en cuenta la intención del agente del acto lingüístico, el autor del texto o de los participantes de la práctica. El *objetivista*, por otro lado, que toma en consideración el uso común y regular de las expresiones empleadas en esos textos, determinado por ciertas convenciones pero independiente de las intenciones. Esta competencia entre diferentes criterios en lo que concierne a temas constitucionales se manifiesta en la división entre *originalistas*, que pretenden tomar en cuenta las creencias y las actitudes de los padres fundadores, y los *constructivistas*, que favorecen una interpretación progresiva que toma en cuenta el significado objetivo de los términos empleados en la constitución al momento de su aplicación. El papel que juega la intención legislativa o la intención de los constituyentes en el proceso de interpretación jurídica es uno de los problemas que

mayores divisiones provocan en la discusión jurídica actual dando lugar, en los Estados Unidos por ejemplo, a profundas controversias académicas, jurídicas e incluso políticas.

A primera vista, aquellos que abogan por recurrir a la intención para interpretar el texto constitucional parecen poseer muy sólidos argumentos. Para ellos, el significado del lenguaje depende de la intención de la persona que lo emplea, ya que éste es un medio de comunicación que es ejecutado sólo si la intención de la persona que lo emite es entendida por el receptor. ¿Por qué debería ser diferente el caso de los textos legales o constitucionales? Si no nos dejáramos perturbar por la trascendencia de la cuestión y por las especulaciones filosóficas que lo rodean, diríamos que un texto constitucional o legal es una pieza de lenguaje que ha sido empleada con el propósito de comunicar un mensaje. ¿Por qué deberíamos convertirla en otra cosa mediante el recurso a presupuestos extraños al proceso de comunicación? Si los objetivos de la ley pudieran ser satisfechos por otros medios diferentes del uso del lenguaje, ellos deberían ser empleados.

Sin embargo, la realidad no es tan sencilla como este argumento parece indicar. Admitamos que cuando alguien afirma algo, existe la intención de transmitir una creencia. De un modo similar, cuando algo es prescripto, existe una intención de que la formulación de una proposición normativa sirva como razón para que ésta sea aceptada. Sin embargo, ¿por qué el uso de ciertas palabras nos permite concluir que el emisor tiene la intención de expresar cierta creencia en cierta proposición o la intención de que su formulación forme parte del razonamiento práctico del receptor? Esta conclusión puede ser mantenida sólo como resultado de convenciones que asocian ciertos actos lingüísticos con determinadas intenciones.<sup>1</sup> Las convenciones establecen que el uso de determinadas palabras pronunciadas de cierto modo puede implicar la intención de transmitir una creencia o de afirmar que la formulación de una proposición es una razón para aceptarla. Las convenciones sociolingüísticas nos permiten asociar palabras particulares con cierta intención, pero la intención no permite asignar a las palabras un significado diferente de aquel que demande la convención.

Aunque las intenciones con las cuales usamos el lenguaje

generalmente acatan las convenciones lingüísticas de nuestra comunidad, a veces cometemos errores respecto de ellas y empleamos de forma inapropiada las palabras con las que deseamos expresar nuestras intenciones. Las intenciones del emisor, por ejemplo, pueden ser mucho más profundas que el significado asignado al texto por las convenciones lingüísticas. Esto ocurre, por ejemplo, en los casos de ambigüedad semántica o sintáctica. Mientras las palabras “el banco está vacío” pueden expresar proposiciones diferentes, la intención del emisor en una cierta ocasión será una y no otra de tales proposiciones.<sup>2</sup> Al elegir entre posibilidades, tenemos que escoger un criterio para interpretar manifestaciones, así como también para determinar el nivel de abstracción con que el emisor está hablando.

Estas consideraciones demuestran que la intención de un constituyente es una construcción que resulta de una serie de juicios valorativos que son parte de la dimensión ideal de una constitución compleja. Los partidarios del método objetivo de interpretación no proveen una alternativa ya que los métodos a ser elegidos son, ellos mismos, indeterminados. ¿Deberíamos invocar las convenciones comunes a toda la sociedad, o a una comunidad en particular a la cual la ley está siéndole aplicada en un caso específico, o las convenciones de los juristas, o las de los jueces? A la luz de estas observaciones, uno debería afirmar que sería más honesto aplicar estos juicios valorativos para la asignación de significado al texto a ser interpretado sin analizar la intención. Como sostiene Ross,<sup>3</sup> al fin y al cabo la diferencia entre una interpretación subjetiva y una objetiva no es más que la concesión de una mayor relevancia a las circunstancias del contexto en el cual la norma fue dictada que a aquellas del contexto en el cual ésta es aplicada.

#### **Segundo paso: aplicación del criterio escogido al texto**

Una vez que se ha tomado una decisión acerca del criterio genérico para asignar significado al texto constitucional en lo que se refiere a la dimensión subjetiva-objetiva, entonces el criterio en cuestión debe ser aplicado a materiales jurídicos específicos. Este es un paso empírico porque, una vez que ha sido decidido que los materiales relevantes deben ser interpretados de acuerdo con la intención de sus autores o de acuerdo

con el uso común del lenguaje empleado, o de acuerdo con alguna alternativa intermedia, la persona que aplica la norma a un caso concreto debe descubrir la verdadera intención del autor, o la convención lingüística pertinente de la comunidad. Claramente, este proceso puede ser muy duro—particularmente en el caso de textos sancionados hace largo tiempo— y muchas veces las operaciones empíricas se encuentran, a su vez, mezcladas con consideraciones normativas o lógicas. Para determinar la intención del autor de la ley, uno debe precisar su nivel de abstracción y decidir entre varias intenciones expresadas por diversos órganos institucionales u órganos colectivos, y elegir entre manifestaciones de intenciones que algunas veces conducen a resultados incompatibles.

En este nivel de aplicación de la norma, percibimos la existencia de varias indeterminaciones semánticas y sintácticas, producidas por la vaguedad, una característica inevitable e incluso útil de los lenguajes naturales. Un ejemplo común es la vaguedad por gradiente, que surge cuando una palabra se refiere a un objeto o fenómeno del mundo real como parte de un continuo, sin indicar claramente en qué punto de ese continuo es correcto usar la palabra y cuándo ya no lo es. Otra forma de vaguedad se da cuando una palabra no está definida por una serie de propiedades necesarias y suficientes. Finalmente, existe una vaguedad que es resultado de la textura abierta del lenguaje. Este tipo de vaguedad afecta todas las expresiones del lenguaje natural, ya que ella se produce por el hecho de que, aun cuando se encuentren dadas todas las propiedades que demanda el uso de una palabra, el objeto puede presentar propiedades extraordinarias que nos hacen dudar de que la aplicación sea apropiada. H. L. A. Hart se refiere a este tipo de vaguedad cuando describe el uso de la palabra *vehículos* en la ordenanza que prohíbe su uso en el parque. Se pregunta sobre los efectos de la ordenanza cuando la confronta con el caso del triciclo de un niño.

Todas las constituciones presentan muchos casos de vaguedad de una u otra clase. Por ejemplo, en la primera sección del artículo I de la Constitución de los Estados Unidos, el significado de la expresión “poderes legislativos” es extremadamente vago, y no es claro si sólo comprende los poderes enumerados o si también cubre los implícitos.<sup>4</sup> El alcance de esos

poderes implícitos no puede ser determinado por la mera aplicación de un texto a la luz de un criterio actual por el cual se le asigna significado. La Sección VIII del mismo artículo establece los poderes del Congreso “para crear y recaudar contribuciones, aranceles aduaneros, impuestos e impuestos internos, pagar deudas y proveer a la defensa común y el bienestar general de los Estados Unidos...”. Existe una controversia considerable acerca del alcance de la expresión “proveer... al bienestar general de los Estados Unidos”. ¿Quiere decir esto que sólo se requiere que el gasto federal tenga un propósito “general” como opuesto a “local”? ¿Permite esta cláusula que el Congreso haga frente a gastos que tengan propósitos regulatorios en áreas sobre las cuales éste no puede legislar directamente? El requerimiento de la Sexta Enmienda de que los juicios deben ser “rápidos” es también vago, como lo es la prohibición de la Octava Enmienda según la cual la fianza no debe ser “excesiva”, o la famosa proscripción de la misma enmienda de los castigos “cruellos e inusuales”.

Las indeterminaciones también surgen por ambigüedad. Una palabra es ambigua cuando tiene más de un significado. A menudo, es fácil detectar la ambigüedad porque los diferentes significados tienen alguna conexión entre ellos, como en el caso de la ambigüedad llamada “proceso-producto”, en la cual la misma expresión se refiere tanto a la actividad como al resultado de esa actividad. También hay ambigüedades que provocan confusión con el uso metafórico de expresiones que crean dudas entre aquel uso y el uso literal. Por ejemplo, la palabra “comercio” del artículo primero, sección octava, párrafo tercero de la Constitución de Estados Unidos puede, como el presidente de la Corte Suprema Marshall dice en *Gibbons v. Ogden*, tener varios significados. Uno de ellos está limitado al intercambio de bienes, y no comprende la navegación, mientras otros refieren a cualquier intercambio. Otra ambigüedad proviene de la expresión “con naciones extranjeras, entre los diferentes estados” en la misma cláusula. ¿Se refiere esto al comercio entre individuos particulares donde uno vive en Estados Unidos y otro en el extranjero, o ambos viven en diferentes estados de la Unión, o esto se refiere al comercio entre entidades políticas “ya sea los Estados Unidos y una nación extranjera o diferentes estados de la Unión”?

Los casos más claros de indeterminaciones sintácticas involucran ambigüedades que no son de palabras sino de oraciones que expresan más de una proposición incluso cuando ninguna de las palabras sean ambiguas. Esto puede ocurrir con adjetivos o adverbios que son usados después de una serie de sustantivos o verbos, y no es claro si ellos califican sólo al último o a toda la serie, o todos los términos de una conjunción o disyunción precedente; o con el uso de la disyunción “o” que puede tener un sentido inclusivo o exclusivo. Un ejemplo de ambigüedad sintáctica puede ser tomado de la constitución argentina. La primera parte del artículo 19 dice: “las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados”. Es posible hacer una o dos observaciones. Una posibilidad es que la referencia que se hace a “acciones privadas”, a acciones que “de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública”, y a las acciones que “no perjudiquen a un tercero” describa las distintas alternativas de una misma propiedad de las acciones. Las varias alternativas son útiles para aclararse mutuamente. Otra posibilidad es que éstas sean descripciones de diferentes propiedades acumulativas que deben estar presentes para que una acción sea exceptuada de la autoridad de los magistrados.

#### **Tercer paso: superación de indeterminaciones semánticas y sintácticas**

Las indeterminaciones semánticas y sintácticas no pueden ser solucionadas meramente a través de recurrir a la intención del autor del texto o de los usos corrientes del lenguaje. Esto es verdad porque las indeterminaciones surgen cuando es usado un criterio ya sea más subjetivo u objetivo, para adscribir un significado general al texto y no ofrece una base para la elección entre construcciones que compiten entre sí. Por ejemplo, la intención del legislador, como sea que se la construya, podría ser compatible con los dos significados de una palabra ambigua, o las costumbres lingüísticas podrían no indicar una elección clara entre dos significados que compiten entre sí sugeridos por la sintaxis de la oración.

Ha habido intentos de solucionar estos y otros tipos de

indeterminaciones sin recurrir a consideraciones normativas, o sea de una forma neutral en materia de valores que preservaría la obligatoriedad de la ley sobre el razonamiento práctico. Por ejemplo, en la cultura jurídica continental, un tipo especial de teoría acerca del derecho positivo, llamada "dogmática jurídica", ha surgido desde la mitad del siglo pasado y busca usar mecanismos de construcción jurídica que se suponen solucionan indeterminaciones en un modo puramente científico y neutral respecto de valores. He tratado de mostrar en varios otros trabajos que esta presentación de la dogmática jurídica como tal constituye un mito y, de hecho, emplea principios valorativos.<sup>5</sup> Este ocultamiento, aunque hecho inconscientemente, es consecuencia de aplicar herramientas analíticas que son aceptadas como parte de un análisis conceptual, pero utilizadas normativamente para recomendar modificaciones del sistema jurídico que solucionarán la indeterminación en cuestión. En resumen, la necesidad de solucionar indeterminaciones en el proceso de transformación del texto<sup>6</sup> en proposiciones por razones prácticas, inevitablemente requiere recurrir a consideraciones valorativas.

#### Cuarto paso: inferencia de consecuencias lógicas de los materiales interpretados

Para resolver casos individuales, necesitamos más que proposiciones normativas empleadas en evaluar materiales jurídicos relevantes. Nosotros debemos inferir sus consecuencias lógicas y extraer de los textos consecuencias lógicas de normas identificadas en los pasos anteriores. Como en una operación lógica, nosotros debemos recurrir a reglas de inferencia tales como las reglas del *modus ponens* o *modus tollens*.<sup>7</sup> En muchos casos esta operación es tan simple que se hace incluso inconscientemente. En otros casos, la inferencia de consecuencias lógicas de una norma o, sobre todo, de un conjunto de normas, requiere operaciones lógicas complejas que son a veces simplificadas a través del recurso al uso del simbolismo formal apropiado. Es en este paso donde aparecen problemas lógicos de interpretación. Estas indeterminaciones lógicas involucran lagunas y contradicciones que dan cuenta del importante papel jugado por fuerzas distintas de la simple lógica.

Las constituciones pueden dejar abierta una serie de diferentes lagunas. Una laguna frecuentemente mencionada respecto de la constitución de Estados Unidos se refiere al derecho de privacidad. Como bien es sabido, algunos tribunales y juristas argumentan que este derecho está implícito en la garantía de libertad de la quinta y decimocuarta enmiendas. Respecto de la constitución argentina, una laguna que se menciona a menudo es la que se refiere al derecho a la vida, no enumerado en las cláusulas de derechos y garantías.<sup>8</sup> Obviamente, el derecho a la vida está presupuesto en casi todos los otros y entonces está implícitamente reconocido por la constitución. Uno debería contestar que no importa cuán razonable la interpretación pueda ser, el sistema normativo al cual nosotros estamos aludiendo no es más la constitución sino un sistema expandido por los principios que están presupuestos en las cláusulas constitucionales.<sup>9</sup> Otra laguna clara en la constitución argentina es la ausencia en el artículo 72 de la posibilidad de promulgación parcial de una ley que ha sido parcialmente vetada por el presidente.<sup>10</sup>

Además de los problemas que ofrecen las lagunas lógicas, los textos legales a menudo conducen a conclusiones lógicas completamente contradictorias. Hay una contradicción lógica entre dos normas cuando la solución normativa que una presenta es incompatible con lo que la otra propone. Es difícil encontrar contradicciones explícitas en una constitución particular dado el limitado número de cláusulas, la deliberación involucrada en su formación y la vaguedad de su texto. Sin embargo, es posible encontrar unos pocos casos, especialmente si entendemos *lex specialis* (el principio de que la ley particular prevalece sobre la general) como una regla lógica. Pienso que uno de los más sorprendentes es el sugerido por el artículo 14 de la Constitución Argentina que garantiza la libertad religiosa. Es muy difícil compatibilizar esta norma con el artículo 2, cuando propone que el gobierno sostiene el culto católico, el artículo 76 que requiere que el presidente sea católico,<sup>11</sup> y sobre todo el artículo 67, inciso párrafo 15, que prescribe la conversión de los indígenas al catolicismo.<sup>12</sup> Alberdi, el autor del proyecto principal de la presente constitución, afirmaba que estas cláusulas, "lejos de ser incompatibles se necesitaban y complementaban mutuamente". Sin embargo, la libertad religiosa está siendo

severamente restringida si el dinero de uno es usado para pagar impuestos que apoyan otra religión, si uno es excluido de la posición más alta del país por razones de religión, y si uno es un indígena sujeto a leyes que promueven su conversión.

Como en otros casos de indeterminación, la tarea de solucionar aquellas de orden lógico inevitablemente implica utilizar juicios valorativos, aun cuando ha sido recurrentemente argumentado y asumido por el pensamiento jurídico que es posible y necesario solucionar las indeterminaciones jurídicas por medio de operaciones neutrales en términos axiológicos. Esta pretensión es vana desde que, sin recurrir a principios valorativos, no es posible elegir entre dos o más normas contradictorias o cubrir una laguna. Los diferentes criterios de interpretación que, se supone a menudo, resuelven estos problemas ellos mismos sufren de indeterminaciones y, dadas sus propias inconsistencias y lagunas, no pueden ser aplicados sin elecciones valorativas previas. Autores como Carlos Cossío, o incluso más importantes como Hans Kelsen, afirman que el derecho no tiene ninguna laguna. En el caso de Kelsen, su argumento está basado en el supuesto de que todo sistema jurídico incluye necesariamente el principio de clausura de acuerdo con el cual todo lo que no está prohibido está permitido.<sup>13</sup> Sin embargo, Alchourrón y Bulygin<sup>14</sup> han demostrado que Kelsen incurre en una falacia motivada por la ambigüedad de la expresión "permitido".<sup>15</sup> Ellos también hacen una distinción entre lagunas lógicas y axiológicas, donde incluso cuando el sistema jurídico asigne una solución al caso, éste no considera como relevante una propiedad que debería o podría ser relevante para asignárselo a una solución diferente.

Ciertas reglas son a menudo utilizadas para resolver contradicciones; la más conocida es *lex superior* (la ley superior prevalece sobre la inferior), *lex posterior* (la ley posterior prevalece sobre la ley anterior) y *lex specialis* (la ley especial prevalece sobre la ley general). Muchas veces estas reglas son vistas conscientemente o inconscientemente como reglas lógicas y, por lo tanto, ciertas contradicciones no son percibidas como tales. Sin embargo, todas ellas, y particularmente *lex specialis*, no tienen una aplicabilidad universal y, lo que es más importante, pueden contradecirse mutuamente en ciertos casos (una ley especial puede ser, por ejemplo, previa a una ley general).

#### Quinto paso: subsunción del caso individual al ámbito de la norma

Este es el paso que limita la tarea de la aplicación de una norma a un caso específico. Requiere una nueva derivación de las consecuencias lógicas aplicables estrictamente al caso individual una vez que el sistema normativo relevante ha sido reconstruido y sus indeterminaciones resueltas. Por otro lado, requiere operaciones empíricas que son necesarias para determinar las propiedades fácticas del caso, un proceso donde las consideraciones normativas intervienen una vez más.

Una vez que estos pasos en el proceso de conversión de textos en proposiciones que puedan servir como premisas para el razonamiento justificatorio hayan sido distinguidos, uno se da cuenta claramente de la indeterminación radical de la constitución entendida como un documento. Si nosotros susstraemos las consideraciones valorativas que se requieren en muchos de estos pasos, el texto constitucional no puede determinar por sí mismo el curso del razonamiento justificatorio desde que éste es compatible con un conjunto indefinido de proposiciones que se contradicen entre sí. Las consideraciones normativas mismas no pueden ser extraídas del texto desde que éste las necesita para ser transformado en un conjunto de proposiciones justificatorias. No hay procedimientos neutrales que nos puedan ayudar para producir esta transformación. El proceso de interpretación recurre a juicios morales que deben ser aceptados como resultado de sus propios méritos y no porque ellos hayan sido establecidos.<sup>16</sup>

La indeterminación de la constitución no está presente en el mismo grado, sin embargo, si la concebimos de un modo puramente descriptivo, no como un texto prescriptivo o un documento, sino como una práctica o convención generada no sólo por la sanción de un texto, sino también por las acciones, actitudes, expectativas de los jueces, legisladores, funcionarios del gobierno y la ciudadanía en general. De esta forma, la constitución es entendida como una respuesta a ese texto que evoluciona con el paso del tiempo. Naturalmente, la práctica constitucional misma ha recurrido a consideraciones valorativas para convertir el texto en proposiciones cuya aceptación ha

generado acciones, actitudes y expectativas. Pero una vez que la práctica tiene un cierto desarrollo e incluye convenciones para darle un significado general al texto, el texto aparece frente a participantes y observadores posteriores como una entidad más determinada aunque no completamente, permitiéndole así inferir proposiciones justificatorias del mero texto.

Este método para solucionar en parte la paradoja de la indeterminación radical puede conducirnos a pensar que la constitución histórica debería ser entendida no como un mero documento sino como una práctica generada por éste. Incluso después de haber llevado a cabo este importante paso, como veremos más adelante, no es fácil explicar por qué una práctica debería obligarnos, incluso si esa práctica o norma puede ser definida.

### **La superfluidad de la constitución histórica para el razonamiento práctico**

La idea que exploraré ahora es que la constitución histórica, ya sea vista como una descripción de la práctica social actual o como una prescripción de la práctica social futura, no es relevante desde el punto de vista lógico para determinar la validez de las otras normas del sistema jurídico. Voy a tratar de demostrar este punto de un modo informal a través de la consideración de un problema central discutido por los constitucionalistas: la validez de los tratados internacionales que entran en conflicto con constituciones nacionales.

Las disposiciones de un tratado a menudo aparecen en conflicto con las disposiciones de la constitución de un país. Por ejemplo, en Argentina, hay un debate referido a la autoridad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, establecida por la Convención Interamericana de Derechos Humanos. De acuerdo con la Convención, se supone que la autoridad de la Corte prevalece sobre los jueces nacionales en los países que, como Argentina, han ratificado en forma completa la Convención. Este reconocimiento de autoridad está, sin embargo, en conflicto con el artículo 100 de la Constitución Argentina,<sup>17</sup> que establece que el Poder Judicial es ejercido por la Corte Suprema y los tribunales inferiores, implicando fuertemente que no puede existir ningún tribunal de mayor jerarquía que la Corte Suprema.

Tres posiciones diferentes pueden ser distinguidas teniendo en cuenta estos aparentes conflictos entre el sistema jurídico nacional e internacional, cada una de las cuales postula una relación diferente entre los dos tipos de normas. El "monismo nacional" afirma que la validez del derecho internacional depende de su consistencia con el orden legal nacional. El "monismo internacional" establece la posición opuesta: los sistemas legales nacionales derivan su validez del derecho internacional, por ejemplo, del principio de la efectividad del derecho internacional, con el cual ambos deben, por ende, estar en concordancia. Finalmente, el "dualismo" sostiene que cada sistema es válido independientemente del otro.

En el caso argentino, aquellos que afirman la prioridad del derecho nacional sobre los tratados internacionales se apoyan en el artículo 27 de la Constitución. Este establece que los tratados deben estar en concordancia con los principios constitucionales de derecho público. Aquellos que argumentan a favor de la prevalencia de los tratados internacionales basan su argumento en los artículos 27 y 46 de la Convención de Viena de 1969, la cual prohíbe a las naciones invocar su derecho interno para justificar su comportamiento internacional a menos que el conflicto entre el tratado y el derecho interno indique una ausencia de consentimiento al tratado o el tratado mismo estipule que la regla interna tiene preponderancia.

Formulado de esta forma, estos argumentos son vacuos, porque son completamente circulares. Aquellos que afirman la prioridad de la Constitución Nacional sobre los tratados internacionales, basando estos argumentos en el artículo 27 de la Constitución, presuponen la prevalencia de la Constitución a través de la preferencia de la regla constitucional sobre la Convención de Viena. En forma similar, aquellos que argumentan a favor de los tratados internacionales, basando esos argumentos en los artículos 27 y 46 de la Convención de Viena, presuponen la prioridad del tratado sobre la Constitución por considerar a la Convención relevante para resolver este asunto. Las reglas que sostienen su propia validez y prevalencia sobre otras reglas son absolutamente vacías, desde que ellas son autorreferentes.<sup>18</sup>

Cada vez que se decide aplicar una norma constitucional por sobre un tratado, o cuando se decide, por el contrario, aplicar un tratado por sobre una constitución, se hace sobre la

base de consideraciones externas a la constitución o al tratado en cuestión. No podemos apoyarnos en la constitución o el tratado para establecer su propia validez. En otras palabras, la Constitución puede asignar validez a otras reglas sólo si ella misma es válida, pero ésta no puede ser la base de su propia validez. Su validez está necesariamente basada en principios básicos u otros fundamentos supraconstitucionales. Este argumento se aplica también a cualquier otra regla.<sup>19</sup>

Desde que la constitución no puede adscribir validez a otras reglas si ella misma no es válida y toda vez que ésta no puede adscribirse validez a sí misma, la constitución no puede otorgar validez a otras reglas. Es necesario de este modo recurrir a consideraciones externas a la práctica constitucional para justificar el carácter obligatorio de las normas jurídicas. Estas consideraciones deben ser de carácter moral cuando los intereses de personas diferentes están en juego. Sólo las razones morales no se basan en los pronunciamientos de las autoridades. Por el contrario, estos pronunciamientos necesitan inevitablemente ser justificados por medio de otras razones. Como he argumentado en otra parte, las reglas del discurso práctico intersubjetivo son de tal naturaleza que incurrimos en una inconsistencia pragmática sólo cuando sostengamos juicios morales y no actuamos de acuerdo con ellos.<sup>20</sup> Por el contrario, la referencia al contenido de una práctica social, como lo es el sistema jurídico, es perfectamente compatible con una acción que sea la opuesta a la requerida por su contenido.

Esto implica que el recurso jurídico es un tipo especial de discurso moral, una idea que Robert Alexy llama *Sonderfall*.<sup>21</sup> La tesis puede ser expresada de la misma manera diciendo que la práctica social, tal como lo es una constitución vista como una práctica social, no puede en sí misma justificar acciones o decisiones, pero puede sólo constituir un hecho condicionante que determine la aplicabilidad de ciertos principios morales para justificar acciones o decisiones.<sup>22</sup> Cuando los jueces invocan la constitución para justificar la aplicación de una norma jurídica, no se refieren a esa norma como una práctica social, esto es, como un hecho visto desde el punto de vista externo, sino que se refieren a esto desde el punto de vista interno como una proposición normativa o moral. Esta práctica de formulación continua de proposiciones normativas acerca de la obligación de

aplicar ciertas reglas a la justificación de acciones o decisiones da lugar a lo que, visto desde una perspectiva externa, constituye una práctica de reconocimiento.

Hasta este momento nosotros hemos demostrado que una constitución como texto o como práctica social de reconocimiento no es suficiente en sí misma para proveer fuerza obligatoria o validez a las restantes reglas del sistema jurídico. Consecuentemente, no puede por sí misma justificar decisiones basadas en esas reglas. Por otro lado, no hemos probado la hipótesis más fuerte que sostiene que la constitución es superflua. En efecto, la demostración anterior implica que aun cuando la constitución entendida como una práctica social no puede ella misma generar proposiciones justificatorias, sí es relevante para tales derivaciones.<sup>23</sup> El paso siguiente que conduce de la negación de la autosuficiencia de la constitución, entendida como un texto o como una convención social, a su superfluidad está basado sobre el análisis de los principios morales necesarios para legitimar una constitución.<sup>24</sup> Tales principios pueden contener todo lo que la constitución pueda contener. Entonces la constitución histórica no puede agregar nada a sus principios morales subyacentes.

El argumento que conduce a esta conclusión es bastante claro. Desde que la legitimidad de una constitución determinada por tales principios morales se articula sobre el hecho de que ésta tiene ciertos contenidos, en el sentido de que reconoce ciertos derechos fundamentales. Si la constitución reconoce esos derechos u otros contenidos que los principios morales requieren, se la considerará legítima y capaz de conferir validez a las reglas que ella reconoce. Una vez que la constitución cumple con este requerimiento puede servir como una razón justificatoria. Si no reconoce los principios morales a los cuales debemos necesariamente recurrir para justificarla, arribaremos a una conclusión negativa acerca de la justificabilidad de la constitución.<sup>25</sup> Sólo si la constitución histórica contiene los derechos y otros contenidos requeridos por sus principios morales subyacentes y excluye reglas antagónicas con tales derechos y contenidos, puede ésta ser relevante para el razonamiento justificatorio práctico. Sin embargo, desde que tales derechos pueden ser inferidos de los principios morales mismos, una descripción de la práctica constitucional es superflua para cualquier justificación.<sup>26</sup>

En resumen, una constitución no es legítima y no puede ser empleada para justificar acciones y decisiones si ella carece de cierto contenido necesario o básico. Si incluye tal contenido, es superflua, porque las justificaciones pueden ser inferidas directamente de los principios morales que prescriben su contenido. Estos principios cruciales comprenden lo que podemos denominar como la constitución ideal, la cual contiene la protección de los derechos y el establecimiento de la democracia. De este modo, parece ser que la constitución entendida como un texto e incluso como una práctica social de reconocimiento es superflua para generar proposiciones normativas obligatorias.

En el capítulo 5 voy a argumentar que la concepción epistémica del discurso moral y de la democracia pueden demostrar la relevancia del gobierno y de las normas jurídicas al tiempo que debemos recordar que tal razonamiento debe estar fundado en principios autónomos. Esta concepción sostiene la tesis de que el gobierno, para ser relevante, debe ser democrático y al mismo tiempo ofrecer una salida para nuestra incertidumbre acerca de la validez de los principios morales intersubjetivos de nuestra capacidad para percibirlos en forma correcta. Desafortunadamente, esta salida, que es aplicable para demostrar la relevancia de aquellas normas positivas que tienen origen democrático, no puede justificar la relevancia de la mayoría de las constituciones históricas, intuitivamente de suma importancia para razonamiento práctico, porque ellas de hecho no fueron originadas en procedimientos legítimos y completamente democráticos capaces de apoyarse en la presunción epistémica de la validez moral de sus prescripciones.

Debemos entonces enfrentar una idea problemática. No obstante la retórica sobre la importancia de una u otra constitución en particular, el texto de una constitución y las circunstancias fácticas que rodean su sanción y observancia son superfluos para el rol central que esperamos que ésta juegue: tener un impacto lógico en el razonamiento práctico de los funcionarios públicos y los ciudadanos guiándolos a tomar decisiones que sean correctas en lugar de arbitrarías o discretionales. Sin embargo, no nos quedaremos con esta alternativa desalentadora, sino que asumiremos el desafío de demostrar la relevancia de la constitución histórica.

### Cómo tomar en serio la constitución histórica

Uno puede disentir con la conclusión de que la constitución histórica es irrelevante para el razonamiento práctico argumentando que ella es fundamentalmente la *convención* más básica que determina la vida colectiva de la sociedad. Como tal, ésta desempeña una función social indispensable, sirviendo de marco para apoyar y limitar el proceso democrático. Volviendo a la idea de la constitución como práctica social o convención, se puede superar no sólo la paradoja de la indeterminación radical del texto sino también la de la superfluidad de la constitución para el razonamiento práctico. Esto se debe al hecho de que las convenciones pueden afectar el razonamiento práctico no obstante el principio que niega que los juicios de deber ser pueden derivar de meros hechos.

Esta es la tesis sostenida por Neil MacCormick quien, bajo la influencia de Hume, afirma que el constitucionalismo es un prerequisito de la democracia operativa.<sup>27</sup>

El mundo contemporáneo revela una triste pluralidad de experimentos frustrados, así como también una considerable cantidad de éxitos, los cuales están lejos de ser perfectos. Pero sí parece que la democracia opera sólo donde hay algún tipo de orden constitucional bien establecido que está basado en una tradición constitucional que se encuentre fuertemente en vigor, cuando aquel orden constitucional utiliza la separación de poderes (al menos en lo que ello implica retirar la interpretación jurídica de la arena democrática, excepto cuando se refiere al origen posible de los juicios por jurados) y cuando la seguridad al menos de que los derechos constitucionales derivados se encuentran firmemente respetados. En este sentido, el constitucionalismo es un prerequisito de la democracia.

La tesis de MacCormick, apoyada por Hume, provee un argumento poderoso para la relevancia de la constitución histórica para el razonamiento práctico. Una constitución es relevante porque ella expresa una convención fundamental del país: un acuerdo en el tiempo entre diversos grupos sociales acerca de cómo el poder coercitivo del Estado será distribuido y de los límites a aquel poder respecto de los individuos. Como

convención fundamental para la sociedad, la constitución histórica, incluso si ella limita la democracia a través del establecimiento de procedimientos y restricciones que no maximizan las posibilidades de la discusión y decisión democrática, provee de un modo imperfecto las bases para la democracia misma. Si valoramos la democracia, debemos también valorar sus prerequisitos.

Sin embargo, el argumento de MacCormick no es completamente claro acerca de la forma en que una constitución como convención, que deja la protección de un mínimo grupo de derechos a órganos que no están completamente sujetos al proceso democrático, garantiza la estabilidad y viabilidad de una democracia imperfecta. No es fácil percibir la importancia del carácter convencional o tradicional de la convención en este argumento y aislarlo de las demandas de la separación de poderes y el respeto de los derechos individuales. Tampoco se puede inferir con claridad una relación entre el carácter convencional de la constitución y su contenido. En cualquier caso, el argumento según el cual una democracia protegida por una constitución que regula y limita su funcionamiento y que está sujeta a la tradición es más estable y operativa, es suficientemente atractivo, al menos intuitivamente, para que sea valioso explorar las consecuencias de concebir la constitución como una convención o práctica social. (Pero no discutiremos la obviedad de que la democracia es más estable cuando las normas constitucionales que la consagraron se apoyan en la costumbre. El principal aporte de la tesis de MacCormick es menos obvio: el hecho de que una democracia es más estable y operativa cuando las normas constitucionales que la limitan tienen lazos convencionales.)

Las convenciones ayudan a resolver los problemas de acción colectiva. Estos implican situaciones en las cuales las intenciones de las partes pueden ser frustradas por no poder justificar su comportamiento sobre la base de expectativas acerca del comportamiento de las otras partes que interactúan con ellas. David Lewis ilustra esto con un caso sencillo: una conversación telefónica es interrumpida y ambas partes entienden el error de tratar de restablecer su conversación a través de llamar las dos simultáneamente.<sup>28</sup> Para resolver este problema de coordinación se ha desarrollado una convención por la cual

la parte que llamó es la que debe llamar nuevamente. Esta puede no ser la mejor solución o la solución más justa o equitativa, pero es más conveniente para todos respetar esta convención que arriesgarse a su desaparición, a la luz de la dificultad en el restablecimiento de las comunicaciones que resultaría si cada persona tratara de poner su propia idea acerca de la respuesta apropiada.

Al describir una convención desde el punto de vista externo, no podemos ignorar el punto de vista interno de aquellos que participan en ella. Como ya lo he sostenido en otra parte,<sup>29</sup> ésta es una característica general de la praxis humana. Cuando examinamos una acción individual no podemos describirla como intencional si no consideramos el punto de vista interno de su agente, quien actuó de acuerdo al razonamiento práctico fundado en premisas normativas y descriptivas que constituyen el contenido proposicional de sus deseos y creencias. Desde el punto de vista externo esos deseos y creencias concebidos como hechos causaron la acción considerada como intencional. Sin embargo, es imposible identificar esos deseos y creencias, o incluso relacionarlos causalmente con la acción, sin considerar, como lo hizo el agente, las proposiciones que constituyen su contenido, la relación lógica entre las proposiciones y entre aquéllas y la acción. La acción es causada por deseos y creencias que adhieren a proposiciones normativas y fácticas conectadas por ciertas relaciones lógicas. De forma similar, respecto de la práctica social, no podemos identificar acciones y actitudes que son parte de una práctica si no consideramos las proposiciones a las cuales sus agentes adhieren cuando llevan a cabo sus acciones y actitudes. Por ejemplo, los gestos que constituyen la práctica de saludar no podrían ser identificados sin asumir que aquellos que los practican creen que estos gestos son una forma apropiada de saludar a otra persona. Por otra parte, ellos adhieren a la obligación social de extender los saludos a través del empleo de un grupo de gestos permitidos.

Desde el punto de vista interno de los actores de un sistema jurídico, lo que realmente importa no es si las normas pertenecen al sistema jurídico en un sentido descriptivo, sino si esa norma debería ser aplicada para justificar una acción o decisión. De acuerdo con la forma en que esta pregunta es generalmente contestada desde el punto de vista interno, el problema

de la pertenencia de una norma a un sistema jurídico será resuelto desde el punto de vista externo.<sup>30</sup>

La crítica de Dworkin a la concepción positivista de la regla de reconocimiento de Hart puede ser interpretada como un rechazo a la idea de que la práctica social puede ser útil para justificar acciones o decisiones, como las que toman los jueces. Esta crítica, sin embargo, descansa sobre una base poco sólida. Al considerar la distinción de Hart entre los puntos de vista interno y externo puede verse que la regla de reconocimiento aparece como una práctica social solamente desde el punto de vista externo. Este último no es el del juez resolviendo un caso sino el de un observador, por ejemplo, un sociólogo o antropólogo tratando de describir el orden jurídico actual de una sociedad en forma imparcial. Aunque la crítica de Dworkin pueda considerarse, por estos motivos, sin fundamento, sigue siendo útil en la medida en que ella resalta un punto que Hart, si bien no niega, tampoco enfatiza lo suficiente: que aquellos que adoptan el punto de vista interno hacia la práctica, como por ejemplo la regla de reconocimiento, no pueden quedar satisfechos con las descripciones de la práctica que, como tales, son compatibles con cualquier acción o decisión. Deben, por lo tanto, formular proposiciones normativas que justifiquen su decisión de, por ejemplo, aplicar o no una norma.

En otro lugar ya he sostenido que Hart no es suficientemente claro acerca de la naturaleza de las proposiciones normativas que deben ser formuladas desde el punto de vista interno considerando las normas jurídicas (incluyendo las normas de reconocimiento).<sup>31</sup> Parece decir que ellas no son necesariamente de naturaleza moral, pero pueden tener un carácter diferente. Por el contrario, sostengo que todas las proposiciones justificatorias judiciales deben a fin de cuentas derivar de proposiciones morales que legitiman ciertas autoridades. Esto se debe a que asumo que, en el discurso práctico, las razones últimas son autónomas en el sentido kantiano del término. Ellas son reconocidas por su mérito intrínseco y no porque se originen en alguna autoridad legislativa, divina o convencional.<sup>32</sup>

Imaginemos una práctica social en la cual todos los participantes se involucran en acciones o actitudes similares, pero lo hacen en forma inconsciente de su consistencia; sólo se apoyan en principios ideales para desarrollar sus conductas. Estos

principios pueden ser los mismos, o bien diferentes. ¿Constituiría esta situación una práctica social o una convención? No lo creo. No todas las coincidencias son convenciones. Por ejemplo, puede haber consenso en contra de la discriminación hacia las mujeres y las personas de color, pero no es el consenso mismo el que describe una práctica o convención a estos efectos. En lugar de ello, lo que distingue una práctica o convención es la conciencia de sus participantes, el hecho de saber que participan de una práctica social y, aun más, el hecho de que participar en esa práctica social es parte de la razón para actuar como lo hacen. Así, David Lewis define una convención no sólo por la regularidad de la conducta sino también por el hecho de que sus participantes tienen la expectativa de que los demás participantes actúen de acuerdo con esta conducta; prefieren actuar de la misma manera siempre que los otros también lo hagan.

Esto es claro en el caso de las convenciones que resuelven problemas de coordinación y carecen de una solución moral relevante, por ejemplo la convención de manejar por la derecha o la de correrse hacia la derecha cuando se aproxima un peatón en dirección opuesta. Tal conducta se lleva a cabo sólo porque uno espera que el otro haga lo mismo. Pero algo similar sucede en relación con las convenciones que prescriben conductas que no son opcionales desde el punto de vista moral (esto implica que estoy usando la palabra *convención* en un sentido más amplio que el utilizado por la literatura sobre decisión racional). Por ejemplo, hay una sola práctica social o convención para pedirle disculpas a alguien a quien hemos ofendido o dañado, si somos conscientes de qué es lo que se hace normalmente y qué es lo que los demás esperan que hagamos. La conciencia es un rasgo definitorio de una práctica social o convención.

El rol de la constitución histórica como una convención o práctica social se aclara si comprendemos que los actores del sistema jurídico, legisladores, constituyentes o jueces, por ejemplo, se encuentran involucrados en una empresa colectiva de cierta duración. Uso la analogía de la construcción de una catedral para explicar este punto. Una catedral es construida a lo largo de un prolongado período de tiempo. Consideremos la catedral de Colonia, completada a través de sucesivas generaciones entre los siglos XIII y XIX, o la catedral de Estrasburgo, terminada por secciones entre los siglos XII y XVII, o la "Sagrada

Familia" de Barcelona comenzada por Martorell y Villar en 1881, continuada por Gaudí dos años más tarde y aún en construcción. Supongamos que uno de nosotros es un arquitecto encargado de continuar con la construcción de alguna de estas catedrales, sabiendo que probablemente no las veremos terminadas pero que ellas serán completadas por otros quizás en un futuro distante.

Uno necesariamente comenzará con preconcepciones estéticas, por ejemplo, que sólo el estilo gótico le da a una catedral la trascendencia necesaria para ser un lugar de inspiración espiritual. Entonces, sobre la base de esta determinación, se pueden juzgar los méritos del trabajo incompleto desde el cual la construcción será continuada. Si, por ejemplo, la catedral fue inicialmente construida siguiendo otro estilo, digamos, por ejemplo el románico, se pueden tener diferentes reacciones. Una posiblemente podría ser decidir que lo que ya se ha construido no tiene valor alguno desde el punto de vista estético, y debería demolerla y comenzar de nuevo. Para alcanzar una conclusión de este tipo, el arquitecto debe imaginar que es en efecto posible comenzar la construcción nuevamente. Sin duda, sería irresponsable adoptar esta propuesta sabiendo que es imposible empezar *ex nihilo* a menos que se piense que es mejor que no haya ninguna catedral a que haya una mala catedral.

Otra posibilidad es que aquellos que están a cargo de la continuación del trabajo concluyan que, a pesar de los defectos que existen, es aún preferible continuar con el proyecto en lugar de abandonarlo y comenzar una vez más. En este punto, el arquitecto debe resolver una serie de complicados problemas técnicos y estéticos. Supongamos que la continuación del trabajo en un estilo más atractivo implica cambios estructurales que podrían poner en peligro la estabilidad de la catedral. O supongamos que el arquitecto cree que las catedrales sólo pueden construirse en estilo gótico y que el románico utilizado hasta este punto resulta inapropiado. El arquitecto tiene que decidir si su contribución al diseño de la catedral, que puede incluso concurrir con contribuciones independientes de otros artistas, debería ser en gótico, románico, o en algún estilo intermedio que armonizara mejor con el que ya se ha construido. O tal vez, debería ser en algún otro estilo capaz de neutralizar la estética

o las deficiencias funcionales del románico. Por supuesto, si el arquitecto tuviera en mente una imagen ideal del estilo gótico, él no podría traducir esta imagen directamente a la realidad porque sabe que no está construyendo toda la catedral sino sólo una parte de ella, posiblemente incluso una pequeña parte. Sabe también que si diseña una parte específica de acuerdo a su ideal de catedral, el resultado de combinarla con el trabajo preexistente podría ser técnicamente deficiente o estéticamente horrendo. Entonces, el diseño final puede terminar incluso peor que si la catedral hubiera sido completada en el estilo románico en que fue comenzada.

Además, supongamos que nuestro arquitecto sabe que no va a tener el privilegio de terminar la catedral, sino que otros la completarán. Sabiendo esto, razonablemente tomará en cuenta no sólo lo que ya está construido, sino la forma en la cual la catedral será probablemente continuada por otros. Sus elecciones estilísticas deben incorporar no sólo el pasado sino también las contribuciones futuras para la construcción de la catedral. (Si, por ejemplo, el arquitecto prevé que otros arquitectos continuarán en estilo románico esto afectará su decisión de efectuar una contribución en estilo gótico.) La necesidad de tomar en cuenta las contribuciones futuras obviamente complica las decisiones del arquitecto de una forma muy particular, ya que las contribuciones futuras pueden ser parcialmente influenciadas por sus decisiones presentes.

La analogía de la catedral demuestra que hay una racionalidad específica para acciones emprendidas colectivamente. No importa cuáles son los criterios generalizados para definir lo deseable en un trabajo colectivo, esos criterios están cualificados cuando se aplican a esfuerzos que contribuyen a realizar un trabajo pero no tienen ningún control sobre el resultado final.<sup>33</sup> Alguien que contribuya independientemente a un trabajo colectivo no puede adoptar la simple estrategia de darle forma a la realidad de acuerdo a un modelo ideal. El problema que surge es diferente de los obstáculos que se oponen a la realización de ideales, que requieren de ajustes, o tácticas diseñadas para superarlos. Más bien, éste tiene que ver con el hecho de que usamos principios que otorgan un valor a las acciones fundados en los resultados finales preconcebidos, pero no podemos producir esos resultados a través de nuestras propias acciones.

Necesitamos la cooperación de otras personas a quienes nosotros no podemos controlar.

Debido a que sólo podemos hacer una contribución al trabajo colectivo sobre cuyo producto final no tenemos control, la elección racional puede no ser la que opte por la alternativa más deseada. En lugar de ello, la elección racional puede elegir por otra con menos méritos. Dada una catedral con cimientos románicos, podría ser técnica y estéticamente preferible continuarla con el mismo estilo o un estilo intermedio, en lugar del estilo gótico que sería elegido si la construcción total de la catedral estuviera bajo nuestro control. Este tipo de racionalidad limitada por elecciones hechas por otros en un trabajo colectivo, puede ser llamada "segundo mejor", porque ella acarrea a menudo un abandono progresivo del modelo ideal con el deseo de mejorar la acción colectiva o el trabajo como un todo.

Los constituyentes, legisladores, jueces y administradores deben ser vistos como participantes de un trabajo colectivo, la construcción del derecho, que es en sí mismo parte de un fenómeno más amplio y complejo compuesto de prácticas, instituciones, hábitos y actitudes culturales y creencias básicas que definen una sociedad. Sólo hombres y mujeres excepcionales, actuando bajo condiciones excepcionales, como Napoleón o Lenin, pueden tener casi completo control sobre la construcción de un orden jurídico entero y su red de prácticas, hábitos, expectativas y actitudes culturales. Normalmente, incluso grandes hombres y mujeres sólo pueden aspirar a hacer una contribución importante al trabajo colectivo de construir el derecho que es el producto intencional o no de las acciones de millones de personas en un largo período de tiempo. Cada una de esas contribuciones está condicionada por la evolución del derecho y otras prácticas sociales del pasado y del futuro.

Dado que los constituyentes, legisladores y jueces generalmente contribuyen en la realización de un trabajo colectivo sin poder controlar los aportes pasados, presentes y futuros, pudiendo sólo influir parcialmente, sus acciones deben seguir los mandatos de la racionalidad. Sería irracional para un juez resolver un caso como si estuviera creando todo el orden jurídico con su decisión o incluso el orden jurídico relativo a la cuestión bajo examen. El juez debe considerar las expectativas creadas por decisiones de legisladores y jueces en el pasado para que sus

conclusiones armonicen con las decisiones simultáneas de sus colegas. Esta es una consideración importante que resulta auxiliada por el principio que dice que "casos parecidos deben ser decididos en forma similar". Además, el juez querrá que su decisión sirva como precedente útil para el futuro. De otro modo ésta sería ignorada al punto de que inspire oposición por futuros legisladores y jueces.

Aquí nosotros vemos claramente el significado de una constitución histórica en el contexto de la construcción colectiva del derecho vigente y las prácticas sociales que lo componen. La constitución original, esté o no expresada en un texto escrito, es un hecho histórico que representa el intento exitoso de encontrar un proceso a través del cual nosotros identifiquemos el orden jurídico de una sociedad. Generalmente hay muchos intentos de esta naturaleza, y sólo unos pocos son exitosos. Aquellos que lo son tienen un carácter sobresaliente que permite que la atención y los esfuerzos del resto sean coordinados alrededor de él. Es generalmente muy difícil recomenzar este proceso, aunque se hagan reajustes en algunos momentos que, debido a su magnitud, serán considerados reformas constitucionales.

La toma de conciencia de que el razonamiento práctico justificatorio no está dirigido a justificar acciones y decisiones individuales, sino sólo a realizar contribuciones a una acción colectiva que se extiende a lo largo del tiempo a través de una convención constitucional, nos permite no sólo solucionar la paradoja de la superficialidad moral de la constitución histórica, sino también su indeterminación radical. La constitución histórica, que es relevante para el razonamiento práctico, no es un mero texto o documento, sino que está constituida por la regularidad de las conductas, actitudes y expectativas de sucesivas legislaturas, funcionarios de gobierno y generaciones de ciudadanos generadas a partir de la sanción de aquel texto. Así, la tarea de transformar el texto en proposiciones justificatorias es asistida por las opciones tomadas por este trabajo colectivo, y las indeterminaciones son mucho más restringidas que si cada uno de nosotros tuviera que confrontar aisladamente el texto desnudo.

Esta teoría que propongo debe distinguirse de otros intentos similares de analizar prácticas sociales en términos de

acción colectiva. Este enfoque no es de tipo burkeano: no atribuye ningún valor inherente a las tradiciones de la sociedad. Ni tampoco es como la concepción dworkiniana, que se basa sobre el valor de la integridad que autoriza a jueces y funcionarios a tomar decisiones sobre la base de los mejores principios usados para justificar las decisiones y medidas de otros jueces y legisladores. Mi teoría también debe distinguirse de la concepción comunitarista defendida por filósofos como MacIntyre, quien usando el ejemplo de la narración sucesiva afirma que sólo en el contexto de prácticas sociales compartidas puede desarrollarse una concepción válida del bien.

A diferencia de las concepciones mencionadas más arriba, mi enfoque está basado en el reconocimiento del hecho de que las acciones de los legisladores y de los jueces se desarrollan en el contexto de un trabajo colectivo que está fuera de su control. El juez o el legislador es libre para decidir que el sistema jurídico prevaleciente, comenzando con la constitución, tiene tan poco valor que vale la pena arriesgarse a refundarlo, o a enfrentar incluso una situación de anarquía o disolución del orden jurídico. La decisión del juez debe sin embargo ser concebida como una parte integral del orden jurídico, fundado sobre ciertos hechos constitucionales. Así, las medidas legislativas, judiciales o administrativas deben contribuir a la preservación e incluso al mejoramiento del orden jurídico. A diferencia de la visión de Dworkin, esto no significa que las medidas deban ser justificadas sobre la base de aquellos mismos principios que justifican las otras contribuciones del orden jurídico supuestamente valioso, dada la imposibilidad de un nuevo acto fundamental.

Se ha sostiene a menudo que hay valores *prima facie* inherentes en todo sistema jurídico, no importa cuál sea su contenido.<sup>34</sup> Esta afirmación es de dudosa validez. Los valores de paz y orden, por ejemplo, son derivados del valor justicia sólo cuando se encuentran en situaciones sociales donde ciertos actos de violencia no están justificados. Más inherente a la idea de orden jurídico es el valor de la predictibilidad. Pero esta predictibilidad es instrumento de algún otro valor (como lo muestra Max Weber cuando lo relaciona con la economía de mercado) y dependerá de la prevalencia de este último sobre los valores que compitan con él. Es posible decir que la constitución

histórica actual y su orden jurídico resuelven un problema de coordinación al constituir un hecho histórico completo si se lo compara con otros intentos históricos. Como tal, si la constitución actual tiene algún valor, éste reside en la posibilidad de ser reformada y perfeccionada, una posibilidad no ofrecida por otras utopías no realizadas o no realizables. El hecho de que el legislador o el juez no hayan podido dictar su ley o sentencia sin un orden jurídico que les haya otorgado autoridad no implica en sí mismo una restricción moral a sus decisiones, desde que el orden jurídico puede ser tan malo en comparación con la constitución ideal que es necesario tomar ventaja de esa autoridad para poder destruirlo. Sin la preservación del orden jurídico, sin embargo, sus futuras decisiones probablemente serán completamente inefectivas.

Esta concepción va más allá de la recomendación de Karl Popper de considerar las tradiciones como factores condicionantes en la ingeniería social gradual.<sup>35</sup> No se trata sólo de adoptar algunas prácticas para cambiar otras. Si la única forma de tomar decisiones justificadas moralmente es hacerlo en el contexto de prácticas sociales existentes fundadas en una constitución, es necesario preservar la constitución y las prácticas sociales generadas por ellas, aún quizás cuando ellas provengan de la ortodoxia democrática. Esta necesidad está sólo limitada por la situación en que las prácticas son tan malas que ellas no pueden ser mejoradas. Sólo en este caso, que es la peor situación, está moralmente justificada la decisión, a la luz de la constitución ideal, de no tener en cuenta la constitución histórica y enfrentar el riesgo de no poder establecer exitosamente otra.

Preservar la constitución histórica y las prácticas generadas por ella no es algo que sea relevante sólo desde el punto de vista externo. Por el contrario, se necesita observar las justificaciones internas de aquellos que han participado, o están participando, y participarán en el establecimiento y desarrollo de una constitución histórica y sus prácticas. Por ejemplo, una constitución puede establecerse exitosamente como la base de un sistema jurídico si los ciudadanos le reconocen una cierta autoridad intrínseca después de un tiempo al texto constitucional y los hechos históricos que rodearon su creación. Sin embargo, como hemos visto en el capítulo anterior, parece bastante claro que ni el texto ni la combinación de circunstan-

cias históricas tienen valor epistémico para determinar tales principios. Si el razonamiento justificatorio está basado sobre principios que consideramos válidos debido a su mérito intrínseco, o debido a los procedimientos coherentes con el respeto por los derechos de la constitución ideal y la organización democrática del poder, la dimensión histórica de la constitución se convierte en superflua. La determinación de si hay o no una coincidencia en las razones básicas, sean ellas sustantivas o epistémicas, es un problema de hecho. Si no existe ninguna coincidencia, la actualidad de la constitución y sus prácticas se verán diluidas.

Este problema ubica al teórico en una posición difícil. La de ser casi como un ateo obligado a predicar una religión. Uno debe tratar de mantenerse en conformidad con las reglas de comportamiento que cree están racionalmente justificadas pero que no serían seguidas sobre la base de su justificación racional. Como los jueces y legisladores sólo pueden emitir decisiones moralmente justificadas que sólo serán efectivas si ellas son tomadas en el marco de una constitución histórica exitosa, quizás su preservación y futuro mejoramiento requiera que su razonamiento la acepte como un hecho moral básico.

Creo que la solución reside en la adopción de un razonamiento de dos niveles:

i) En el nivel más básico, las razones que legitiman una práctica social particular constituida por la constitución histórica deben ser articuladas. Aquí son aplicables los requerimientos para promover un proceso democrático de toma de decisiones y reconocer derechos fundamentales. Ellos nos permiten evaluar la legitimidad de la constitución histórica: si es la expresión de un consenso democrático, consecuencia de una amplia y libre deliberación, y si además provee las bases para la formación del consenso y la deliberación teniendo en cuenta normas de categoría inferior. Asimismo, podemos evaluar el grado en el cual la constitución reconoce los derechos fundamentales que son prerrequisito del funcionamiento propio del proceso democrático.

En este primer nivel de razonamiento práctico, es importante tener en cuenta cualquier alternativa realista para la preservación de la constitución histórica. Incluso cuando ella se

encuentre lejos de satisfacer las exigencias de un proceso democrático legítimo y de reconocer los derechos fundamentales, es posible que cualquier otra alternativa realista sea incluso más remota. Las alternativas más probables a la constitución histórica pueden llegar a ser la de un gobierno autoritario o la de una situación de anarquía. En estos casos, lo deseable asociado con la legitimidad de la constitución histórica a la luz de los ideales de la democracia y los derechos, se encontraría aun menos satisfecho.

En este primer nivel, uno debe determinar si las condiciones del "preacuerdo" descripto por Stephen Holmes existen para justificar las limitaciones constitucionales a los procesos democráticos.<sup>36</sup> De acuerdo con este autor, tales limitaciones no siempre quitan poder a la mayoría, sino que en lugar de ello pueden permitirle a ésta resolver problemas que no pueden ser superados por ella de ningún otro modo que removiendo ciertos temas de la esfera del proceso de toma de decisiones. Holmes describió esto como una forma de paternalismo legítimo, comparable al pedido de Ulises de ser atado al mástil del barco para mantenerse en curso mientras que simultáneamente escuchaba el cantar de las sirenas. Pero limitaciones constitucionales como éstas no involucran un autopaternalismo; ellas pueden ser mejor vistas en el sentido de mayorías actuales que protegen futuras posibles mayorías, quizás contra las decisiones perniciosas de mayorías intermedias.

Sin embargo, el valor del precompromiso puede sólo ser una justificación *ex post facto*: no podemos justificar *a priori* las limitaciones constitucionales de los procedimientos democráticos sobre la base de que la democracia es fortalecida cuando nosotros removemos algunos temas de su esfera de decisión. En lugar de ello, las restricciones constitucionales pueden impedir que la gente decida futuros conflictos de la mejor forma posible, esto es a través de la decisión mayoritaria. Sería un intento ilegítimo de la mayoría circunstancial de hoy dominar a las mayorías futuras. Si ello es así, no debe ser evaluado en el nivel del razonamiento práctico. El "principio guía" para tal evaluación es que "gobierno de la mayoría" no significa gobierno de un grupo de ciudadanos, cualquiera sea su número. Significa gobierno de lo que es esencialmente una construcción conceptual: el mayor número de manos levantadas a favor de cierta

solución para ciertos problemas, sin tener en cuenta de quién son las manos que se levantan y cómo se combinan los votos cuando ellas se aúnan detrás de otro asunto bajo circunstancias diferentes. Lo que debe preservarse es la posibilidad de que pueda darse cualquier combinación de manos contra la posibilidad de que sólo se dé una combinación en particular. Muchas limitaciones constitucionales pueden tener este alcance, pero esto no puede determinarse en abstracto.

ii) Si el primer nivel de razonamiento descripto más arriba apoya la legitimidad de la constitución histórica, incluso cuando sea imperfecta, es posible pasar al segundo nivel de razonamiento. Esta es la fase de aplicación donde la constitución histórica es aplicada para justificar acciones o decisiones. El razonamiento de este segundo nivel debe ser limitado respecto de los resultados del razonamiento en el primer nivel, o sea que las razones justificatorias incompatibles con la preservación de la constitución histórica están excluidas siempre y cuando el razonamiento del primer nivel demuestre que la constitución es más legítima respecto de la constitución ideal, que cualquier alternativa realista. En forma similar, un principio que es impecable desde el punto de vista del discurso moral puede ser descalificado o excluido, si es necesario, para la preservación de la constitución histórica.

Este segundo estadio no implica que los principios y procedimientos de la constitución ideal no tengan ninguna relevancia para el razonamiento jurídico, o que este último sea autónomo desde el punto de vista del discurso moral. Ante todo, estos principios y procedimientos son la última corte de apelación en el primer nivel del razonamiento justificatorio jurídico. Dada la prioridad del primer nivel sobre el segundo, esta jerarquía determina los resultados del razonamiento en su totalidad. Segundo, los principios y procedimientos de la constitución ideal son extremadamente relevantes incluso en el segundo nivel del razonamiento justificatorio mientras que ellos no sean incompatibles con las conclusiones alcanzadas en el primer nivel.<sup>37</sup> Los principios de respeto a los derechos humanos y a los procedimientos democráticos que son moralmente válidos como parte de la constitución ideal pueden ser invocados para resolver las indeterminaciones inevitables que permanecen en una constitución, incluso aquella concebida

como una práctica o convención. Estas indeterminaciones le permiten a una práctica constitucional mejorar y evolucionar hacia formas más aceptables de legitimidad ya que es a menudo posible encontrar soluciones que son normativamente preferibles.

La concepción de Dworkin de interpretación constitucional, por el contrario, no permite esta posibilidad. Este autor trata de minimizar las posibilidades de variación en la interpretación jurídica a través de argumentar que las decisiones pasadas no sólo determinan las soluciones explícitamente adoptadas sino que influyen también sobre aquellos casos no resueltos explícitamente desde que éstos deben ser decididos de acuerdo con principios utilizados para justificar decisiones pasadas. De esta forma, Dworkin sostiene que no hay ninguna diferencia entre casos que son resueltos de acuerdo a la ley y aquellos que no lo son. Creo, sin embargo, que lo importante es ver la tensión entre la preservación y la evolución de la práctica. Mientras que es verdad que el uso de las decisiones pasadas para resolver casos difíciles puede fortalecer la práctica existente en términos de un problema específico, es preferible solucionar este problema de acuerdo a los principios de respeto a los derechos y a los procedimientos democráticos que son moralmente válidos. Este proceso hace a la práctica más consistente con las formas de legitimidad encarnadas en la constitución ideal, fortalece la constitución histórica como un todo y elimina tensiones con demandas jurídicas que podrían poner en peligro su legitimidad subjetiva.

Estos dos estadios de la práctica constitucional presentan una especie de configuración escalonada cuando se convierte el texto en proposiciones justificatorias.<sup>38</sup> Las primeras decisiones involucran criterios interpretativos generales, tales como solucionar indeterminaciones semánticas, sintácticas y lógicas. Sin embargo, nuestras opciones no se encuentran completamente limitadas por esas determinaciones anteriores. Incluso cuando nosotros nos apoyamos en esas determinaciones estamos extendiéndolas a nuevas situaciones.<sup>39</sup>

Como ya lo he sugerido, este enfoque corresponde a una especie de “racionalidad” del “segundo mejor”, ya que los casos individuales serían mejor resueltos si pudiéramos justificar nuestras acciones y decisiones sobre la base de la constitución

ideal. Pero no podemos hacer esto por fuera de una práctica constitucional. De este modo, debemos justificar nuestras acciones y decisiones en una forma que sea compatible con la constitución histórica para preservar aquella práctica si ésta es la mejor alternativa posible frente a la constitución ideal.<sup>40</sup> Al mismo tiempo, debemos siempre buscar de acercarnos a la constitución ideal.

Este método de solucionar las aparentes paradojas de la indeterminación radical y la irrelevancia moral de la constitución histórica genera un nuevo enfoque de la interpretación, el cumplimiento e incluso la modificación de las constituciones históricas. Además de las dos dimensiones del constitucionalismo analizadas en el primer capítulo, respecto de los derechos individuales y del proceso de toma de decisiones del sistema democrático, hay una tercera dimensión. Esta involucra la preservación de la práctica constitucional actual siempre que ella sea básicamente compatible con los ideales constitucionales y pueda potencialmente alcanzar un mayor grado de satisfacción de aquellos ideales en el futuro. Esta visión del impacto de la constitución histórica sobre el razonamiento práctico requiere de una articulación de las dos dimensiones de la constitución ideal, parámetro con el cual la constitución histórica debe ser evaluada: la constitución ideal de derechos y la constitución ideal de la democracia. Estas dos dimensiones pueden entrar en conflicto si ellas no están debidamente combinadas.

## Notas

1. Simon Blackburn describe estas convenciones de la siguiente manera: "una regularidad convencional en el grupo G que se le opone a S con indicadores de fuerza assertiva solamente si se intenta manifestar la creencia en P." Simon Blackburn, *Spreading the Word: Groundings in the Philosophy of Language*, Oxford, Clarendon Press, 1984, p. 124.

2. Son numerosas las dificultades para discernir la intención del emisor de un texto legal o constitucional. El primer problema se refiere a la selección de los hechos que constituyen la manifestación de la intención. La fundamentación expuesta, los discursos parlamentarios, la acción del legislador o de la convención constituyente pueden conducirnos a direcciones muy diferentes respecto de la proposición normativa que el legislador o el constituyente deseaba formular.

En segundo lugar, enfrentamos el problema de reconstruir la intención cuando el proceso de sanción de una ley requiere de la intervención de una pluralidad de agentes o de órganos colectivos. En el caso de las leyes del Congreso esto es especialmente complejo pues en los sistemas federales como el norteamericano o el argentino, por ejemplo, intervienen dos órganos colegiados, el Senado y la Cámara de Diputados.

En tercer término, debemos determinar en qué extensión resulta admisible reconstruir la intención del constituyente al tomar en cuenta circunstancias contrafácticas. Por ejemplo, supongamos que bebo de un vaso con la creencia de que contiene limonada. Si hubiera sabido que contenía cianuro, no habría tenido la intención de beberlo. Frecuentemente, las intenciones de los autores de un texto constitucional muy antiguo han dado lugar a normas sobre la base de datos fácticos que el progreso de la ciencia ha probado que son falsos o tomando en cuenta fenómenos que se han visto alterados por el tiempo. Por ejemplo, la Constitución Argentina se refiere a la "libertad de prensa" dado que los únicos medios de comunicación masiva de ideas en la época de su sanción eran los impresos. Si los constituyentes hubieran previsto la radio, el cine, la televisión, el video, etc., ¿hubieran extendido la misma protección a ellos, incluyendo la prohibición de sancionar leyes federales que los regulasen?

Finalmente, debemos prestar atención al nivel de abstracción con el que debe describirse la intención del legislador. Podemos afirmar que la intención de limitar las expropiaciones sólo para cuestiones de utilidad pública, como lo establece la Enmienda V de la Constitución de Estados Unidos, era la de impedir la redistribución de la propiedad entre individuos. Esta intención se vería frustrada si la propiedad fuera expropiada a alguien para ser transferida a otro individuo que lo necesitara más. Sin embargo, seguramente alguien podría afirmar legítimamente que la intención del constituyente al limitar las expropiaciones sólo a casos de utilidad pública, era la de asegurar que ellas no afectarían, sino que beneficiarían, a la sociedad. En este sentido podríamos concluir que la redistribución de la propiedad estaría de acuerdo con la intención del legislador sólo si beneficia a la sociedad. No hay ningún criterio neutral en materia de valores para determinar el nivel apropiado de abstracción que debería utilizarse para describir la intención de los constituyentes.

3. Véase Alf Ross, *On Law and Justice*, Berkeley y Los Angeles, University of California Press, 1974, p. 121.

4. Véase *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819).

5. Véase Carlos Santiago Nino, *Los límites de la responsabilidad penal*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1980, pp. 270-304.

6. Por ejemplo, a menudo se utiliza un modelo de "racionalidad" del legislador o de los constituyentes, de acuerdo con el cual se supone que son coherentes, económicos, precisos y operativos, que previeron todas las circunstancias posibles, etc. En realidad, este modelo obviamente ficticio presupone una serie de principios normativos. La misma duplicidad aparece en el análisis conceptual y en la propuesta de definiciones legales. Algo similar

ocurre con el método de "inducción jurídica". Como sostienen Alchourrón y Bulygin, este método sería perfectamente legítimo como operación lógica y normativamente neutra si se limitara a reemplazar un grupo de normas por un principio más económico pero lógico. Los propios juristas a menudo presentan este método de ese modo. Pero si se limitaran de esta manera, el principio resultante no sería útil para superar las indeterminaciones de las normas originales porque la equivalencia sólo existiría si tuvieran las mismas lagunas, contradicciones e imprecisiones que aquellas normas. Si los principios resultantes fueran útiles para encontrar solución a los casos que las normas reemplazadas no podían resolver, ello se debería a que tales principios seguramente tienen una extensión mayor que esas normas, lo que implica que ellas fueron modificadas. Véase Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1971, capítulo 7.

7. *Modus ponens*: expresión acortada de "*modus ponendo ponens*", el principio de inferencia que nos permite pasar de *p*, y *p entonces q, a q*. *Modus tollens*: versión acortada de "*modus tollendo tollens*", la regla de inferencia que nos permite pasar de *no-q, y p entonces q, a no-p*.

8. El derecho a la vida en el sentido en que se lo utiliza aquí no debe ser confundido con la retórica usada en el debate sobre el aborto. Utilizo el término en el mismo espíritu con el que es usado en el texto de las Enmiendas V y XIV de la Constitución de Estados Unidos.

9. Se podría argumentar que la omisión del derecho a la privacidad o a la vida no corresponde a un salto lógico sino axiológico. De acuerdo a cómo sean interpretadas las reglas de clausura del sistema jurídico, la ausencia de ese derecho podría implicar alguna otra solución normativa, incluso cuando esa solución parezca ser una aberración (por ejemplo, la competencia del Congreso para sancionar leyes que dispongan de la vida de la gente).

10. Despues de la reforma de 1994 de la Constitución Argentina, el artículo 72 fue modificado por un nuevo régimen de promulgación de leyes prescripto en el nuevo artículo 80. [T.]

11. Este requisito fue derogado por la reforma constitucional de 1994. [T.]

12. Cláusula también derogada por la reforma constitucional de 1994. [T.]

13. Véase Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, Berkeley y Los Angeles, University of California Press, 1978, Max Knight (trad.), pp. 205-208. [*Teoría pura del derecho*, México, 1979.]

14. Véase Alchourrón y Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, capítulo 7.

15. Si la palabra fuera utilizada con el sentido de "no prohibido", es verdad que todos los sistemas incluyen este principio, pues es una mera tautología. Sin embargo, interpretada de este modo, no cumple con la función de clausura pues no asigna ninguna solución normativa a conductas no prohibidas. Si, en lugar de ello, "permitido" es interpretado como "positiva-

mente autorizado", es correcto que el principio elimine las lagunas<sup>13</sup> del sistema jurídico, pero no es cierto que esto sea necesario, pues el sistema puede o no incluir este principio.

16. Carlos Santiago Nino, "A Philosophic Reconstruction of Judicial Review", 14 *Cardozo Law Review* 799, 816 (1993).

17. El artículo 100 de la Constitución Nacional aludido por el autor equivale al nuevo artículo 108 luego de la reforma de 1994. [T.]

18. Para una mayor discusión acerca del problema de la autorreferencia, véase Carlos Santiago Nino, *La validez del derecho*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1985, pp. 69-68.

19. Esto es especialmente pertinente respecto de la perversa doctrina de la validez de la legislación *de facto*. Tales normas no pueden otorgarse validez a sí mismas, y si se les concede validez, ello debe ser sobre la base de consideraciones normativas independientes, lo que implica legitimarlas desde la perspectiva moral del régimen que sancionaron esas normas, con la responsabilidad moral sobreviniente por su comportamiento.

20. Véase Carlos Santiago Nino, *El constructivismo ético*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, capítulo 2.

21. Robert Alexy, *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, Ruth Adler y Neil MacCormick (trads.), Oxford, Clarendon Press, 1989, p. 16. (*Sonderfall* significa "caso especial").

Consideremos una petición de *habeas corpus* por John Smith, arrestado por un oficial de policía. El razonamiento práctico del juez que decide su demanda concluye con la proposición normativa que dice (1) *John Smith debe ser liberado inmediatamente*. ¿Cómo se justifica esta proposición normativa? Supongamos que el juez lo hace por medio de dos proposiciones: (2) el artículo 18 de la constitución declara que *nadie puede ser arrestado sin una orden escrita de autoridad competente* y (3) *un oficial de policía no es una autoridad competente*. ¿Qué tipo de proposición es 2? Si esta fuera la descripción de una convención social que conforma la constitución en un sentido descriptivo, la proposición (1) no pudo ser inferida de (2) y (3), pues, como lo demostró Hume, una proposición normativa no puede inferirse sólo de proposiciones descriptivas. La proposición 2 debe ser normativa para que (1) pueda derivarse de (2) y (3).

Por otro lado, el juez podría estar pensando en algo como (2'), "Nadie puede ser arrestado sin una orden escrita de una autoridad competente". En este sentido, pudo querer referirse a la práctica social de aceptación de la regla, y no a la regla misma. Si esto fuera así, surge una cuestión adicional: ¿Cómo sabemos que (2') es una regla jurídica? Dejando a un lado alguna distinción basada en el contenido, sólo podemos sostener que (2') es una norma jurídica teniendo en cuenta su origen y fundamento, por ejemplo, si es aceptada por el juez porque fue formulada por una fuente de autoridad. Esto significa que (2') sólo es una norma jurídica si se encuentra basada en una proposición del tipo (4): *la autoridad C ha prescripto "nadie puede ser*

4  
arrestado sin una orden escrita de autoridad competente”, y esto es observada como una práctica generalizada. Sin embargo, una vez más, (2') no puede derivar sólo de (4), pues ésta es una proposición puramente descriptiva. Para derivar (2') de (4) necesitamos otra premisa superior del tipo de (5): *las normas prescriptivas por C deben obedecerse, dado que la autoridad C es legítima o competente para formular prescripciones*. Nuevamente, debemos preguntarnos qué clase de regla es (5). Esta sólo será reconocida como jurídica si fue sancionada por alguna autoridad, lo cual requiere de una nueva proposición normativa acerca de la obligación de obedecer tal autoridad.

Debido a que este proceso no puede continuarse al infinito, es necesario que alguna regla referida a la obligación de obedecer a una autoridad dada sea aceptada por su valor intrínseco, no porque ésta ha sido formulada por otra autoridad. Esta norma no puede ser una norma jurídica, pues ella no resulta aceptada a causa de su origen. Una regla que es aceptada por su propio mérito, y no porque se ha originado en una fuente de autoridad, tiene el elemento de autonomía que Kant exigía a las reglas morales. Estamos frente a una regla moral si, como puede decirse de (5), ésta se refiere a una cuestión en la cual los intereses de varios individuos se encuentran involucrados. Esto significa que si, paradójicamente, una norma es una norma jurídica, uno debe estar seguro de que la norma deriva de una regla moral que le otorga legitimidad a una cierta autoridad, y de una descripción de una prescripción de aquella autoridad. Si aceptamos que una norma que deriva de una regla moral es en sí misma una regla moral, una regla jurídica, como surge en el razonamiento justificatorio usado por los jueces, es también una especie de regla moral.

22. Para una discusión sobre el concepto de razones operativas véase Joseph Raz, “On Reasons For Action”, en *Practical Reason And Norms*, Londres, Hutchinson, 1975.

23. La proposición justificatoria (2') no sólo deriva de la proposición moral (5) sino también de la proposición (4), descriptiva de la constitución entendida como una práctica social. Sin (4), las consecuencias de (5) serían muy diferentes.

24. Véase *infra*, nota 21, para una aclaración acerca del principio moral representado por la premisa (5).

25. En los términos de la nota 21, *infra*, un principio como (5) no puede ser verdadero y, por lo tanto, la descripción (4) de la práctica constitucional no permitiría la derivación de proposiciones justificatorias tales como (2').

26. Aplicando este argumento a nuestro ejemplo, (5) debería derivar de un principio moral más básico que dijera que (6) *dado que nadie puede ser arrestado sin una orden escrita emanada de autoridad competente, una constitución es legítima sólo si contiene tal prescripción*. Dada esta prescripción moral (6), necesaria para (5) y (2'), (4) es superflua. (2') podría estar justificada directamente por (6), sin necesidad de recurrir a (4) y (5).

27. Véase Neil MacCormick, “Constitutionalism and Democracy”, en Richard Bellamy (comp.), *Theories and Concepts of Politics: An Introduction*, Manchester, Manchester University Press, 1993, p. 145.

28. Véase David Lewis, *Convention: A Philosophical Study*, Cambridge, Harvard University Press, 1969, p. 5.

29. Véase Carlos Santiago Nino, *El constructivismo ético*, Madrid: Centro de Estudios Institucionales, 1989.

30. Véase Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1977, capítulo 3.

31. Véase Carlos Santiago Nino, “Las limitaciones de la teoría de Hart sobre las normas jurídicas”, en *Anuario de filosofía jurídica y social*, 5, 1985.

32. Esta idea, aplicable al derecho, puede extenderse a la moral positiva. En *The Ethics of Human Rights*, sostengo que la moral actual de la sociedad presupone una referencia a una moral ideal, dado que las acciones y actitudes que la constituyen no podrían tener lugar si el agente tuviera que justificarlas subjetivamente sobre la base de la práctica social misma, es decir, esas mismas acciones y actitudes. En primer lugar, tales acciones y actitudes constituyen hechos que son tan compatibles con una acción o decisión como con su opuesta. Resulta de este modo inconcebible que un agente pretenda justificar una decisión, incluso para sí mismo, sólo sobre la base de esos hechos, sin presuponer, tácitamente o aun inconscientemente, un principio normativo que las haga relevantes. En segundo lugar, las proposiciones cuya aceptación provoca acciones y actitudes no pueden fundarse en esas mismas acciones y actitudes sin convertirse en autorreferentes y, por consiguiente, vacías. Las personas que utilizan una práctica o convención, incluyendo aquellas que constituyen la moral positiva de una sociedad, deben por consiguiente justificar su uso sobre la base de proposiciones basadas en principios cuya validez no dependa de su adopción como parte de una práctica o convención. En otras palabras, la moral ideal tiene prioridad lógica sobre la moral positiva, como es normal en todas las manifestaciones de la práctica humana. En tercer término, debe distinguirse entre proposiciones a las que se hace referencia desde el punto de vista interno, y acciones y actitudes que reflejan la adhesión desde el punto de vista externo. Sin la intención de los agentes de referirse a principios ideales —los cuales, tanto en el caso del derecho como en el de la moral positiva, deben ser principios morales ideales, pues, por definición, se refieren a intereses en conflicto de personas diversas—, prácticas y convenciones que constituyen, desde el punto de vista externo, los fenómenos del derecho y de la moral, éstos no surgirían ni permanecerían. Carlos Santiago Nino, *The Ethics of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1991, capítulo 5. [*Etica y derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1984, 2<sup>a</sup> ed.]

33. Lo que he tratado de demostrar refiriéndome a la construcción de una catedral, puede aplicarse a ejemplos más ficticios en lugar de, supongamos, la construcción de un artefacto —un coche, por ejemplo— construido por personas diferentes, y donde cada una de ellas puede sólo proveer de unas pocas partes independientes del resto, o, como en un ejemplo ahora en boga presentado por Dworkin, referido al caso de una narración desarrollada en forma sucesiva por autores separados. Véase Dworkin, *Law's Empire*, pp. 228-238.

34. Véase Lon Fuller, *The Morality of Law*, ed. revisada, New Haven, Yale University Press, 1978.

35. Karl Popper, *The Open Society and Its Enemies*, vol. 2, Princeton University Press, 1966, capítulo 17.

36. Stephen Holmes, "Precommitment and the Paradox of Democracy", en Jon Elster y Rune Slagstad (comps.), *Constitutionalism and Democracy: Studies in Rationality and Social Change*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988, p. 227.

37. La preservación de la constitución histórica como una convención o práctica social no supone el congelamiento de esa convención o práctica. Las prácticas sociales pueden evolucionar sin destruirse. Dworkin describe convincentemente de qué modo un objetivo que otorga sentido a una práctica puede cambiar, y de qué modo la conducta y las actitudes que constituyen la práctica también cambian. Esta evolución es compatible con la preservación de la práctica. Pero esto no implica, a diferencia de lo que sostiene Dworkin, que las decisiones nuevas deben tomarse de acuerdo con los principios que proveían de justificaciones coherentes para otras acciones o decisiones que constituyan la práctica. Bien se puede proponer un principio que sea incompatible con muchas de las acciones o decisiones adoptadas hasta ese punto, dado que la justificación de la práctica puede no haber sido claramente comprendida. Pero es verdad que sin respetar algunas conductas y decisiones pasadas que constituyen la práctica, ésta puede verse fatalmente afectada. La tensión que surge entre permitir que la práctica evolucione hacia la expansión de la democracia y los derechos, y su propia preservación, no puede resolverse por ninguna fórmula exacta. Ello requiere prudencia y una dosis de buena suerte para medir el grado de aceptación de una nueva orientación. Reacciones confusas y ambiguas hacia los cambios, escepticismo sobre la posibilidad de limitar comportamientos imprevisibles conectados con la práctica, y el debilitamiento de la legitimidad de la práctica, son todos signos de una audaz tentativa de reorientar la práctica que ha fracasado.

38. La estructura en dos niveles del razonamiento práctico en la aplicación de la constitución puede diferenciarse en forma esquemática de sus dos competidores principales: el colectivismo convencional y el razonamiento que se proyecta de las acciones aisladas a las colectivas. En el colectivismo convencional, una cierta práctica social es la base para inferir principios justificatorios válidos. Para el segundo, la única relevancia que tiene una práctica social para justificar acciones es como parte de circunstancias tácticas que, de acuerdo con principios valorativos básicos, determinan una consecuencia normativa particular para la acción individual. En contraste, una concepción basada sobre el razonamiento jurídico utiliza principios normativos básicos, aquellos que se encuentran en la constitución ideal, para determinar qué prácticas sociales son legítimas. Una vez que esto está determinado, esas prácticas son usadas para justificar acciones y decisiones. De esta forma, mi teoría le otorga relevancia moral a la constitución histórica como convención —sin recurrir a convencionalismo o al comunitarismo— y adopta una posición intermedia entre los extremos de derivar principios

justificatorios sólo de ciertos hechos y de negar algún sentido a hechos que son constitutivos de convenciones sociales básicas. Sólo esos principios derivados en una forma autónoma y que son parte de la constitución ideal pueden determinar qué hechos sociales son moralmente relevantes. Una vez identificados, sin embargo, aquellos hechos son suficientes para inferir razonamientos justificatorios.

39. Este tipo de razonamiento práctico escalonado fue de hecho presupuesto por Rawls cuando sostiene que los principios de justicia no se aplican a acciones particulares o decisiones, sino a la estructura básica de la sociedad, es decir, a las instituciones fundamentales que regulan las relaciones entre los individuos, y entre ellos y el poder del Estado. John Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1971, capítulo 2. [Teoría de la Justicia, Fondo de Cultura Económica, 1993.] Más explícitamente, este tipo de razonamiento es defendido por Marcus Singer, en su artículo "Institutional Ethics", cuando sostiene que existe un salto de inferencia entre proposiciones morales que se refiere a instituciones y proposiciones morales referidas a acciones llevadas a cabo por la institución. De acuerdo con Singer, dada una proposición sobre la justicia o la injusticia de una institución, uno no puede inferir, sin la ayuda de premisas adicionales, proposición alguna referida a la posibilidad de decidir si la acción de una institución debería o no ser emprendida. Marcus Singer, "Institutional Ethics", en *Ethics: Royal Institute of Philosophy Supplement*: 35, Cambridge, University Press, 1993, pp. 239-245.

40. Las acciones que llevan a cabo los ciudadanos, así como también las de los legisladores y jueces, pueden ser vistas como una forma de acción colectiva. Como John Searle ha dicho, la acción colectiva no puede reducirse a acciones individuales. John Searle, *Minds, Brains, and Science*, Cambridge, Harvard University Press, 1984, p. 72. Aun así, esto no implica de ninguna manera, como Dworkin supone, la existencia de un sujeto colectivo. Ronald Dworkin, *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985, pp. 321-326. La acción colectiva presupone una intención colectiva, que implica una necesidad de perseguir principios y objetivos comunes, dado que sin ellos no existiría ninguna intención colectiva, que subyace, de hecho, en la tesis de Dworkin respecto del valor de la integridad como aceptación coherente de principios compartidos. Pero los objetivos colectivos pueden ser muy generales, como la resolución justa de conflictos sociales sobre la base de estándares legítimos. Con este enfoque, es posible identificar la acción colectiva incorporada a la práctica jurídica de una sociedad, que se distingue por su intención de referirse a la misma práctica colectiva. Esta clase de autorreflexión es propia de todas las prácticas que son algo más que meras acciones convergentes. La referencia a tales prácticas, no obstante, no necesariamente define el objetivo de la acción colectiva. Aquel objetivo puede estar constituido por principios autónomos y la referencia a la práctica social constitutiva de la constitución histórica puede ser una parte de lo que es considerado el medio adecuado para su satisfacción.

### 3

## La constitución ideal de los derechos

En el capítulo anterior demostré qué es lo que debería considerarse como “el teorema fundamental de la teoría jurídica”. Este teorema sostiene que las acciones y decisiones, como aquellas que se toman respecto de problemas constitucionales, no pueden ser justificadas sobre la base de normas positivas tales como la constitución histórica, sino sólo sobre la base de razones autónomas, que son, al fin de cuentas, principios morales. Presumiblemente aquellos principios morales establecen un grupo de derechos fundamentales. También establecí cuál es el rol de la constitución histórica en el razonamiento práctico: las convenciones o las prácticas constitucionales no son premisas del razonamiento justificatorio sino objeto de justificación en el primer estadio de aquel razonamiento. Estas prácticas sirven como base para la justificación de acciones y decisiones concretas en el segundo estadio. Sin embargo, esta demostración de la relevancia de la constitución histórica en el razonamiento práctico no fue hecha teniendo en cuenta los principios que establecen derechos. Esos principios son aún considerados la base última de la justificación en el razonamiento práctico, a la luz de los cuales la constitución histórica es o no legitimada.

Es ahora apropiado evaluar las bases e implicancias de los principios que establecen derechos en el razonamiento práctico. Sólo cuando respondamos a esta inquietud podremos determinar el contrapeso que el reconocimiento de derechos ejerce sobre el alcance legítimo del proceso democrático. Ese alcance puede ser mayor o más restringido de acuerdo a los fundamentos e implicancias del reconocimiento de derechos morales. Además, este último puede también afectar la forma según la

cual la constitución histórica actúa como un contrapeso para el proceso democrático. La lealtad hacia la constitución histórica puede restringir la forma en que opera el proceso democrático cuando sea necesario preservar una constitución, o sea el instrumento que hace posible el funcionamiento de la democracia. Esto depende sin embargo, de la justificación de la constitución histórica misma, lo cual se encuentra en una función del grado en el que la constitución histórica respeta principios morales que establecen derechos.

El objeto de este capítulo es describir los derechos que dan contenido a este contrapeso del proceso democrático. Mi propósito es articular la dimensión ideal de la constitución compleja que se relaciona con los derechos individuales y, a partir de ello, con la justa distribución de bienes sociales y naturales en la forma en que deberían ser reconocidos por el Estado. Por supuesto, las constituciones históricas pueden partir de lo que me inclino a defender como el contenido de una constitución ideal de derechos. Como he argumentado en el capítulo anterior, el carácter de ese punto de partida debe ser considerado para evaluar la práctica constitucional real para determinar si está justificado que uno se vea obligado por ella. Además, incluso si se está comprometido a aplicar la constitución a casos particulares, tenemos que decidir si la constitución histórica debe aproximarse a la ideal, incluso si ello debilitara la continuidad a lo largo del tiempo. Si es así, necesitamos enfrentar la tensión que se crea cuando se interpreta la práctica a fin de acercarla a los requerimientos de la constitución ideal al tiempo que se debilita su continuidad.

La parte central de esta sección estará dedicada a redefinir, de algún modo en forma distinta, lo que he presentado en *Etica y derechos humanos* como el fundamento y contenido general de una concepción liberal de la moralidad social y política.<sup>1</sup> Finalmente, me referiré a las implicancias de la concepción liberal para unos pocos derechos en particular, la articulación de los cuales es esencial para la justificación de la democracia.

### La noción de derechos individuales

Los derechos constitucionales que vamos a analizar son, en primer lugar, *derechos legales*, ya que o son o deberían ser

reconocidos por el sistema jurídico. Es bien sabido que los derechos responden a una variada tipología que ha sido descripta por autores tales como W. N. Hohfeld, Hans Kelsen y otros:<sup>2</sup> i) hay *derechos-libertades*, que sólo implican la ausencia de una prohibición y no pueden, por ellos mismos, proveer ninguna clase de protección; ii) hay *derechos-autorizaciones*, que son generados por normas permisivas pero que su estatus como pertenecientes a una categoría autónoma, o como reductibles a alguna de las otras, depende de cómo sean concebidas esas normas permisivas;<sup>3</sup> iii) existen *derechos-privilegios*, que son correlativos de obligaciones activas o pasivas de otras personas, ya sea pertenecientes a ciertas clases específicas o a una clase universal; iv) existen *derechos-acciones*, que incluyen la posibilidad de accionar frente a algún órgano para hacer cumplir las obligaciones correlativas; v) hay *derechos-competencias*, que involucran la habilidad para emitir normas para alterar la relación jurídica de otras personas; vi) hay, finalmente, *derechos-inmunidades*, que son correlativos a la falta de competencia de otros para alterar la situación jurídica del titular del derecho.

Los derechos constitucionales son a menudo conglomerados de estas diferentes categorías, fundamentalmente frente a los diferentes órganos del Estado.

Detrás de estas categorías de derechos hay diferentes tipos de obligaciones. Ellas incluyen: la ausencia de obligaciones de hacer algo u omitir hacer algo por parte del que posee el derecho; la obligación de otros para realizar alguna acción que afecte al titular del derecho o abstenerse de interferir con su accionar; la obligación de los órganos del Estado de proveer ciertos beneficios al titular del derecho o abstenerse de interferir con su conducta y posibilitarle el uso del poder coercitivo del Estado contra aquellos que no cumplen con sus obligaciones correlativas; la obligación de reconocer las normas sancionadas a través del ejercicio del poder legítimo para hacerlo y no reconocer las normas sancionadas fuera de aquel poder. Ser beneficiario de un derecho constitucional es ser un beneficiario de un conjunto de deberes.

Vimos en el capítulo 2, sin embargo, que las normas jurídicas no son suficientes para justificar acciones y decisiones tales como aquellas fundadas en la invocación de derechos

constitucionales. Cuando recurrimos a un derecho constitucional para justificar cierta decisión (incluyendo la crítica de una decisión ya adoptada), estamos recurriendo en última instancia a principios de moralidad social que endosan la norma constitucional estableciendo el derecho en cuestión. Los derechos constitucionales son en última instancia derechos morales, ya que derivan de principios que tienen las propiedades de autonomía, finalidad, supervivencia, publicidad, universalidad y generalidad.<sup>4</sup> Estas son las características distintivas de los principios morales.<sup>5</sup>

Aunque todos los derechos invocados en los contextos justificatorios son derechos morales, no todos los derechos morales son de carácter jurídico. Si lo son o no depende de dos circunstancias: primero, del concepto de derecho que sea empleado; y, segundo, de la existencia de ciertas prescripciones. Respecto del primer punto, hay muchos conceptos descriptivos y normativos de derecho. Hay ciertos conceptos descriptivos que se refieren a las normas que en efecto algunos órganos han dictado o sancionado (el concepto más común se refiere al reconocimiento judicial de las normas relevantes). Como ya vimos, hay conceptos normativos que refieren a normas que ciertos órganos deberían dictar o aplicar, incluyendo las normas que los legisladores deberían sancionar, las que los jueces deberían aplicar, o que los jueces deberían aplicar si fueran sancionadas por la legislatura. Un derecho moral puede o no ser de carácter jurídico dependiendo del concepto de derecho normativo o descriptivo empleado y de la existencia o no de la correspondiente sanción.

En lo que sigue, me referiré a derechos constitucionales bajo un cierto concepto normativo de derecho con el cual identificaremos la dimensión ideal de la constitución compleja. Este concepto toma fundamentalmente en cuenta la obligación moral de los jueces y de los funcionarios del estado en general de reconocer las normas jurídicas que establecen el derecho en cuestión. De acuerdo con esto, este concepto de derechos es también normativo: los derechos que deberían ser reconocidos como parte de la constitución ideal no pueden determinarse si no se articula una concepción de filosofía política y moral.

## La concepción liberal de los derechos

Ha habido numerosos intentos para determinar el contenido de principios morales a partir de los cuales se establezcan derechos. Algunos se han basado en intuiciones de una realidad supraempírica, en convenciones sociales contingentes, en el autointerés iluminado de los agentes sociales o en preferencias subjetivas de algunas personas. Sin embargo, todos estos esfuerzos no logran sustentar la validez de las fuertes demandas implícitas en la afirmación de aquellos derechos. Las intuiciones pueden ser contrapuestas por otras intuiciones de contenido contrario. A menudo, las convenciones sociales pueden no ser favorables al reconocimiento de derechos. Además, hay muchas situaciones en las cuales el autointerés de algunas personas puede apoyarse en la violación de derechos de otros seres humanos.

El único modo de salir de esta encrucijada y dar un sólido fundamento a los derechos es a través de justificarlos sobre la base de los presupuestos de la práctica de la discusión moral en la cual nos encontramos involucrados cuando valoramos acciones, decisiones, instituciones y prácticas que pueden afectar los derechos básicos de la gente. Esos presupuestos de la discusión moral definen la validez de los principios usados en la valoración. Participar en la práctica y, al mismo tiempo, negar aquellos presupuestos necesariamente aceptados cuando se participa en ella o sus implicancias es incurrir en una *inconsistencia pragmática*.

Se reconoce que esta forma de constructivismo metaético, que se basa en los presupuestos de la práctica del discurso moral y no en los resultados de cualquier manifestación de esa práctica, es en sí misma una forma de convencionalismo.<sup>6</sup> Ello es verdad porque ésta toma como su "punto arquimedeano" de la justificación moral los presupuestos de una práctica social. Pero en este punto cabe formular dos advertencias. Primero, que lo que le da validez a un juicio moral es su conformidad con los requerimientos subyacentes de la discusión moral, y no el hecho de que esos requerimientos sean convencionalmente aceptados. Segundo, las convenciones que constituyen la práctica de la discusión moral son muy amplias, más generales y más estables que los estándares morales sustantivos específicos.

cos, tales como la proscripción contra la tortura. Si bien es cierto que a lo largo de la historia y la geografía se producen algunos cambios radicales en los presupuestos de la discusión moral, ellos son extremadamente raros y excepcionales. El más llamativo lo constituye el rechazo de los criterios de validación basados en prescripciones emanadas de autoridades humanas, tradicionales o divinas. Estos criterios han sido reemplazados por otros profundamente inmersos en nuestra práctica presente del discurso moral y que recurren a la prescripción contrafáctica de quien quiera que asuma una posición de imparcialidad, razonabilidad y conocimiento de los hechos relevantes.

Un presupuesto central de la práctica posiluminista de la discusión moral es que toda autoridad o convención está sujeta a crítica, excepto quizás la misma práctica de la crítica. El rol de la crítica está asociado con el liberalismo ya que esta característica del discurso moral de la modernidad refleja el valor de la autonomía moral. En efecto, la discusión moral está diseñada para solucionar conflictos y lograr cooperación a través del consenso. Ese consenso presupone la aceptación compartida y libre de principios para justificar acciones y actitudes. En otras palabras, quien participe en la práctica de la discusión moral necesariamente asume, ya sea como un fin en sí mismo o como un medio para otro fin, el valor de actuar sobre la base de la libre adopción de principios morales, por ejemplo, una adopción no fundada en la autoridad o condicionada por amenazas o inclinaciones, sino sobre la base de razones (que son definidas en relación a la imparcialidad, razonabilidad y conocimiento de los hechos relevantes). Finalmente, la participación en la práctica de la discusión moral presupone el valor de actuar sobre la base de razones.<sup>7</sup>

### El principio de autonomía de la persona

La presuposición general acerca del valor de la autonomía se refiere a la libre aceptación de los principios morales *intersubjetivos* y de ideales *autorreferentes* de excelencia personal. Los principios de moral intersubjetiva valoran las acciones de los individuos de acuerdo a sus efectos sobre los intereses o el bienestar de otros individuos (como la prohibición de matar a seres humanos). Los ideales de excelencia personal asignan

valor a las acciones por sus efectos sobre la calidad de la vida o el carácter moral del agente mismo (como los ideales de ser un buen padre, un buen patriota, un buen cristiano, o llevar a cabo una vida sexual que satisfaga los deseos del agente, etcétera).

Cuando el valor de autonomía se refiere al primer tipo de principios morales, aquellos de carácter intersubjetivo, éste tiene el poder de limitarse a sí mismo. Es necesario restringir la autonomía de algunos para preservar la autonomía de otros. Este límite surge cuando los estándares de comportamiento que algunos individuos aceptan libremente afectan negativamente la autonomía que otros individuos tienen para actuar de acuerdo a estándares morales que ellos aceptan libremente. Por supuesto, esto requiere que acudamos a principios que nos permitan lograr un equilibrio entre la autonomía que se pierde y la que se preserva en los casos en que se interfiere con las decisiones de otros individuos.

Debe notarse, sin embargo, que las mismas posibilidades de autolimitación del valor de la autonomía no se encuentran involucradas cuando nos encontramos frente a la libre adopción de ideales de excelencia humana o virtud personal. Esto es verdad porque la adopción de esos ideales, por definición, no puede afectar en sí misma los intereses de otras personas. Mientras que la adopción de muchos ideales personales puede tener consecuencias que perjudiquen la autonomía de otras personas, esto no se debe a la adopción misma del ideal personal, sino a la aceptación tácita de algunos estándares intersubjetivos que permiten realizar acciones que dañan la autonomía de otros. De este modo, es la adopción de ese estándar y no la del ideal personal la que vulnera el valor de autonomía. De acuerdo con esto, del presupuesto general del valor de autonomía *moral* podemos derivar el principio liberal específico de la autonomía *personal* que proscribe la interferencia con la libre elección de ideales de excelencia personal. El intento de imponer ideales personales es autofrustrante y, por ende, irracional. La discusión y la decisión democráticas, que legitiman una imposición coercitiva, no tienen ningún valor epistémico cuando se refieren a ideales personales, porque el requerimiento de imparcialidad sobre el cual ese valor epistémico está basado no es relevante para su validez.<sup>8</sup>

El reconocimiento de este principio de autonomía personal,

que es una característica distintiva de la concepción liberal de la sociedad, excluye el perfeccionismo, posición de acuerdo con la cual es legítima la acción del Estado que impone ideales de virtud personal. Algunos autores han sostenido que el liberalismo basado sobre el principio de autonomía personal implica una versión del perfeccionismo, ya que la autonomía personal es parte de un ideal de excelencia humana.<sup>9</sup> Esta observación merece algunas respuestas. En primer lugar, aunque es verdad que la autonomía personal le otorga valor a la vida y al carácter de los individuos, es también el objeto de un principio intersubjetivo, el que sostiene que no se debe interferir con la elección de planes de vida realizada por otras personas, y este principio es derivado del presupuesto de la autonomía moral del discurso práctico. En segundo lugar, aun cuando se sostenga que el principio intersubjetivo de la autonomía personal no puede ser interpretado en toda su profundidad sin recurrir al valor mismo de esa autonomía como parte de un ideal de excelencia humana, es sin embargo un elemento distintivo de ese valor la proscripción de cualquier interferencia con la elección de algún ideal de excelencia humana. Tercero, es precisamente esa característica del valor de la autonomía personal la que convierte a su adopción en algo contrario al perfeccionismo, ya que sería absurdo definir "perfeccionismo" si no pudiera existir desde el punto de vista lógico una posición no perfeccionista.

El principio de autonomía personal determina el contenido de los derechos individuales básicos, ya que de él podemos inferir los bienes que esos derechos protegen. Esos bienes son las condiciones necesarias para la elección y realización de ideales personales y planes de vida basados en esos ideales. Los prerequisitos para la elección y realización de planes de vida incluyen: una vida psicobiológica, integridad corporal y psicológica, y libertad de movimientos, libertad de expresión, acceso a recursos materiales, libertad de asociación, libertad de trabajo, posibilidad de tener tiempo libre y libertad de prácticas religiosas.

El valor de la autonomía personal es, si se lo toma en forma aislada, un valor agregativo. Esto significa que cuando hay más autonomía en un grupo social aumenta el valor de éste sin tener en cuenta cómo esa autonomía es distribuida. Sin embargo, esto parece ser contrario a intuiciones profundamente enraizadas en el liberalismo. Si, por ejemplo, una élite logra un enorme

grado de autonomía a través de someter a esclavitud al resto de la población, llevando la cantidad total de autonomía a un nivel mayor que el que existiría si la autonomía estuviera más distribuida más equitativamente, ésta no sería una situación satisfactoria desde el punto de vista liberal. Kant capturó esta intuición en su segunda formulación del imperativo categórico, que prohíbe tratar a las personas sólo como medios y no como fines en sí mismas. En una sociedad de esclavos, los amos estarían usando a éstos como meros medios para sus propios fines, ya que los primeros producen o toleran la reducción de la autonomía de los últimos para que ellos puedan disfrutar de mayor autonomía.

#### El principio de inviolabilidad de la persona

Varios filósofos contemporáneos han afirmado que la principal falla de una concepción de la moralidad social exclusivamente basada en valores agregativos se debe a la inobservancia de la independencia y separabilidad de las personas.<sup>10</sup> Ellos argumentan que la concepción agregativa trata los intereses de los distintos individuos como si fueran los intereses de una sola persona. Mientras es racional dar prioridad a los intereses más importantes sobre aquellos que son de menos importancia de algún individuo en particular, no es posible inferir de aquí la rationalidad de actuar en forma similar cuando los intereses involucran a diferentes personas. El requerimiento de imparcialidad que define la validez moral no parece estar construido sobre la presunción de un punto de vista omnicomprensivo, que incorpora los intereses de todos los afectados. Es plausible concluir entonces que el discurso moral presupone la idea de separabilidad e independencia de las personas. Como dice Thomas Nagel, la imparcialidad está basada sobre la adopción en forma sucesiva y separada de los puntos de vista de cada uno de los afectados.<sup>11</sup> La idea misma de autonomía implica la separabilidad e independencia de las personas, ya que presupone que es posible distinguir las decisiones que se refieren a planes de vida adoptados por el agente afectado de aquellas tomadas por otras personas.

Estas consideraciones conducen a la defensa de un segundo principio como parte de una concepción liberal de la sociedad:

el principio de inviolabilidad de la persona.<sup>12</sup> Este principio limita el de la autonomía personal. En su primera formulación, el principio de inviolabilidad de la persona proscribe la disminución de la autonomía de una persona para alcanzar como único propósito el incremento de la autonomía de la que gozan otros individuos. Esto excluye posiciones como aquellas de carácter *holista*. Las posiciones holistas no tienen en cuenta consideraciones de distribución ya que ellas admiten, como una cuestión de principio, compensaciones interpersonales de beneficios y daños o cargas. Entre las concepciones holistas, la visión colectivista es una especie de particular importancia. Los colectivistas reconocen la existencia de una entidad colectiva que constituye una persona moral independiente con intereses irreductibles. Es claro, como lo sostiene Elie Kedourie<sup>13</sup> en el caso de algunos autores poskantianos como Fichte, que la autonomía de los individuos sólo se materializa a través de su pertenencia al todo del Estado que, a su vez, les confiere a ellos su carácter real. El Estado, en esta visión, no es una mera colección de individuos que satisfacen intereses individuales sino que está sobre y por encima de ellos.

El colectivismo está sujeto a objeciones de naturaleza ontológica y ética. La concepción más plausible de personas colectivas es aquella que concibe a los individuos como construcciones lógicas, desde que las proposiciones acerca de entidades colectivas son equivalentes a un complejo grupo de proposiciones acerca de individuos y sus relaciones fácticas y normativas.<sup>14</sup> Pero incluso cuando le asignamos un status lógico independiente a las personas colectivas, es difícilmente plausible poder considerarlas como unidades irreductibles desde el punto de vista moral. El principio de autonomía personal implica adoptar una concepción subjetivista de los intereses autorreferentes, y no hay subjetividad sin una psique. De acuerdo con los conocimientos científicos con los que contamos en la actualidad, no hay una psique autónoma sin un sistema nervioso independiente de ella. La misma conclusión puede alcanzarse si consideramos el discurso moral que presupone la consideración de los puntos de vista de todas las personas afectadas. Sería muy extraño suponer que un Estado o una universidad tienen un punto de vista distintivo.<sup>15</sup> Esto no significa que no tenga sentido hablar del interés de un país, pero las proposiciones

acerca de los intereses deberían ser traducibles a proposiciones acerca de los intereses de los individuos.

### El principio de dignidad de la persona

La combinación de los principios de autonomía e inviolabilidad de la persona es insuficiente para constituir una concepción liberal de la sociedad y para derivar de ella el conjunto de derechos individuales normalmente asociados con esa concepción. Los dos principios garantizan que la autonomía de un individuo no puede ser sacrificada para incrementar la autonomía de otros. Sin embargo, esta garantía se aplicaría también a los mismos agentes afectados, prohibiéndoles involucrarse en cualquier tipo de situación que pudiera dañar su propia autonomía. De este modo, el principio de autonomía personal implicaría, paradójicamente, una supervisión permanente de los individuos para descalificar cualquier decisión personal que restriñja su propia autonomía aun cuando el resultado neto fuera el incremento de la autonomía de otras personas.

El rechazo de la señalada implicancia antiliberal de los dos principios citados necesita de un principio ulterior que limite directamente el principio de inviolabilidad de la persona. Este nuevo principio debe autorizar restricciones en la autonomía de los individuos, cuando esas restricciones sean consentidas por los individuos afectados. Una formulación más precisa de este principio, que yo llamo "el principio de dignidad de la persona",<sup>16</sup> le permite a la persona tener en cuenta decisiones o actos deliberados de individuos como una base suficientemente válida para contraer obligaciones, asumir responsabilidades y perder derechos. De este modo, es posible imaginar un proceso dinámico en el cual los derechos pueden ser transferidos y perdidos de modo que algunos individuos puedan disminuir su autonomía en favor de acciones de otros.

El límite que el principio de dignidad de la persona pone sobre el principio de inviolabilidad de la persona puede anular el límite que el último pone al principio de autonomía de la persona. Entonces, cuando se aplica el principio de dignidad de la persona (ya que la persona afectada consiente una relación normativa resultante en una pérdida de autonomía), la prohibición a la restricción de la autonomía de un individuo para

incrementar la de otros puede ser ignorada. Esto se manifiesta en el hecho de que las instituciones jurídicas que establecen obligaciones y responsabilidades y dependen del consentimiento de los afectados —como sucede en los casos de un contrato, el matrimonio y las leyes penales— deberían estar justificadas sobre la base de promover la autonomía de la sociedad en general.<sup>17</sup> Los individuos que, por ejemplo, cometen un delito pueden ser castigados para prevenir otros crímenes y, consecuentemente, promover una cantidad de autonomía agregativamente mayor. Tales individuos no están legitimados para sostener que están siendo usados como meros medios porque ellos han acordado asumir sus responsabilidades y ser castigados cuando voluntariamente cometieran un delito sabiendo que la responsabilidad es una consecuencia necesaria y normativa del acto.

El tercer principio de la concepción liberal de la sociedad excluye "el determinismo normativo". En su nivel más básico, el determinismo sostiene que todo evento, incluidas las acciones humanas, está causado por factores biológicos, psicológicos o socioeconómicos. El determinismo normativo es una posición que se infiere de su hipótesis descriptiva de que las acciones humanas voluntarias no deben ser tomadas como condiciones normativas suficientes de obligaciones, responsabilidades y derechos. Esto es en sí mismo una proposición normativa que, como tal, no podría simplemente ser derivada de la hipótesis descriptiva del determinismo sin incurrir en una derivación ilegítima de "juicios del deber ser" a partir de "juicios del ser". Tal derivación sólo podría ser hecha sobre la base de alguna premisa mayor de carácter normativo. Sin embargo, como traté de mostrar en otro lugar, no es fácil ver cuál debería ser esa premisa y cómo debería estar fundada.<sup>18</sup> Esto es absolutamente cierto cuando la conclusión que debería derivar de ésta conduce, una vez que se la generaliza, a una concepción ininteligible de sociedad. Negar el principio de dignidad de la persona conduciría no sólo al rechazo de la institución de la responsabilidad criminal (ya que ésta está basada en el consentimiento de aquellos que son sujeto del castigo),<sup>19</sup> sino también al rechazo de instituciones tales como los contratos civiles, el matrimonio y la representación política.

A través de la adopción del principio de dignidad de la

persona contra las demandas del determinismo normativo, debemos tratar de enfrentar las excepciones que surgen en aquellas situaciones donde el consentimiento es comúnmente considerado como inválido debido a la existencia de una debilidad de la voluntad. En ciertos casos la voluntad de las personas es superada por factores externos como la coerción o el disturbio mental. Desde mi punto de vista, las excepciones al castigo o a la compensación como resultado de una falla de la voluntad que nulifica contratos, son compatibles con el principio de dignidad de la persona.<sup>20</sup> Esta compatibilidad se da sólo si tenemos en cuenta no el hecho de que la voluntad del agente está causada, sino más bien que ella encuentra su causa en factores que operan de forma desigual sobre el agente en cuestión. Si la inmadurez mental, la coerción, la necesidad o los errores afectan de forma relativamente equivalente a todos los miembros de un grupo social relevante, sería absurdo permitir en esas circunstancias la invalidación de contratos o matrimonios o negar compensaciones por daños o no aplicar castigos por crímenes cometidos dentro de ese grupo.

Estos tres principios (autonomía, inviolabilidad y dignidad) constituyen una base amplia de la cual se deriva un considerable grupo de derechos individuales que conforman la dimensión ideal sustantiva de la constitución compleja. El principio de autonomía personal determina los bienes que son el contenido de aquellos derechos; la inviolabilidad de la persona describe la función de aquellos derechos a través de establecer barreras de protección de los intereses individuales contra demandas basadas sobre intereses de otras personas o de algún todo colectivo; y la dignidad de la persona da lugar a un tratamiento dinámico de los derechos al permitir el consentimiento de los individuos para servir de fundamento a las responsabilidades y obligaciones que los limitan. Este grupo formado por estos tres principios define una concepción liberal de la sociedad, que rechaza el perfeccionismo, el holismo y el determinismo normativo.

#### ¿Quién goza de los derechos? ¿Quién debe respetarlos?

Cualquier límite a la clase de los sujetos de derechos morales sobre la base de ciertas propiedades fácticas, tales

como pertenecer a la especie humana o que posean racionalidad, presenta una casi insuperable dificultad. Debemos preguntar por qué esas propiedades fácticas deberían necesariamente ser relevantes para ciertos principios normativos más elevados. Si no resolvemos este problema, corremos el riesgo de incurrir en un dogmatismo análogo a aquel del racista que considera moralmente relevantes las diferencias físicas sin una ulterior justificación moral.<sup>21</sup>

Aunque este problema requiere de una discusión más extensa, puedo decir aquí que la solución consiste en reconocer que los principios que establecen derechos fundamentales son incondicionales y se extienden a todos y a todo. Ciertas condiciones fácticas tienen relevancia no para saber quiénes son los sujetos de los derechos en cuestión sino quiénes en realidad pueden disfrutar de los beneficios que ellos proveen. Por ejemplo, ciertas condiciones psicobiológicas son precondiciones para disfrutar del bien de la autonomía personal. Un desarrollo determinado del sistema nervioso es una condición para sentir placer o dolor. La aceptación de la separabilidad de los individuos, que subyace al principio de inviolabilidad de la persona también requiere además algunas condiciones psicobiológicas. La capacidad de tomar decisiones y realizar ciertas acciones voluntarias que permiten la aplicación del principio de dignidad de la persona, también presupone un cierto desarrollo psicológico y biológico. Finalmente, cuando decimos que los derechos morales fundamentales, como los constitucionales, son derechos *humanos*, queremos referirnos de esta forma al hecho muy importante, pero lógicamente contingente, de que creemos que esos derechos fundamentalmente benefician a miembros de la especie humana. Esta concepción de los destinatarios de los derechos individuales tiene implicancias relevantes para temas tales como el aborto y la discriminación.<sup>22</sup> Sin embargo, hay clases de animales superiores no humanos que pueden parcialmente gozar de algunos aspectos de esos derechos, tales como los derechos que implican que la inflicción de dolor tiene un valor negativo.

Una pregunta importante con respecto a los derechos humanos garantizados constitucionalmente se refiere a si ellos deberían beneficiar a personas que se encuentran fuera de los límites de cierto país. Por ejemplo, la Corte Suprema de Estados

Unidos en *United States v. René Martinez Verdugo-Urquidez*<sup>23</sup> emitió una decisión que sostén que la garantía de la Enmienda IV contra allanamientos y decomisos realizados sin orden judicial no se aplicaba fuera del territorio de Estados Unidos.<sup>24</sup> El argumento de la mayoría de la Corte era que la expresión "el pueblo" usada en la Enmienda IV se refiere a la comunidad nacional, y la Corte sostuvo que sólo los miembros de esa comunidad se encuentran protegidos por aquella garantía. Los jueces Brennan y Marshall disintieron adoptando una visión universalista de los derechos constitucionales. Señalaron la contradicción inherente de sostener que mientras el gobierno está constitucionalmente autorizado a actuar en el extranjero para combatir el crimen, éste no está limitado en su accionar por esa misma constitución para proteger los derechos individuales. Desde mi punto de vista, la disidencia es correcta de acuerdo con los principios del constitucionalismo liberal, ya que el reconocimiento de derechos debe necesariamente ser universal, no obstante que el hecho de que la eficacia de tal reconocimiento es sólo limitada al territorio nacional.

Nuestro esquema de trabajo debería también ser utilizado para examinar quién debe preservar los derechos constitucionales y quién puede ser hecho responsable por su violación. En principio, la clase de aquellos que están moralmente obligados a respetar los derechos humanos es también una clase universal, ya que cualquier discriminación *a priori* en la obligación de proteger y promover esos derechos no está justificada. Sin embargo, como lo sugerí previamente, tales obligaciones están sujetas a condiciones vinculadas con la posibilidad de cumplir con ellas y con la distribución de las cargas correspondientes. Con estas limitaciones, las obligaciones de proteger derechos constitucionales son en muchos casos cumplidas de forma directa, tales como las obligaciones de no interferir. En otros casos, ellas son cumplidas a través de mecanismos institucionales, tales como diferentes tipos de contribuciones, especialmente impuestos, que mantienen las estructuras del Estado que protegen y promueven esos derechos. Estas estructuras del Estado incluyen la policía, la administración de justicia y el sistema de seguridad social. El Estado es a menudo considerado el principal violador de los derechos humanos. Este énfasis es entendible si se asume que hay mecanismos jurídicos para

confrontar abusos de derechos humanos cometidos por actores no estatales, pero que no existen cuando ellos son cometidos por el Estado. Sin embargo, es necesario resaltar la necesidad de establecer tales mecanismos.

### Dos desafíos al liberalismo: comunitarismo e igualitarismo

La concepción liberal de la sociedad es generalmente criticada por no poder asimilar los ideales de comunidad fraterna, igualdad y democracia. Mientras se dice que el liberalismo está basado en los valores de autonomía, inviolabilidad y dignidad de las personas, se alega que éste ignora otros aspectos esenciales de la condición humana. Los críticos argumentan, en primer lugar, que el liberalismo falla en reconocer el papel que la pertenencia a una comunidad desempeña en la vida y en la formación del carácter de los individuos para definir su identidad, condicionando su razonamiento moral y la elección de planes de vida. En segundo lugar, el liberalismo da un peso indebido a la autonomía entendida como una libertad meramente formal, negativa y protectora, sin tener en cuenta los reclamos de igualdad y justicia social.

#### El desafío comunitarista al liberalismo

Filósofos como Alasdair MacIntyre, Charles Taylor y Michael Sandel han tratado de mostrar cómo las tradiciones y convenciones que definen una comunidad, muchas de las cuales pueden ser eventualmente reflejadas en una constitución, son necesariamente aproximaciones de proposiciones que justifican acciones o decisiones. Estas tradiciones y convenciones son usadas, por ejemplo, para justificar decisiones basadas en derechos individuales o el proceso democrático. Esta concepción de los destinatarios de los derechos individuales tiene implicancias relevantes en temas tales como el aborto y la discriminación.<sup>25</sup>

Charles Taylor trata de mostrar, por ejemplo, en forma casi silogística, cómo apelar a los derechos individuales presupone la pertenencia a una comunidad específica definida por tradiciones específicas.<sup>26</sup> Este autor sostiene que la adscripción

de derechos depende del reconocimiento de las capacidades para realizar ciertas actividades, tales como expresar opiniones, desarrollar una vida espiritual y sentir placer o dolor. Taylor sostiene que la adscripción de derechos no sólo implica el reconocimiento de ciertas capacidades como valiosas. Si algo es valioso, continúa, hay una obligación de expandirlo y preservarlo así como de crear las condiciones de las cuales depende su materialización y expansión. Sin embargo, la mayoría de las capacidades que subyacen en la protección de derechos individuales están condicionadas por la pertenencia a una sociedad dada, ya que su práctica requiere elementos tales como el idioma, un esquema conceptual o instituciones que son inherentemente sociales.<sup>27</sup> La conclusión es, por supuesto, que la adscripción de derechos presupone la obligación de preservar esos lazos con la comunidad que hacen posible el desarrollo de esas valiosas capacidades protegidas por los derechos.<sup>28</sup>

He sostenido en otro lugar que el comunitarismo parece atractivo sólo a la luz de la valoración que realiza de las características particulares de la solidaridad, de los lazos afectivos de cada sociedad y de la contribución social al desarrollo individual.<sup>29</sup> El comunitarismo no aparece como cuestionable cuando percibimos que el desarrollo lógico de esta posición puede conducir a implicancias colectivistas y perfeccionistas, derivadas de la adopción implícita de un convencionalismo conservador y relativista.

Sin embargo, no son esas características menos plausibles del comunitarismo las que demuestran su debilidad teórica, sino una inconsistencia más importante. Por una parte, éste considera relevantes las prácticas sociales y convenciones, pero por la otra cuestiona la práctica actual del discurso moral que, como MacIntyre reconoce, es caracterizado por aquellos rasgos del liberalismo que el comunitarismo condena.<sup>30</sup> Estos rasgos incluyen la idea de que la moralidad está principalmente compuesta por reglas que podrían ser aceptadas por cualquier individuo racional bajo condiciones ideales; el requerimiento de que tales reglas sean neutrales con respecto a los intereses de individuos diferentes; el requerimiento de que las reglas morales sean neutrales en relación a concepciones del bien que los individuos apoyan; y finalmente, el requerimiento de que las reglas morales sean aplicadas en forma igualitaria a todos los

seres humanos independientemente de su contexto social. De allí que las prácticas actuales del discurso moral parecen excluir la posibilidad de justificar acciones o decisiones sobre la base de razones cuya validez es socialmente relativa (dependen de su reconocimiento como convenciones sociales) y cuyo contenido varía de sociedad en sociedad. Los comunitaristas son así inconsistentes al enfatizar la importancia de las convenciones para el razonamiento moral y al mismo tiempo oponerse a aquellas que constituyen los fundamentos de la práctica social del discurso moral. El discurso moral pos iluminista de nuestra civilización, como lo ha resumido Kant, requiere que las razones justificatorias últimas sean, por otro lado, autónomas (su validez no debería depender de su contexto sino de su aceptabilidad bajo condiciones ideales) y, por otro lado, universales (aplicable a todas las situaciones que no difieran en sus circunstancias relevantes).

Este rechazo de la base filosófica del comunitarismo no niega la pertenencia a comunidades y que los lazos de fraternidad y amistad sean bienes extremadamente importantes en el desarrollo de la autonomía personal. Como tales, la organización política, empezando con su constitución, debería proveer la base material para esos bienes. Esto requiere otorgar a todos una amplia libertad, no sólo negativa sino también positiva, para poder vincularse voluntariamente a la mayor variedad posible de asociaciones y organizaciones en la vida comunal, sean ellas parciales y circunstanciales, o totales y de por vida. Por supuesto, la precondition esencial para esta libertad es la posibilidad de abandonar voluntariamente estas comunidades, una libertad de especial importancia en el caso de los niños. Esto también requiere que los individuos sean expuestos a otras formas de vida fuera de la de la comunidad en la que han nacido y han sido criados. Finalmente, el Estado tendrá que intervenir para solucionar problemas de acción colectiva que afecten la posibilidad de compromisos comunitarios libres.

### **El desafío igualitario al liberalismo**

La crítica igualitaria al liberalismo sostiene que la filosofía de este último es antagónica con el compromiso de apoyar a los más necesitados, ya que ese apoyo a menudo implica interferir

con las decisiones de los individuos. Aunque el liberalismo no puede ser reducido solamente a la defensa de la libertad de mercado, el mercado y la propiedad privada deben ocupar un lugar central entre las instituciones liberales dirigidas a promover la autonomía personal. Esta centralidad está asegurada a pesar del hecho obvio de que la protección del mercado y de la propiedad privada puede a menudo consolidar e incluso expandir desigualdades iniciales.

Sin embargo, hay una tendencia igualitarista fuerte dentro del liberalismo desde Kant a Mill, que hace que nos preguntemos si la tensión supuesta entre liberalismo e igualdad es real. La sospecha de que es sólo ilusoria emerge cuando consideramos que los dos valores tienen estructuras diferentes. La libertad no es un valor relativo: yo soy libre no importa cuán libre sean los demás, a pesar de cualquier interdependencia causada entre mi propia libertad y la de los otros. La libertad es un valor absoluto, la extensión de la cual no depende de cómo está distribuida entre los diferentes individuos ni excluye *a priori* un criterio de distribución. Por otro lado, la igualdad es un valor que necesariamente se refiere a la distribución de algún otro valor. La igualdad no es un valor si no está basada en otra situación o propiedad que es en sí misma valiosa. No es valioso, por ejemplo, ser igual en altura o en las condiciones de la esclavitud.

Esto sugiere la posibilidad de una combinación entre los dos valores: lo que se requiere es una igual distribución de libertad. Pero también uno podría preguntarse si esta combinación debe ser aceptada en lugar de algún otro criterio para distribuir la autonomía. Uno podría elegir, por ejemplo, maximizar la autonomía a través de igualar a la gente en relación a algún otro valor, como por ejemplo la satisfacción de sus necesidades.

La respuesta a esta pregunta puede encontrarse al examinar las violaciones a los derechos que el liberalismo reconoce. El liberalismo consagra derechos tales como el derecho a la vida, la integridad corporal, la propiedad, y garantiza la protección frente a la agresión y la tortura. Reconocer estos derechos nos lleva a otra pregunta: ¿Por qué estos mismos derechos no son violados cuando la gente es abandonada para que muera o sufra daños corporales por falta de comida o de atención médica o

cuando carece de recursos necesarios para llevar a cabo los planes de vida que ha elegido? La respuesta usual a este problema es trazar una distinción. En el primer caso, los derechos individuales están siendo violados por una persona, normalmente un funcionario público que ejecuta el ataque o acto agresivo. En el segundo caso, no hay una violación de derechos sino que hay una falta de satisfacción de ellos debido a hechos naturales o a acciones involuntarias de seres humanos. Desde esta perspectiva, todo lo que los funcionarios públicos hacen es permitir que la falta de satisfacción ocurra. Incluso en el peor de los casos, se considera mucho menos serio que provocar la insatisfacción en primer lugar.

Pero esta respuesta parece depender de una distinción moral injustificada entre *acciones* y *omisiones*. ¿Por qué no decir que los funcionarios públicos que no aseguran que el enfermo tenga adecuada atención médica, o incluso los ciudadanos que no contribuyen con impuestos suficientes, han matado o causado daño corporal por omisión? Hay numerosas situaciones en las cuales la diferencia entre acción y omisión o bien no aparece o no es significativa. A modo de respuesta, algunos señalan el hecho de que el acto cometido muestra una mayor degradación del agente que la correspondiente omisión; otros sostienen que las acciones positivas son siempre deliberadas mientras que las omisiones son frecuentemente involuntarias; otros argumentan que las primeras generalmente provocan un mayor escándalo y efectos ejemplificadores peores que las últimas.

En otro lugar he argumentado que los ejemplos típicamente usados en la discusión acerca de este problema revelan una diferencia entre acción y omisión. La omisión no *causa* el resultado disvalioso que sí es en realidad causado por la acción en un ejemplo análogo. El funcionario gubernamental a cargo de la salud pública que no asigna suficientes fondos a los hospitales genera una condición necesaria para la muerte de los pacientes. Sin embargo, él no causa la muerte en el mismo sentido que lo haría si les disparara a esos pacientes con un arma. La intervención del funcionario o la falta de ella es comparable a la de la persona que hizo o vendió el arma en el ejemplo dado.

Más allá de estas distinciones, es razonable preguntarse

por qué las omisiones en estos y otros ejemplos similares no causan los resultados que violan derechos humanos, y preguntarnos acerca de la relevancia moral que tiene el hecho de que ellos no sean causas sino sólo meras condiciones de esos resultados. Consideremos a la madre que no alimenta a su bebé y de este modo causa su muerte. La razón parece ser que la adscripción de efectos causales a la conducta, fundamentalmente a la conducta omitida, depende de estándares normativos que establecen una obligación de actuar en un sentido positivo. Tales estándares distinguen el caso de la madre del caso de un vecino que podría haber alimentado al niño pero no tiene la obligación de hacerlo y, de este modo, no ha causado su muerte. De acuerdo con esta lógica, no se trata de que tengamos la obligación de actuar o no actuar cuando la acción o inacción pueda causar un resultado que viole algún derecho. En lugar de ello, producimos un resultado que viola algún derecho cuando tenemos la obligación de actuar o no actuar para impedir ese resultado.

Dado que se sostiene generalmente que un derecho, tal como el derecho a la vida, no es violado por no proveerle a las personas alimentos o medicinas, se asume, de esta forma, que no hay ninguna obligación de proveer tales recursos. ¿De dónde surge la definición de esa obligación? Como parte de la moralidad positiva de nuestras sociedades nosotros creemos intuitivamente que es diferente abstenerse de proveer comida a una persona hambrienta que dispararle con un revólver. De esta forma, la presuposición de que no hay ninguna obligación de proveer alimento al que lo necesita corresponde a un estándar de esa misma moralidad positiva. Ese estándar tiene un impacto sobre el principio de inviolabilidad de la persona, ya que esto implica que nadie debería ser sacrificado para incrementar la autonomía de otros en el caso en que los recursos no son provistos para satisfacer las necesidades de alguien. De esta forma, evitamos limitar la autonomía de otros ya que no proveer de los recursos en cuestión no implica disminuir la autonomía de la persona necesitada.

¿Pero cómo es posible justificar este estándar de moralidad positiva que limita las obligaciones de realizar acciones positivas en casos extremadamente inusuales? Como vimos, el liberalismo presupone que cualquier práctica social o convención está sujeta a crítica. De esta forma, el hecho de que este

estándar sea parte de una moralidad social no es razón suficiente para aceptarlo. Uno podría decir que este estándar protege el mismísimo valor de la autonomía, ya que éste requeriría restricciones en las elecciones individuales y la actualización de planes para satisfacer las necesidades de otros. Esta respuesta es una *petitio principii*, ya que presupone, sobre la base del mismo estándar en discusión, que la autonomía de los individuos cuyas necesidades no son satisfechas no está afectada negativamente por la omisión. En realidad, parece ser que este estándar que limita los derechos positivos no puede ser justificado de ninguna manera. El "liberalismo conservador" que avala esta visión para justificar una concepción extremadamente restringida de los derechos es más conservador que liberal. Este parte de la aceptación acrítica de los estándares de moralidad positiva, contraviniendo así el requerimiento liberal de someter toda convención social a examen crítico.

Al mismo tiempo, no es fácil articular una posición liberal que abandona el estándar más restrictivo de moralidad positiva con su limitada visión de la obligación de actuar en forma positiva hacia otras personas. Si aquel estándar es removido, cualquier acción u omisión puede ser condición necesaria para que se produzcan resultados que violen derechos. Esto significa que cualquier cosa que se haga o se omita hacer puede infringir el principio de inviolabilidad de la persona ya que el acto u omisión puede implicar la reducción de la autonomía de alguien, casi seguramente para incrementar la de otros. Si el principio de inviolabilidad fuera infringido en prácticamente todos los casos, éste no serviría para limitar el principio de autonomía de la persona. En tal situación, sólo el principio de autonomía serviría como base de la concepción liberal de la sociedad, ya que el principio de dignidad de la persona también desaparecería porque su función es limitar el principio de inviolabilidad de la persona. Si el principio de autonomía fuera tomado en forma aislada, éste constituiría un principio agresivo que no respetaría la separabilidad e independencia de las personas y que nos conduciría hacia un enfoque holista similar al del utilitarismo.

Para evitar este resultado, propongo una visión alternativa. La elección entre conservadurismo y utilitarismo puede ser

evitada si reformulamos el principio de inviolabilidad de la persona. Esta versión sólo proscribe aquellas restricciones que disminuyan la autonomía de una persona llevándola a un nivel inferior al que gozan los demás.<sup>31</sup> Así, uno puede limitar la autonomía de alguien si de ello resulta un incremento de la autonomía de las personas que son menos autónomas que aquellos cuya autonomía está siendo disminuida. Este principio es similar a la prescripción implícita en el principio de diferencia de Rawls de incrementar siempre la autonomía de aquellos que son menos autónomos. El principio no impone una igualdad estricta entre individuos. Las diferencias en la autonomía pueden estar justificadas si la mayor autonomía de algunos sirve para incrementar la autonomía de los menos autónomos o no tiene ningún efecto en la autonomía de estos últimos. Esta es una idea de igualdad no como niveladora sino como no explotación: la mayor autonomía es ilegítima cuando se logra a expensas de una menor autonomía de otras personas.

Dos grandes concepciones de igualdad han dominado la historia de la reflexión filosófica y están en fuerte tensión. La primera concepción de igualdad focaliza sobre la idea de *nivelación*. De acuerdo con esta concepción, una situación de desigualdad entre personas existe cuando ellas están localizadas en diferentes posiciones con respecto a alguna dimensión relevante. En forma ideal, todos los problemas morales están igualados en la cantidad de bienes, recursos y satisfacciones que sean considerados relevantes, tales como el valor de la autonomía personal. Obviamente este óptimo es imposible de alcanzar en la práctica y hay entonces divergencias acerca de cuáles situaciones se acercan más a aquel ideal.<sup>32</sup> Hay un problema adicional dado por el hecho de que si uno está satisfecho con su posesión de un bien relevante en un grado  $x$ , el hecho de que ahora se dé cuenta de que hay alguien que tiene ese bien en un grado  $x + 1$  pueda conducir a una queja basada sobre el sentimiento de la envidia.

Estas dudas requieren que focalicemos en la concepción alternativa de igualdad a la que antes denominé igualdad como *no explotación*. Esta concepción se percibe en Locke cuando sostiene que los hombres no están hechos para ser instrumentos de otros y se encuentra claramente articulada por Kant a través de su famosa segunda formulación del imperativo cate-

górico que prohíbe a las personas ser tratadas sólo como medios. Esto culmina en la idea de Marx de que los trabajadores son explotados en el sistema capitalista de producción<sup>33</sup> por la apropiación de su plus de trabajo. Además, el principio de inviolabilidad de la persona está relacionado con la idea de igualdad como no explotación.<sup>34</sup>

La articulación de la idea de no explotación a través de la segunda formulación del principio de inviolabilidad de las personas converge con la idea de nivelación. En efecto, la inviolabilidad de las personas está afectada ahora por actos u omisiones que causan daño sólo cuando la autonomía reducida resulta ser menor que la autonomía que es expandida. Esto parece reconocer un cierto valor en la nivelación de las personas en lo que se refiere a la autonomía. Sin embargo, esta convergencia no implica una total devoción al principio de igualdad. Hay muchos casos de diferencias en autonomía que son inobjetables de acuerdo a la segunda formulación del principio de inviolabilidad de la persona. La mayor autonomía de uno puede ser expandida, por ejemplo, sin tener ningún efecto causal en el alcance de la autonomía más restringida de otro. Las diferencias en autonomías son también inobjetables cuando la reducción de la autonomía menor ha sido consentida por la persona en cuestión, cobrando relevancia el principio de dignidad de las personas.

La idea de igualdad como niveladora tiene una validez independiente cuando ella se aplica a las condiciones que se refieren a la participación en el proceso democrático de discusión y toma de decisiones. La justificación de la democracia que presentaré en el capítulo 5 requiere una igual participación de aquellos afectados por las decisiones para maximizar la calidad epistémica del proceso. Esto demanda una voz igual y un voto igual como también todas las precondiciones para que esa igualdad sea sustantiva y no meramente formal. Debido a que la determinación de las diferencias que favorecen a los menos favorecidos debe ser hecha a través del proceso democrático, no habría ninguna garantía de que esas decisiones sean tomadas imparcialmente si el proceso mismo favoreciera la mayor participación de algunos frente a aquellos que se encuentran en una posición peor.<sup>35</sup>

Esta formulación del principio de inviolabilidad de la

persona nos impide caer en una posición conservadora o en una de tipo utilitarista. Provee amplios derechos positivos, pero no toda acción u omisión va contra el principio de inviolabilidad de la persona. Esta reformulación sólo reconoce como violaciones aquellas restricciones que disminuyan la autonomía de las personas menos autónomas que aquellas beneficiadas por la acción. Esto es verdad no importa qué efecto ello tenga sobre la suma total de autonomía disponible en el grupo social relevante. Más allá del hecho de que su presentación permite combinar los valores de libertad e igualdad (adscribiendo valor a la igual distribución de autonomía), las tensiones entre estos dos valores no desaparecen completamente. Se podría alcanzar el punto en el cual un exceso de obligaciones positivas de promover la autonomía de los menos autónomos remueva toda posibilidad de que los individuos desarrollen autónomamente planes de vida.

Esta forma de liberalismo igualitario es el único enfoque que no depende de convenciones sociales y deja un espacio para los tres principios de autonomía, inviolabilidad y dignidad de la persona. Esta es una especie de liberalismo que está lejos de ser antagónica con los así llamados "derechos sociales" tales como el derecho a la salud, a una vivienda digna y a un salario justo. En lugar de ello, esto muestra que los "derechos sociales" son una extensión natural de los derechos individuales clásicos. Esta visión es contraria a la de aquellos que sostienen que los derechos individuales o "negativos" tienen una prioridad mayor que los sociales o "positivos". En forma similar, este argumento pone en evidencia el error de aquellos que sostienen que el reconocimiento de esos derechos sociales, a través del así llamado "constitucionalismo social", requiere del rechazo del liberalismo clásico a través de la limitación de los derechos individuales.

### **Los derechos y sus implicancias para el sistema democrático**

He tratado en este capítulo de exponer, en forma muy somera, el contenido básico de la constitución ideal de los derechos. Los derechos identificados se encuentran fundados en los principios de autonomía, inviolabilidad y dignidad de la

persona y derivan de los presupuestos de la práctica social del discurso moral. Finalmente, la justificación de la democracia, la fundamentación del control judicial de constitucionalidad e incluso las relaciones entre las diferentes dimensiones de la constitución compleja están apoyadas explícita o implícitamente en esa visión de los derechos.

Ahora podemos hacer un examen preliminar de la relación existente entre el reconocimiento de los derechos y la operación del proceso democrático para tomar decisiones colectivas. Esta dinámica parece ser más problemática que la relación entre los derechos y la constitución histórica. Los derechos que nosotros hemos explorado no se derivan del proceso democrático sino que surgen de reflexiones efectuadas sobre los presupuestos de nuestra práctica de la discusión moral. Una vez que describimos estos derechos, su función parece ser precisamente la de limitar la operación del proceso democrático a través de la descalificación de decisiones colectivas que los ignoran. Si el proceso democrático niega la inviolabilidad de la persona, por ejemplo a través de la institución de alguna forma de esclavitud, o ignora la autonomía de la persona a través de la promoción de políticas perfeccionistas, el reconocimiento de los derechos que emergen de nuestros principios fundamentales invalidaría *ipso facto* estas decisiones. Esta es la intuición básica detrás de la idea de que cuando el constitucionalismo es sumado a la democracia, hay decisiones democráticas que están impedidas por el reconocimiento liberal de los derechos. Este contrapeso proveído por el reconocimiento de los derechos en una democracia tiene implicancias en el diseño institucional y conlleva preguntas vinculadas al control judicial de constitucionalidad de las decisiones democráticas, la división de poderes, la representación y los derechos de las minorías.

Tradicionalmente, el contrapeso que los derechos ejercen sobre la democracia no ha sido tan extremo como para prevenir que la democracia tenga su propia e importante esfera de operaciones. Si el alcance de los derechos es restringido, como lo propone el liberalismo clásico, muchos problemas sociales importantes no serían decididos por el reconocimiento de los derechos sino por el proceso democrático. Estos problemas pueden traer aparejadas en forma implícita preguntas con respecto a si un sistema moral válido puede proveer de solucio-

nes pero sin importarle la vigencia de los derechos. Además, el sistema moral puede permanecer silencioso respecto de estos asuntos, ya sea porque cualquier solución es moralmente indiferente o porque el sistema moral es indeterminado, así como lo es la solución correcta. En efecto, un rol para el derecho positivo es el de llenar las lagunas en el sistema moral. Si el derecho positivo está moralmente justificado porque se origina en un proceso democrático, que asumimos es moralmente legítimo, el derecho positivo convierte en soluciones moralmente correctas decisiones que eran moralmente indiferentes o moralmente indeterminadas.

¿Pero qué sucedería si ese análisis estuviera equivocado y el alcance de los derechos no fuera restrictivo? Esto es en efecto una consecuencia de adoptar la posición liberal igualitaria, interpretando el principio de inviolabilidad de la persona de modo que éste se considere violado cuando la autonomía de alguien es restringida para promover una mayor autonomía de otros. Esto implica que los derechos no son sólo negativos sino también positivos. Desde este punto de vista, la autonomía de una persona no está sólo dañada por acciones que evitan que la gente adquiera ciertos bienes necesarios para tal autonomía sino también a través de no proveer a las personas de esos bienes que son el contenido de los derechos de bienestar. Cuando introducimos derechos positivos en nuestro espacio moral, este espacio crece enormemente. Una gran cantidad de acciones y omisiones de la gente tienen significancia intersubjetiva ya que ellas afectan a otras personas. Esto es aun más cierto, por supuesto, en referencia a las acciones u omisiones de las autoridades. Una política que asigna recursos para la defensa nacional en lugar de hacerlo para la vivienda, o para la vivienda en lugar de la educación, o confía más en el mercado que en la distribución pública de bienes, puede afectar derechos individuales. Cada opción de políticas puede expandir la autonomía de ciertos grupos de personas a expensas de aquellos que disfrutan de una menor autonomía. Además, la moral interpersonal adquiere un enorme alcance y los derechos ocupan la mayor parte de éste.

Una vez que nosotros aceptamos la propuesta constructivista de principios morales básicos deduciendo derechos de los presupuestos de nuestra práctica social del discurso moral,

cualquier persona, particularmente alguien entrenado en explorar las estructuras del pensamiento individual y las prácticas sociales (tales como los filósofos morales), puede tener acceso a esos principios y tener autoridad para afirmar las implicancias que conciernen a los derechos.<sup>36</sup> Además, debemos enfrentar el problema de que una teoría robusta de los derechos, ostensiblemente basada en razones a las que cualquier persona podría tener acceso, empuja el procedimiento democrático fuera del dominio de la moral. Es aún más problemático el que esta teoría de los derechos pueda legitimar una constitución histórica que garantice los derechos pero que no establezca un sistema democrático para la toma de decisiones colectivas.

Enfrentados con este desafío, muchos pensadores han creído que es esencial para una concepción liberal de la sociedad, y del ideal constitucionalista que incorpora el reconocimiento de derechos, que la democracia sea justificada en forma tal que su valor dependa del hecho de que su funcionamiento no invada el espacio moral ocupado por los derechos. Este enfoque crearía una clara separación entre política y moral, e implicaría que no es misión de la política democrática transformar los intereses y preferencias de la gente y de los grupos en lo que respecta a la moral, o de un modo que conduzca a la protección y promoción de los derechos. En contraposición con estas visiones, otros sostienen que la política es inherentemente moral y el funcionamiento de la democracia es relevante para definir los derechos que tenemos. Esta distinción será tenida en cuenta en la revisión de las concepciones de democracia que desarrollaré en el capítulo siguiente.

#### Notas

1. Carlos Santiago Nino, *The Ethics of Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1991.

2. Wesley Newcomb Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Essays*, New Haven, Yale University Press, 1923, Walter Wheeler Cook (comp.), pp. 36-60, y Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, Berkeley y Los Angeles, University of California Press, 1978, p. 145.

3. Algunos filósofos concibieron a aquellas normas como irreductibles, otras como a los actos de revocación de esos permisos y otros como a las normas que establecen prohibiciones y promesas de no interferencia.

4. Nino, *The Ethics of Human Rights*, capítulo 3.

5. Los derechos morales surgen del hecho de que, de acuerdo con ciertos principios que se presumen válidos, es impropio negar a algún individuo que sea parte constitutiva de una clase relevante, el acceso a una situación que sea beneficiosa para cada miembro de la clase. La existencia de un derecho moral no necesariamente presupone que existe una obligación correspondiente, a menos que se satisfagan algunas condiciones referidas a la posibilidad de proporcionar el bien en cuestión por parte de otros individuos y con una distribución entre ellos de las cargas involucradas en esa disposición. Nino, *Ethics of Human Rights*, capítulo 1.

6. Esta inconsistencia surge de la incompatibilidad entre la acción de formular una proposición normativa y la acción fundada en ésta o en algún presupuesto necesario de ésta.

7. Nótese, no obstante, que aquellos resultados pueden tener relevancia epistémica, tal como se verá más adelante.

8. Este rasgo de la autonomía fue subrayado por Kant como distintivo de la aceptación de principios morales.

9. Véase Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford, Oxford University Press, 1989.

10. Véase por ejemplo, *ibid.*, capítulo 4 y John Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1971, capítulo 1.

11. Véase Thomas Nagel, *The Possibility of Altruism*, Oxford, Oxford University Press, 1970.

12. Nino, *The Ethics of Human Rights*, capítulo 5.

13. Elie Kedourie, *Nationalism*, Nueva York, Frederick A. Praeger, Inc., 1961, pp. 32-50.

14. Véase este punto en Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona, Ariel, 1984, capítulo 4.

15. Véase Thomas Nagel, *Mortal Questions*, Cambridge, University Press, 1979, pp. 83-84 [*La muerte en cuestión*, Fondo de Cultura Económica, México, 1986]; Thomas Scanlon, "Contractualism and Utilitarianism", en *Utilitarianism and Beyond*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982; Amartya Sen y Bernard Williams (comps.).

16. Véase Nino, *The Ethics of Human Rights*, capítulo 5.

17. Véase Carlos Santiago Nino, "A Consensual Theory of Punishment", 12 *Philosophy and Public Affairs* 289 (1983).

18. Véase Nino, *The Ethics of Human Rights*, capítulo 5.

19. Nino, "A Consensual Theory of Punishment".

20. Nino, *The Ethics of Human Rights*, capítulo 5.

21. *Ibid.*, capítulo 1.

22. Véase *infra*, capítulo 1.

23. 494 U.S. 259 (1990).

24. El caso se refiere a la extradición de un ciudadano mexicano a los Estados Unidos por tráfico de drogas. La casa de esta persona en México fue

allanada por agentes de los Estados Unidos, con conocimiento de la policía mexicana pero sin una autorización judicial.

25. Para una discusión sobre estos autores y notas de sus trabajos relevantes, véase Nino, *The Ethics of Human Rights*, capítulo 4. Véase también Carlos Santiago Nino, "The Communitarian Challenge to Liberal Rights", 8 *Law and Philosophy* 37 (1989).

26. Véase Charles Taylor, "Atomism", en *Philosophy and the Human Sciences: Philosophical Papers* 2, Cambridge, Cambridge University Press, 1985, p. 187.

27. Véase Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain*, Oxford, Clarendon Press, 1994, ensayos 2, 3, 11.

28. Véase Alasdair MacIntyre, *Is Patriotism a Virtue?*, Lawrence, University of Kansas Press, 1984, pp. 6-8. MacIntyre llega a una conclusión similar usando premisas levemente diferentes. De acuerdo con su teoría, las reglas que asignan derechos están justificadas sobre la base de ciertos bienes. Estos bienes son internos a varias prácticas sociales; por lo tanto, una evaluación moral de los derechos individuales está sujeta a las convenciones y tradiciones de cada sociedad.

29. Véase Nino, *The Ethics of Human Rights*, capítulo 4.

30. MacIntyre, *Is Patriotism a Virtue?*

31. Nino, *The Ethics of Human Rights*, capítulo 6.

32. Por ejemplo, Larry Temkin muestra cómo esta idea de igualdad involucra diferentes parámetros de comparación con consecuencias incompatibles, tales como aquellas que toman en cuenta la situación de los desaventajados y la comparan con algunas situaciones de personas promedio, o la situación de la persona que está en mejor posición en términos absolutos, o la situación de alguien que está relativamente mejor posicionada. Larry Temkin, *Inequality*, Oxford, Oxford University Press, 1993, pp. 91-102.

33. Jeffrey Reiman lo describe diciendo que "en el capitalismo, Marx sostiene que los trabajadores trabajan sin recibir paga, pues ellos dan a sus jefes más tiempo de trabajo que la cantidad de tiempo de trabajo que les es retribuido por medio de sus salarios. Un trabajador trabaja, supongamos, cuarenta horas semanales y recibe un salario con el que comprará una cantidad de bienes que representan (quienquiera que los haya producido) menos de cuarenta horas de trabajo. El trabajador da un plus de trabajo que se encuentra por encima de lo que recibe como contrapartida, y este excedente permanece impago". Jeffrey Reiman, "Exploitation, Force, and Moral Assessment of Capitalism: Thoughts on Roemer y Cohen", 16 *Philosophy and Public Affairs* 6 (1987).

34. No obstante, este concepto de explotación presupone la teoría marxista del valor en términos de trabajo, una aproximación casi universalmente rechazada por los teóricos sociales. Véase, por ejemplo, el análisis de John E. Roemer, "Property Relations vs. Surplus Value in Marxian Exploitation", 11 *Philosophy and Public Affairs* 281 (1982). Este ha llevado a cabo

intentos por definir la idea de explotación en términos no marxistas, como sucede, por ejemplo, con la propuesta de Hillel Steiner, quien utiliza un concepto liberal de explotación. Véase Hillel Steiner, "A Liberal Theory of Exploitation", 94 *Ethics* 225 (1984).

35. El requerimiento de una igualdad estricta en el proceso democrático tiene profundas implicancias, pues presupone una idea de igual ciudadanía que incluye factores que tienen que ver con la identidad personal, la integridad y la autoestima.

36. Por supuesto, sucedería lo mismo si nosotros adoptáramos alguna variedad de realismo metaético, tal como el institucionalismo o el naturalismo. Sólo si adoptamos visiones metaéticas no cognitivistas, como el emotivismo o el prescriptivismo, las manifestaciones individuales acerca de la verdad moral carecerían de toda autoridad. Muchos han sostenido, por lo tanto, que adoptar una posición escéptica en materia ética es el único modo de asegurar la democracia y la tolerancia.

## 4

### Concepciones alternativas de la democracia

¿Qué justifica la democracia? ¿Es ella un proceso o es algo inherente a un proceso? Si la democracia se justificara mediante el valor de sus resultados, su atractivo sería débil y su carácter contingente, debido a que se podrían alcanzar mejores resultados a través de algún otro procedimiento. Además, podría decirse que el procedimiento democrático algunas veces produce resultados moralmente inaceptables. Si la democracia estuviera justificada, en cambio, en valores inherentes a su procedimiento distintivo, su valor debería ser ponderado con los resultados alcanzados a través de ella. A diferencia de aquellas prácticas que valoramos debido a ciertas reglas intrínsecas a ellas (como los juegos o los deportes), los resultados del procedimiento democrático no son moralmente irrelevantes sino de una importancia moral inmensa. El modo en que se resuelva la tensión entre procedimiento y sustancia debería ser considerado relevante al momento de evaluar las teorías de la democracia.

Las diversas justificaciones de la democracia adoptan dos enfoques radicalmente distintos para superar estos problemas. Ellos se diferencian, en primer término, en la forma en que cada uno incorpora las cuestiones referidas a la moral como parte de las explicaciones y justificaciones de la democracia.<sup>1</sup>

En primer lugar, muchas teorías tratan de reservar un ámbito para el funcionamiento de la política, y más específicamente para el funcionamiento de la política democrática, dentro de la cual los asuntos morales no estarían en juego. Giovanni Sartori escribe que, por ejemplo, el dominio de la política no es el dominio de la ética. Introducir la moral en la política, sostiene, es jugar con fuego.<sup>2</sup> El proceso democrático, bajo este punto de vista, considera como un hecho los intereses

y preferencias de la gente (incluso cuando sean autointeresados y moralmente censurables) y supone que las personas actúan sobre la base de esas preferencias. La democracia genera una dinámica de acción colectiva que produce resultados moralmente aceptables pero no trata de modificar las preferencias y los intereses de la gente en una dirección moralmente virtuosa.

Estas concepciones de la democracia generalmente parten de una visión pesimista de la naturaleza humana y de la posibilidad de cambiar las inclinaciones autointeresadas de las personas. Se afirma además que la democracia mejora al máximo esas inclinaciones autointeresadas. Este enfoque pesimista presupone una concepción de las facciones como autointeresadas y como una amenaza contra los derechos de los individuos. Sin embargo, esto se atempera por la creencia de que la democracia es capaz de neutralizar, sin disolver, el poder de esas facciones a través de una serie de mecanismos que generan resultados respetuosos de los derechos individuales.

Estas visiones frecuentemente presuponen una postura metaética escéptica o relativista, dudando de la existencia de razones objetivas para descalificar las preferencias de las personas como inmorales. Aquellos que las defienden a menudo sostienen que la misma pretensión de haber encontrado esas razones objetivas conduce a proyectos políticos autoritarios e intervenciones en la vida privada de las personas. En lugar de ello, la virtud del proceso democrático, sostienen, radica en que éste opera de forma tal que nadie puede descalificar las preferencias de ningún otro individuo como inmorales y en que el sistema busca acomodar las preferencias de todos sin juzgar acerca de su contenido moral. Finalmente, y de acuerdo con este enfoque, el resultado de este proceso moralmente neutro es moralmente valioso.

La segunda familia de teorías para justificar la democracia adopta el enfoque exactamente opuesto respecto de su capacidad para transformar las preferencias y las inclinaciones de las personas, y de ese modo inserta el proceso democrático dentro del dominio de la moral. De acuerdo con esta concepción, la virtud de la democracia yace precisamente en la incorporación de mecanismos que transforman las preferencias autointeresadas originarias de las personas en otras más altruistas e imparciales. La democracia no sólo produce resultados moral-

mente aceptables sino que los produce a través de la moralización de las preferencias de los individuos y quizás, también, a través de la moralización de ellos mismos. Esto implica una visión mucho más optimista de la naturaleza humana y de cómo ésta puede ser moldeada a través de mecanismos sociales que sean acordes con ciertos valores.

Por supuesto, esta segunda familia de justificaciones de la democracia no es relativista o escéptica en materia metaética. Estas teorías creen que existe la posibilidad de dar razones objetivas respecto de la moralidad de ciertos resultados y que el proceso democrático mismo ayuda a determinar el resultado moralmente correcto. Además, ellas tratan de superar la crítica de que este objetivismo puede conducir a un autoritarismo moral y a modelos de democracia que son insensibles al reconocimiento de derechos liberales.

Estas dos familias de justificaciones de la democracia difieren con respecto a estos últimos. La primera simpatiza con el reconocimiento de los derechos liberales por medio de su insistencia en que la democracia no interfiera con el dominio de la moral constituido por esos derechos. En efecto, sus seguidores han acuñado la expresión "democracia liberal", algunas veces equiparada con "democracia constitucional" o "democracia representativa", para referirse a esa forma distintiva de gobierno. De acuerdo a los defensores de esta primera familia de concepciones, éste es el único tipo de democracia que reconoce el peso que las dos otras dimensiones del constitucionalismo (el reconocimiento de derechos y el constitucionalismo histórico) ejercen sobre ella.

La segunda familia es, por otro lado, casi siempre vista por sus oponentes, y a veces por sus propios defensores, como antiliberal o al menos no liberal. La concepción que encierra esta segunda familia es frecuentemente considerada como "democracia populista", "democracia social" o "democracia participativa". Algunas veces los defensores de esta concepción reconocen que ellos reducen o incluso eliminan el contrapeso que las dos otras dimensiones del constitucionalismo (el reconocimiento de los derechos y la constitución histórica) le oponen a la democracia.

El principal objetivo este libro es tratar de mostrar que esta forma de ver el problema es equivocada. Aquellos que

visualizan a la democracia funcionando fuera del dominio de la moral y manteniendo intactos los intereses y las preferencias individuales, están equivocados ya que no pueden superar el problema de la superfluidad moral del gobierno y la tensión entre procedimiento y sustancia. Por mi parte, aspiro a justificar la democracia en términos de su poder para transformar los intereses de la gente de un modo moralmente aceptable. Al mismo tiempo, mostraré que esta visión de la democracia merece ser considerada como parte de la tradición liberal. Ella merece este lugar ya que reconoce con propiedad los contrapesos de las otras dos dimensiones del constitucionalismo previamente analizadas.

Estas diferentes visiones de la democracia no son meramente especulativas sino que tienen consecuencias distintivas para asuntos fundamentales del diseño institucional. La democracia no es simplemente un concepto descriptivo cuyas instituciones puedan ser identificadas de hecho. Por el contrario, es un concepto parcialmente normativo construido por una teoría moral, y las instituciones específicas que ella demande dependerán de la teoría empleada para justificarla. Instituciones tales como las elecciones periódicas y la libertad de expresión pueden llegar a ser universales para todo tipo de democracia, pero otras son vitalmente dependientes de la concepción justificatoria que se adopte. La concepción que defiendo en el próximo capítulo tiene implicancias institucionales muy diferentes de aquellas que surgen de otras concepciones de democracia que se describen en este capítulo.

#### **Grupo uno: concepciones de la democracia que suponen los intereses de las personas como inalterables**

Varias teorías de la democracia toman como un hecho los intereses y preferencias de las personas. Estas teorías incluyen el utilitarismo, el elitismo, el pluralismo y el consensualismo. Estos cuatro sumados al utilitarismo del análisis económico clásico no ven a la democracia como transformadora de intereses y preferencias, sino que simplemente aceptan esos intereses y preferencias y los dejan tal como los han encontrado.

#### **El enfoque utilitarista**

El utilitarismo evalúa las acciones y las instituciones de acuerdo con las consecuencias que ellas acarrearían para un determinado bien valioso en sí mismo. Hay diferentes variedades de utilitarismo que se diferencian por la naturaleza de ese bien. La versión tradicional es la hedonista, que define el bien en relación con la búsqueda del placer y la ausencia de dolor. Al reconocer que el placer es sólo parte del bien, la versión más favorable del utilitarismo define el bien en relación con la satisfacción de preferencias e intereses subjetivos de los individuos, cualquiera sea su contenido. Hay varias versiones que identifican el bien con algún estado ideal de cosas, sin tener en cuenta el objeto de la preferencia de las personas. Lejos de la versión original del utilitarismo, que estaba basada en una especie de subjetivismo acerca del bien de los individuos, existen versiones idealistas que aunque no sean estrictamente subjetivistas pueden aún ser consideradas como respetuosas de la intuición utilitarista. Estas incluyen aquellas que identifican el bien con la autonomía personal e incluso que consideran dentro de ese bien el respeto por ciertos derechos.<sup>3</sup>

El utilitarismo se distingue por no discriminar *a priori* entre aquellos que pudieran gozar del bien y reconocer que los que pueden hacerlo son todos aquellos físicamente capaces de disfrutar de él. Esto implica que el utilitarismo no reconoce barreras raciales, religiosas, de género o nacionales para aquellos que considera son los beneficiarios del bien, pudiendo incluso ir mas allá de los límites de la especie humana.<sup>4</sup> A la inversa, ciertos seres humanos (por ejemplo aquellos que se encuentren en un estado de coma irreversible) podrían estar excluidos como tenedores del bien sobre la base del hecho de que no pueden disfrutarlo. Entonces, el utilitarismo es profundamente individualista en el sentido de que todo individuo es un candidato posible a ser una persona moral. Ninguna entidad supraindividual, tal como el Estado, puede serlo ya que no posee las condiciones físicas necesarias para disfrutar del bien.

Por otro lado, existe un aspecto adicional esencial en la relación entre el bien y el que lo detenta que hace al utilitarismo antiindividualista. La forma en que se propaga el bien entre los individuos que defienden el utilitarismo es agregativa, en el

sentido de que el bien es mayor cuando aumenta su goce por parte de diferentes individuos sin importar la forma en la que ese bien se distribuye entre esos individuos. De este modo, el utilitarismo permite comparaciones interpersonales del bien de diferentes individuos. Mientras que la calidad distributiva de un bien primario puede ser vista como parte de un bien complejo, el componente más importante es la agregación de la participación de diferentes individuos en este bien más complejo.

Hay características necesarias y variables del utilitarismo referidas a los objetos o fenómenos valorados por el principio de utilidad. La característica necesaria es que el utilitarismo se refiere a instancias reales de la praxis humana, no ideales.<sup>5</sup> La característica variable del utilitarismo se refiere a si los objetos valorados son actos del individuo (utilitarismo de acto); reglas y prácticas (utilitarismo de reglas); estructuras sociales e instituciones; o disposiciones o inclinaciones de carácter.

En las diferentes versiones de utilitarismo, la forma en que la teoría moral justifica la democracia es paradigmática de esta primera familia de concepciones. Si la democracia es justificable, es porque ésta toma los intereses o preferencias de los individuos como un hecho dado. El Estado no tiene ninguna facultad para entrometerse con los intereses de los individuos, que deben ser respetados y tenidos en cuenta en un pie de igualdad, incluso cuando los intereses en cuestión sean egoístas. Ello otorga la más alta prioridad al principio de autonomía personal, discutido en los capítulos anteriores, y al derecho de la privacidad que se desprende de aquél.

Si la democracia es justificada moralmente desde una perspectiva utilitarista, ello se debe a que el sistema democrático permite aumentar el bien, entendido en el sentido de que la suma total de placer de que gozan las personas es mayor a la suma de dolor que padecen; o que la suma total de satisfacción de preferencias sobrepasa la frustración de ellas; o la cantidad total de autonomía personal que la gente posee, o el goce de derechos.

El problema de justificar la democracia por sus consecuencias positivas para el goce del bien reside en que ella es un modo demasiado *contingente* para adscribir valor a la democracia. Uno debe corroborar en cada caso si es verdad que las consecuencias reales de mantener el sistema democrático son más

conducentes al bien que aquellas que resultan de sistemas alternativos de gobierno. Si el utilitarismo de acto fuera adoptado, por ejemplo, podría haber una multitud de casos en los cuales un gobierno no democrático en general o una sola decisión en particular contribuiría al bien común más que un gobierno de origen democrático o una decisión democráticamente adoptada. Incluso si se adoptara el utilitarismo de reglas o el utilitarismo institucional, habría muchas ocasiones en las cuales una suspensión de las instituciones democráticas podría incrementar la felicidad general. Para muchos, el mero hecho de que estas hipótesis estén sujetas a evidencia empírica y a debate, es ofensivo para las sensibilidades democráticas.

La justificación utilitarista obvia de la regla de la mayoría descansa sobre la posibilidad de alcanzar un determinado valor social (felicidad general, bienestar, utilidad, etc.) incluso cuando éste se logre como consecuencia del autointerés de los individuos. La regla de la mayoría maximiza la utilidad social, ya que la mayoría de los individuos satisfacen de esta forma sus preferencias. La utilidad social máxima, de acuerdo a esta perspectiva, no puede ser asegurada por ningún otro sistema que permita que las preferencias de la minoría prevalezcan sobre las de la mayoría.

Los puntos débiles de esta sencilla propuesta son bien conocidos. La regla de la mayoría por sí misma no satisface el principio utilitarista, ya que para maximizar las preferencias deben ser evaluadas sus intensidades. La regla de la mayoría simple puede tener resultados antiutilitaristas si los intereses de la mayoría son mucho menos intensos que aquellos de la minoría. Así, el grado de satisfacción de preferencias agregadas es menor que el que surge de cualquier otra alternativa. Para solucionar este problema, los utilitaristas deben buscar mecanismos menos ortodoxos tales como la pluralidad de votos, o mecanismos de voto para minorías con intereses intensos.

Una deficiencia mucho más importante de la propuesta se relaciona con el profundo malentendido acerca de la lógica de las preferencias impersonales cuando ella se aplica a la satisfacción agregada de preferencias. Esta idea tiene alguna viabilidad cuando se refiere a preferencias personales o "internas", como la preferencia por un deporte, la ópera o comer chocolate. Puedo, por ejemplo, maximizar la satisfacción de las preferen-

cias de mis hijos que tienen gustos opuestos con respecto a los dulces si, en lugar de comprar una gran barra de chocolate que a uno le gusta mucho pero que el otro detesta, o una bolsa de caramelos que provoca la respuesta opuesta, compro una pequeña barra de chocolate y una pequeña bolsa de caramelos. ¿Pero cómo debería proceder con las preferencias impersonales o "externas", como la preferencia por la prohibición o permisión del aborto? No es posible en situaciones como ésta llegar a soluciones intermedias por medio de lo que Ronald Dworkin llama legislación de tipo "tablero de damas" (por ejemplo, una ley permitiendo el aborto sólo algunos días de la semana).<sup>6</sup> Las preferencias impersonales son "imperialistas" en el sentido de que no pueden ser satisfechas sin excluir la satisfacción de las preferencias opuestas.<sup>7</sup> En lugar de ello, las primeras excluyen a las últimas. Yendo aun más lejos, podría decirse que la confusión entre preferencias personales (que incluyen planes personales de vida) y preferencias impersonales (el contenido de las cuales puede incluir estándares de moralidad interpersonal) es una de las debilidades principales de este grupo de concepciones de la democracia.

Otro modo de poner de manifiesto la estrecha relación que existe entre el procedimiento democrático y el bien es ubicar ese bien en la autonomía moral y afirmar que la democracia es inherentemente sesgada en favor de esta última, ya que la primera les permite a las personas gobernarse a sí mismas de acuerdo con las leyes que ellas eligen libremente. Pero esta perspectiva pasa por alto la tensión generada por la distinción entre procedimiento y sustancia. Incluso si admitimos que el procedimiento democrático aumenta la autonomía moral de los individuos, el contenido de las leyes sancionadas puede ser extremadamente perjudicial para esa autonomía. Puede suceder que una ley sancionada de forma autoritaria, sin respetar las elecciones de las personas, promoverá más autonomía a largo plazo que la ley que apruebe la mayoría. Nuevamente, este problema guarda relación con circunstancias empíricas contingentes. Una deficiencia aún mayor de este intento de justificación de la democracia se relaciona con un problema más general que presenta el utilitarismo. En el proceso democrático no es verdad que todos logran su autonomía moral en el sentido de ser gobernados por las leyes que las personas se dan a sí

mismas. Sólo los miembros de la mayoría —suponiendo una democracia directa— están sujetos a las leyes que ellos eligieron. Este no es obviamente el caso de los miembros de una minoría disidente que está sujeta a las leyes que otros han elegido.

Entre estas críticas generales, creo que la más importante es la que se refiere al hecho de que el utilitarismo no tiene en cuenta la separabilidad e independencia de las personas, porque permite compensaciones interpersonales de beneficios y cargas. Esto es equivalente, como diría Kant, a usar a algunas personas como meros medios para lograr los fines de otras. Como vimos en el capítulo anterior, este uso de los individuos va contra el principio de inviolabilidad de la persona.

Como John Rawls dice en un famoso pasaje, el utilitarismo estableció para la sociedad la misma regla para realizar elecciones que es válida para las personas en forma individual.<sup>8</sup> Esta regla da preferencia a los intereses más importantes a expensas de los menos importantes. Cuando es aplicada a intereses de diferentes personas, incluyendo el interés supuestamente válido desde el punto de vista objetivo en la autonomía, no hay ninguna forma de evitar la crítica de que la persona cuyo interés es sacrificado está siendo explotada a expensas de la persona cuyo interés es protegido. Esta forma holista de ver a la sociedad es antagónica con una visión liberal. El utilitarismo está también sujeto a objeciones respecto de su concepción del bien. Por supuesto, la concepción hedonista del bien ha sido criticada muchas veces por ser demasiado estrecha. No todas las preferencias están referidas a alcanzar el placer y no siempre la satisfacción de las preferencias trae aparejado placer. Una concepción orientada hacia las preferencias provoca, como vimos, problemas especiales para la justificación de la democracia debido a la falta de distinción entre preferencias personales e impersonales. Esto es particularmente importante ya que preserva el subjetivismo ético. El utilitarismo trata como subjetivas todas las visiones de la moralidad social que son el contenido de las preferencias cuya satisfacción debería ser maximizada, pero no trata como subjetivas las preferencias por el propio principio utilitarista. A este principio se le da, por supuesto, un lugar privilegiado en el control del tratamiento de todas las otras preferencias. De esta forma, la supuesta neutra-

lidad y tolerancia del utilitarismo hacia todas las concepciones de moralidad social no es válida.

Mientras el utilitarismo parece ser neutral con respecto a todas las preferencias personales no incompatibles con él y que pueden participar del sistema democrático, es cuestionable si esta neutralidad resulta justificada en todas las versiones de utilitarismo. Si el bien básico a ser maximizado es la satisfacción de las preferencias de las personas, cualquiera sea su contenido, la crítica usual a ello es que los individuos no comparten esta visión del bien. La gente no valora algo porque lo prefiere, sino que lo prefiere porque lo valora por motivos independientes. La concepción utilitarista del bien implica una desconexión no plausible entre los puntos de vista interno y externo de las preferencias.<sup>9</sup> Desde el punto de vista externo, las preferencias no son vistas como meros hechos psicológicos sino como juicios de valor de diferentes tipos que son tomados como válidos. Esto se soluciona, por supuesto, si el bien es identificado con algo que es independiente de las preferencias de la gente tal como la autonomía de la persona. Muchos creen, sin embargo, que cuando el utilitarismo adopta esta especie de concepción objetiva del bien pierde una de sus características más importantes, valiosas y distintivas.

Finalmente el utilitarismo puede ser criticado por apoyarse en las consecuencias reales de las instituciones en cuestión —en este caso la democracia— para promover el bien. A partir de esto surgen al menos tres dificultades importantes. Primero, es extremadamente difícil identificar todas las consecuencias de una acción o institución determinada. Segundo, la atribución de consecuencias causales a una institución como la democracia no es una operación puramente fáctica sino que involucra juicios normativos y valorativos.<sup>10</sup> Tercero, una decisión tomada sobre la base de los resultados percibidos es frecuentemente autofrustrante. Las estructuras de la acción colectiva aseguran que las decisiones que toman en cuenta los efectos reales para el logro de algún fin, de hecho a menudo frustran ese fin.

Al revisar la justificación utilitarista de la democracia, debemos evaluar si ella reconoce el contrapeso que a esta última le oponen las otras dos dimensiones del constitucionalismo. Con respecto a la preservación de las convenciones constitucionales, ello parece lograrse sólo si se adopta la variedad de utilitarismo

de reglas o el utilitarismo institucional que afirma que el principio de utilidad no debería aplicarse directamente a las acciones sino a reglas o estructuras institucionales. Hay un problema adicional a ser examinado y es el de si el utilitarismo de reglas se refiere a reglas ideales o a reglas reales. Creo que lo que hace distintivo al utilitarismo sólo puede ser preservado bajo esta última opción, ya que, como acabamos de ver, la primera parece contradecir lo que Kant refiere como el carácter universal de los juicios morales. Teniendo en cuenta estos supuestos, el utilitarismo de reglas justificaría el valor de una práctica democrática o convención. Sin embargo, la valoración que realiza el utilitarismo es más complicada cuando tratamos de distinguir el valor de un proceso de toma de decisiones democrático y el valor de preservar una convención constitucional que no es enteramente democrática. Esta valoración nos ayudaría a apreciar la tensión que existe entre las diferentes dimensiones del constitucionalismo y la forma en que se relacionan. No es fácil estimar en forma realista el valor que el utilitarismo le otorgaría al procedimiento democrático o decisiones democráticas particulares independientemente de la práctica de la cual ellas forman parte.

La imposibilidad de la justificación utilitarista de la democracia para reconocer apropiadamente el contrapeso representado por la dimensión de los derechos del constitucionalismo es mucho más clara. La característica agregativa del bien propia del utilitarismo parece no dejar espacio para los derechos como barreras contra la maximización de la satisfacción de las preferencias de los individuos. Si la democracia es valiosa porque la mayoría satisface sus preferencias, o expande su autonomía, o incluso promueve sus derechos, algún contrapeso externo constituido por los derechos que la mayoría no puede violar parece limitar la maximización del bien.

Como en el caso de la capacidad del utilitarismo para superar la paradoja de la superfluidad del gobierno y de sus leyes, este tema está también abierto a cuestionamientos. Si aquellos que participan en un proceso democrático son ellos mismos moralmente responsables, deberían incorporar a su voto el principio utilitarista. Al aplicar este principio, deberían tratar de prever el impacto que tendrá su voto, así como también el que tendrá al sumarse con el resto de los votos y otros

aspectos de la práctica constitucional sobre el bien. Una vez que la decisión democrática es tomada, ese bien, ya sea en forma aislada o como parte de un todo, debería ser apreciado por cualquiera que deba decidir si aplicar o no la decisión democrática a la resolución de un caso particular. Si el utilitarismo de actos es adoptado, no hay ninguna razón por la cual el juicio del último decisor con respecto al curso de acción que maximiza el bien debería estar sujeto a la decisión de la mayoría. En efecto, el juicio puede ser un producto de juicios individuales equivocados acerca de qué es lo que maximiza la satisfacción de las preferencias de la mayoría. Si el utilitarismo de reglas es adoptado, podría haber razones para poner en tela de juicio una decisión democrática particular incluso cuando ésta no maximiza el bien a juicio del intérprete. Sin embargo, el intérprete debe equilibrar el valor negativo de la decisión mayoritaria con el supuesto valor de mantener la práctica democrática. Uno se pregunta por qué el intérprete no preferiría una práctica en la que las personas puedan apelar directamente al principio de utilidad para tomar decisiones, sin tener que reconocer el "peso gravitacional" de las decisiones democráticas que puedan oponerse al principio de utilidad. Aunque uno pueda sostener que las personas revelan sus preferencias reales por medio del proceso democrático, hay muchas otras formas, por ejemplo las encuestas, de revelar esas preferencias. Estas otras posibilidades no tienen el carácter obligatorio de las decisiones democráticas y no están distorsionadas por los juicios de las personas que participan en el proceso, acerca de qué es lo que satisfacen las preferencias de la mayoría.

#### **El análisis económico de la democracia**

La concepción económica de la democracia es a veces una variante del utilitarismo. Los defensores de esta teoría sostienen que la política democrática funciona como el mercado, en el sentido de que hay productores de algunos bienes —los políticos y sus políticas— que compiten para conformar a los consumidores. Los consumidores son los votantes que negocian con los productores hasta que se alcanza el equilibrio óptimo.<sup>11</sup>

Desde un enfoque más normativo, el equilibrio óptimo hacia el cual se supone conduce la democracia como mercado

conlleva un estado de cosas que es socialmente beneficioso, no importa cuáles sean las preferencias o intereses de los participantes en el proceso. De este modo, la justificación económica de la democracia, como el análisis económico de cualquier institución, descansa sobre la idea de la existencia de una "mano invisible". Un estado de cosas socialmente valioso puede ser alcanzado por medio de una estructura de la acción colectiva que genere una dinámica tendiente a llegar a ese estado valioso a pesar de que sus actores puedan ser indiferentes a ello o estén exclusivamente concentrados en su autointerés.

El análisis económico del sistema jurídico y político en general, y de la democracia en particular, ha llevado a algunos teóricos a visiones peculiares acerca de cómo la legislación democrática opera y debería operar. Richard Posner cree que la legislación es "vendida" por las legislaturas a grupos de interés políticamente efectivos, conduciendo a acuerdos no fundados en principios y en los cuales esos grupos ofrecen diferentes clases de beneficios como contrapartida.<sup>12</sup> Surgen así problemas de aprovechamiento (*free-rider*), pero la división de poderes y los derechos que limitan el proceso democrático y legislativo están diseñados para evitarlos.<sup>13</sup>

Así como sucedía con el utilitarismo, uno de los problemas básicos que la justificación económica debe superar es el de reflejar debidamente las intensidades de las preferencias en el proceso político. James Buchanan y Gordon Tullock han propuesto la regla del consentimiento unánime, bajo la hipótesis de que ella crearía una dinámica de negociación entre una minoría con preferencias intensas y una mayoría con preferencias opuestas pero más débiles, de forma tal que surgiría un proceso de negociación de votos o de intercambio de favores políticos sobre diferentes asuntos.<sup>14</sup> Estos autores consideran que la unanimidad, en lugar de la regla de la mayoría, es la mejor opción desde la perspectiva de una convención constitucional ideal. Sin embargo, los costos de transacción que acarrearía la búsqueda de la unanimidad hace de la regla de la mayoría un claro "segundo mejor".<sup>15</sup> Sería conveniente hacer referencia también a las dificultades que surgen de la comparación con el mercado en relación con el problema de la intensidad de las preferencias. A diferencia del mercado, la competencia electoral casi siempre tiene un carácter de "todo o nada", y las

"negociaciones" entre los proveedores y los consumidores de bienes políticos son bastante diferentes a las de aquellos que intercambian bienes comerciales. Además, la preocupación por la eficiencia resulta fuera de lugar. ¿Cuál es la relación de ésta con la justicia?

Una respuesta extrema sería subsumir las consideraciones de eficiencia a las de justicia. Esto ocurre si empleamos un principio de justicia de naturaleza utilitarista.<sup>16</sup> Sin embargo, como ya lo discutimos, el principio utilitarista es objetable como principio de justicia, ya que éste no toma en cuenta la separabilidad e independencia de las personas, que hace relevante la distribución de los recursos entre ellas. Esta objeción se aplica también al principio de eficiencia cuando éste se subsume al principio utilitarista de justicia. En efecto, el criterio paretiano de eficiencia —según el cual no hay ninguna situación en la que un individuo está mejor que los otros— toma en cuenta las consideraciones que refieren a la distribución, pero lo que valora es altamente cuestionable desde el punto de vista de la justicia. Su única barrera contra las compensaciones interpersonales es falsa. Si alguien estuviera en una situación peor que el resto en una circunstancia determinada, ello sería completamente irrelevante desde el punto de vista moral si no sabemos si su situación actual es justa. Por supuesto, hay muchas situaciones en las cuales para lograr soluciones justas debemos empeorar la posición de alguien. Por ejemplo, si una persona le roba a otra, el objeto robado debe ser devuelto a su propietario. Como sostiene Allen Buchanan, una situación social en la cual la inmensa mayoría no tiene nada y unos pocos tienen todo puede ser Pareto-óptima, ya que un cambio hacia una situación más justa seguramente empeoraría la condición de la minoría privilegiada.<sup>17</sup>

La otra forma extrema de relacionar los principios de justicia y eficiencia es subsumir la justicia a la eficiencia. Esto ocurre cuando el valor justicia es visto como una preferencia subjetiva y considerado al determinar si las preferencias de un individuo son frustradas en la aplicación del criterio de eficiencia. Pero esta maniobra implica una distorsión grotesca de los principios de justicia. Nadie que defienda el principio de justicia lo hace como si fuera una preferencia subjetiva que debería ser puesta en un pie de igualdad con preferencias opuestas de otros

individuos. La preferencia por principios de justicia, a diferencia de las preferencias por planes de vida personales o sus componentes tiene, como lo he sostenido en una subsección previa, un carácter "imperialista". Las preferencias por la justicia desplazan aquellas que se le oponen, ya que están basadas en juicios de verdad y no pueden ser satisfechas si son incompatibles con sus opuestas. Además, el intento mismo de maximizar las preferencias subjetivas, incluidas aquellas por la justicia, responde a un principio de justicia que es el del utilitarismo.

Si consideramos la inviabilidad de estas dos formas extremas de relacionar los principios de justicia y eficiencia, la alternativa más razonable es concebir estos principios como mutuamente independientes. Si procedemos de esta forma, debemos admitir la prioridad de las consideraciones de justicia sobre las de eficiencia porque la estructura del discurso práctico determina la supremacía de las razones morales sobre las prudenciales. Debe considerarse que la preocupación por la eficiencia no es éticamente neutra, sino que implica una distribución de recursos que puede estar seriamente en tensión con las demandas de justicia. Uno debería tomar en cuenta la eficiencia para evaluar el valor de, por ejemplo, el mercado a fin de que éste no se oponga a consideraciones de justicia y alcance máximos resultados con costos mínimos.<sup>18</sup> Por otro lado, en la versión paretiana, el principio de eficiencia refleja la idea de ventaja mutua que es tenida en cuenta en la evaluación de situaciones sociales.

En síntesis, la visión económica de la democracia elude la paradoja de la superfluidad moral del gobierno sólo porque logra escapar de los juicios morales y de los principios de justicia a la vez. Tampoco se hace cargo del contrapeso ejercido por las otras dos dimensiones del constitucionalismo: los derechos y la constitución histórica. La visión económica de la democracia no puede explicar por qué los derechos y la convención constitucional deberían ser reconocidos aun si como resultado de ese reconocimiento surgieran soluciones claramente inefficientes. También se debería mencionar que la teoría económica hace que el proceso democrático esté sujeto a problemas de acción colectiva que surgen en situaciones en las cuales los participantes son movidos por su autointerés. Estos problemas de acción

colectiva incluyen el dilema del prisionero, el dilema de la aseguración, el juego de la gallina y la batalla de los sexos, todos los cuales pueden ser considerados problemas de pura coordinación.<sup>19</sup>

### La visión elitista de la democracia

La visión comúnmente llamada "elitista" presupone, en forma similar a los utilitaristas, que los intereses de la gente o sus preferencias deberían ser tomados como dados en el proceso político. Los elitistas están resignados frente al hecho de que las preferencias de la gente tienden a ser autointeresadas y no creen que el sistema político debería estar diseñado para transformarlas. En lugar de ello, tratan de extraer lo mejor de esta triste característica de la naturaleza humana.

La visión elitista de la política en general, e incluso de la democracia en particular, fue anticipada por Max Weber en su famoso *Politik als Beruf*, publicado en 1918.<sup>20</sup> Weber demuestra que el continuo proceso de profesionalización y exclusión que se da en la política conduce a una situación en la que un pequeño grupo sea el que toma en realidad las decisiones y la mayoría de la gente se mantenga apática y, en el mejor de los casos, tenga el rol de seleccionar a aquellos que están a cargo por un determinado período. Esta característica de la política es agravada por la formación, en muchos países —fundamentalmente en la Europa Occidental de su tiempo—, de un grupo de gente constituido por burócratas. Estos hacen posible que la economía trabaje pero están prácticamente fuera del control de los políticos.

Joseph A. Schumpeter construyó toda una teoría elitista de la democracia con una clara dimensión normativa.<sup>21</sup> Este autor contrasta lo que llama "la teoría clásica de la democracia" con su propia teoría elitista. Schumpeter caracteriza a la teoría clásica como una concepción, que prevaleció en el siglo XVIII, que ve a la democracia como un método para generar decisiones políticas con el fin de materializar el bien común, permitiendo que la gente decida cuestiones a través de la elección del individuo que debería representar su voluntad. En primer lugar, critica esta visión por ser mítica aduciendo que no existe tal bien común. En segundo término, sostiene que, incluso si el

bien común pudiera ser definido en forma satisfactoria, esto no implica consecuencias definitivas para los problemas particulares. Muchas opciones permanecerán siempre abiertas. En tercer lugar, como una consecuencia de la vacuidad del concepto de bien común, la idea de una voluntad general se esfuma en el aire. Incluso cuando tratamos de interpretar esta noción de voluntad general conectándola con la voluntad de individuos concretos, aparecen problemas insuperables. Por ejemplo, la voluntad de los individuos no es usualmente clara y definida, generalmente no toma en cuenta circunstancias relevantes y consecuencias, y es a menudo adversamente afectada por la propaganda, las presiones y especialmente por el fenómeno de la psicología de masas.

Estas conclusiones respecto de la visión clásica de la democracia hacen que Schumpeter proponga una teoría alternativa. De acuerdo con ella, el método democrático es un sistema institucional que se utiliza para tomar decisiones políticas dentro del cual algunos individuos adquieren el poder para decidir luego de competir por el apoyo popular. Esta visión de la democracia no pasa por alto el impacto que la voluntad individual tiene sobre el proceso político. También establece una analogía entre la competencia por el liderazgo y la competencia económica, revelando una variedad de formas en las cuales la competencia puede expresarse. Además, esta teoría de la democracia refleja la relación entre democracia y libertad individual ya que este tipo de competencia presupone libertad de expresión y libertad de prensa para que el pueblo pueda elegir a sus líderes. Finalmente, esta teoría evita el problema de la equiparación de la voluntad del pueblo con la voluntad de la mayoría de las personas, ya que la alternativa de Schumpeter no cree en esta última.

Schumpeter cree que su visión de la democracia tiene ciertas implicancias prácticas. Sostiene que el sistema presidencial, en lugar del sistema parlamentario, satisface mejor la visión de un electorado que directamente decide quién debe conducirlos. Los partidos políticos no deberían ser entendidos como grupos que persiguen el bienestar público a través de ciertos principios que adoptan. Por el contrario, ellos son importantes porque actúan como maquinarias que se activan para la competencia política. La estabilidad de la democracia depende

de un buen liderazgo —quizá profesional—, de un alcance restringido de las decisiones democráticas y de una burocracia estable y bien calificada para asistir al liderazgo político. El electorado no debería interferir con las decisiones de los líderes electos ni darles instrucciones. Finalmente, debe haber un alto grado de tolerancia para las opiniones de los demás.<sup>22</sup>

El problema con esta visión elitista, como lo sostiene Hanna Arendt, es que consagra una forma oligárquica de gobierno y permite la dominación de la mayoría por un gobierno de la minoría.<sup>23</sup> El carácter no igualitario de la perspectiva schumpeteriana consiste en que ésta requiere funcionalmente de una extendida apatía, asociada con los sectores más pobres y menos educados de la sociedad.<sup>24</sup> Los partidos tienen el efecto de promover las cuestiones de políticas dominantes y la responsabilidad de los gobiernos hacia el electorado disminuye. Como enfatiza Samuel Huntington, el equilibrio entre las élites puede colapsar si el sistema es sobrecargado con demandas que vienen directamente de vastos sectores de la sociedad.<sup>25</sup>

Se podría decir que no hay nada intrínsecamente malo en las desigualdades políticas en tanto que ellas sean el resultado de procesos justos. Pero es dudoso que un grupo de individuos, habiendo aumentado su poder sobre los otros, tenga la capacidad de representar fiel e imparcialmente los intereses de los demás. Es obvio que las élites con acceso al poder darán prioridad a sus propios intereses por sobre aquellos de quienes participan meramente a través de expresar un “sí” o un “no” a los requerimientos de las élites que se encuentran en el poder. Mientras la competencia por obtener el favor del público podría acarrear para éste algunos beneficios, no hay ningún mecanismo, bajo esta visión, que asegure un beneficio similar para el público al que reciben sus líderes.

Es realmente cierto que la democracia requiere que las élites compitan por el poder del electorado, impidiendo que una sola élite gane demasiado poder y cree una tiranía. Este es un logro formidable, ya que la competencia entre las élites puede ser un mecanismo que provea protección a los derechos de los individuos. Sin embargo, esto es para mí sólo un valor negativo que puede ser logrado a través de diferentes mecanismos y no sirve para explicar el valor especial de la democracia. Además, nos queda aún por resolver la paradoja de la superfluidad del

gobierno y de sus leyes, y la tensión que existe entre procedimiento y contenido. Puede existir una decisión que evite la monopolización del poder que sea mejor que aquella que resulta de la competencia entre las élites. De hecho, rehusarse a cumplir con el resultado de la competencia puede ser una forma de abrir la competencia a nuevos jugadores, ampliando el grupo de élites que participan en la lucha por el poder. Nos podríamos preguntar si esta visión de la democracia no es más que una legitimación de la cruda confrontación de interés que constituye el *statu quo*.

El escepticismo moral que caracteriza al elitismo de Schumpeter también nos hace dudar si éste apoyaría un constitucionalismo liberal. La defensa de la constitución histórica o la práctica constitucional no está basada en su rol dentro de un razonamiento justificatorio que tiene como premisas básicas principios morales. En lugar de ello, está basada en una apreciación conservadora y relativista de las prácticas existentes. La concepción elitista de los derechos es también bastante débil, como queda demostrado por el hecho de que Schumpeter no puede justificar mucho más que la libertad de expresión. Cualquier referencia a principios morales basados en un conjunto más fuerte de derechos seguramente limitará el poder de las élites sobre el del pueblo.

### Democracia pluralista

La concepción pluralista de la democracia es una variante de la visión elitista. Su contribución específica consiste en introducir los grupos o facciones como los principales actores en la competencia política en lugar de las personas individuales que constituyen en conjunto a las élites. Los idealistas de la Revolución Francesa creían que las facciones podían ser excluidas del foro político. Pero los pluralistas consideran a las facciones como un resultado inevitable de la naturaleza autointeresada de los individuos y de su tendencia a asociarse para defender colectivamente aquel autointerés.

Es inherente al pluralismo una ambigüedad entre la descripción de los sistemas reales y los ideales normativos que le adscriben valor. Robert Dahl, figura de fundamental importancia en este movimiento e inventor del concepto de poliar-

quía, viró de una descripción que parecía estar relacionada con la adscripción de valores morales positivos, a una descripción claramente separada del valor de su referente. Dahl comienza con una crítica de la "democracia populista", el gobierno que privilegia aquellas políticas que son socialmente adoptadas por ser las preferidas del mayor número de personas.<sup>26</sup> Este autor nos recuerda también las objeciones técnicas, éticas y empíricas a esta visión de la democracia. Las objeciones técnicas reconocen que los individuos a veces no tienen preferencias acerca de una alternativa sobre otras y que puede haber lazos entre las preferencias de las personas y, en tal caso, ningún curso de acción está justificado y ningún método de votación es practicable. Al describir las objeciones éticas, Dahl menciona la dificultad de fundar los postulados del igualitarismo y la soberanía popular sobre una base metaética aceptable, el fracaso de considerar la intensidad de las preferencias y la ausencia de una explicación de por qué esos valores —igualitarismo y soberanía popular— deberían ser maximizados. A través de objeciones empíricas, sostiene que la teoría no nos explica qué individuos o grupos deberían ser incluidos en el sistema político. También señala que la teoría no ofrece una respuesta frente a aquellos casos en los que una mayoría pueda socavar el sistema democrático mismo.

En oposición con la democracia pluralista, Dahl propone un modelo poliárquico.<sup>27</sup> En su artículo "Poliarquía, pluralismo y escala", Dahl distingue el populismo de un régimen de poliarquía por la presencia de un amplio sufragio que es coextensivo con el derecho a ser elegido para ocupar cargos políticos, unas elecciones libres, libertad de expresión, la existencia de fuentes diversas de información, un alto grado de libertad para formar organizaciones relativamente autónomas, y el compromiso de los gobiernos de sujetarse a los resultados de las elecciones.<sup>28</sup> Dahl también conecta este modelo de poliarquía con lo que llama "pluralismo organizacional", que tiene sus antecedentes en Otto von Gierke, Leon Duguit y Harold Laski. De acuerdo con Dahl:

La poliarquía es un tipo de régimen para gobernar naciones o estados en los cuales el poder y la autoridad sobre los asuntos públicos están distribuidos entre una pluralidad de organizaciones y asociaciones que son relativamente autónomas entre sí y en muchos casos también en relación con el gobierno. Estas unidades relativamente autónomas incluyen no sólo organizaciones que son, legal y a veces constitucionalmente, componentes del gobierno, sino también organizaciones que son legalmente —para usar el término que en esta relación parece ser singularmente inadecuado— "privadas". Legalmente, y en gran medida realísticamente, son independientes o bastante independientes del Estado.<sup>29</sup>

Dahl también aclara que, aunque el pluralismo es necesario, inevitable y deseable para la poliarquía, éste puede también tener consecuencias no deseadas, como el mantenimiento de desigualdades injustas entre los ciudadanos. La idea principal del último libro de Dahl, *La democracia y sus críticos*, es explorar la posibilidad de trascender la poliarquía pluralista, para alcanzar una democracia más participativa que supere la regla de la minoría y se acerque hacia una sociedad más igualitaria.<sup>30</sup> Theodore J. Lowi afirma que el pluralismo se ha convertido en la base intelectual de la filosofía neocapitalista, que llama "liberalismo de los grupos de interés".<sup>31</sup> De acuerdo con Lowi, la vulgarización del pluralismo en la teoría política se ha convertido en la filosofía del liberalismo de los grupos de interés a través de la aceptación de varios presupuestos: los intereses organizados son homogéneos y fáciles de definir; todo representante de cualquier interés elegido debidamente representa a todos con ese interés; intereses organizados emergen en todos los sectores de nuestras vidas y representan adecuadamente la mayoría de esos sectores; y el rol del gobierno es asegurar el acceso de los grupos más efectivamente organizados y endosar los acuerdos alcanzados entre los líderes.

Uno puede fácilmente reconocer la legitimidad de las facciones si se parte de la idea de que la política se encuentra separada de la moral y que no se debe esperar que las personas cambien sus inclinaciones autointeresadas o que actúen de manera imparcial. Bajo esta visión, es perfectamente permisible que la gente se reúna en asociaciones para defender sus intereses en política, ya sea directamente o a través de la mediación de los partidos políticos. No se espera que los partidos defiendan ciertos principios sino sólo los intereses de ciertas facciones. En este sentido, ellos son como "corporaciones" o

intereses corporativos que han plagado las jóvenes democracias de América latina. Estas corporaciones incluyen a los militares, la Iglesia, los sindicatos y las asociaciones empresariales. Ellas constituyen centros de poder y privilegio dentro del aparato del Estado que son también usados por los políticos como una forma de controlar a los sectores de la sociedad civil.<sup>32</sup>

El pluralista reconoce que, si bien las facciones no pueden ser suprimidas, sí pueden ser neutralizadas o alcanzar un equilibrio para evitar que cualquiera de ellas adquiera un excesivo poder. Este es un gran aporte de James Madison, quien, en el famoso *Federalista N° 10* define las facciones como "un número de ciudadanos que, sin ser una mayoría o minoría, están unidos y actúan por un impulso común o pasión, o un interés, contrario al derecho de otros ciudadanos o a los intereses permanentes y agregados de la comunidad". Claramente, Madison tenía la misma preocupación acerca de los peligros que las facciones representan para la consolidación del sistema democrático que la que se reflejaba en la ley "Le Chapelier" de la Revolución Francesa. Sin embargo, había una diferencia importante. Los idealistas de la Revolución Francesa buscaban prohibir las facciones y creían en una visión optimista de la naturaleza humana, que presuponía que las inclinaciones autointeresadas de la gente podían ser transformadas y que la tendencia a defender esas inclinaciones a través de facciones podía ser suprimida. Madison no compartía este presupuesto, pero sin embargo creía que podían crearse los mecanismos para redirigir las inclinaciones autointeresadas de las personas y que el funcionamiento de las facciones podía ser canalizado hacia el bien común. En verdad, para el pluralista, la democracia puede ser vista como un mecanismo para lograr un equilibrio que neutraliza el poder de las facciones, ya que ella invita a las facciones o a los partidos políticos a competir para conseguir el favor del electorado. El pluralista caracteriza a la democracia como un arreglo institucional que concede el derecho a decidir a aquellas facciones o grupos de individuos que ganan en la lucha por el voto del pueblo.

De acuerdo con los pluralistas, la gran virtud de la democracia liberal o constitucional es que ella previene que cualquier grupo o facción monopolice el poder. Además, si la división de poderes es efectiva, el equilibrio entre los diferentes grupos o

facciones puede ser logrado sincrónicamente, ya que un partido, grupo o facción muy probablemente podrá sólo controlar uno de los centros de poder en la división "horizontal" (entre los diferentes poderes) o en la "vertical" (entre los diferentes territorios). El pluralismo favorece una dispersión de la soberanía popular en diferentes expresiones y en diferentes centros de representación. Para los pluralistas, el fenómeno de la representación es un elemento positivo, ya que éste permite la dispersión de la soberanía y localiza las decisiones en esferas que pueden ser mejor protegidas de las presiones directas de las facciones constantes o los grupos de interés.<sup>33</sup>

Aunque el aspecto realista del pluralismo llama la atención sobre la inevitabilidad de las élites y facciones, se puede cuestionar esta inevitabilidad así como también la efectividad de las facciones para prevenir la monopolización. A lo largo de toda la historia, la humanidad se ha adaptado a una variedad de estructuras sociales y muestra que es capaz de superar el puro autointerés cuando las condiciones alientan la propagación del espíritu público. El arreglo de las instituciones sociales y políticas de acuerdo al credo pluralista puede congelar el *status quo* constituido por la estructura corporativa. Además, las facciones y las así llamadas "corporaciones" no representan a la totalidad de la población y su poder no es proporcional al número de sus miembros. Como resultado de ello, el carácter individualista de la democracia se ve comprometido. No existen garantías de que se le dará igual peso a los intereses de cada ciudadano incluso cuando cada uno de ellos pueda elegir entre coaliciones de poder que se encuentren en competencia. Finalmente, cualquier concepción de la democracia que garantice una posición privilegiada a asociaciones de intereses crudos implica una visión antiliberal de la persona moral ya que identifica a las personas con ciertos intereses en lugar de hacerlo por su capacidad de elegir entre diversos intereses.<sup>34</sup>

Además de estas preocupaciones acerca de la igualdad, Theodore Lowi llama la atención sobre tres peligros del pluralismo: la atrofia de las instituciones de control popular, la creación de nuevas estructuras de privilegios y la conservación de relaciones agencia-grupo. Estos peligros están conectados con un problema incluso más profundo aún: el antagonismo con el derecho. En la concepción pluralista, el gobierno no está

separado de la lucha de los grupos de interés, sino que responde directamente al equilibrio alcanzado en esa lucha y el derecho simplemente refleja ese equilibrio. Este no tiene ningún valor intrínseco (como resultado de ello la constitución histórica es afectada negativamente).<sup>35</sup> Este fenómeno puede verse en forma distintiva en América latina, donde la lucha entre los grupos corporativos resulta en un serio deterioro del estado de derecho.<sup>36</sup>

Lowi también señala que el pluralismo defiende una visión distorsionada de la forma en que operan los grupos. A menudo sucede que los grupos no enfrentan a otros igualmente poderosos para asegurar la competencia. Los grupos no siempre están basados en una membresía voluntaria y el equilibrio que resulta de la competencia entre ellos no necesariamente sirve al bien común. Las imperfecciones en la competencia de los grupos puede crear un fenómeno similar a la formación de carteles en el mercado.<sup>37</sup> Finalmente, se debe tener en cuenta que los problemas de coordinación surgen en cualquier modelo basado en el autointérés. Los fenómenos sociales como la inflación, la corrupción y los conflictos civiles a menudo surgen debido a situaciones que están relacionadas con estructuras tales como el dilema de los prisioneros, el dilema de la aseguración y el juego de la gallina, ya que los grupos o facciones son movidos por el fin de maximizar los intereses de sus miembros aunque ellos finalmente terminen frustrando aquellos intereses. La visión de la democracia como una competencia de facciones no incluye mecanismos a través de los cuales estos fenómenos autofrustrantes sean neutralizados.

### Teorías consensualistas

El consentimiento es quizá la justificación más antigua de la democracia. Como lo consagra la Declaración de la Independencia de Estados Unidos, esta teoría ve a la democracia como la única forma en la que un gobierno puede ser compatible con la autonomía personal. Cada persona es su propio soberano y el gobierno sólo puede interferir con su plan de vida siempre y cuando aquélla, de un modo u otro, haya aceptado esa interferencia. Bajo esta teoría, la paradoja de la superfluidez del gobierno y de sus leyes podría superarse completamente, ya que

esas leyes serían, por definición, los principios morales que uno acepta autónomamente. Esta visión de la democracia también estaría de acuerdo con el principio de dignidad de la persona que legitima las cargas, obligaciones y responsabilidades sobre la base del consentimiento de la persona cuya autonomía es limitada.

Hay dos tipos bastante diferentes de teorías consensualistas. Aquellas que descansan sobre el consentimiento hipotético y las que se basan en un consentimiento real y actual. El consentimiento hipotético se origina en teorías *contractualistas* que presuponen que una determinada institución adquiere valor si, bajo ciertas condiciones contrafácticas, ésta fuera aceptada por aquellos que se encuentran sujetos a ella. La institución sigue siendo valiosa aun si sucediera que, en el mundo real, aquellas personas que no se encuentran mejor situadas que el resto no han prestado su consentimiento hacia esa institución.

El principal ejemplo contemporáneo de la justificación de la democracia basada en un consentimiento hipotético es la teoría de la justicia de John Rawls.<sup>38</sup> Rawls justifica las instituciones que son parte de la estructura básica de la sociedad de acuerdo a los principios de justicia que, desde su teoría, serían unánimemente aceptados en una situación ideal que llama "posición originaria". Rawls imagina un grupo de personas morales libres e iguales que tienen la capacidad de elegir planes de vida bajo "circunstancias de justicia". Estas circunstancias están constituidas por una situación de moderada escasez de recursos y una sensación de vulnerabilidad respecto de posibles ataques de otras personas. Estos individuos son racionalmente autointeressados y buscan maximizar su acceso a los bienes primarios, pero están sujetos a un "velo de ignorancia" que les impide conocer cuáles son sus propias circunstancias particulares y las de la sociedad en que viven. Deben adoptar unánimemente principios que satisfagan características formales de universalidad, publicidad y finalidad, y que los condicionan cuando retornan a sus vidas cotidianas. Rawls argumenta que esas personas elegirían dos principios: el de igual libertad política y el de igualdad de recursos sociales y económicos. Este último principio está sujeto a la excepción de que la desigualdad contribuya positivamente al satisfacer el interés de los menos favorecidos.

Rawls sostiene que cuando el principio de libertad política es aplicado al proceso político definido por la constitución, éste trae aparejado el principio de igual participación. Este principio traslada la noción de justicia como equidad, que requiere de una situación inicial de igualdad, desde la posición originaria hacia la constitución entendida como la norma de mayor jerarquía.<sup>39</sup> El proceso constitucional debería preservar la igual representación de la posición originaria tanto como sea posible. Desde el punto de vista práctico, ello requiere de un cuerpo representativo con autoridad para determinar las políticas sociales básicas y frente al cual el ejecutivo deba explicar su propio accionar. Además, los partidos políticos no deberían ser meros grupos de interés sino que, en lugar de ello, tendrían que defender la idea del bien público. La igual representación de la posición originaria también requiere de la regla de la mayoría, ya que ningún otro procedimiento de decisión colectiva garantiza mayor igualdad en la posibilidad de influir en el resultado. Rawls también cree que los límites constitucionales a la regla de la mayoría, tales como el control judicial de constitucionalidad basado en ciertos derechos constitucionales, pueden ser justificados si resultan aceptables para todos los ciudadanos que forman parte de una convención constituyente ideal como la forma más segura de lograr ciertas libertades, importando más esto que cualquier pérdida a la que se vea afectado el principio de igual participación. Resulta interesante observar que Rawls afirma que la democracia no refleja la intensidad de las preferencias. Aun más, no cree que la democracia deba hacerlo, pues la intensidad de las preferencias es cuestión de sensaciones y el proceso democrático no debe ser juzgado por cuán bien refleja esas sensaciones sino por la mayor probabilidad de que sus resultados sean justos.

Aunque no pueda evaluar aquí la teoría de la justicia de Rawls en su totalidad, estoy de acuerdo con aquellos que han criticado las teorías del consentimiento hipotético sobre la base de que ellas sólo pueden justificar soluciones y arreglos institucionales hipotéticos y no reales.<sup>40</sup> Si se reconoce esto último, existe una tendencia a buscar una base metaética alternativa para los principios de justicia de Rawls, que puede encontrarse ya sea en el autointerés o en instituciones configuradas por medio del método del equilibrio reflexivo. Sin embargo, no creo

que éstas sean las verdaderas bases metaéticas de la teoría de Rawls. El autointerés es neutralizado por el velo de ignorancia y las instituciones no tienen ningún atractivo intrínseco si se rechaza la idea de que reflejan una realidad moral determinada.

Como exploraré en forma más extensa en el próximo capítulo, pienso que Rawls ambiciona descubrir a través de su estrategia heurística de la posición originaria algunas características estructurales del razonamiento práctico. Si es así, la teoría de Rawls no está realmente basada en el consentimiento y no debería ser incluida entre las teorías consensuales de la democracia. Sin embargo, es importante destacar que la justificación que nos trae para la democracia es bastante incompleta. ¿Por qué la persona que participa de la posición originaria no decidiría que la mejor manera de asegurar sus derechos establecidos por los dos principios de justicia sería la de otorgar el gobierno al más inteligente y a mejores miembros de la sociedad desde el punto de vista moral? ¿Cuál es el alcance de la democracia una vez que se reconoce un grupo importante de derechos, como aquellos establecidos en la posición originaria? (Esto reintroduce la paradoja de la superfluidez del gobierno y de sus leyes.) Si advirtiéramos dentro de la convención constituyente ideal que las libertades básicas se encuentran mejor aseguradas cuando ellas están protegidas por medios constitucionales no democráticos, ¿por qué no podríamos concluir lo mismo con respecto a los derechos económicos y sociales?

Hay, por supuesto, otras teorías de la democracia basadas en el consentimiento hipotético. Martín Farrell, por ejemplo, sostiene que los individuos en el estado de naturaleza, con conocimiento de las circunstancias relevantes, aproximadamente iguales en inteligencia y poder físico (aunque no en riqueza), suscribirían hipotéticamente el contrato en el cual se establezca un gobierno democrático, limitado por los derechos individuales.<sup>41</sup> Esta predicción acerca de lo que ellos harían, por supuesto, depende de la descripción que se utilice de personas en estado de naturaleza. Farrell describe como estado de naturaleza aquel en el cual toda persona es *de facto* libre e igual y este supuesto determina fuertemente el contrato sobre el cual se acuerda. Sin embargo, en el estado de naturaleza, la mayoría puede decidir esclavizar o incluso matar para su propio goce a una cierta minoría. Entonces, ¿por qué no acordarían todos en

establecer un sistema político en el cual cada miembro de aquella minoría tuviera un voto de la mitad del valor de los votos de los miembros de la mayoría favorecida? Esto parece ser un excelente trato para la minoría comparado con, por ejemplo, ser comida por la mayoría. Además, si los individuos y sus posesiones estuvieran seguros de amenazas de otros, no habría ninguna razón para entrar en ningún contrato.<sup>42</sup> De acuerdo con este particular punto débil, esta teoría comparte la misma debilidad de todas aquellas que se basan en el consentimiento hipotético. Uno debe preguntarse por qué el hecho de que aceptemos a la democracia bajo condiciones "cercanas" a las condiciones reales tiene relación alguna sobre el hecho de que debamos aceptarla en condiciones reales.

Esta debilidad nos conduce hacia las teorías del consentimiento real. Antes de analizarlas, debería poner énfasis sobre la posibilidad de justificar acciones o instituciones que involucren sacrificios o cargas para ciertos individuos, sobre la base de que su consentimiento real está fundado en el principio de dignidad de la persona y el voluntarismo asociado con éste. Como se discutió previamente, este principio se opone al determinismo normativo y establece dos condiciones para la aceptación de obligaciones, responsabilidades y cargas. La primera requiere que las personas actúen con conocimiento de que los actos en cuestión llevan ciertas consecuencias normativas. Esto no significa que el individuo deba decir "consiento tal o cual obligación". Estos actos de verbalización pueden ser útiles para evidenciar razones pero no son necesarios. Muchas obligaciones consensuales son asumidas a través de actos que son de otro tipo. Por ejemplo, nosotros incurrimos en la obligación de pagar un taxi cuando lo tomamos, o en la obligación de pagar por una comida en un restaurante sólo cuando la ordenamos. El acto debe, como mínimo, ser voluntario en el sentido de que no puede ser el producto de una reacción refleja o una compulsión externa. Al mismo tiempo, éste no requiere la ausencia de ninguna fuerza exterior. Además, la acción no puede ser afectada por circunstancias que sean distribuidas muy desigualmente entre los individuos de un grupo relevante.<sup>43</sup>

La segunda condición del consentimiento para que éste tenga fuerza justificatoria es la existencia de normas o prácticas que hagan del acto voluntario en cuestión la base para

obligaciones o responsabilidades. El consentimiento es siempre hijo de normas o prácticas, ya que éste requiere que se prevea que el acto que constituye el consentimiento tiene consecuencias normativas que implican obligaciones. Ellas pueden ser jurídicas, sociales o parte de la moral positiva. La posibilidad de que esas normas pertenezcan a una moral ideal parece ser excluida, sin embargo, ya que tales normas tendrían que descansar sobre el consentimiento preexistente. Por otro lado, las normas positivas que constituyen el consentimiento deberían ser justificadas sobre la base de principios morales ideales, pues de otro modo la mayoría de las prácticas más horribles estarían justificadas sobre la base del consentimiento. Esta justificación no debería considerar la cuestión de la distribución, desde que el consentimiento descansa sobre la posibilidad de superar la distribución, pero se deberían considerar algunos fines sociales agregativos que la práctica social dice satisfacer.

Las teorías del consentimiento real también reconocen el contrapeso que las otras dos dimensiones del constitucionalismo ejercen sobre la democracia. Las prácticas sociales o convenciones son esenciales para constituir el consentimiento. En efecto, como las consecuencias normativas del acto voluntario devienen más previsibles, el consentimiento deviene más genuino. Además, los derechos son precondiciones necesarias del consentimiento porque, sin su respeto, el consentimiento no puede ser libre. La mayor dificultad de las teorías del consentimiento real es la de identificar los *actos* que constituyen aquel consentimiento.

John Locke pensaba que el acto estaba constituido por la posesión de tierra en un país determinado o por habitar en él o incluso por viajar a través de su territorio:

...todo hombre que tiene posesiones o disfruta de alguna parte de los dominios de un gobierno, está con ello dando su tácito consentimiento de sumisión; y mientras siga disfrutándolas estará tan obligado a las leyes de dicho gobierno como cualquier otra persona que viva bajo el gobierno en cuestión; y ello será así, tanto si sus posesiones son tierras que le pertenecen a él y a sus herederos para siempre, como si las tiene rentadas solamente por una semana, o si, simplemente, está haciendo uso de una carretera viajando libremente por ella...<sup>44</sup>

Pero para la mayoría de la gente, los actos descriptos por Locke no son totalmente voluntarios. A menudo, la capacidad de vender todas las posesiones y dejar el país para no "habitar" o viajar a través de sus carreteras es materialmente imposible. Además, las personas no se encuentran de ninguna manera constreñidas por la democracia. Bajo la teoría de Locke, cualquier forma de gobierno podría ser consentida por sus sujetos y, de este modo, sería moralmente aceptable.

Si se quiere justificar la democracia sobre la base del consentimiento de las personas, el acto de votar, típicamente asociado a regímenes democráticos, debe ser tomado como constitutivo de ese consentimiento. Sin embargo, hay un problema en determinar el grado de abstracción respecto de la descripción de ese acto. Si el acto es descripto como "votar por una norma particular o por un candidato en particular", podría fácilmente sostenerse que las obligaciones consiguientes son consentidas sólo por aquellos que votaron por esas leyes o candidato en particular. El problema reside en la circunstancia de que es necesario justificar también la obligación moral de aquellos que votaron en contra de la ley o el candidato.

La descripción relevante debería ser más abstracta. En efecto, algunos sostiene que ésta debería ser enmarcada en términos de sólo "votar", como lo propone Peter Singer en su libro *Democracy and Desobedience*.<sup>45</sup> Este autor sostiene que el requerimiento de un consentimiento genuino es demasiado exigente para justificar la democracia y que deberíamos aceptar una noción que él denomina de "cuasi consentimiento". Singer afirma que no es plausible sostener que la mera participación en el proceso democrático es suficiente para el consentimiento tácito. En lugar de ello, para este autor, la democracia es una situación que genera obligaciones *como si* hubiera existido ese consentimiento. Siguiendo su argumento, la generación de obligaciones cuasi consensuales es un fenómeno común que tiene lugar cuando los individuos actúan de forma tal que crean la expectativa de que la práctica ha sido aceptada. Esto ocurre, por ejemplo, cuando un grupo de amigos desarrolla una práctica de salir a tomar algo y pagar por turnos, y se presume que cada uno pagará cuando llegue su turno. De la misma manera, la participación en un proceso democrático crea la expectativa de que el resultado del proceso será aceptado. De otro modo, éste no tendría sentido.

A diferencia de Singer, podría conceder que en situaciones como las que él describe, se encuentra un consentimiento genuino aunque tácito. La práctica de que los amigos que toman algo juntos se haya desarrollado incluye la obligación de pagar cuando el turno de uno llegue como una consecuencia normativa de participar libremente de las salidas. Cada amigo que sale a tomar algo sabe que está aceptando esa obligación y el consentimiento brinda la posibilidad de reclamarle su cumplimiento. Sin embargo, no creo que votar sea suficiente para constituir el consentimiento que es requerido por esta justificación de la democracia. Por un lado, ningún acto que exprese consentimiento puede ser obligatorio. Si yo fuera obligado a subir al autobús, ya sea por la fuerza o por una norma que estipula esa obligación, no estaría consintiendo pagar el boleto por el sólo hecho de subir al autobús. En forma similar, uno podría sostener que cuando el voto es obligatorio, como es en Argentina o en Australia, esta justificación consensual de la democracia no se aplicaría. Este es un problema para aquellos de nosotros que se inclinan por justificar, bajo ciertas circunstancias, el voto obligatorio.<sup>46</sup>

En segundo lugar, está el problema del incumplimiento: el hecho de que la obligación no surge si el acto que constituye el consentimiento no es cumplido. Sería un falso acto de consentimiento si uno estuviera obligado de todos modos, aun cuando no lleve a cabo el acto. Si estuviera obligado a pagar el boleto del autobús independientemente del hecho de que ascienda voluntariamente o no, sería ridículo decir que consiente pagar el boleto como resultado de mi acceso voluntario al autobús. ¡Si mi consentimiento a las leyes que surgen de un proceso democrático estuviera constituido por mi participación voluntaria en él, mi omisión de realizar aquel acto debería implicar que no tengo la obligación de obedecer esas leyes! Sin embargo, un sistema jurídico que exceptúa de sus obligaciones a aquellas personas que no hayan participado del proceso político es obviamente un sistema imposible. A través del mero hecho de negarse votar, uno podría situarse por encima de la ley.

El fracaso de la justificación consensual es especialmente significativo a la luz de la imposibilidad de todas sus variantes de intentar justificar la democracia sin tener en cuenta su impacto en la transformación de las preferencias de las personas. De todas las teorías mencionadas más arriba, sólo la

consensual, si fuera plausible, solucionaría de un modo aceptable la paradoja de la superfluidad moral del gobierno y de sus leyes, así como también reconocería en forma apropiada los derechos y las prácticas como contrapesos de la democracia. Cuando esta teoría es descartada, como ha sucedido con las otras variantes de esta familia de perspectivas, nos vemos obligados a dirigir nuestra atención hacia otro grupo de justificaciones de la democracia radicalmente diferente.

### **Segundo grupo: concepciones de la democracia como transformadora de las preferencias de las personas**

Las teorías de la democracia que hemos discutido previamente toman por dados, a veces felizmente y otras no tanto, los intereses y preferencias de las personas. Las teorías que se verán a continuación parten de la idea opuesta. Ellas sostienen que, para justificar la democracia, debe concebírsela como un mecanismo que transforma los intereses originales de los individuos. Estas concepciones no separan el dominio de la política del de la moral, ya que reconocen que la política involucra inclinaciones morales, juicios morales y responsabilidades morales. El tratamiento que daré a estas concepciones será mucho más breve que el de las anteriores, no sólo porque ellas se encuentran menos desarrolladas (y son menos dominantes en los círculos teóricos), sino también porque dedicaré el próximo capítulo en forma íntegra a defender una de estas concepciones en particular.

Detrás de estas teorías se encuentra el espíritu de Rousseau. A pesar de que su justificación general de las estructuras políticas se apoya sobre la base del consentimiento que surge del contrato social, fundamenta la regla de la mayoría sobre la base de la transformación de la voluntad de cada individuo en una voluntad general que se propone alcanzar el bien común. El mecanismo a ser utilizado para lograr esta transformación ha intrigado siempre a los filósofos políticos. Estos han propuesto interpretaciones que vinculan a concepciones que veremos más adelante incorporando presupuestos colectivistas, aspiraciones perfeccionistas o los méritos de la deliberación pública.

Es importante resaltar que si algunas de estas teorías que

suscriben una visión transformadora de la democracia prueban ser apropiadas, podríamos superar los problemas de acción colectiva, pues estos problemas surgen cuando las personas actúan de forma autointeresada. La transformación de los intereses de los individuos a través de un mecanismo particular puede cambiar el orden de las preferencias de los actores en el proceso político de forma tal que logren ser superados problemas como el del dilema del prisionero. Estas teorías transformativas incluyen la de la soberanía popular, el perfeccionismo y las asociadas a un enfoque dialógico.

#### **La soberanía popular**

La primera y más tradicional justificación de la democracia está basada en la soberanía popular. En democracia, de acuerdo con esta idea, el pueblo, como un todo, es realmente autónomo porque es el único sistema que garantiza el autogobierno. La democracia no es sólo el gobierno para y del pueblo, sino también por el pueblo.

A la luz de la importante y a menudo mal interpretada influencia de Rousseau sobre esta visión de la democracia, resulta útil comenzar con un pasaje crucial de *Social Contract* que se refiere a la soberanía del pueblo. En él Rousseau sostiene:

Estas cláusulas [del contrato social], bien entendidas, se reducen a una sola: a la enajenación completa de cada asociado, con *todos sus derechos*, a la comunidad entera, ya que, dándose íntegramente cada uno, la condición es igual para todos, y, siendo igual para todos, nadie tiene interés en hacerla onerosa a los otros.

Más aún. Efectuándose la enajenación sin reservas, la unión es tan perfecta como puede ser, y ningún asociado tiene ya nada que reclamar, puesto que si resta algunos derechos a los particulares, como no habría ningún superior común que pueda pronunciarse entre ellos y el público, siendo en este punto cada cual su propio juez, pretendería en el acto serlo en todo... En fin. Dándose cada uno a todos no se da a nadie... Inmediatamente, en lugar de la persona particular de cada contratante, este acto de asociación produce un cuerpo moral y colectivo compuesto de tantos miembros como votos tiene la

asamblea, la cual, por este mismo acto, recibe su unidad, su *yo común*, su vida y su voluntad. Esta persona pública, formada así por la unión de los demás, tomaba antiguamente el nombre de *Ciudad*, y ahora el de *República*, o *Cuerpo Político*... Respecto de los asociados, toman colectivamente el nombre de pueblo...<sup>47</sup>

Rousseau veía a la política como profundamente interconectada con la moral. Estaba profundamente preocupado por la forma en que se pueda llegar a soluciones moralmente correctas dentro del proceso político. También pensaba que este fin de la política era alcanzado si el contrato social lograba transformar el estado de naturaleza en un gobierno civil. A diferencia de la voluntad de los individuos privados y de las facciones, la voluntad del pueblo soberano nunca podría equivocarse. Esto significa, entre otras cosas, que la voluntad del soberano no puede afectar los derechos de los individuos o del pueblo como un todo. Por otro lado, las preocupaciones de Rousseau acerca de las facciones, más tarde reflejadas durante la Revolución Francesa, fueron harto evidentes. Para Rousseau, las facciones sólo producían una voluntad general con respecto a sus propios miembros pero no con respecto al Estado como un todo, aun cuando fueran incorporadas las diferentes facciones.

La característica más oscura y discutida de la teoría de Rousseau se refiere al modo en que los sujetos de la política son transformados a través del consentimiento del contrato social. En efecto, dos respuestas son sugeridas por el texto. La primera se refiere a los cambios que tienen lugar en los individuos a través del ejercicio de las facultades latentes. El pasaje del estado de naturaleza a la sociedad civil "...sustituye la justicia por el instinto en su comportamiento, y le da a sus acciones una base moral que estaba faltando anteriormente... a fuerza de ser ejercitadas, estas facultades se desarrollarán, sus ideas tendrán un mayor alcance, sus sentimientos serán ennoblecidos y su propia alma será elevada".<sup>48</sup> El cumplimiento del contrato social cambia a los individuos a través de inspirar en ellos sentimientos de justicia en lugar de puros instintos egoístas y de desarrollar sus ideas y sus facultades. Sin embargo, no es tan claro en Rousseau el modo en que este proceso de transformación de las personas tiene lugar, particularmente cuando los mecanismos comúnmente utilizados para afectar

esos cambios, como la discusión colectiva, son descartados.<sup>49</sup> Tampoco es claro si esta transformación produce en forma directa soluciones correctas, la expresión de la voluntad general, o si es necesario realizar algún paso intermedio.

La segunda respuesta respecto de la pregunta acerca de cómo se constituye la voluntad general no se refiere a la transformación en los sujetos de la política sino a la transformación de estos últimos. Rousseau pensaba que el Pueblo Soberano era un sujeto moral diferente de la mera sumatoria de individuos que lo componían. Esta noción se emplea actualmente en el derecho cuando las sociedades y las asociaciones son distinguidas como personas jurídicas diferentes de los individuos que las componen. Un argumento similar puede realizarse en el dominio normativo de la moral al aceptar la existencia de "cuerpos morales colectivos" o "personas públicas" que tienen derechos, responsabilidades y obligaciones diferentes de aquellas que tienen sus miembros considerados individualmente. Por supuesto, estas entidades deben actuar por medio de personas individuales, los gerentes de las sociedades o asociaciones en cuestión. En el caso de las personas o, más apropiadamente, del Pueblo como cuerpo colectivo moral, el "funcionario" habilitado a adscribir decisiones al pueblo puede ser la sumatoria de individuos o una mayoría que actúa bajo ciertas condiciones. Esta transformación del sujeto de la política causada por el surgimiento de una entidad distinta y separada de los ciudadanos considerados en forma individual, puede transformar las preferencias en su sentido moral, ya que sólo algunas preferencias son compatibles con la estructura y los elementos constitutivos de esta nueva entidad.

En este sentido podemos comprender la afirmación de Rousseau: "ahora, el Pueblo Soberano, sin tener ninguna existencia fuera de los individuos que lo componen, no tiene y no puede tener ningún interés en conflicto con los de ellos". Esta frase puede ser entendida como una especie de anticipación de la distinción kantiana entre existencia fenoménica y nouménica, pues esto implica que el hecho de que la persona colectiva no tenga una dimensión empírica —no siente ningún placer o dolor, deseos o inclinaciones— significa que ella no tiene intereses contrapuestos a los de sus miembros constitutivos. Esto asegura su imparcialidad, interpretación que resulta confirma-

da por lo que Rousseau dice unas pocas líneas más adelante. "El soberano, por el sólo hecho de existir, es siempre lo que debe ser." En otras palabras, esta entidad colectiva moral es poseedora de una existencia que no es material sino normativa.<sup>50</sup>

En mi opinión, la visión de la democracia que la asocia a la soberanía popular puede sólo ser entendida a través de esta concepción orgánica o colectivista del pueblo. Es obvio que la idea de gobierno del pueblo por el pueblo (inmortalizada en el famoso discurso de Lincoln en Gettysburg con el aditamento de la cláusula "para el pueblo") es una ficción si "pueblo" es entendido en otros sentidos. Si "pueblo" denota la totalidad de los individuos que componen una población relevante, la democracia no garantiza que el pueblo se gobierne a sí mismo. Esta frase "del pueblo" se refiere a la totalidad, pero "por el pueblo" puede referirse sólo a la mayoría de ese grupo. Si "pueblo" denota la mayoría misma, es otra vez cierto que la democracia no garantiza el gobierno del pueblo por el pueblo, ya que ahora "por el pueblo" se refiere a la mayoría, pero "del pueblo" no puede referirse sólo a ésta pues la mayoría gobierna a la totalidad de la población relevante. Por supuesto, esto es aun más cierto si "pueblo" denota un subsector de la totalidad de la población, como los pobres o el proletariado. En esa situación, esto significaría que un subsector —que podría ser mayoritario— de un sector, tal como los pobres o el proletariado, gobernaría a la totalidad de la población.

El único modo en el cual la palabra *pueblo* puede ser usada en la descripción de la democracia como gobierno del pueblo y por el pueblo es presuponiendo que se refiere a una persona moral. El que en un caso las decisiones relevantes sean tomadas por un sector (la mayoría) y en otro caso los efectos de esas decisiones impacten sobre la totalidad de la población, no afecta el hecho de que en ambas situaciones las decisiones, y las obligaciones que surgen de ellas, estén adscriptas a la misma entidad colectiva. Una analogía podría encontrarse en una sociedad comercial donde las decisiones del directorio y sus consecuencias normativas afectan a todos los accionistas.

Si ello es así, esta visión de la democracia basada en la soberanía popular superaría, como en el caso de las teorías consensuales, la paradoja de la superfluidad del derecho. La voluntad del pueblo soberano determinaría el bien común y

también el contenido de los principios morales. El derecho, cuando es sancionado por el pueblo, constituiría la moral. De este modo, dejaría de ser moralmente superfluo.

Por supuesto, esta visión de la democracia es enteramente dependiente de una filosofía moral colectivista que, a su vez, depende de una ontología colectivista acerca de la cual soy sumamente escéptico. Mis dudas están basadas en un criterio ontológico derivado de la fórmula de Occam, que exige que economicemos en la postulación de entidades. Ellas también se encuentran fundadas en una concepción de la persona moral que requiere de subjetividad y el hecho de que tal subjetividad no es usualmente adscripta a colectivos. Además, esta concepción de la democracia ha sido frecuentemente acusada de permitir prácticas autoritarias, y con bastante razón. Se podría pasar fácilmente de la posición en la que la persona moral colectiva (el pueblo) se encuentra representada por la mayoría tomando decisiones bajo ciertas reglas que protejan a las minorías, a una posición en la que la persona moral podría estar representada por un solo líder o una minoría iluminada.<sup>51</sup> La justificación de la democracia basada en la soberanía popular no reconoce el contrapeso que le opone a la democracia el reconocimiento de los derechos individuales. Como sostiene Rousseau, la decisión del pueblo no puede nunca ir en contra de los derechos de los individuos. "En síntesis", dice, "quien se da a sí mismo a todos, se da a nadie". Tampoco se reconoce la otra dimensión del constitucionalismo asociada a la preservación de una práctica jurídica continua. No hay ninguna conexión evidente entre la continuidad jurídica, la constitución de la voluntad general y la satisfacción del bien común. Bien puede suceder que la voluntad general derogue hoy lo que había sancionado anteriormente.

### Teorías perfeccionistas

El perfeccionismo concibe a la democracia como una forma de promover ciertos valores de los individuos. Estos fines incluyen la autorrealización, particularmente en relación con la capacidad para estar involucrado en la vida pública, y el espíritu de fraternidad o solidaridad social. De acuerdo con estas visiones, el modo en el que la democracia logra la trans-

formación de los intereses de la gente es a través de la moralización de las personas mismas.

A pesar de su utilitarismo general, John Stuart Mill podría ser visto como integrante de esta escuela. Este comienza su defensa del “gobierno representativo” con argumentos utilitaristas, articulando criterios de buen gobierno que dependen de elementos de bienestar social o del bienestar de la sociedad. Esto lleva a que algunos de estos elementos se relacionen con los atributos de los seres humanos. El progreso, por ejemplo, requiere de actividad mental, emprendimiento y coraje. Sostiene:

Por lo tanto, debemos considerar que el grado en que un gobierno logra incrementar las buenas cualidades de sus gobernados, tanto colectiva como individualmente, es un criterio que permite emitir juicios acerca de la bondad de ese gobierno. Ello es así pues, a pesar de que el bienestar de los gobernados es el único objetivo del gobierno, las cualidades de estos últimos son la fuerza motriz que echa a andar la maquinaria... De este modo, podemos presentar con fundamentos suficientes el doble mérito que deben reunir las instituciones políticas. Este se desprendería, en parte, del grado en que ellas promuevan el desarrollo general de la mentalidad de la comunidad, lo cual incluye el desarrollo en materia intelectual, de las virtudes y de la actividad práctica y la eficiencia. Por otro lado, ese mérito también se relacionaría con el grado de perfección con que se organicen los valores morales e intelectuales que ya existieran, de modo que logren tener mayor impacto sobre las cuestiones públicas.<sup>52</sup>

Una vez que Mill establece este criterio del buen gobierno, demuestra que el gobierno representativo —el cual “la soberanía o el poder controlante supremo en última instancia está conferido a la comunidad como un todo”—<sup>53</sup> es el que mejor lo satisface. Este argumento requiere de tres premisas auxiliares: los intereses de la gente son mejor asegurados cuando la persona interesada misma puede ponerse de pie para defendélos; la prosperidad general de la sociedad es alcanzada en proporción a la cantidad y variedad de energías personales que están comprometidas en su expansión;<sup>54</sup> y el mejoramiento de los problemas de los seres humanos es función del carácter

activo y disconforme, y no del pasivo y satisfecho.<sup>55</sup> Al evaluar el criterio del buen gobierno y las tres premisas adicionales, Mill concluye:

El efecto fortalecedor de la libertad sobre el carácter sólo puede alcanzar su grado máximo si la persona sobre la que actúa es un ciudadano que goza de todos los privilegios que detenta cualquier otra persona, o ambiciona convertirse en tal. Más importante aún que esta cuestión de sensaciones, es la disciplina práctica que adquiere el carácter, que pasa de formular demandas ocasionales, a ejercer alguna función social... Si las circunstancias obligan a que el peso de la carga pública sea considerable, esto lo convierte en un hombre educado... Resulta más saludable aún aquella parte de la instrucción que se vincula con la participación del ciudadano privado, aunque sea en raras oportunidades, en funciones públicas. En estas situaciones, aquel es invitado a sopesar intereses que no son los suyos; a que se deje guiar, en el caso de reclamos encontrados, por una regla que no sea la de su propia parcialidad; y a aplicar siempre principios y máximas que encuentran razón de ser en el bien común. En el ejercicio de estas tareas, el ciudadano se verá generalmente acompañado de individuos con mentes más familiarizadas que la suya con estas ideas y actividades, y cuyo análisis le proveerá de razones para su propia comprensión y percepción del interés general. El ha sido creado para sentirse parte de lo público, y todo lo que sea para beneficio de este último será también para su propio beneficio.<sup>56</sup>

Para la moralización de los individuos y sus preferencias, Mill llama la atención sobre la adquisición de conocimiento y la tendencia hacia la imparcialidad. En efecto, estos son los mismos requisitos, de acuerdo con los presupuestos de nuestra práctica del discurso moral, del juicio moral válido.

Esta visión de la democracia, particularmente su énfasis en el desarrollo moral de la virtud cívica, fue central en el movimiento antifederalista durante el período de discusión sobre la Constitución de Estados Unidos y es importante hoy en el movimiento neorrepiblicano dentro del derecho constitucional.<sup>57</sup> Como dice Cass Sunstein, “en adhesión a la visión republicana tradicional, los antifederalistas sosténían que la sociedad civil debía operar como un educador y no como un mero

regulador de conductas privadas. El gobierno tiene la responsabilidad de inculcar actitudes que apartarían a los ciudadanos de la búsqueda del autointerés, al menos en el dominio de la política...”<sup>58</sup> De acuerdo con esto, la democracia colaboró en el desarrollo de una especie distintiva de personalidad, reaseguradora de la igualdad de cada uno en el campo de la política, involucrada en los asuntos públicos y en solidaridad con la condición de los demás. La expansión de estas virtudes, se cree, ayudaría a superar el autointerés y atacaría las raíces de las facciones en lugar de buscar meramente equilibrar su poder.

A pesar del atractivo de este punto de vista y de la intuitiva adhesión que genera la conexión entre la democracia y algunas virtudes cívicas, existe una tensión entre aquel y la idea liberal de autonomía personal, entendida como garantía de la libertad de perseguir cualquier plan de vida que no perjudique a terceros y proscripción de la interferencia estatal en esa elección. Más allá del ideal particular de excelencia personal, no es misión del Estado ponerlo en vigor. En contraste con este dogma del liberalismo, la visión perfeccionista alienta la adopción de un modelo de virtud personal definido por los ideales cívicos y comunitarios.<sup>59</sup>

Por razones similares parece haber una inconsistencia en los argumentos de Mill entre su defensa de la democracia basada en el impacto que ella ejerce sobre el desarrollo moral y su famoso “principio del daño”. Este principio prohíbe a la sociedad interferir con las acciones de los individuos que no perjudiquen a terceros y está basada en el presupuesto de que no es misión del Estado lograr convertir a las personas en virtuosas. En lugar de ello, la misión del Estado es sólo asegurar que ningún individuo menoscabe las condiciones para el ejercicio de la autonomía de los demás. El uso de la democracia para promover ciertos rasgos valiosos de carácter ignora esta prescripción. Uno podría decir que la democracia sólo promueve la virtud pública y, de acuerdo con el principio del daño, le está prohibido al Estado desalentar los vicios privados. Pero es difícil sostener esta distinción ya que el carácter humano constituye un todo unitario, o creer que los vicios privados no tienen influencia sobre las virtudes públicas, tales como la necesidad de tomar posiciones imparciales. La promoción de las virtudes públicas puede interferir con las inclinaciones priva-

das simplemente a causa de la existencia de limitaciones materiales. Por ejemplo, si la virtud cívica fuera promovida por el Estado y actividades tales como la participación política fueran alentadas, las personas tendrían menos oportunidades de perseguir sus intereses privados. De este modo podrían ser privadas de desarrollar sus inclinaciones por actividades que fueran psicológica, espiritual o materialmente contrarias al compromiso con la vida pública.

Sin embargo, habría una forma de salvar la teoría política de Mill de sus contradicciones intrínsecas. De acuerdo con esta visión, el principio de autonomía personal sería honrado si ciertas virtudes del carácter fueran promovidas no como un fin en sí mismas y no por sus méritos intrínsecos, sino como una forma de lograr acciones que beneficien o eviten daños a otras personas. En este sentido, la promoción de virtudes públicas no estaría directamente dirigida a desarrollar el carácter de los individuos como algo bueno en sí mismo, sino que sería una forma de promover bienes colectivos. Existe evidencia en apoyo esta visión pues, como se ha notado, Mill sostiene que virtudes como las promovidas por la democracia son conducentes a bienes colectivos tales como la prosperidad. Esta conexión es, primero, empíricamente controvertida, pues en muchas sociedades se ha logrado una considerable prosperidad bajo regímenes no democráticos: tomemos los casos de Corea del Sur o el de Pinochet en Chile. Más importante aún, un bien colectivo como la prosperidad, o todos aquellos bienes identificados por el utilitarismo, es agregativo y puede dar lugar a la objeción de que su logro no puede ser la única justificación de acciones o instituciones. Este bien podría alcanzarse a costa de los derechos de los individuos y de la manera en la cual los bienes son distribuidos.

Creo que es apropiado concluir que las teorías perfeccionistas amenazan el principio de autonomía personal y son inconsistentes con la dimensión del constitucionalismo que se refiere al reconocimiento de derechos. Respecto de la constitución histórica, debería reconocerse que la preservación de una práctica constitucional puede traer aparejadas las oportunidades de desarrollo y el ejercicio de virtudes cívicas. Con respecto a la paradoja de la superfluidad del gobierno y de las leyes, la justificación perfeccionista de la democracia no provee una

respuesta clara. En algunos casos, bien puede ser que las leyes dictadas a través de un proceso democrático, ejercitando las virtudes apropiadas, sean sin embargo perjudiciales para el desarrollo moral de algunas personas o de todas.

### Enfoques dialógicos

Las cualidades morales del diálogo o de la deliberación justifican otras concepciones de democracia que presuponen la posibilidad de transformación de las preferencias de la gente. A pesar de existir diferentes versiones que corresponden a esta perspectiva general, todas ellas encuentran en el diálogo un medio para contener los intereses egoístas y el poder de las facciones que se basan en ellos. Este límite se logra gracias a la característica del diálogo de excluir aquellas posiciones que no pueden ser defendidas desde un punto de vista imparcial.

Algunas perspectivas dialógicas coinciden con otras discutidas anteriormente. Por ejemplo, C. B. Macpherson sostiene que el diálogo sirve para desarrollar las virtudes personales, el sentido colectivo de comunidad y las relaciones mutuas, o que opera como una forma de expresión.<sup>60</sup> En este sentido, las dudas provocadas por estas perspectivas se trasladan a los enfoques dialógicos. Otras visiones conectan el diálogo inherente al procedimiento democrático con valores que no están relacionados con el desarrollo del carácter. Por ejemplo, Bruce Ackerman presenta una perspectiva interesante de acuerdo con la cual los méritos del diálogo no yacen ni en el desarrollo de las virtudes personales ni en la posibilidad de alcanzar soluciones morales correctas, sino que, en lugar de ello, aquellos residen en el hecho de poder llegar a soluciones aceptables sujetas al límite de la neutralidad respecto de concepciones del bien.<sup>61</sup> En un sentido similar, Rawls introduce la idea de "razón pública libre". Siguiendo su idea, el rol de la filosofía política y, por supuesto, de la política práctica es alcanzar una "intersección de consensos", que sea neutral respecto de concepciones morales, incluyendo la del liberalismo.<sup>62</sup>

A mi entender, la estructura de un diálogo en el cual los participantes evitan discutir sobre la corrección moral de diferentes soluciones no es acertada. Es difícil percibir cómo es posible que las personas entablen un diálogo si se descarta la

posibilidad de discutir acerca de la corrección de principios morales intersubjetivos y ni siquiera puede hacerse referencia a los respectivos intereses. Un diálogo difícilmente pueda progresar si los participantes se limitan a describir lo que ya saben desde el comienzo: que sus intereses son diferentes y que posiblemente se encuentren en conflicto. Por otro lado, parece ser un problema de azar el poder alcanzar un acuerdo o un acomodamiento de los intereses, o una intersección de consensos, si todos mantienen concepciones morales diferentes detrás de sus posiciones. Incluso cuando pueda haber una convergencia ocasional, las diferencias acerca de las implicancias de las soluciones alcanzadas revelarían divergencias en las concepciones subyacentes.

En verdad, ser neutral acerca de concepciones del bien personal presupone adoptar una concepción moral específica de la sociedad llamada liberalismo. Debido a que el liberalismo compite con concepciones tales como el perfeccionismo o el utilitarismo, éste no puede ser adoptado sin ser examinado en el contexto de la discusión pública. Finalmente, es mi deber recalcar que las concepciones moralmente neutras de la democracia basadas en el diálogo parecen no poder superar la paradoja de la superfluidad moral del gobierno, ya que ellas no proveen de ninguna razón para acatar el resultado del proceso democrático cuando ese resultado sea contrario a las prescripciones morales.

### Concepciones mixtas de la democracia

Las visiones que he discutido hasta aquí han sido presentadas en su estado puro. Estas consideran todas las preferencias de las personas como situadas fuera de la esfera política, o como sujetas todas ellas a una potencial transformación a través del proceso democrático. Sin embargo, hay visiones mixtas que parecen distinguir condiciones bajo las cuales las preferencias de los individuos puedan ser o bien dejadas a su propia suerte o sean sujetas a otra transformación. Podemos discutir acerca de ellas brevemente, pues los componentes principales que configuran las visiones mixtas han sido explicados en extenso en las secciones precedentes. La teoría de la democracia deliberativa que articulo en el próximo capítulo es también, de algún modo, una visión mixta.

De acuerdo con juristas como Cass Sunstein, la concepción de los federalistas, sostenida principalmente por Madison, es una visión mixta.<sup>63</sup> Aunque los federalistas adoptaron una concepción pluralista con respecto a la neutralización de las facciones, por medio de la división de poderes y de la representación política, ella se apoyaba sobre los méritos de la virtud cívica y el diálogo entre los representantes mismos. Si bien los federalistas presuponían que sería poco realista y pernicioso confiar en que la totalidad de la comunidad se involucrara en política de un modo dialógico, al menos en el caso de una gran república éste era un aspecto esencial del funcionamiento adecuado del gobierno representativo. Sunstein sostiene:

Los federalistas así logran una especie de síntesis entre el republicanismo y los principios emergentes del pluralismo. La política consistía en una forma correcta de deliberación y discusión acerca del bien público. Pero el proceso no podía ser ordenado de un modo republicano tradicional. Un esfuerzo de este tipo, a la luz de la naturaleza humana, se vería deteriorado por la lucha entre las facciones que compiten entre sí. Una solución parcial residiría en los principios de la representación. Los mecanismos de responsabilidad prevendrían el hecho de que los representantes defendieran intereses diferentes de aquellos de sus representados. Además, la separación de poderes aseguraría que si un grupo particular adquiriera demasiado poder sobre un grupo de representantes, existirían salvaguardas para prevenir que ese grupo logre acumular la totalidad del poder sobre el gobierno nacional...<sup>64</sup>

Por supuesto, el mero hecho de que los representantes se encuentren sometidos a las restricciones del diálogo no resuelve las cuestiones referidas a la falta de legitimidad. Uno de los principales problemas que las concepciones dialógicas deben superar, como lo veremos en el próximo capítulo, es el de explicar cómo es posible asegurar que todas las partes interesadas participen en el proceso de deliberación y que lo hagan sobre una base de igualdad. La concepción pluralista de la democracia no da certeza de que los representantes representen a todas las personas afectadas por las decisiones que toman y que lo hagan respetando la igualdad. A pesar de que pueda haber serias distorsiones en este sentido, ellas no pueden ser

superadas sólo porque los representantes interactúen en forma dialógica. Por ello, las teorías mixtas de la democracia deben soportar el peso de su componente pluralista y de su espíritu no igualitario.

Bruce Ackerman defiende una visión mixta diferente en su "concepción dualista de la política", que aplica al sistema norteamericano.<sup>65</sup> Ackerman sostiene que el sistema defendido por los federalistas y adoptado por los constituyentes de Filadelfia es mejor comprendido y justificado si se diferencian dos niveles vinculados a la forma en que evoluciona la vida política. El primer nivel corresponde a una forma de política más elevada, llamada "política constitucional", que tiene lugar en aquellos momentos en los cuales el pueblo se expresa a través de un proceso de considerable movilización y debate. De acuerdo con Ackerman, la política constitucional tuvo lugar en Estados Unidos cuando la sanción de la constitución misma, con la reconstrucción posterior a la guerra civil y con la era del *New Deal*. El segundo nivel corresponde a una forma de política menor, llamada "política normal", y que tiene lugar cuando la gente no se expresa en forma directa sino por medio de diferentes instituciones del gobierno. La representación que surge de estas instituciones es problemática debido a la multiplicación de voces y a la cuestionable conexión entre ellas y la voluntad de la gente. La política normal entonces goza de una legitimidad menor y debe sujetarse a los resultados que provengan del nivel superior de la política. Corresponde a los jueces a través del control judicial de constitucionalidad preservar la voluntad del pueblo, que se expresa mejor en estos escasos momentos constitucionales.

Ackerman piensa que esta división de la política se encuentra justificada por constituir un modo de economizar la virtud pública. Permite a los ciudadanos perseguir sus preocupaciones privadas en tiempos normales, sin imponerles un ideal de excelencia personal que vendría dado por la participación política permanente. Al mismo tiempo, establece un mecanismo para señalar aquellas raras oportunidades en las cuales se requiere la movilización popular. En consecuencia, Ackerman presenta una teoría de los derechos constitucionales que emana de decisiones democráticas tomadas en momentos constitucionales y que constriñen las expresiones de la política normal.

Esta teoría se contrapone a una concepción monista según la cual los derechos dependen permanentemente de lo que resulte de un proceso democrático continuo y uniforme, y también rechaza una concepción fundamentalista de acuerdo con la cual los derechos limitan cualquier expresión democrática.

Aunque la teoría de Ackerman claramente reconoce la segunda dimensión del constitucionalismo—la preservación de la práctica constitucional—, existen algunas dudas acerca de su valor explicativo y justificatorio que no son fáciles de superar. En primer lugar, no es claro por qué sostiene la existencia de “dos niveles políticos” o “dualismo”, cuando uno podría señalar un continuo con diferentes grados de legitimidad dependiendo de la intensidad de la movilización y del debate. Temas tales como el aborto o la discriminación provocan una discusión permanente y gran movilización, incluso cuando no sean comparables con los pocos ejemplos que presenta Ackerman y que tienen una influencia definida sobre el sistema jurídico. ¿Es posible que “el pueblo” sólo haya tenido tres oportunidades (la del momento fundacional, el de la Reconstrucción y el del New Deal) para expresar en forma directa lo que pensaba en 200 años de historia?

La legitimidad democrática de algunos de los momentos constitucionales a los cuales Ackerman se refiere es bastante dudosa. Con respecto a las deficiencias democráticas formales bien conocidas del proceso de sanción de la Constitución de Estados Unidos, resulta difícil observar que sean superadas por debates informales y movilizaciones. Por ejemplo, ¿fueron todas las mujeres y los negros parte de esos debates? Como respuesta, Ackerman podría decir que él se encuentra meramente reconstruyendo las visiones de los funcionarios norteamericanos de ese momento, fundamentalmente de los jueces, acerca del origen de la legitimidad democrática. Eso podría ser cierto, pero si lo fuera, uno podría tratar de corregir sus errores más obvios. Además, la imagen del pueblo movilizado y excitado por el espíritu público en momentos dramáticos puede ser peligrosa para la legitimidad democrática. ¿Cuál es el espacio para la discusión abierta y racional en esos momentos? ¿Está relativamente garantizada una igual participación de todos los interesados? Para mí los méritos epistémicos de la democracia se muestran mejor en momentos más calmos y menos románti-

cos. La legitimidad democrática de un momento constitucional es también cuestionable, ya que existen normalmente obstáculos para determinar cuál es la voluntad de la mayoría. Estos obstáculos señalan, desde el punto de vista de Ackerman, la gravedad del momento. Entonces, una minoría en favor del *statu quo* a menudo tiene poder de veto. Si estos obstáculos fueran suprimidos, tendríamos en efecto un sistema monista.

Ackerman dice resolver la “dificultad temporal”, el problema respecto de la validez presente de una decisión democrática tomada por personas que han muerto y cuya voluntad es opuesta a la de las personas que viven actualmente. Pero la respuesta no parece ser adecuada. Ella se apoya sobre la diferencia en la calidad de ambas expresiones de la voluntad debido a la existencia de diferentes grados de movilización y debate. Sin embargo, la alta calidad de un debate con valor cero en términos de autogobierno no equipara un debate de calidad bastante baja que mantiene alguna relación con las preferencias de la gente a la que se aplica.

Con respecto a la justificación del control judicial de constitucionalidad, la visión dualista es problemática ya que no ofrece razones para que “la voluntad del pueblo” deba ser preservada por funcionarios contramayoritarios y no por aquellos que se encuentran más cerca de las preferencias de las mayorías actuales. En verdad, es un ejemplo bastante sorprendente de positivismo ideológico obligar a los jueces a obedecer la voluntad del pueblo expresada en momentos constitucionales, cualquiera sea el contenido de esa voluntad. Si la libertad de expresión o religión fuera abolida a nivel constitucional, los jueces tendrían que acatar el nuevo orden o renunciar.<sup>66</sup> Por ello, el dualismo no reconoce de forma apropiada el contrapeso que opone la primera dimensión del constitucionalismo (ejercido por el reconocimiento de los derechos sobre el proceso democrático).

En este capítulo hemos revisado sucintamente algunas de las concepciones justificatorias de la democracia a las que apelan más a menudo juristas y actores políticos. Estas concepciones se encuentran clasificadas de acuerdo con un criterio importante: si separan la moral de la política o si ambos dominios se suponen interconectados. En otras palabras, las

teorías pueden ser distinguidas por medio de indagar si los méritos que ellas le adscriben a la democracia son independientes de la transformación moral de los intereses de la gente o si se apoyan en esa transformación. Las diferentes visiones de la democracia que analizamos no sólo asumen presupuestos filosóficos contrapuestos, sino que conducen a consecuencias institucionales muy diferentes.

Las concepciones señaladas ofrecen grietas de diferente tipo. Algunas constituyen problemas internos a cada teoría y tienen que ver con imprecisiones e inconsistencias de cada una de ellas. Muchas de las grietas que presenta la primera familia de teorías se relacionan con su incapacidad para superar problemas de acción colectiva. Otras falencias consisten en su incapacidad para desarrollar valores con los cuales la democracia ha sido siempre asociada, particularmente los de igualdad y libertad. Hay también déficits que surgen del fracaso de asumir los desafíos que emergen de los desarrollos de los capítulos anteriores: salvar la paradoja de la superfluidad del gobierno, el reconocimiento de los derechos por encima la democracia y la aceptación del valor de preservar la práctica jurídica como contrapeso constitucional adicional sobre la democracia. Por supuesto, las teorías revisadas no presentan las mismas falencias en igual grado, y es muy probable que algunas de ellas puedan lidiar con los desafíos mencionados. Pero, sin embargo, todas ellas son insatisfactorias en aspectos importantes.

En el próximo capítulo, trataré de defender una variedad de la concepción deliberativa de democracia que se basa en el poder epistémico del proceso democrático, y que, espero, esté exenta de las falencias que hemos descubierto hasta aquí.

#### Notas

1. El primer enfoque, más a menudo que el último, imputa a estas dos concepciones una importancia tanto explicatoria como justificatoria. Véase Joseph Schumpeter, *Capitalism, Socialism, and Democracy*, New York, Harper & Row, 1976, p. 250. Robert Dahl le da un carácter predominantemente explicatorio a la concepción de democracia que describe como una "poliarquía" por sobre la concepción populista y el modelo madisoniano de democracia. Véase Robert A. Dahl, *A Preface to Democratic Theory*, Chicago, University of Chicago Press, 1956, pp. 64-89. Desde un punto de vista opuesto, C. B. Macpherson argumenta a favor de un modelo de democracia participativa.

Véase C. B. Macpherson, *The Life and Times of Liberal Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 1977, pp. 93-115. Jürgen Habermas defiende un sistema democrático que toma como modelo un proceso de comunicación ideal, en *Communication and the Evolution of Society*, Thomas McCarthy (trad.), Boston, Beacon Press, 1979, pp. 186-187. Cass Sunstein favorece una visión republicana de la democracia, o al menos una concepción que mezcle las concepciones republicana y la pluralista. Véase Cass R. Sunstein, "Interest Groups in American Public Law", 38 *Stanford Law Review* (1985), pp. 29-87. Finalmente, Bruce Ackerman trata de defender perspectiva diferente que denomina "dualista", opuesta a otras dos que llama "monista" y "fundamentalista". Bruce Ackerman, *We the People*, Cambridge, Harvard University Press, 1991.

2. Giovanni Sartori, *The Theory of Democracy Revisited*, Chatham, New Jersey, Chatham House Publishers, 1987, pp. 241-247.

3. Véase *infra*, capítulo 3.

4. Thomas Scanlon, "Rights, Goals and Fairness", *Public and Private Morality*, Cambridge, Cambridge University Press, 1978, S. Hampshire (comp.).

5. Peter Singer, *The Expanding Circle: Ethics and Sociobiology*, New York, Farrar, Straus and Giroux, 1981, pp. 62-63.

6. Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986, p. 186.

7. Owen M. Fiss, "The Death of the Law?" 72 *Cornell Law Review* 1 (1986).

8. John Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1971, pp. 23-24, 187.

9. Carlos Santiago Nino, *El constructivismo ético*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 22-27.

10. Carlos Santiago Nino, *The Ethics of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1991, capítulo 7. Dentro del utilitarismo, esto conduce a lo que yo he considerado en otra parte como "el cuatrilema del consensualismo", 4 *Doxa* (1987). O bien el utilitarismo se apoya en el principio mismo de utilidad para arribar a juicios normativos y se convierte, por ello, en circular, o bien se construye sobre principios valorativos, lo cual contradice la pretensión de utilizar el principio de utilidad como el último principio valorativo; o bien descansa sobre el concepto meramente fáctico de la causalidad, que produce resultados que resultan ser en extremo contraintuitivos; o se apoya en una moralidad social o positiva implícita en la atribución causal para realizar juicios normativos, perdiendo así distancia crítica respecto de esa moralidad positiva.

11. Véase Anthony Downs, *An Economic Theory of Democracy*, Nueva York, Harper and Row, 1957. La intención de Downs es más descriptiva que normativa. Una de sus conclusiones es que bajo ciertas condiciones el gobierno no tiene otra alternativa que hacer cumplir la política apoyada por la mayoría de los votantes y que la minoría no tiene otra alternativa que

proponer la misma política aunque mejor implementada. No obstante, también demuestra que una coalición de minorías con preferencias intensas puede a veces derrotar a la mayoría.

12. Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, 2<sup>a</sup> ed., Boston, Little, Brown, 1977, pp. 405-406, 411.

13. *Ibid.*, pp. 406-407.

14. James M. Buchanan y Gordon Tullock, *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1962.

15. Las comillas fueron agregadas por el traductor. [T.]

16. De hecho, el criterio de eficiencia como productividad se asocia directamente con el principio de utilidad, aunque, como sostiene Jules Coleman, habría alguna diferencia entre ambos. El criterio paretiano de eficiencia es usualmente considerado como el "segundo mejor" respecto de la aplicación directa del principio de maximización de la utilidad, desde que aquél evita el problema de las comparaciones interpersonales que requiere el último. Jules L. Coleman, *Markets, Morals, and the Law*, Cambridge, Cambridge, University Press, 1988, pp. 97-100.

17. Allen Buchanan, *Ethics, Efficiency, and the Market*, Totowa, N. J., Rowman and Allamhead, 1985, 9.

18. *Ibid.*

19. Nino, *Un país al margen de la ley*, Buenos Aires, Emecé Editores, 1992, capítulo 4.

20. Max Weber, "Politics as a Vocation", en *From Max Weber: Essays in Sociology*, H. H. Gerth and C. Wright Mills (trads.), Nueva York, Oxford University Press, 1958.

21. Schumpeter, *Capitalism, Socialism and Democracy*, pp. 232-296.

22. La visión de Giovanni Sartori de la democracia puede ser clasificada bajo este rótulo a pesar del hecho de que realice un fuerte y sutil ataque contra la utilidad teórica de esta categoría de "elitismo". Continuamente nos advierte sobre la necesidad de distinguir teorías descriptivas de normativas y los peligros que sobrevienen del idealismo excesivo y del realismo extremo al analizar la democracia. De acuerdo con esto, pone el énfasis sobre la naturaleza descriptiva de la mayoría de las visiones elitistas de la democracia. Sin embargo, su propia teoría normativa es explícitamente elitista, en el sentido de que ésta requiere que se seleccionen élites sobre la base de su mérito. Sartori define su visión ideal de democracia como una poliarquía selectiva sobre la base de méritos. Sartori, *Democracy Revisited*, pp. 157-163.

23. Hannah Arendt, *On Revolution*, Nueva York, Viking, 1963, p. 276.

24. Macpherson, *Liberal Democracy*, pp. 88-89.

25. Michel Crozier, Samuel P. Huntington y Joji Watanuki, *The Crisis of Democracy: Report on the Governability of Democracies to the Trilateral Commission*, Nueva York, Nueva York, University Press, 1975.

26. Dahl, *Preface to Democratic Theory*, pp. 34-62.

27. El modelo poliárquico es de inspiración madisoniana, cuyas características pueden verse en el siguiente pasaje de la obra de Dahl (*ibid.* 131-133): "No estoy sugiriendo que las elecciones e interelecciones sean irrelevantes para la determinación de las políticas. Por el contrario, ellas son cruciales para asegurar que los líderes políticos responderán a las preferencias de algunos ciudadanos ordinarios. Pero ni las elecciones ni las interelecciones nos dan la seguridad de que las decisiones que se tomen estarán de acuerdo con las preferencias de la mayoría de los adultos o de los votantes. Por ello no podemos describir en forma correcta el funcionamiento actual de las sociedades democráticas en términos de contrastes entre mayorías y minorías. Sólo podemos distinguir grupos de diferentes tipos y dimensiones, buscando diferentes modos de lograr sus objetivos, usualmente a expensas, o al menos en parte, de otros... Esperamos que las elecciones nos revelen la 'voluntad' o las preferencias de la mayoría sobre un determinado conjunto de asuntos. Pero esto es algo que las elecciones rara vez logran, excepto en una manera casi trivial. A pesar de esta limitación del proceso electoral, éste es uno de los dos métodos fundamentales de control social que, operando conjuntamente, logran que los líderes del gobierno respondan positivamente a los deseos de aquellos que no lo son en un grado tal que la distinción entre democracia y dictadura siga teniendo sentido. El otro método de control social es la competencia política continua entre individuos, partidos, o ambos. Las elecciones y la competencia política no llevan al gobierno a mayorías de ninguna manera muy significativa, sino que permiten que las minorías crezcan en dimensión, número y variedad de tal modo que sus preferencias deban ser tomadas en cuenta por los líderes al diseñar las políticas. Me inclino a pensar que es ésta la característica de las elecciones —no la regla de la minoría sino la regla de las minorías— en la que nosotros debemos buscar alguna de las diferencias esenciales entre dictaduras y democracias... La distinción se acerca más a la que existe entre el gobierno de la minoría y el gobierno de las minorías. En comparación con el proceso político que se da bajo una dictadura, lo que hace característica a la poliarquía es la posibilidad de extender el número, el tamaño y la diversidad de las minorías cuyas preferencias influirán sobre las decisiones gubernamentales".

28. Robert A. Dahl, *Democracy, Liberty, and Equality*, Oxford, Oxford University Press, 1986.

29. *Ibid.*, 242.

30. Robert A. Dahl, *Democracy and Its Critics*, New Haven, Yale University Press, 1989, pp. 280-298.

31. Lowi describe los pasos que se siguen en la transformación de una teoría pluralista en una ideología: "(1) Dado que los grupos son la regla en lo que se refiere al mercado y otras muchas cosas, la competencia imperfecta es la regla de las relaciones sociales. (2) El método imperfecto de la competencia no es en verdad la competencia sino una variedad de ésta que se denomina negociación (cuando el número de participantes es reducido, cuando la relación es cara a cara, y/o cuando los que negocian tienen 'poder de mercado', lo que significa que tienen algún control sobre los términos de sus acuerdos

y pueden dominar su entorno en lugar de actuar en respuesta a éste). (3) Sin solidaridad de clase, la negociación se convierte en la única alternativa a la violencia y a la coerción en la sociedad industrial. (4) Por definición, si el sistema es estable y pacífico, ello prueba el carácter autorregulador del pluralismo. Es, por lo tanto, el modo en que el sistema funciona y el modo en que debe funcionar". Theodore J. Lowi, *The End of Liberalism: The Second Republic of the United States*, 2<sup>a</sup> ed., New York, Norton, 1979, p. 35.

32. Carlos Santiago Nino, "Transition to Democracy; Corporatism and Constitutional Reform in Latin America", 44 *University of Miami Law Review* 129 (1989).

33. Así como sucede con el elitismo, algunos pluralistas previenen contra la apertura de excesivos canales de participación para la población a fin de evitar una sobrecarga de demandas sociales que puede poner en peligro el equilibrio político. Estos ven la apatía generalizada como un prerrequisito funcional para el equilibrio. Crozier, Huntington y Watanuki, *Crisis of Democracy*.

34. Para una defensa de esta concepción de la persona moral, véase Nino, *Ethics of Human Rights*.

35. Lowi, *End of Liberalism*, pp. 36, 58-59.

36. Nino, *Un país al margen de la ley*.

37. Lowi, *End of Liberalism*, p. 58.

38. Rawls, *Theory of Justice*, p. 18.

39. *Ibid.*, pp. 221-228.

40. Véase, por ejemplo, Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977.

41. Martín Farrell, *La democracia liberal*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1988.

42. Carlos Santiago Nino, *Introducción a la filosofía de la acción humana*, Buenos Aires, Eudeba, 1987.

43. Nino, *Ethics of Human Rights*, capítulo 6.

44. John Locke, *The Second Treatise of Government*, Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1975, Thomas P. Peardon (comp.), párrafo 119. La traducción de este párrafo fue tomada de la versión española de este libro realizada por Carlos Mellizo, Madrid, Alianza, 1993. [T.]

45. Peter Singer, *Democracy and Disobedience*, Oxford, Clarendon Press, 1973.

46. Véase *infra*, capítulo 6.

47. Jean-Jacques Rousseau, "The Social Contract," en *Social Contract: Essays by Locke, Hume, and Rousseau*, Nueva York, Oxford University Press, 1962, Sir Ernest Barker (comp.), pp. 180-182. Enfasis en el original.

48. *Ibid.*, p. 185

49. En cierto momento Rousseau describe el proceso de transformación refiriéndose a "individuos involucrados en la deliberación", pero está haciendo

do referencia a la reflexión individual o discurso monológico. Inmediatamente después agrega que la voluntad general podría conocerse incluso "si no existiera ningún medio por el cual los ciudadanos pudieran comunicarse los unos con los otros".

50. Esta construcción da lugar a lo que Benn y Peters llaman "la teoría jacobina de la democracia". Esta teoría, defendida por Robespierre y por un sinnúmero de sus herederos intelectuales y políticos, sostiene que hay "una voluntad del pueblo" que trasciende los resultados electorales y que está dirigida hacia el bien común. S. I. Benn y R. S. Peters, *Social Principles and the Democratic State*, Londres, George Allen and Unwin Ltd., 1959, p. 344.

51. Barker, Introducción al *Social Contract*.

52. John Stuart Mill, "Considerations on Representative Government," en *Three Essays: On Liberty; Representative Government; The Subjection of Women*, Londres, Oxford University Press, 1975, pp. 168-170.

53. *Ibid.*, p. 186.

54. *Ibid.*, pp. 186-187.

55. *Ibid.*, p. 190.

56. *Ibid.*, pp. 196-198.

57. Por supuesto, el último fue mucho más influenciado por el primero. Véase Cass R. Sunstein, "Beyond the Republican Revival", 97 *Yale Law Journal* 1539 (1988).

58. Sunstein, "Interest Groups", 36.

59. En el contexto de su defensa moderada de la visión republicana constitucional, Frank Michelman manifiesta: "Por su procedencia aristotélica, la doctrina 'de la felicidad pública' atribuye a los seres humanos un *telos*, un fin definido o esencia determinada, pre establecida por la naturaleza. Pero la idea de que la ciudadanía (o algún otro rol social específico o forma de vida) es la esencia del sujeto humano va en contra del temperamento moderno liberal. Parece ser que incitar en estos términos a la renovación de la vida cívica implica rechazar el histórico salvataje de la individualidad que el liberalismo llevaba a cabo frente a las opresiones de mente y espíritu del período preiluminista." Michelman, "Traces of Self-Government", 100 *Harvard Law Review* 4 (1986), 22.

60. Macpherson, *Liberal Democracy*, capítulo 3.

61. Bruce Ackerman, "Why Dialogue?", 86 *The Journal of Philosophy* 5 (1989).

62. Rawls, *Theory of Justice*, pp. 580-587. La traducción "intersección de consensos" corresponde a lo que Rawls llama "overlapping consensus". [T.]

63. Sunstein, "Beyond the Republican Revival", pp. 1558-1564.

64. Sunstein, "Interest Groups", p. 47.

65. Ackerman, *We the People*, pp. 3-33.

66. Véase Bruce Ackerman y Carlos Rosenkrantz, "Tres concepciones de la democracia constitucional", 29 *Cuadernos y Debates* 13 (1991).

## 5

# Los fundamentos de la concepción deliberativa de la democracia

*Semprever*  
*Separar las*  
*políticas de la moral*

En el capítulo anterior, he revisado diferentes concepciones de la democracia y las he dividido de acuerdo con el criterio de si ellas intentaban o no aislar la política de la moral. También señalé que todas las concepciones tenían deficiencias. En este capítulo, trataré de articular una teoría que pueda superar de la mejor manera posible estas falencias.

La teoría que defiendo es una concepción ~~dialogical~~<sup>1</sup>. Mientras algunas visiones de este tipo conservan la separación entre política y moral, mi concepción visualiza estas dos esferas como interconectadas y ubica el valor a la democracia en la moralización de las preferencias de las personas. Desde mi punto de vista, el valor de la democracia reside en su naturaleza epistémica con respecto a la moralidad social. Sostengo que, una vez hechos ciertos reparos, se podría decir que la democracia es el procedimiento más confiable para poder acceder al conocimiento de los principios morales. Por ello, esta posición no constituye una visión perfeccionista, pues presupone una diferenciación entre los estándares morales, limitando el valor epistémico de la democracia a aquellos que son de naturaleza intersubjetiva.

## Constructivismo epistemológico: entre Rawls y Habermas

Para explicar esta teoría deliberativa de la democracia, debo referirme a algunas cuestiones de epistemología moral y defender una concepción constructivista respecto del conoci-

miento de principios de moralidad social. Argumentaré a favor de esta concepción a través del análisis contrapuesto de dos distinguidos filósofos contemporáneos, John Rawls y Jürgen Habermas, quienes se aproximan a lo que considero que es la posición correcta sin lograr superar todas las críticas posibles. Debido a que ambos fallan, pero en direcciones opuestas, la comparación entre Rawls y Habermas es altamente iluminadora para ayudarnos a encontrar el curso teórico que considero correcto.

### La posición de John Rawls

Existe una extendida controversia acerca de la verdadera postura metaética de los famosos dos principios de justicia de Rawls: uno exacerba la prioridad de la libertad, mientras el otro limita las desigualdades sociales y económicas a aquellas que benefician a los miembros menos favorecidos de la sociedad. Esta controversia deviene del hecho de que Rawls apela a prácticamente todos los argumentos, excepto el teológico, que han sido utilizados a lo largo de la historia de la filosofía para proveer una justificación intersubjetiva a los juicios morales: el consentimiento, el autointerés, las intuiciones y la estructura del razonamiento moral.<sup>2</sup> El argumento menos explícito que despliega Rawls para fundar sus principios de justicia es el de los presupuestos formales del discurso moral. Esa línea de argumentación surge sólo en ciertas ocasiones. Por ejemplo, Rawls insiste en que los principios de justicia deben satisfacer condiciones formales tales como las de universalidad, generalidad, publicidad y finalidad.<sup>3</sup> Rawls sostiene que el rol de la teoría moral es describir nuestra capacidad moral para juzgar las cosas como justas o injustas y dar razones. Sostiene que las condiciones de la posición originaria son en efecto aceptadas por nosotros y asegura que "cada uno tiene en sí mismo una teoría moral completa". También describe la deliberación acerca de principios morales de justicia como un caso de pura justicia procedural.<sup>4</sup>

Una vez que asumimos que la justificación básica es provista por presupuestos formales y por los límites del razonamiento moral, todas las piezas de la teoría de Rawls comienzan a encajar unas con otras. La posición originaria se convierte en

una dramatización de aquellos presupuestos formales o en un mecanismo de representación. El contrato hipotético alude a un presupuesto del razonamiento moral de acuerdo con el cual los principios son válidos cuando son unánimemente aceptados en condiciones ideales por todos los sujetos involucrados. El recurso al autointerés, cuando se lo combina con el velo de la ignorancia, tiene sólo el valor heurístico de permitirnos determinar más fácilmente las restricciones impuestas sobre nuestro razonamiento por el requerimiento subyacente de la imparcialidad. Finalmente, las intuiciones pueden tener valor indicativo si se las considera como expresiones de una forma de teoría moral que toda persona tiene dentro de sí y sirven así como indicadores para la aplicación de los presupuestos formales del razonamiento práctico a juicios realizados acerca de casos particulares.

Si esta visión kantiana de la teoría de Rawls fuera plausible, se podría sostener que concluye en una cierta caracterización de la verdad moral. Un juicio moral es verdadero, argumentaríamos, cuando deriva de un principio que sería aceptado en la posición originaria o, puesto de otra manera, que sería unánimemente aceptado bajo condiciones de imparcialidad, racionalidad y conocimiento de los hechos relevantes.

Rawls no es de ningún modo explícito acerca del método apropiado para alcanzar el conocimiento de este tipo de verdad moral. En primer lugar, parecería ser que la reflexión individual es un método válido para acceder a la verdad en cuestiones morales, al menos en el área de la justicia. En verdad, el equilibrio reflexivo puede ser entendido como un método para alcanzar esa verdad. El acomodamiento recíproco de principios generales e intuiciones particulares actúa como indicador de la aplicación de los presupuestos formales del razonamiento que sirven como filtros para evitar la aplicación de principios que no sean válidos. Por ejemplo, la intuición de que el dolor que una persona sufre puede ser justificado sobre la base de un gran placer que éste provoca en otra persona puede ser un indicador de que nuestro razonamiento práctico presupone cierta dosis de imparcialidad. Esta intuición indica que debemos tomar en cuenta la separabilidad de las personas que conduce a la descalificación del utilitarismo y de sus principios agregativos.

Aunque la reflexión individual parece permitir, dentro de

la teoría de Rawls, el acceso a la verdad moral, esto no significa que el intercambio de opiniones con otras personas no tenga ningún valor. En efecto, ciertamente nos beneficiamos de los resultados de la reflexión de otras personas, ya que compartimos, al menos en parte, los mismos presupuestos y esquemas conceptuales, además de tener similares posibilidades de conocer los hechos relevantes a través de la observación. Rawls probablemente sostendría que uno debe guiararse por el resultado de la reflexión que uno mismo realiza, pues él parece adoptar, como Kant, el concepto de autonomía que incluye la idea de que en materia moral uno mismo es su única autoridad epistémica.

Cuando Rawls se refiere a la justificación de la democracia entendida como regla de la mayoría, exhibe más claramente su individualismo epistémico. Sostiene que "no hay nada que demuestre que la voluntad de la mayoría es correcta".<sup>5</sup> Rechaza la posibilidad de aplicar el teorema de Condorcet para justificar la conclusión de que cuanta más gente apoya una solución es más probable que ésta sea correcta, sosteniendo que esto presupone que existen más probabilidades de que cada opinión sea correcta a que sea incorrecta, y que los votos de diferentes personas no sean mutuamente influenciados. De acuerdo con Rawls, ninguna de estas condiciones está necesariamente presente en un proceso democrático.

Rawls reconoce que la discusión entre una pluralidad de personas tiene efectos beneficiosos, pues de este modo se limita la parcialidad, se enriquecen las perspectivas, aumenta el conocimiento y se permite detectar errores en el razonamiento. Sin embargo, no es claro en qué ámbito podrían ser aplicados los beneficios que derivan de la discusión colectiva. Rawls observa que debe haber un aspecto de la moralidad en el cual la discusión y la decisión mayoritaria tengan alguna relevancia para la posibilidad de acceso a las soluciones correctas. Aun más, Rawls oscila entre dar a estas discusiones un valor constitutivo, un valor epistémico o ningún valor en absoluto.

### La posición de Jürgen Habermas

Para discutir la posición de Jürgen Habermas, me concentraré sólo sobre su largo ensayo *Discourse-Hick-Notizen zu einem Begründungsprogramm* (*Etica del discurso: notas sobre un*

*programa de justificación filosófica*). En ese trabajo, el autor presenta con claridad inusual las líneas principales de su posición acerca de los fundamentos de la ética.<sup>6</sup> Habermas usa el trabajo de Peter Strawson<sup>7</sup> para mostrar que la justificación de los juicios morales y la culpa derivada de ellos es parte de una práctica social que impregna la vida y los intercambios entre las personas.

Habermas sostiene que el discurso práctico está constituido por interacciones comunicativas a través de las cuales los participantes coordinan sus comportamientos argumentando a favor o en contra de diferentes reclamos de validez con la finalidad de obtener un cierto consenso acerca de ellos. El principio que opera como puente no es un mero requerimiento gramatical o una demanda de consistencia sino que involucra una demanda de imparcialidad. Este estipula que una norma moral es válida siempre que gane la aceptación de las personas involucradas.<sup>8</sup> Habermas sostiene que cuando argumentamos para convencer a otros, necesariamente presuponemos el principio de universalización entendida como imparcialidad.<sup>9</sup>

De acuerdo con Habermas, un escéptico sólo podría librarse de aquel presupuesto si él mismo se separara de la comunidad de aquellos que argumentan. Sin embargo, no existe una sola forma sociocultural de vida en el mundo que no se encuentre, al menos implícitamente, comprometida en la realización de acciones comunicativas, no importa cuán primitivas e institucionalizadas esas formas de vida puedan ser. Si alguien intentara separarse a sí mismo por un largo tiempo del contexto de acción orientado hacia el entendimiento, se encontraría sujeto a tal nivel de aislamiento que se volvería esquizofrénico e inclinado a suicidarse.

Habermas critica en forma explícita a Rawls por suponer que el postulado de imparcialidad se satisface cuando la persona que formula los juicios morales asume en forma ficticia la posición de cada uno de los involucrados. Mientras Rawls cree que cualquiera, incluso un filósofo moral como él, puede emprender la tarea de justificar normas fundamentales, Habermas sostiene que la tarea de la argumentación moral no puede desarrollarse monológicamente, sino que requiere de un esfuerzo cooperativo. De acuerdo con Habermas, “la justificación de normas y órdenes requiere que se desarrolle una discusión real,

y ello no puede ocurrir... en el proceso hipotético de argumentación que tiene lugar en la mente del individuo”.<sup>10</sup>

Habermas también enfatiza que la idea de imparcialidad no puede ser reducida a un equilibrio de poderes. Esta demanda el juicio imparcial acerca de los intereses de todas las personas involucradas. Sostiene que “en el discurso práctico las personas afectadas intentan arribar a un interés común mientras que en la negociación de un acuerdo la gente trata de lograr un equilibrio entre intereses particulares y opuestos”.<sup>11</sup>

Estas afirmaciones de Habermas lo alinean con una posición que he considerado previamente como “constructivismo epistemológico”. De acuerdo con esta posición, la validez de los juicios morales no se deriva de los resultados del discurso real sino por sus presupuestos, aunque esos resultados sean un medio confiable para conocer los presupuestos. Esto parece ser confirmado cuando Habermas dice, “el discurso práctico no es un procedimiento para la producción de normas justificadas, sino para corroborar la validez de las normas que están siendo propuestas y consideradas hipotéticamente para ser adoptadas.”<sup>12</sup>

Sin embargo, otras afirmaciones de Habermas lo colocan en una posición más radical que puede denominarse “constructivismo ontológico”. Esta posición sostiene que es la validez de los juicios morales —no meramente el conocimiento de esa validez— lo que se constituye por el resultado de la discusión real cuando ella satisface ciertos requerimientos. Así, Habermas sostiene, “en el discurso... el contenido se encuentra sujeto a un proceso en el que los valores particulares son, en última instancia, descartados por no ser susceptibles de ser aceptados por consenso”. Habermas sostiene también que “el principio de la ética discursiva... estipula [que] pueden aspirar a adquirir validez sólo aquellas normas que alcanzan (o pueden alcanzar) la aprobación de todas las personas afectadas en su calidad de participantes del discurso práctico”.<sup>13</sup> La transferencia del discurso a la acción, sostiene, no puede demostrarse a través de la deducción de normas morales fundamentales, a partir de los presupuestos de la discusión, de forma *inmediata*. En lugar de ello, las normas fundamentales del derecho y de la moral deberían considerarse como necesitadas de justificación en el discurso práctico. Dado que las circunstancias históricas varían, cada época arroja su propia luz sobre las ideas fundamen-

tales de la moralidad práctica. Los teóricos de la moral pueden participar en la discusión como partes afectadas o como expertos, pero no pueden dirigir esos discursos *por su propia cuenta*. Una teoría que se desentiende de principios sustantivos, como la teoría de la justicia de Rawls, debería ser entendida simplemente como una contribución al discurso entre ciudadanos. Como lo afirma el intérprete de Habermas, Stephen K. White, "lo que la justicia demanda en una situación social e histórica no puede ser legítimamente decidido por adelantado en una argumentación *real* o en un discurso entre todos los involucrados".<sup>14</sup>

En suma, Habermas coincide con Rawls en que hay presupuestos formales, como el de imparcialidad, que son decisivos para otorgar validez a los principios morales. Sin embargo, mientras para Rawls estos son presupuestos formales de un razonamiento moral monológico, para Habermas son reglas de una práctica social del discurso intersubjetivo. Para Rawls, la validez de los principios morales está dada por la satisfacción del requerimiento de imparcialidad. Habermas, por otro lado, requiere un consenso *de facto* para ser constituido a través del empleo de la regla de imparcialidad. Finalmente, mientras Rawls parece pensar que uno puede alcanzar la conclusión de que un principio moral es válido sólo por medio de la reflexión individual —aunque la discusión puede desempeñar un papel auxiliar—, Habermas claramente sostiene que esto es imposible. Para Habermas, sólo la discusión colectiva, "en la búsqueda cooperativa de la verdad", es una forma confiable de acceder al conocimiento moral.

### Tesis ontológica y epistemológica

Es posible distinguir al menos tres principios ontológicos acerca de la constitución de la verdad moral y al menos tres principios epistemológicos acerca de su conocimiento.

Examinaré primero los tres principios ontológicos básicos, llamándolos respectivamente O1, O2 y O3.

O1) La verdad moral se constituye por la satisfacción de presupuestos formales inherentes al razonamiento práctico de cualquier individuo, en particular el presupuesto de acuerdo al cual un principio moral es válido si es aceptable para todas las

personas que se encuentren bajo condiciones ideales de imparcialidad, racionalidad y conocimiento de los hechos relevantes.

O2) La verdad moral se constituye por la satisfacción de presupuestos formales o procesales de una práctica discursiva dirigida a lograr cooperación y evitar conflictos.

O3) La verdad moral se constituye por el consenso que resulta de la práctica real de la discusión moral cuando se lleva a cabo de acuerdo con algunas restricciones procesales acerca de los argumentos que se esgriman.

Expondré ahora las tres tesis epistemológicas:

E1: El conocimiento de la verdad moral se alcanza sólo por medio de la reflexión individual. La discusión con otros es un elemento auxiliar útil de la reflexión individual pero, en definitiva, debemos actuar ineludiblemente de acuerdo con los resultados finales de esta última.

E2: La discusión y la decisión intersubjetivas constituyen el procedimiento más confiable para tener acceso a la verdad moral, pues el intercambio de ideas y la necesidad de ofrecer justificaciones frente a los otros no sólo incrementa el conocimiento que uno posee y detecta defectos en el razonamiento, sino que ayuda a satisfacer el requerimiento de atención imparcial a los intereses de todos los afectados. Sin embargo, esto no excluye la posibilidad de que a través de la reflexión individual alguien pueda tener acceso al conocimiento de soluciones correctas, aunque debe admitirse que este método es mucho menos confiable que el colectivo, debido a la dificultad de permanecer fiel a la representación de los intereses de otros y ser imparcial.

E3: El método de la discusión y decisión colectiva es la única forma de acceder a la verdad moral, ya que la reflexión monológica es siempre distorsionada por el sesgo del individuo en favor de su propio interés o el interés de la gente cercana a él debido al condicionamiento contextual y a la dificultad insuperable de ponerse uno mismo en la situación de otro. Sólo el consenso real logrado después de un amplio debate con pocas exclusiones, manipulaciones y desigualdades es una guía confiable para tener acceso a los mandatos morales.

Rawls sostiene la tesis O1 como caracterización de la verdad moral. En la *Teoría de la justicia* la práctica social del

discurso moral no es absolutamente relevante para las reglas que definen la validez de los principios morales. Rawls supone, como Kant, que "la estructura de la teoría moral" es algo que "cada uno tiene en sí mismo". Las reglas del discurso monológico no parecen ser relevantes para la constitución de la verdad moral. En trabajos posteriores, que no exploraremos aquí en forma detallada, Rawls parece más atraído a dar a las prácticas sociales una prioridad mayor en la deducción de principios morales, aunque no distingue entre la práctica del discurso moral y las otras prácticas de una cultura democrática. De este modo, parece caer en una posición convencionalista.<sup>15</sup>

La posición de Habermas con respecto a la constitución de la verdad moral es la que he identificado como O3, ya que sostiene que no hay principios morales válidos con excepción de aquellos a los que se ha llegado como resultado de la discusión moral llevada a cabo con la debida observancia del requerimiento de imparcialidad. He llamado a este enfoque constructivismo ontológico. Sin embargo, en otros puntos, Habermas se acerca a la tesis O2, de acuerdo con la cual la validez de los juicios morales está dada por los presupuestos y no por los resultados de la discusión moral.<sup>16</sup>

Con respecto a la cuestión epistemológica, no hay duda de que Habermas es un firme defensor de E3. Cree, en efecto, que el conocimiento moral sólo se alcanza a través de la discusión real de todas las personas involucradas. En ningún caso la verdad moral puede alcanzarse —como lo sostiene E2— a través de la reflexión individual. La reflexión individual puede, como máximo, sólo resultar en una contribución a la discusión colectiva.

Por el contrario, sostengo que las tesis más plausibles acerca de la constitución y el conocimiento de la verdad moral son E2 y O2. Estas son las tesis intermedias entre Rawls y Habermas. En la esfera ontológica, creo que Rawls y su mentor, Kant, son seriamente deficientes al no incorporar en su perspectiva el aspecto de la práctica social del discurso moral. La inclusión de la práctica social les permitiría tomar en cuenta un punto que resulta enfatizado por el relativismo acerca de las variaciones históricas en el modo de la argumentación moral, sin entrar en el callejón sin salida en el que nos encontramos cuando admitimos la relativización de los juicios morales sustantivos. Aun más, cuando centramos nuestra atención sobre la

práctica social, tenemos una base empírica a partir de la cual inferir las reglas y los criterios que son en efecto presupuestos en esa práctica. Esto es plausible una vez que tomamos en cuenta que esa práctica tiene funciones manifiestas y latentes —como lograr la coordinación a través del consenso sobre algunos principios— y que los presupuestos formales están adaptados a esas funciones.<sup>17</sup> Finalmente, es particularmente importante tomar como fundamental la práctica social actual del discurso moral si uno debe admitir, como estamos obligados a hacerlo, que el discurso tiene presupuestos valorativos, tales como el principio de autonomía.

Con respecto a la tesis O3, sostenida por Habermas, creo que ésta termina cayendo en la confusión relativista entre validez y observancia. Algunos consensos actuales pueden ser descalificados por el postulado de la universalización. Si el postulado de la universalización fuera suficientemente rico como para permitir sólo un principio como base para el consenso, éste implicaría el reconocimiento de O2, ya que el principio válido sería determinado *a priori* de su adopción consensuada real. El problema más básico es que O3 no parece reflejar la fenomenología de la discusión moral que no consiste, como Rawls y Habermas enfatizan, en la expresión de intereses personales sino, en lugar de ello, en postular criterios de validez o principios. Los participantes en la discusión no podrían defender sus propuestas como válidas si esa validez dependiera por definición del resultado de la discusión. Tampoco tiene sentido ofrecer un principio para la discusión y decisión si no hay razones para apoyarlo. En síntesis, O3 tiene una tendencia a adoptar un convencionalismo conservador con respecto a los resultados de la discusión y ver su operación como un mero choque de intereses.

La tesis O2 incorpora, en lugar de ello, lo mejor de ambas posiciones. Como sucede con O3, ésta se beneficia de la base empírica inherente al hecho de que es una práctica social. La circularidad del equilibrio reflexivo se quiebra sin estar atada a los resultados contingentes del consenso real. El hecho de que la verdad moral sea definida en relación a los presupuestos del discurso moral y no a sus resultados reales nos permite explicar la argumentación como un intento de conformar estos resultados a esos presupuestos. Los presupuestos incluyen principios sustantivos como el de la autonomía, del cual pueden deducirse

juicios morales más específicos. Reglas formales, como la de imparcialidad, sirven como filtros para los principios y alientan un dinamismo que posibilita la sanción de otras normas.

Si nos referimos ahora al nivel epistemológico, percibimos que E1, la posición que defiende Rawls, conlleva inconvenientes bastante serios. Si nuestra reflexión individual fuera la única manera de tener acceso a la verdad moral, ¿por qué deberíamos seguir las prescripciones de una autoridad — incluso si fuera democráticamente legítima — cuando estas prescripciones se oponen a los resultados de esa reflexión? Además, ¿cuál es la relevancia de esa autoridad cuando sus prescripciones coinciden con las conclusiones de nuestra reflexión moral? Estas dudas contienen las raíces de un anarquismo filosófico o de una dictadura iluminada, dependiendo de si las conclusiones a las que alcanza el individuo por su propia reflexión tienen la fuerza de que sean impuestas a otros. No es por casualidad que muchos juristas rawlsianos favorezcan un amplio poder judicial de revisión de las leyes democráticamente sancionadas. Como sostiene Walzer, los jueces son los nuevos reyes filósofos de este tipo de concepción.<sup>18</sup> Esta dificultad en pasar de la autonomía de la moral a la heteronomía de la ley no se supera aduciendo simplemente que nuestra reflexión individual provee razones para observar las prescripciones de otros, ya que ésta no siempre provee esas razones y algunas veces puede sugerir una prescripción opuesta.

Estas desventajas de E1 dan apoyo a E3, la posición de Habermas. E3 asegura que tenemos razones para observar los resultados de la discusión y decisión colectivas, ya que éste es el único método confiable para determinar soluciones correctas. De este modo, la reflexión filosófica individual, no moral, indicaría que el único método de conocimiento moral es la discusión colectiva. Esto sería verdad debido a las ventajas de incrementar el conocimiento y la detección de errores del razonamiento gracias al intercambio de ideas. Las posibilidades de lograr la imparcialidad también aumentan. Si partimos de la hipótesis de que nadie conoce mejor los intereses de una persona que la persona misma, entonces la imparcialidad sólo se asegura a través de la participación de aquellos involucrados en el procedimiento democrático de discusión y decisión.

Pero estas desventajas de E3 son neutralizadas por ob-

táculos demasiados obvios. Del mismo modo que E1 conduce a un elitismo moral, E3 parece conducir a un populismo moral ya que ésta apoya la posición de que una solución respaldada por todos o por la mayoría es automáticamente correcta. Es obvio que la mayoría a veces apoya posiciones muy equivocadas. Además, E3, como O3, no reflejan adecuadamente la fenomenología de la discusión moral. Si fuera imposible encontrar el conocimiento moral por la reflexión individual, Rawls no podría hacer ninguna contribución a la discusión colectiva. Además, nadie puede pedir que el resultado de una discusión colectiva sea revisado si ese resultado fuera el único presupuesto disponible de la verdad moral.

La tesis E2 resuelve estos problemas de E3 sin sufrir los defectos de E1. De acuerdo con E2, el procedimiento de la discusión y decisión colectivas constituido por el discurso moral (incluso por su sucedáneo imperfecto, el sistema democrático de toma de decisiones) es el método más confiable de aproximación a la verdad moral. Sin embargo, no es el único. Es posible, aunque generalmente improbable, que a través de la reflexión individual una persona pueda representarse a sí misma adecuadamente los conflictos de intereses y pueda llegar a una conclusión correcta e imparcial. Es conceivable que un individuo aislado alcance conclusiones más correctas que las que fueran alcanzadas a través de la discusión colectiva. Esta posibilidad explica la contribución que cada uno puede hacer a la discusión y por qué un individuo puede legítimamente pedir que la discusión sea reabierta. La probabilidad de que soluciones correctas sean alcanzadas por reflexión individual se incrementa cuando se refiere a los presupuestos de la validez del proceso colectivo. Este es el problema de los derechos *a priori*, que es más restringido que el contenido del primer principio de Rawls y que, en mi opinión, constituye la única cuestión moral cuyo tratamiento por leyes democráticas puede ser revisado por los jueces o, en última instancia, ser el objeto de desobediencia civil.<sup>19</sup> Dado el hecho de que el proceso colectivo generalmente es más confiable que la reflexión individual y que el primero no sería operativo si siempre decidiéramos estar obligados a seguir los resultados de nuestra reflexión individual, la obligación de observar aquello que ha sido decidido colectivamente se encuentra simplemente justificada.

En resumen, la combinación de O2 y E2, que constituye una posición intermedia entre Rawls y Habermas, es la teoría metaética más plausible. Esta es la posición que llamo "constructivismo epistemológico".

### El valor epistémico de la democracia

La unanimidad parece ser un equivalente funcional de la imparcialidad. Si todos aquellos que pueden ser afectados por una decisión han participado en la discusión y han tenido una oportunidad igual de expresar sus intereses y justificar una solución a un conflicto, ésta será muy probablemente imparcial y moralmente correcta siempre que todos la acepten libremente y sin coerción.

Esta teoría presupone la premisa, aceptada por Mill, de que nadie es mejor juez de sus propios intereses que uno mismo. Esta premisa presupone otras proposiciones metaéticas y empíricas. Por ejemplo, las proposiciones metaéticas respecto del principio de autonomía personal que sostienen que los intereses de los individuos deberían estar determinados por sus elecciones. Esto también implica ciertas proposiciones empíricas respecto de la posibilidad de extender el acceso de las propias personas a sus deseos y preferencias.<sup>20</sup>

Es posible que una solución propuesta por un individuo dentro de la discusión moral para salvar un conflicto sea contraria a sus intereses. Aquella puede, por ejemplo, estar errada acerca de las relaciones causales involucradas en la satisfacción de esos intereses. Puede también contener errores lógicos o fácticos. Sin embargo, es altamente probable que el resultado del proceso de discusión sea imparcial y, por ende, moralmente correcto si éste ha sido unánimemente aceptado por todas las personas involucradas en el conflicto.

Cuando el discurso moral es institucionalizado y reemplazado, debido a consideraciones operativas, por un sucedáneo regimentado, como la regla de la mayoría, uno debe examinar si ese sucedáneo aún garantiza, aunque sea en un nivel menor, el requerimiento de imparcialidad. Claramente, una solución al conflicto apoyada por una mayoría y no por todos los involucrados en el conflicto puede ser muy parcial. Es probable que la mayoría ignore completamente los intereses de la minoría. En efecto, la oposición a una minoría puede por sí misma motivar

las acciones de la mayoría. De este modo, la democracia como regla de la mayoría parece ser el mecanismo arquetípico para tomar decisiones parciales. Si esto es verdad, las decisiones democráticas podrían ser sólo justificadas por razones que no tienen nada que ver con su correctitud moral.

Para abordar este problema, debemos comenzar por examinar el paso de la práctica original no institucionalizada del discurso moral al sucedáneo regimentado de la democracia como regla de la mayoría. Supongamos que vivimos juntos en un condominio y que nos hemos reunido para discutir un conflicto de intereses. Imaginemos que el elevador debe ser reparado y que aquellos que viven en los pisos más bajos y que lo usan ocasionalmente no están interesados en compartir los costos. Al principio, cada uno de los participantes de la discusión tratarán de convencer a los otros de que se podría alcanzar un consenso unánime. Incluso, si está claro desde el principio que aquellos que se oponen a compartir los costos de la reparación están en minoría, ambos grupos tratarán de convencer a los miembros del otro grupo de intentar alcanzar la unanimidad. Pero en cierto punto algunos de los participantes pensarán que debe tomarse definitivamente una decisión. Tal vez están cansados, o ~~es muy tarde~~ o piensan que se han agotado los argumentos. La principal consideración que forzará la toma de la decisión será que la que sostiene que si no se llega a ella explícitamente, se tomará una decisión en forma tácita en favor del *statu quo*, es decir, no reparar el elevador. Entonces alguien propondrá que debería votarse. De este modo, prevalecerían los deseos de la mayoría. Obsérvese que este pasaje del requerimiento del consenso unánime a la regla de la mayoría —que es una de las características definitorias del proceso democrático— no tiene lugar meramente como consecuencia de la imposibilidad de alcanzar la unanimidad, sino que se debe a la necesidad de tomar una decisión en un tiempo limitado. De otro modo, siempre se tomará en forma implícita una decisión en favor del *statu quo*. La introducción de un límite de tiempo para finalizar la discusión y la necesidad de votar diferencian drásticamente el proceso informal de la discusión moral de su sucedáneo institucionalizado, la democracia como regla de la mayoría. De este modo, la democracia puede definirse como un proceso de discusión moral sujeto a un límite de tiempo.

Al pasar del requerimiento de unanimidad en cierto momento al requerimiento de mayoría en ese momento, los partícipes pueden decidir votar para prevenir que gane una minoría que se encuentra en favor del *statu quo*. Resulta interesante que la minoría puede sentir que no hay nada equivocado en imponer sus puntos de vista. Como respuesta a ella, se puede sostener simplemente que es mejor tener una decisión apoyada por una mayoría que una respaldada por una minoría. El argumento no puede ser el de que la mayoría está más cerca de la unanimidad, ya que la equivalencia funcional entre unanimidad e imparcialidad no parecen depender de una mera cuestión cuantitativa. Incluso cuando hay un solo voto opuesto a una solución propuesta por todos los demás, ese voto puede ser crucial para el presupuesto de imparcialidad. Supongamos, por ejemplo, que en nuestro caso del elevador, la solución propuesta por todos excepto uno fuera que este individuo deba pagar la totalidad del costo para reparar el elevador.

En lugar de confiar en un análisis puramente cuantitativo, el pasaje de la unanimidad a la regla de la mayoría debe estar basado en la idea de que la imparcialidad será mejor preservada a través de él que por cualquier otro sucedáneo del consenso unánime. En efecto, un proceso de discusión moral con cierto límite de tiempo dentro del cual una decisión mayoritaria debe ser tomada —el centro del concepto de democracia de la visión normativa que estoy articulando— tiene mayor poder epistémico para ganar acceso a decisiones moralmente correctas que cualquier otro procedimiento de toma de decisiones colectivas.

#### El conocimiento de los intereses de los otros

La teoría epistémica de la democracia depende de ciertas hipótesis. Una es que la falta de imparcialidad no se debe a inclinaciones egoísticas de los actores en el proceso social y político, sino a mera ignorancia acerca del contenido de los intereses de los demás. En países en los cuales ha habido dictaduras frecuentes, es bien sabido que no todos los dictadores son crueles monstruos egoístas, aunque desafortunadamente algunos lo son. Pueden existir dictadores genuinamente preocupados por alcanzar decisiones moralmente correctas, pero su imparcialidad fracasa debido a la dificultad de repre-

sentarse los intereses de los sectores de la sociedad más alejados del entorno social del dictador.

Este error en el juicio acerca de los intereses de un grupo social particular es a menudo debido a una ética perfeccionista que sostiene que los intereses de la gente no necesariamente coinciden con sus elecciones. En lugar de ello, estos intereses podrían ser mejor perseguidos por las personas si ellas tuvieran un mejor conocimiento acerca de los datos fácticos relevantes y estuvieran moralmente más familiarizados con los modelos de excelencia humana. Como discutimos en el capítulo 3, uno puede rechazar esta perspectiva perfeccionista por razones independientes de la democracia, pero es conveniente notar que el proceso de toma de decisiones de la minoría promueve esta visión perfeccionista. Si solamente unos pocos individuos deciden qué es bueno para el grupo como un todo, ¿por qué no deberían también ser capaces de decidir qué es bueno para cada individuo?

Por otro lado, el error del dictador en evaluar los intereses de los demás no se debe al presupuesto de una posición perfeccionista sino más bien a errores en la apreciación de lo que sucede en la realidad. El dictador puede generalizar equivocadamente utilizando como base intereses de personas como él mismo. Puede también ignorar las circunstancias de hecho que rodean la vida de individuos no relacionados con él o puede estar equivocado acerca de los valores que esa gente defiende, particularmente aquellos valores que son relevantes para sus elecciones de planes de vida y de ideales de excelencia personal.

Un dictador o una minoría puede tratar de conducir una investigación para minimizar las posibilidades de cometer estos errores. Incluso haciendo esto, el dictador puede aun no incluir a toda la gente involucrada en un proceso democrático de discusión colectiva y toma de decisiones. Definir los intereses de la gente no es tanto una cuestión de conocimiento, sino una cuestión de elecciones. Entonces, si un individuo no tiene ninguna oportunidad de tomar una decisión que le ayudaría a dar un orden de preferencia a sus intereses, podría verse imposibilitado de definir ese orden. Una investigación conducida por un dictador acerca de estos intereses puede conducir a resultados bastante equivocados, ya que la gente no tiene oportunidad de elegir sino que es interrogada para que reconstruya sus deseos.

Una investigación de un dictador acerca de los intereses de la gente estará aun más distorsionada por el hecho de que éstos cambian cuando se conocen los intereses de los demás. Los intereses de los individuos pueden cambiar si ellos conocen los intereses de los demás. Por ejemplo, algunas personas tienden a imitar a otras, muchos de los cuales no tienen confianza en su propia sabiduría pero confían en el juicio de otros. Algunos se dan cuenta de que, si continúan con su elección, surgirá un problema de acción colectiva debido a las preferencias de los demás. Esta toma de conciencia, entonces, los conduce a cambiar sus preferencias y evitar la autofrustración. Los altruistas, por ejemplo, podrían darse cuenta de que sus propios intereses chocan con otros y entonces cambiar sus elecciones para que los intereses de los demás puedan ser satisfechos.

Incluso respecto de la interpretación judicial, la discusión y decisión democráticas aseguran mejor los intereses de otras personas. Mientras el juez está sujeto a reglas de designación y procedimientos diseñados para asegurar su imparcialidad, esta garantía de imparcialidad se aplica sólo a las partes involucradas en el proceso judicial. La decisión no alcanza a otras personas que pueden ser afectadas por la decisión que el juez está aplicando. Por ello, esa decisión no debería ser obligatoria para otros casos a menos que sea tomada en un proceso del cual puedan participar todos los individuos afectados.

### La justificación de la justicia

Parte del intercambio en una discusión que precede a una decisión mayoritaria presume la mutua relación de intereses. Incluso si esto fuera todo, los participantes en el proceso estarían simplemente expresando juicios descriptivos que no tienen ningún poder justificatorio en absoluto. Si los actos discursivos practicados en una discusión democrática por las élites o los representantes sólo describen el contenido de sus intereses, sería difícil explicar cómo la discusión podría progresar y entender el sentido de estas confesiones psicoanalíticas recíprocas.

Quiero defender aquí una visión de la democracia en la cuál se asigna un rol a la negociación y a las manifestaciones de emociones, pero manteniendo para ellas un lugar subordinado

a la argumentación en la promoción del poder epistémico del proceso de toma de decisiones mayoritarias. Admitamos que con la ayuda de factores emocionales y negociaciones sobre la base del autointérés, el debate racional y las decisiones mayoritarias consiguientes no tenderían a ser soluciones imparciales. Sin embargo, el impacto beneficioso de estos aspectos de la democracia sobre su valor moral funciona sólo a través de la argumentación.

Bajo esta visión del proceso democrático como un sucedáneo de la práctica informal de la discusión moral, se requiere que todo participante, como sucede en esa práctica original, justifique sus propuestas frente a los demás. Si sus intereses son puestos sobre la mesa, ellos deben demostrar que son legítimos. Esta práctica presupone la existencia de una línea —delgada pero importante— que separa las posiciones que se adoptan en una discusión y que son reales y genuinas de aquellas que son falsas o que obviamente no cumplen con las reglas que subyacen a una discusión auténtica. Por ejemplo, golpear la mesa con un zapato, como lo hizo Nikita Khrushchev en una famosa sesión de Naciones Unidas, no es argumentar. Obviamente, los argumentos genuinos deben ser distinguidos de los válidos; de otro modo, la discusión no podría comenzar sin terminar inmediatamente.

No es mi propósito articular aquí todas las condiciones que hacen de una declaración un argumento genuino sin necesariamente hacer de éste uno que sea válido. Quizás aquellas condiciones pueden ser resumidas bajo la descripción, aludida por Jon Elster, de que debería haber una apariencia *prima facie* de que la posición asumida en cuestión expresa una proposición normativa que podría ser aceptada desde un punto de vista imparcial.<sup>21</sup> Me gustaría sólo mencionar rápidamente algunos de los casos donde esas posiciones no tienen, en una forma clara, esta apariencia y serían, así, rechazadas como argumentos en cualquier discusión genuina. Ellas incluyen:

(1) la mera expresión de deseos o la descripción de intereses. Si simplemente digo “eso es lo que quiero” para respaldar una determinada solución a un conflicto, me arriesgo a una respuesta inmediata del tipo “¿y qué?”;

(2) la mera descripción de hechos, como una tradición o una costumbre, que una autoridad humana ha establecido,

o una divinidad ha ordenado (por ejemplo, "en este condominio nosotros siempre hemos procedido de esta forma"). Este tipo de descripción podría servir sólo como una premisa intermedia en un proceso de argumentación, ya que la autoridad de una tradición o de un legislador puede siempre ser puesta en cuestión;

(3) la expresión de proposiciones normativas que no son generales, en el sentido de que los casos a los cuales se aplican se refieren a nombres propios o descripciones definidas. Yo no puedo justificar una propuesta para finalizar un conflicto sólo diciendo, como último argumento, "esto está mal cuando se me hace a mí" o "esto está mal cuando se le hace a este condominio";

(4) la expresión de proposiciones normativas no está preparada para ser aplicada a casos que no se diferencian del presente o sobre la base de propiedades relevantes para las proposiciones mismas. Este es el requerimiento de universalidad, interpretado como una condición para la consistencia pragmática;

(5) inconsistencias pragmáticas obvias. Por ejemplo, no se aceptarán como argumentos genuinos aquellas declaraciones que sean incompatibles con las manifestaciones que sean hechas por el mismo individuo en otro conflicto. Del mismo modo, la manifestación será rechazada si no está de acuerdo con los actos del individuo que la expresa;

(6) la expresión de proposiciones normativas que no parecen tomar en cuenta los intereses de los individuos. Rechazamos intentos ridículos que justifican propuestas para resolver problemas como, por ejemplo, "este curso de acción beneficiaría al elevador". Esto también cuestiona intentos menos ridículos de justificar de un modo final una proposición, como "esto sería bueno para el condominio como un todo";

(7) la expresión de proposiciones normativas que no intentan ser morales, es decir que no sean aceptables desde un punto de vista imparcial, pero ofrecen, sin embargo, razones prudentiales o estéticas para justificar un conflicto de intereses entre personas diferentes.

Alguna de estas condiciones para un argumento genuino en el proceso de la discusión moral y el debate democrático podrían ser discutidas. Otras podrían seguramente ser suma-

das a la lista que he señalado. Pero lo importante desde el punto de vista de nuestra preocupación es que logremos darnos cuenta de que algunas condiciones que definen el carácter genuino de un argumento, sin que definan su validez, deben ser presupuestos de cualquier discusión que tenga lugar.

Podría sostenerse, como lo hace Elster, que cualquier posición autointeresada puede ser ocultada bajo proposiciones normativas aparentemente imparciales. Por ejemplo, en una discusión acerca de salarios entre los sindicatos y los grupos empresarios, los primeros, seguramente recurrirán a valores igualitarios, mientras que los segundos alegarán valores libertarios. Entonces, el límite entre producir argumentos genuinos en apoyo de la posición de uno puede ser incapaz por sí mismo de generar una tendencia hacia la imparcialidad.

Sin embargo, creo que estas reglas son un límite real a la defensa de posiciones autointeresadas. Junto con los otros factores, ellas contribuyen a una dinámica de aceptación de soluciones imparciales. La experiencia de las discusiones morales, sean informales o institucionalizadas, muestra que la gente a menudo se reprime de postular posiciones autointeresadas cuando las únicas posiciones que se les ocurren no serían vistas como argumentos genuinos porque ellas caerían bajo algunas de las proscripciones precedentes. Además, a menudo sucede que las personas formulan una declaración y, enfrentadas con el rechazo por no ser ella considerada un argumento genuino por parte de otros participantes, modifican su posición.

Todos estos límites contribuyen al progreso de la discusión hacia la aplicabilidad de criterios de imparcialidad, contra individuos paralizados por el autointérés o indiferentes hacia soluciones propuestas. Si, en los ejemplos de la discusión entre los miembros de un condominio, fuera permitida como una estrategia apropiada la de decir "esto es lo que quiero", "esto es conveniente para mí", sería imposible que la discusión progresara. De este modo, los vecinos cuyos intereses no son afectados por ninguna solución particular o quienes tienen una tendencia natural a ser imparciales no sabrían cómo decidir. En lugar de ello, si los vecinos autointeresados estuvieran obligados a enmarcar sus argumentos en la forma de "aquellos que no se benefician con un servicio no están obligados a pagar por éste" o "un condominio es una estrategia de cooperación en la cual

“ todos pagan por todo, se beneficien directamente o no”, se pueden prever muchas formas en las cuales la discusión pueda progresar y los participantes no egoístas sean convencidos. Los participantes podrían recordar que algunas de las partes obviamente autointeresadas han usado el principio opuesto en otra ocasión y que su interés era el inverso. Por otro lado, por ejemplo, podrían pensar que vivir en un ambiente más comunitario sería una opción que todos habrían aceptado si se les hubiera preguntado antes de que los conflictos de intereses surgieran.

### La detección de errores fácticos y lógicos

La discusión intersubjetiva ayuda a detectar errores de hecho y errores lógicos. A menudo una solución propuesta es injusta no por que ella oculte motivos egoístas o porque la persona que los propone falla en representar los intereses de los demás, sino porque ignora ciertos hechos relevantes o comete alguna falacia lógica. En estos casos, es posible que los otros participantes en la discusión puedan detectar aquellas fallas y señalárselas de modo que el autor pueda corregirlas.

Se podría decir que no hay garantías de que la mayoría tenga siempre mayor razón acerca de los hechos o de la lógica, que la que tiene el juicio individual de la persona que propuso la solución rechazada. Se podría agregar que un individuo aislado o una minoría iluminada es a menudo consciente de una verdad que la mayoría se rehusa a reconocer. Se podría confiar más, por ejemplo, en expertos en ciencia o arte que en los participantes de un proceso colectivo de discusión y toma de decisiones cuando nos referimos a ciertas áreas del conocimiento. Finalmente, se podría argumentar que quienes están interesados en cierto resultado tienen una tendencia a presentar erróneamente los hechos y la lógica de modo que les resulten más beneficiosos.

Estas respuestas son válidas, sin embargo no es mi intención defender una teoría consensual o mayoritaria de la verdad fáctica, lógica o filosófica. Lo que intento defender es sólo una teoría consensual o mayoritaria del conocimiento de ciertos tipos de asuntos morales. Por ejemplo, no sugiero someter al consentimiento de la mayoría mi propia visión de la democra-

cia. Lo que en realidad presento es algo mucho más débil, y más obvio desde mi punto de vista. Específicamente, sostengo que la discusión con otros contribuye más a menudo a detectar errores fácticos y lógicos porque, en definitiva, la observancia fáctica y el uso de reglas de inferencia son el producto de facultades que todos tienen, y no es común que la mayoría de la gente cometa el mismo error. Incluso cuando la minoría está en lo correcto acerca de algunos hechos, la dinámica del conocimiento de la verdad tiende a ir de la minoría a la mayoría, y no en el sentido inverso.

### Factores emocionales

Hay también una dimensión afectiva de la comunicación que desempeña un papel muy importante en la discusión moral y su sucedáneo democrático. Sin embargo, este papel es auxiliar al valor epistémico del proceso de argumentación y decisión colectiva.

Ciertamente, algunos factores emocionales en la discusión moral y en el proceso democrático pueden operar en contra del descubrimiento de la verdad moral. El fenómeno de la “psicología de masas” obviamente refleja este hecho. A menudo el juicio de los individuos está bastante transformado por emociones incontroladas transmitidas de una persona a otra en un grupo de personas. Además, el carisma o la habilidad retórica de algunos, en comparación con la timidez o retraimiento de otros, puede hacer que incluso aquellos que adoptan posiciones imparciales tengan dudas acerca de quiénes poseen los argumentos más fuertes. La superación de estos problemas requiere de mecanismos que cambien esta dinámica para aquellos que se toman en serio la idea del descubrimiento de la verdad moral a través de la discusión intersubjetiva.

La existencia de esta dinámica no debería, sin embargo, oscurecer el hecho de que haya modos relevantes en que las emociones ayudan al progreso de un proceso genuino de argumentación. Ellas impulsan en primer lugar la discusión moral y nos mueven a convencer a otros de la verdad de nuestras posiciones. Hay obviamente un elemento emocional en tratar de justificar nuestras acciones y actitudes frente a otras personas, principalmente a aquellos que pueden ser afectados por

ellas.<sup>22</sup> Las emociones también desempeñan un papel al evaluar los intereses de los demás. Debemos poder representar al menos para nosotros mismos qué es lo que está en juego para los otros en un determinado conflicto y esto requiere de un proceso emocional de identificación. La asunción de un punto de vista moral —la asunción de imparcialidad— requiere que nos pongamos nosotros mismos en el lugar o “en los zapatos” de otros seres humanos, lo cual implica poseer la facultad intelectual de la imaginación y el atributo emocional de la simpatía humana.

Finalmente, las emociones contribuyen al proceso de argumentación a través de las sanciones informales de asignación de culpa y aislamiento social que recae sobre aquellos que cometen errores evidentes o faltas, que redundan en su propia conveniencia, en el proceso de argumentación. Estos errores ocurren cuando: las manifestaciones no representan argumentos genuinos; los argumentos son meramente formas de disfrazar superficialmente posiciones autointeresadas; alguien no es proclive a justificar su posición frente resto; es inconsistente con posiciones adoptadas en otras ocasiones; o se están cometiendo errores lógicos y fácticos. Por supuesto, el deseo de evitar el castigo social es una poderosa razón para cumplir con las reglas de la argumentación y tratar de parecer lo más imparcial posible. Obviamente, la forma más sencilla de parecer imparcial es a través de ser efectivamente imparcial.

#### **La negociación que subyace al proceso democrático**

El proceso de negociación desempeña un papel importante en la democracia, pero esto no le confiere un valor independiente. La negociación puede, sin embargo, contribuir al valor epistémico del que gozan la argumentación y las decisiones mayoritarias.

En primer lugar, debe señalarse que la negociación que se lleva a cabo sobre la base de puros intereses a menudo amenaza seriamente el proceso democrático. Cuando los individuos y las facciones compiten apoyados en sus respectivas fuerzas, valores tales como la igualdad son puestos en peligro, los derechos no son asegurados, surgen problemas de acción colectiva y, lo que es peor aún, no existe ningún sustento para presumir que el resultado del proceso será justo. Esta advertencia merece una

seria consideración y los defensores de la democracia deben continuamente defender el proceso democrático frente a las amenazas de las facciones que intentan presionar por sus intereses a través de la negociación. Para enfrentar este desafío, puede ser necesario reorientar la negociación en tal dirección que pueda colaborar con un proceso genuino de argumentación y toma de decisiones mayoritarias.

Si adoptamos un proceso en el cual la posición triunfante fuera la visión de la minoría, nos complacerá convencer a unas pocas personas y nos despreocuparíamos de los intereses del resto. Por el contrario, si la discusión concluye cuando se alcanza el apoyo de una mayoría simple, los participantes de la discusión tratarán de convencer a la mayor cantidad de personas posible, lo cual requiere que tengan en cuenta los intereses de la mayor cantidad de gente posible. Obviamente nadie se contenta simplemente con convencer a una minoría de participantes en una discusión. Ni siquiera haber logrado convencer a la mayoría resulta ser satisfactorio, pues en algún momento anterior al voto la coalición de la mayoría podría desaparecer porque algunos resultan convencidos por el enfoque opuesto o son seducidos por una coalición minoritaria. De este modo, los políticos no se cansan de convencer a más y más gente incluso cuando las encuestas les dicen que ya han obtenido el apoyo de la mayoría.

Esto también es importante para evaluar el proceso de negociación que subyace al proceso de argumentación. Para que el proceso democrático funcione apropiadamente, una minoría particular no puede permanecer siempre aislada como consecuencia de que los demás la abandonen sin importar el resultado de la negociación. Tal minoría se constituiría en una minoría congelada debido a que siempre permanece fuera de la mayoría. Los factores irracionales que producen minorías congeladas pueden ser la raza, la religión, el género, etc. En una democracia en funcionamiento, es esencial que la mayoría nunca sea un grupo definido de gente de la población, sino una construcción que hace referencia a individuos que cambian constantemente de acuerdo con el tema que esté en discusión.

En síntesis, aunque resulte extraño, esta dinámica de la negociación con sus amenazas y contribuciones puede ayudar a alcanzar la imparcialidad en el proceso de la argumentación.

Esto fuerza a los participantes de este proceso a prestar atención a tantos intereses como sea posible, trayendo soluciones que los satisfagan por miedo a perder el apoyo de la mayoría. Incluso la desatención de los intereses de unas pocas personas puede constituir una amenaza para aquellos que forman parte de la mayoría, ya que una corrida de último momento por parte de unos pocos disidentes podría esparcirse entre los participantes de su coalición.

### La tendencia colectiva hacia la imparcialidad

En el análisis que acabo de presentar, he puesto el énfasis sobre los factores del proceso democrático que pueden conducir al individuo hacia la imparcialidad. Sostendré ahora que esta tendencia se logra en realidad a nivel colectivo dentro de un proceso de discusión y decisión mayoritaria. La materialización de este proceso se da como resultado de dos factores: el impacto del teorema de Condorcet y una agregación de intereses satisfechos.<sup>23</sup>

El teorema de Condorcet sostiene que si presumimos que cada miembro de un panel decisor tiene la tendencia a adoptar la decisión correcta, la probabilidad de que la decisión sea correcta aumenta cuando aumenta el número de miembros del panel. Como dicen Lewis Kornhauser y Lawrence Sager, este teorema formal puede ilustrarse considerando la decisión de cada persona como la extracción de una canica de una bolsa que contiene canicas de dos colores: blanco para las decisiones correctas y azul para las incorrectas, mezcladas en proporción a la probabilidad de que cada persona alcance la decisión correcta.<sup>24</sup> Si la proporción de canicas blancas excede la mitad de la cantidad total que contiene la bolsa, a mayor cantidad de extracciones, mayor probabilidad de que la mitad de las canicas extraídas sean blancas, lo que implica que las decisiones son correctas.<sup>25</sup> Cuando aumentamos el número de gente que participa en la decisión, es más probable que la decisión sea correcta, asumiendo que la gente tiene una tendencia a tomar decisiones correctas. Un corolario de la teoría establece que las decisiones tomadas por la regla de mayoría simple son más probablemente correctas para grupos pequeños, que la decisión del miembro más competente del grupo.<sup>26</sup> Por nuestra parte,

también podemos asumir que cuantas más personas apoyan una decisión, más probabilidades existen de satisfacer sus intereses.

Para comenzar, debemos oponernos a la afirmación simplista acerca de la relación entre la regla de la mayoría y la imparcialidad. Sería equivocado presumir que si el consenso unánime es un equivalente funcional de la imparcialidad, cuanto más nos acercamos a la unanimidad más cerca estamos del ideal de imparcialidad. En efecto, el fracaso en alcanzar la unanimidad por sólo un voto puede reflejar una desviación extrema de la imparcialidad. Sin embargo, hay casos en los cuales la cercanía a la unanimidad es un indicador de la aproximación a la imparcialidad. Cuantos más votos apoyan una solución, podemos asumir que los intereses de más personas son satisfechos que los que lo serían por la solución apoyada por menos votos. Podemos suponer que cada votante en esta situación al menos piensa que su propio interés es satisfecho por la solución que propone.

Por sí misma, la aproximación a la unanimidad no es suficiente para demostrar la corrección de una solución. Consideremos otra vez las críticas que se levantan contra la agregación utilitarista de la satisfacción de preferencias. A menudo los intereses frustrados son el objeto de derechos que no pueden ser violados por el incremento colectivo de la satisfacción. En verdad, hay casos de conflictos insuperables entre derechos. Tales casos se vuelven más frecuentes cuando asumimos que los derechos no son sólo violados por acciones sino también por omisiones. En estos casos, se debería optar por el derecho de orden superior vinculado al valor de autonomía, sin tener en cuenta la cantidad de individuos involucrada a cada lado del conflicto.

Algunas veces, los derechos en conflicto podrían ser exactamente de la misma jerarquía. En estos casos, no hay ninguna forma de evitar que se afecte el principio de inviolabilidad. De este modo, el principio agregativo de la autonomía personal es el único que controla el resultado. Cuando hay un conflicto de derechos de la misma jerarquía que no puede ser superado de otra forma, el resultado moralmente correcto es el que maximice la satisfacción de los intereses protegidos por esos derechos. En el próximo capítulo examinaremos los arreglos institucionales

necesarios para poner en práctica esta concepción de la representación. En este caso límite, quizá bastante frecuente, el apoyo mayoritario para una decisión es indicativo de la corrección de la decisión como consecuencia del presupuesto de que la mayoría de los intereses en juego son satisfechos por esa decisión.

### El alcance de la teoría

La capacidad epistémica de la discusión colectiva y de la decisión mayoritaria para detectar soluciones moralmente correctas no es absoluta, sino que varía de acuerdo con el grado de satisfacción de las condiciones que subyacen al proceso. Estas condiciones son: que todas las partes interesadas participen en la discusión y decisión; que participen de una base razonable de igualdad y sin ninguna coerción; que puedan expresar sus intereses y justificarlos con argumentos genuinos; que el grupo tenga una dimensión apropiada que maximice la probabilidad de un resultado correcto; que no haya ninguna minoría aislada, pero que la composición de las mayorías y minorías cambie con las diferentes materias; que los individuos no se encuentren sujetos a emociones extraordinarias.

Cuando las condiciones para promover el valor epistémico de la democracia no son satisfechas, ésta no logra su valor. No todo proceso llamado "democrático" disfruta de los requisitos necesarios para proveerle del valor epistémico. Consideremos el caso de una muchedumbre reunida en una plaza y aprobando por aclamación la propuesta de un líder. El grado de valor epistémico varía con el grado de satisfacción de las condiciones arriba mencionadas. Por ello, esta visión de la democracia no sólo justifica parcialmente las democracias existentes que satisfacen sólo en parte los prerrequisitos de su valor epistémico, sino que también sirve como una guía para democracias en transformación a fin de incrementar su capacidad para alcanzar el conocimiento de las soluciones moralmente correctas.

El valor epistémico debe ser comparado con procedimientos alternativos disponibles para la decisión colectiva. El valor epistémico de la democracia puede bien ser muy bajo pero aun ser más alto que ningún otro modelo alternativo para tomar una decisión colectiva. En particular, el valor epistémico de la

democracia debe ser comparado con el valor epistémico de nuestra propia reflexión individual sobre asuntos de moral intersubjetiva. Este valor en general es bastante bajo a la luz de la dificultad que cada uno de nosotros tiene para representarse vívidamente las situaciones y los intereses de personas muy diferentes a nosotros. Es extremadamente improbable que podamos alcanzar un conocimiento similar de los intereses que los demás tienen y que han logrado gracias a sus propias inquietudes al defender sus propios intereses en un escenario colectivo. Por supuesto, cada uno de nosotros se encuentra generalmente inclinado a efectuar racionalizaciones y a cometer errores lógicos y fácticos que disfrazan, algunas veces en una forma inconsciente, nuestra propia parcialidad. Por ello, el proceso democrático debe estar muy lejos del ideal para justificar la afirmación de que nuestra propia reflexión individual en forma aislada puede alcanzar en forma más confiable soluciones imparciales. Si esto resulta ser cierto en términos generales con respecto a nuestras propias reflexiones, también se aplica a la reflexión aislada de otros, tales como un dictador o los líderes de una aristocracia.

El valor epistémico de la democracia se aplica al proceso de decisión y discusión en general y no a cualquier decisión en particular. Esta visión no implica la proposición absurda de que la mayoría siempre tiene razón. Esto no es una confirmación del eslogan demágógico *vox populi, vox dei*. Puede haber muchas decisiones democráticas que seguramente estén equivocadas donde nuestra propia reflexión individual podría haber conducido a una solución más imparcial. A menudo, es obvio que los intereses de algunos han sido ignorados y que la decisión mayoritaria es parcial. Sin embargo, el valor epistémico general de la democracia provee una razón para obedecer la decisión democrática aun en aquellos casos donde nuestra reflexión individual nos dice con certeza que la decisión es equivocada. Si ignoramos el resultado de la discusión colectiva y la decisión mayoritaria cada vez que nuestra reflexión en forma aislada nos dice que ella está equivocada, estamos dando prioridad a la reflexión y obedeciendo la decisión de la mayoría sólo cuando ésta coincide con nuestro propio pensamiento. Esto claramente contradiría nuestra conclusión de que el proceso democrático de discusión y decisión es generalmente más confiable epistémicamente.

camente que el proceso de reflexión aislada de cualquier individuo. De acuerdo con ello, debemos observar el resultado del proceso democrático aun en el caso en que estemos seguros de que está equivocado, siempre que se den las condiciones sobre las cuales se basa su valor epistémico.

Esto no significa que, individualmente, no podamos estar en desacuerdo con la mayoría. Al objetar el colectivismo epistémico, he reconocido que es posible tener acceso a la verdad moral a través del proceso de reflexión individual. Sin embargo, esta posibilidad rara vez merece más que el hecho de reconocerle valor para justificar el pedido de reabrir el debate y continuar defendiendo la posición rechazada por la mayoría. El valor epistémico general de los procedimientos democráticos da razones exclusivas para acatar sus resultados incluso si dudamos en algún caso particular de la sabiduría moral de la decisión. De otro modo, el proceso democrático resultaría dañado y la conclusión de que éste es más confiable desde el punto de vista epistémico que los procedimientos alternativos se vería refutada en la práctica. Además, es importante enfatizar que el valor epistémico del proceso democrático de discusión y toma de decisiones es restringido a ciertos temas. Este valor no se aplica, por ejemplo, al contexto de temas científicos o, en general, fácticos, incluso cuando el proceso de discusión pueda implicar un beneficio para estos dominios. No hay ningún presupuesto en favor de los juicios científicos y fácticos en general sólo por que ellos sean apoyados por una opinión mayoritaria. Lo mismo se aplica a asuntos religiosos o filosóficos. No baso la defensa de mi punto de vista de la democracia en el apoyo de la mayoría de mis lectores (aunque no tengo muchas esperanzas de obtenerlo).

Tampoco la democracia resulta ser aplicable a la totalidad de la dimensión moral. Esta dimensión no está constituida por principios morales intersubjetivos, como la prohibición de matar o la autorización para cobrar impuestos progresivos, sino por ideales morales autorreferentes o personales. Los últimos se distinguen no por valorar las acciones por su impacto sobre los intereses de otras personas, sino sobre la calidad de la vida y el carácter del agente mismo. Hay, por ejemplo, ideales que se refieren a la vida sexual de uno mismo, la dieta, actitudes dirigidas hacia el país del cual uno es nativo, negocios, etc.

Como hemos visto en el capítulo 3, el principio de autonomía personal prohíbe al Estado interferir con la libre adopción o rechazo de estos ideales. En forma similar, el proceso democrático no tiene ningún valor epistémico con respecto a estos ideales personales. En consecuencia, el Estado, incluso cuando actúe democráticamente, no puede producir leyes que provean de razones epistémicas referentes a estos ideales por sobre aquellas proveídas por nuestra propia reflexión individual.

El proceso democrático con valor epistémico no es una "situación de discusión ideal", sino una situación bastante realista. Consideremos la discusión que tuvimos anteriormente respecto del condominio. Todos tienen más o menos las mismas oportunidades de presentar sus intereses y de tratar de justificárslos. No hay ninguna minoría permanente generada a partir de ninguna característica que sea la base de discriminación alguna y no hay emociones extraordinarias que perturben la posibilidad de formar un criterio propio.

Sin embargo, este tipo de situación se diferencia enormemente de aquella que deben enfrentar los gobiernos en la mayoría de las naciones industriales modernas. Estas comunidades políticas son mucho más grandes. Las diferencias entre los habitantes son considerables y el tiempo de cada uno para expresarse y defender sus intereses es casi inexistente. Los elementos de hecho involucrados tomados en cuenta para la evaluación de intereses son a menudo extremadamente técnicos. Hay una profunda y compleja interrelación entre aquellos que toman decisiones y aquellos otros que son contemporáneos, previos o posteriores a los primeros. La formación de facciones defendiendo intereses crudos parece inevitable y el proceso de negociación sobre la base del autointérés se torna imparable.

Al evaluar si las democracias reales son adecuadas, debe prestarse atención a la representación. Para algunos teóricos democráticos —aquellos que no creen que el valor de la democracia depende de los intereses de las personas— la representación es una bendición. Esta no sólo resuelve la imposibilidad de la comunicación directa y los detalles técnicos asociados al hecho de contar con comunidades políticas de grandes dimensiones, sino que también neutraliza el poder de las facciones. Los representantes gozan de algún aislamiento respecto de las batallas que libran los crudos intereses y pueden así ayudar a

equilibrarlos sin permitir la monopolización por parte de ninguno de ellos.

Bajo mi visión de la democracia, la representación es, en el mejor de los casos, un mal necesario. La intermediación de los representantes en la discusión y decisión podría beneficiar el proceso desde el punto de vista de un mayor conocimiento técnico, pero esto debilita la conciencia y la consideración de los intereses de la gente involucrada en diferentes conflictos. Mientras tal conciencia es crucial para el logro de la imparcialidad, los representantes que generalmente pertenecen a sectores más o menos definidos de la sociedad, pueden muy bien carecer de experiencia referida a modos de vida que determinan otras preferencias. Además, la intermediación de un representante, como la de un funcionario público, siempre conlleva la posibilidad de que éste anteponga sus propios intereses al manejar un negocio que se le ha confiado. Sin embargo, la intermediación del representante puede ser inevitable, ya que a las personas directamente involucradas les puede faltar el tiempo, la experiencia y el poder para hacer que sus voces sean escuchadas.

¿Cómo podría ~~enmarcarse~~ una concepción de la representación de modo que minimice los males que trae aparejados? En primer lugar, la representación podría concebirse como una delegación para continuar la discusión a partir del punto alcanzado por los electores durante el debate que condujo a la elección de representantes. Durante la campaña electoral, los representantes prometen defender valores particulares e ideas en una discusión que llevan a cabo entre ellos mismos y, en la medida que sea posible, también con las personas cuyos votos están siendo seducidos. El debate en una campaña electoral alcanzaría un punto en el cual requeriría parar debido a la necesidad de efectuar la votación. El resultado de la elección podría significar el triunfo de alguna de las posiciones ofrecidas al electorado. Si la representación es indivisible —como en una elección presidencial—, el representante debería estar obligado a implementar esa posición y continuar su propia reflexión desde aquel punto, tratando de utilizar su propio conocimiento técnico para conocer métodos específicos de puesta en práctica de las propuestas por las cuales fue elegido. Si la representación es divisible —como cuando un cuerpo colectivo es elegido— ese cuerpo debería buscar reflejar el apoyo de cada posición recibida

de los electores y los representantes deberían continuar su deliberación colectiva a partir del punto al cual llegó la ciudadanía al final de la campaña electoral tratando de alcanzar mayor especificidad de las posiciones en cuestión a través de la discusión y el necesario conocimiento técnico.<sup>27</sup> Algunas veces puede ser necesario revocar el mandato de los representantes de modo que la gente común pueda discutir los asuntos públicos en forma directa y decidir por sí mismos qué es lo que debería hacerse. Como veremos en el próximo capítulo, resulta ser imperativo buscar formas de democracia directa bajo la concepción deliberativa de democracia que diefiendo aquí.

Los partidos políticos también actúan como intermediarios en el proceso democrático y pueden ayudar a materializar mejor esta visión de la representación en la medida que se encuentran organizados alrededor de posiciones ideológicas, sistemas de valores y modelos de la sociedad y no sobre la base de puros intereses. Como he dicho antes, el valor epistémico de la democracia requiere que la gente participe en el debate democrático no sólo para presentar sus intereses sino también para justificarlos sobre la base de proposiciones normativas, que deberían ser generales, universalmente aplicables, finales y aceptables desde un punto de vista imparcial. Es obvio que en una sociedad política moderna esto último traiga aparejada una dificultad, ya que es difícil para millones de personas convertirse en filósofos morales y políticos amateurs tratando de articular principios que justifiquen las soluciones que ellos proponen para un conflicto que tienen en sus manos. Los partidos políticos pueden simplificar esta tarea enormemente, ofreciendo al electorado un menú de posiciones ideológicas que tratan de armonizar intereses en conflicto que puedan ser defendibles desde un punto de vista imparcial. Este servicio crucial se deteriora cuando las partes simplemente sirven como representantes obvios de grupos económicos o sociales y no hacen el más mínimo esfuerzo para tratar de justificar imparcialmente los intereses de esos grupos.

Otro problema mayor respecto de la implementación de esta concepción democrática es el que se refiere a la pregunta acerca de la inclusión. ¿A quién debería incluir una sociedad política democrática para que el proceso de discusión colectiva y decisión mayoritaria conserve su valor epistémico? La res-

puesta teórica a esta pregunta es bastante clara si se brinda desde la visión de democracia defendida en este capítulo. La sociedad política debería incluir como ciudadanos completos a todos aquellos cuyos intereses estén en juego en un conflicto y puedan ser afectados por una solución adoptada a través del proceso democrático. Por supuesto, hay una cuestión práctica de cómo delimitar el alcance de la inclusión ya que la mayoría de las políticas adoptadas por un país, particularmente si el país es poderoso, puede afectar los intereses de personas que viven muy lejos. Uno podría objetar las intervenciones extranjeras basándose, no en su moralidad, sino en el hecho de que puedan ser una manifestación de elitismo epistémico sobre asuntos morales. Aquellas intervenciones sustituyen el juicio del gobierno de un país extranjero por el de los individuos que están directamente afectados por una determinada medida.

Bajo esta perspectiva, la descentralización puede ser necesaria no sólo para dar la posibilidad de una democracia directa, sino también para asegurar que sólo aquellos cuyos intereses están siendo afectados participarán en la toma de decisiones. Por otro lado, algunas formas de centralización —por ejemplo, a través de confederaciones— podrían ser necesarias cuando cierta política o medida tenga efectos que afecten negativamente intereses de personas sujetas a diferentes jurisdicciones. En forma similar, puede ser necesario utilizar distintos grados de ciudadanía. Algunas decisiones pueden afectar subgrupos de esa comunidad política y otras pueden afectar subgrupos que también incluyan a miembros de otras comunidades políticas.

El problema de la inclusión está también conectado con la cuestión de la capacidad para ser ciudadano. Al tener un interés que no pueda ser conocido por un tercero, uno satisface la razón principal para permitir tener la ciudadanía. Por supuesto, la persona en cuestión debe tener un mínimo de capacidad para identificar ese interés, ponerlo en discusión y tratar de justificarlo frente a otros. Esto permite la exclusión usual de menores y discapacitados mentales, aunque quizás ellos deberían estar representados en el proceso político así como son representados en aquellas actividades en las cuales sus intereses están involucrados. Por otro lado, no estaría justificado, por ejemplo, hacer exclusiones basadas en la comisión de crímenes. Del mismo modo que la pena capital debería ser prohibida sobre la

base de que excluye a alguien del proceso del discurso moral,<sup>28</sup> la comisión de un delito no puede justificar la exclusión de la representación de los intereses del criminal del proceso político. La voz del criminal debería ser escuchada para justificar una cierta solución.

### La superioridad de la concepción epistémica de la democracia

Esta concepción de la democracia deliberativa y su valor epistémico tiene numerosas ventajas sobre las otras concepciones analizadas en el capítulo anterior. Demostraré que ello es así al probar que esta concepción logra superar problemas que las visiones alternativas mencionadas más arriba no han podido solucionar: la aparente paradoja de la superfluidad del derecho, la generación de dilemas de acción colectiva y el reconocimiento de la existencia de los contrapesos opuestos por las dos otras dimensiones del constitucionalismo (específicamente, el reconocimiento de los derechos básicos y la preservación de una práctica jurídica continua).

#### La paradoja de la superfluidad del gobierno

Bajo esta concepción, las leyes sancionadas democráticamente no constituyen razones sustantivas sino epistémicas. De este modo, las leyes —siempre reducibles a circunstancias facticas— no proveen por ellas mismas razones para justificar acciones y decisiones. Por otro lado, esta visión tampoco niega la importancia de las razones autónomas como sucede en el caso de aquellos principios que resultan aceptados como consecuencia de su validez o por sus méritos intrínsecos en lugar de serlo debido a que fueron sancionados o respaldados por alguna autoridad. El sentido de las leyes sancionadas democráticamente, de acuerdo con esta visión, reside en que ellas proveen de razones para creer que existen razones para actuar o decidir. Las leyes democráticas no son en sí mismas razones para actuar o decidir.

Debido a que proveen de razones epistémicas para creer que existen razones morales para actuar, se pone en evidencia un marcado contraste entre gobiernos democráticos y los que no

lo son. Los últimos no generan ningún valor epistémico y, por lo tanto, sus leyes no son razones para creer que hay razones morales para actuar. Con respecto a los regímenes no democráticos, no hay ningún presupuesto de justicia que justifique la suspensión de la propia reflexión. Las leyes sancionadas por gobiernos autoritarios están completamente sujetas a la paradoja de su propia superfluidad para el razonamiento práctico. Sólo por el hecho de continuar con la práctica, esas leyes tienen algún sentido para el razonamiento práctico, pero es muy improbable que existan principios morales que justifiquen la preservación de este tipo de prácticas.

Esta conclusión es extremadamente relevante para países que han experimentado el autoritarismo en su pasado reciente y a aún tienen vigentes leyes sancionadas por las dictaduras que han padecido. En Argentina, por ejemplo, la llamada "doctrina de los gobiernos *de facto*", desarrollada por la Corte Suprema, sostiene que estas leyes sobreviven al régimen que las sancionó aunque no puedan ser tratadas del mismo modo que las leyes democráticas. Desde 1983 hasta 1989, el gobierno adoptó la posición de que estas leyes *de facto* no debían ser reconocidas si su contenido moral resultaba ser repugnante.<sup>29</sup>

La calidad epistémica de las leyes democráticas varía de acuerdo al grado en el cual el proceso de discusión colectiva y de toma de decisión mayoritaria cumple con las condiciones sobre las cuales se basa aquel valor. Cuando esas condiciones no son totalmente satisfechas, las razones epistémicas proveídas por esas leyes son más débiles y la competencia de ellas con la calidad epistémica de la reflexión individual puede tener un resultado diferente.

#### Problemas de acción colectiva

Muchos problemas de acción colectiva, incluyendo el dilema de los prisioneros, el juego de la aseguración, el de la gallina y la batalla de los sexos, surgen porque los participantes de una determinada situación son movidos por el autointérés. Se alcanza un resultado subóptimo, generalmente definido sobre la base del criterio paretiano de eficiencia, y entonces los intereses de los participantes se ven frustrados sólo porque la opción dominante para cada participante es la de no cooperar.

Las teorías que justifican la democracia como basada sobre una dinámica determinada por el autointérés de los actores promueve un modelo de interacción que a menudo genera problemas de acción colectiva. Por ejemplo, un proceso democrático moldeado de acuerdo con la concepción pluralista de facciones que luchan por sus intereses puede iniciar un proceso inflacionario. La acción racional para cada grupo es la de presionar por un incremento en sus salarios o precios, con el resultado de que todos resulten perjudicados por la inflación resultante. La visión de la democracia que centra su atención sobre la discusión reduce la probabilidad de que existan problemas de acción colectiva. Ello se debe a que el proceso democrático resulta exitoso en atenuar la búsqueda de ese autointérés. En el ejemplo mencionado referido a la inflación, si alguna de las partes se viera limitada por la necesidad de argumentar respecto de presionar por leyes que incrementen los salarios o los precios previendo el daño colectivo percibido desde un punto de vista imparcial, quizá la amenaza de inflación podría ser finalmente evitada.

La visión de la democracia que pone el énfasis en su carácter deliberativo enfrenta mejor los problemas de decisión colectiva, tales como aquellos detectados por el teorema de Arrow, que las visiones que explican la democracia como una agregación de preferencias. La paradoja de Arrow surge sólo si hay tres o más opciones. Sin embargo, esta condición no se aplica cuando un proceso democrático es visto como una agregación de juicios que justifican cierto equilibrio de preferencias como opuesto a una agregación de juicios que expresan esas preferencias.<sup>30</sup> La deliberación crítica implica decidir entre sólo dos opciones, la verdadera o la falsa, del juicio que es objeto de la decisión. Lo que debe decidirse es, por ejemplo, si la pena capital debe o no ser establecida. Por supuesto, podrían presentarse juicios de este tipo en forma encadenada en una especie de árbol. Si se decide, por ejemplo, que debe imponerse la pena capital, es entonces necesario decidir si ésta debe consistir en el fusilamiento o la electrocución. Pero cada decisión es binaria dado que, en definitiva, lo que se decide es la verdad o falsedad de una proposición justificatoria. Esto se ve por ejemplo en la forma en que se formulan las preguntas en un referéndum ("¿es verdadero o falso que dispararle a una persona es la forma más

humana de llevar a cabo la pena capital?""). Esto nos conduce, por supuesto, a serios problemas en el diseño de la agenda y el orden de las preguntas.

#### La relación con la idea de la constitución ideal de los derechos

Varias de las visiones consideradas previamente enfrentan el serio problema de conciliar la dimensión ideal sustantiva de una constitución (la "constitución de los derechos") con la dimensión procesal ideal de esa constitución (la "constitución del poder"). Muchas concepciones de la democracia son bastante paradójicas en este respecto. Generalmente, cada una de estas visiones de la democracia es defendida como si fuera el único modelo de democracia liberal auténtico que respeta los derechos individuales. En definitiva, sin embargo, ofrecen una justificación bastante débil de esos derechos. En efecto, los valores sustantivos que esas teorías afirman para justificar la democracia, tales como la preservación de la libertad a través de la prohibición de la tiranía, podrían contradecir el modelo democrático que se defiende. Esto ocurrirá cuando esos valores sugieran soluciones diferentes a aquellas que resulten de la dinámica democrática.

La visión deliberativa de la democracia basada sobre su valor epistémico resuelve esta tensión entre el proceso y el contenido. Bajo esta visión, no hay una tensión entre el reconocimiento de los derechos y el funcionamiento del proceso democrático, dado que el valor de éste reside en su capacidad para poder decidir asuntos morales como lo es el contenido, alcance y jerarquía de los derechos. Por ello, en este caso no se enfrenta una situación similar a la que deben enfrentar otras justificaciones de la democracia. Específicamente, el valor del proceso no puede ser menospreciado por los resultados alcanzados a través de él, dado que el valor del proceso yace en producir los resultados que son presumiblemente valiosos. De manera similar, el proceso democrático no es contingente y no nos vemos expuestos a tener que demostrar que esos buenos resultados podrían producirse mediante otros procedimientos. Se presume que los resultados son buenos sólo porque ellos han sido producidos a través de ese proceso. En consecuencia, la tensión entre

el valor de este último y el de sus resultados simplemente se diluye debido a la conexión esencial existente entre los dos.

Una relación similar existe entre la constitución ideal de los derechos y la constitución ideal del poder, que surge entre las dimensiones sustantiva y procesal ideal de la constitución compleja. El valor epistémico de la democracia deliberativa supera el conflicto entre estas dos dimensiones del constitucionalismo dado que ellas se ubican en niveles diferentes y no pueden competir la una con la otra. La constitución ideal de los derechos es el producto final al que tendemos a llegar. Su materialización en una sociedad dada es lo que hace de la constitución ideal del poder algo valioso, y los derechos establecidos constituyen razones para justificar acciones o decisiones. En contraste con ello, la constitución ideal del poder es el mejor medio para acceder al conocimiento de la constitución ideal sustantiva y de las razones justificatorias que ella provee. La materialización de la constitución ideal del poder sólo provee de razones para creer que ciertos derechos son establecidos por la constitución sustantiva. Más que una tensión entre la constitución ideal de los derechos y la constitución ideal del poder, la relación parece más semejante al proceso de regar la tierra y el efecto consiguiente de que crezca el pasto.

Para algunos, puede parecer que prefiero la constitución ideal de los derechos por sobre la constitución ideal del poder. La primera es el fin, la segunda sólo un instrumento. Sin embargo, en la práctica la prioridad es la inversa. Debemos establecer y discutir la constitución ideal del poder, dado que la constitución ideal de los derechos parece ser un resultado de ella. Admito que esto podría ser visto como una expresión de elitismo epistemológico para determinar los derechos constitucionales anteriores o independientes del proceso democrático. La discusión de los derechos en el capítulo 3 debería tomarse como una mera propuesta para ser considerada dentro del debate democrático. El debate no debería ser ficticio o imaginario, sino real y tendrían que participar de él personas verdaderas como se presupone cuando la democracia es asociada a un valor epistémico. El intento de excluir algunos derechos básicos del proceso democrático no parece estar permitido. Después de todo, por las mismas razones que recurrimos a la discusión sobre asuntos morales, debemos también utilizar la discusión

para determinar los derechos. Si aceptamos una concepción fuerte de los derechos, que abarque no sólo los negativos sino también las obligaciones positivas correlativas, casi todas las cuestiones morales estarían asociadas con derechos básicos. De este modo, la exclusión de los derechos del ámbito de decisión democrática vaciaría completamente el campo de acción del procedimiento democrático. Esto conduciría a la conclusión, defendida por constitucionalistas como Hamilton, de que una enumeración de derechos en la constitución sería superflua y antidemocrática.<sup>31</sup> Hamilton presume que la constitución del poder crearía una lista de derechos si nosotros alcanzáramos la organización política correcta.

A esto no puede, sin embargo, circunscribirse todo el problema. El valor epistémico de una democracia requiere que se cumpla con ciertos prerequisitos sin los cuales no existiría una razón para diferenciar los resultados de la democracia. Estas condiciones incluyen: la participación libre e igual en el proceso de discusión y toma de decisiones; la orientación de la comunicación en el sentido de la justificación; la ausencia de minorías congeladas y aisladas, y la existencia de un marco emocional apropiado para la argumentación. Algunos de estos prerequisitos para el valor epistémico de la democracia pueden ser vistos como la base de una declaración de derechos (*bill of rights*), dado que éstos son bienes que se le deben dar a la gente. Estos derechos, prerequisitos para el apropiado funcionamiento del proceso democrático, pueden ser considerados "derechos *a priori*".<sup>32</sup> El respeto por estos derechos *a priori* promueve y provee el valor epistémico de la democracia. A la inversa, si estos derechos no fueran respetados, por ejemplo, por las decisiones democráticas, una persona guiada por el razonamiento práctico no tiene ninguna razón para esperar el resultado del proceso. Ella puede recurrir a su propia reflexión individual, la cual le ha dicho que existe un derecho que el proceso colectivo no ha respetado.

La naturaleza abierta de los derechos *a priori* crea problemas significativos. Como vimos en el capítulo 3, los derechos sociales son la extensión natural de los derechos individuales clásicos tan pronto como reconocemos que esos derechos son violados por omisiones tanto como por acciones positivas. De este modo, la libertad y la igualdad que son precondiciones del

proceso democrático no son sólo puestas en riesgo por acciones como las amenazas o la violencia misma, sino que también son frustradas por el fracaso de dar a la gente iguales medios para participar efectivamente en el proceso de deliberación y en la toma de decisión mayoritaria. El derecho de la libertad de expresión, que es por supuesto un derecho *a priori*, no requiere sólo de ser libre de censura sino también de tener acceso positivo a los medios para comunicarse con otros. Si el debate público requiere que uno se pare sobre un cajón de manzanas a modo de tribuna, uno debe tener acceso a éste. Si se requiere un micrófono, se necesita un micrófono. Si lo hace por radio o televisión, uno debe tener acceso a estos medios. De forma similar, las personas que no están educadas, o están seriamente enfermas o no tienen una vivienda apropiada, no pueden participar completamente o, al menos, igualmente en el proceso de deliberación colectiva y de decisión mayoritaria.

Si cubrimos todas estas precondiciones para otorgar valor epistémico de la democracia, quedan muy pocas cuestiones a ser resueltas por la democracia. La mayoría de las decisiones políticas consisten en la apropiada distribución de este tipo de recursos. Si los derechos son interpretados en un sentido amplio, al reconocer que ellos pueden ser violados por omisiones, la democracia es privada de la mayoría de sus posibles temas de debate. Aquí nos enfrentamos una vez más con el conflicto entre procedimiento y sustancia, y nos conducimos nuevamente hacia la paradoja de la superfluidad del derecho, en este caso, del derecho democrático.

Sin embargo, la paradoja puede evitarse debido a que la concepción epistémica de la democracia provee un modo de alcanzar un equilibrio entre los sus prerequisitos y su funcionamiento real. No debemos tratar de perfeccionar al máximo el procedimiento democrático por medio del fortalecimiento extremo de sus precondiciones, de modo que el alcance de su acción se reduzca a punto tal que éste sólo se refiera a cuestiones de coordinación como la de la dirección del tránsito. Si ello fuera así, perderíamos el procedimiento epistémico más confiable para ganar acceso a soluciones de moral intersubjetiva. El conocimiento de derechos *a priori* sería inaccesible para nosotros si el procedimiento del cual ellos son prerequisito fuera estéril epistémicamente.

De este modo, debemos basarnos en el supuesto de que el valor epistémico de la democracia no es todo o nada, sino gradual. La falta de la satisfacción completa de las condiciones *a priori* puede privar a la democracia de algún grado de valor epistémico aunque no de su totalidad. Sin embargo, el sistema puede aún gozar de un considerable valor epistémico. Mientras que el punto exacto de medida puede ser difícil de determinar, la línea divisoria debería trazarse a partir de comparar la democracia con otros procedimientos de toma de decisiones colectivas. Si el fracaso de satisfacer un derecho *a priori* hace al proceso democrático tan débil epistémicamente de modo que sea inferior a nuestra propia reflexión individual, debemos proceder, si es posible, a hacer lo que sea necesario para respetar ese derecho *a priori* incluso por medios no democráticos. Pero si el deterioro del valor de la democracia debido a que no se cumple con algún derecho *a priori* no es tan notorio de modo que aquella sea inferior a nuestra propia reflexión, deberíamos dejar a un lado nuestros juicios para dejar paso al resultado de ese proceso y confiar en que éste proveerá del cumplimiento del derecho en cuestión. Hay una cierta línea por debajo de la cual el proceso democrático pierde toda capacidad de mejorarse a sí mismo. Por sobre esa línea, la democracia se realimenta a sí misma, trabajando por el logro de sus propias precondiciones. La línea, repito, es fijada por comparación con métodos alternativos de toma de decisiones, incluyendo nuestra propia reflexión.

Aunque la visión epistémica de la democracia implica una tensión entre derechos *a priori* como precondiciones del proceso democrático y sus resultados, esta tensión es crucialmente diferente de aquella que confrontan otras teorías, bajo las cuales, es el valor de los derechos el que confiere valor a la democracia. Cuando la democracia falla en reconocer esos derechos, ella no tiene ningún valor. Cuando los derechos son reconocidos, ella es irrelevante, dado que ya conocemos los derechos que le dan valor. Desde mi punto de vista, el valor de la democracia consiste en su confiabilidad para conocer esos derechos. Sin embargo, algunos derechos adquieren valor epistémico, dado que son precondiciones del valor epistémico de la democracia, pero su propio valor epistémico es un reflejo del de la democracia misma. Si la satisfacción de los derechos no

permite el funcionamiento de la democracia, los derechos no adquieren valor epistémico. Entonces, la democracia puede operar con un bajo valor epistémico pero con un valor mayor que el de otros métodos epistémicos que justifican una satisfacción incompleta de derechos *a priori*. La democracia puede alcanzar un nivel equivalente a algunos derechos y la teoría provee de guías para comparar la calidad epistémica del proceso democrático y de su alcance con otros métodos.

### La preservación de la práctica constitucional

Al discutir la tensión entre la democracia y la preservación de una práctica constitucional jurídica, comparamos la constitución histórica con la ideal, la cual establece un grupo válido de derechos y una organización legítima del poder.<sup>33</sup> Lo que deseo defender aquí es que la preservación de la práctica jurídica fundada por un cierto evento constitucional es valiosa siempre que ella pueda ser legitimada por principios morales autónomos. Uno no puede actuar persiguiendo esos principios si esto no está dentro del contexto de este tipo de prácticas. Sin embargo, no toda la actividad de la democracia que he revisado da cuenta del valor de preservar una práctica jurídica generalmente legítima o provee de medios para integrar coherentemente este valor con el proceso democrático.

La constitución ideal del poder no conduce a la constitución ideal de los derechos sin la interposición de una constitución histórica. La constitución ideal de los derechos no es inferida del procedimiento hipotético sino del funcionamiento de un proceso real de discusión y toma de decisiones. Por ello, la única posible tensión existe entre la constitución ideal del poder y su materialización a través de la constitución histórica que puede estar más cerca o más lejos de las prescripciones de la primera. Cuando el procedimiento democrático establecido en la constitución histórica se aproxima más adecuadamente a la constitución ideal del poder, la constitución histórica de los derechos presumiblemente coincide con la constitución ideal de los derechos. Sin embargo, esta identidad no es absoluta dado que podemos aludir a una constitución ideal de los derechos diferente para criticar la real como parte de un debate permanente acerca de su validez moral. Al mismo tiempo, debemos recono-

cer que la configuración de los derechos en la constitución histórica puede ser refutada cuando se la juzga a partir de su coincidencia con la ideal.

El proceso democrático puede, sin embargo, afectar negativamente la continuación de la práctica jurídica. Algunas decisiones democráticas perturban expectativas profundas creadas por decisiones pasadas. Resulta previsible que decisiones futuras no tomen en cuenta las actuales y adopten un camino completamente diferente. Este debilitamiento de la práctica jurídica puede determinar la efectividad de las decisiones democráticas o las decisiones tomadas por otros procedimientos legítimos, tales como la interpretación judicial. Una decisión democrática puede debilitar así la práctica jurídica. Entonces, la pregunta sería si una persona, siguiendo el razonamiento práctico, puede dejar de considerar la decisión democrática en casos extremadamente serios. Consideremos, por ejemplo, una decisión completamente democrática que vaya claramente en contra del texto de la constitución, o en contra de un principio que ha sido consistentemente avalado por miles de decisiones democráticas.

Esta concepción del proceso democrático, apoyado en la contemplación imparcial de los intereses de todos para darle valor, debe dar cuenta del cambio de intereses a lo largo del tiempo. En primer lugar, las personas bien pueden cambiar sus pareceres. En segundo término, y más importante aún, los individuos mismos cambian continuamente. Algunos mueren o emigran y otros inmigran o nacen. Necesitamos un método de voto continuado para dar cuenta de los cambios que se producen en la gente y en sus preferencias y, aun más, necesitaríamos alguna forma de integrar el resultado de las nuevas votaciones con aquellos que provienen de las que sucedieron en el pasado y/o que sucederán en el futuro. Además, hay un problema de intereses parcialmente superpuestos en la decisión tomada por una ciudad determinada de una cierta nación afecte de algún modo —no suficientemente como para justificar que también participe en la decisión— los intereses de una ciudad vecina. Debemos considerar los votos de los grupos vecinos.

Esta necesidad de integrar en nuestro razonamiento práctico diferentes decisiones tomadas en forma democrática obtenidas en momentos y lugares distintos es perfectamente con-

gruente con la necesidad de preservar la práctica jurídica fundada por un cierto evento constitucional exitoso. La práctica jurídica se ve continuamente alimentada por decisiones democráticas imbuidas de valor epistémico y por principios morales. Así, puede inferirse un determinado fundamento moral no sólo a partir de una decisión específica y presente sino también de aquellas decisiones tomadas en los momentos y lugares cercanos a esa decisión específica. Estos principios deberían ser también aplicados para evaluar la legitimidad de toda la práctica constituida por sucesivas decisiones democráticas. Si la decisión presente responde a un principio que desconoce completamente decisiones relevantes pasadas o futuras, aquel que siga el razonamiento práctico puede tratar de construir un principio moral que tome en cuenta no sólo la decisión presente sino también el contenido de otras decisiones. Al hacerlo, reconocería que el valor epistémico de la democracia requiere la consideración de intereses expresados en tiempos y espacios adyacentes para preservar la convención constitucional.<sup>34</sup>

Por ello, existen dos razones para concluir que la concepción de la democracia basada en su valor epistémico explica mejor que ninguna otra la relación entre las constituciones ideal e histórica. En primer lugar, esta visión implica una congruencia casi automática entre los derechos reconocidos por la práctica constitucional y el grupo ideal de derechos, siempre que el proceso democrático real no esté demasiado lejos del ideal. En segundo lugar, esta concepción provee de razones para calificar el resultado de decisiones democráticas presentes que afectan negativamente la práctica constitucional, tomando en cuenta otras decisiones democráticas tomadas dentro del contexto de la misma práctica.

En este capítulo, he tratado de presentar una teoría de la democracia que difiere radicalmente de la mayoría de las que he analizado anteriormente. A diferencia del utilitarismo, del análisis económico de la democracia, del elitismo, del pluralismo y la teoría consensual, la concepción deliberativa de la democracia ve a esta última como profundamente interrelacionada con la moral y se apoya sobre su poder para transformar preferencias moralmente aceptables. A diferencia de la doctrina de la soberanía popular, del perfeccionismo o de las concep-

*Los Gauthier*

ciones dialógicas que no se apoyan en el valor epistémico del proceso democrático, la concepción de la democracia defendida aquí trata de respetar un conjunto de presupuestos liberales fuertes.

La concepción deliberativa de la democracia apoyada sobre su valor epistémico emerge a partir de confrontarla con el problema del conocimiento moral y de tratar de evitar los extremos de la reflexión individual de Rawls y el populismo de Habermas. Mi posición implica que el consenso alcanzado después de un ejercicio de discusión colectiva debe ser de algún modo confiable en el proceso de conocimiento de asuntos morales. Pero esta confiabilidad no puede excluir completamente la confianza en nuestra propia reflexión individual para expresar argumentos en la discusión.

Incluso si este constructivismo epistémico fuera considerado viable, el paso más difícil de llevar a cabo sería el de transferir el valor epistémico del proceso informal de discusión moral al procedimiento democrático institucionalizado. En el próximo capítulo trataré de examinar los arreglos institucionales que, desde mi perspectiva, maximizarían el valor de la democracia deliberativa bajo la justificación epistémica que se defendió en este capítulo.

## Notas

1. Carlos Santiago Nino, *The Ethics of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1991, capítulo 7.

2. Con respecto a la justificación basada en el autointerés, véase David P. Gauthier, *Morals by Agreement*, Oxford, Oxford University Press, 1986. [La moral por acuerdo, Barcelona, Gedisa, 1995.] En relación con la justificación fundada en el consenso, véase David A. J. Richards, *A Theory of Reasons for Action*, Oxford, Oxford University Press, 1971, y James M. Buchanan y Gordon Tullock, *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1962. [El cálculo del consenso, Barcelona, Planeta, 1993.] Para una argumentación basada en la intuición, véase Morton White, *What Is and What Ought to Be Done: An Essay on Ethics and Epistemology*, Nueva York, Oxford University Press, 1981.

3. John Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1971, pp. 130-136.

4. Sin embargo, otros trabajos de Rawls se encuentran fuera de los límites de esta comparación. Vale la pena mencionar que en su famoso

trabajo, "Kantian Constructivism in Moral Theory", 77 *Journal of Philosophy* 515 (1980), Rawls sostiene explícitamente que los procedimientos por medio de los cuales se eligen los principios últimos debería estar de acuerdo con el razonamiento práctico.

5. Rawls, *Theory of Justice*, p. 356.

6. Jürgen Habermas, "Discourse Ethics: Notes on a Program of Philosophical Justification", en *Moral Consciousness and Communicative Action*, Christian Lenhardt y Shierry Weber Nicholsen (trads.), Cambridge, The MIT Press, 1990, 43-115.

7. Strawson, Peter, *Skepticism and Naturalism: Some Varieties: The Woodbridge Lectures 1983*, New York, Columbia University Press, 1985.

8. Habermas reconoce las dificultades de establecer este principio de universalización sin quedar atrapado, como lo advierte Karl-Otto Apel, por el trilema de Munchausen: incurrir ya sea en un retroceso infinito, o en un círculo vicioso, o en un corte dogmático en la justificación. Habermas sostiene que este trilema puede ser evitado si rechazamos una concepción deductivista de la justificación y, siguiendo a Apel, buscamos un razonamiento pragmático-trascendental basado en los presupuestos del discurso práctico. Para ello, debemos apelar al concepto de inconsistencia pragmática que se aplica cuando un acto discursivo que se refiere a cierta proposición se apoya en supuestos que se oponen a aquella proposición. Este argumento es operativo en la medida que el discurso en cuestión sea tan general que, como dice R. S. Peters, no puede ser reemplazado por equivalentes funcionales. Karl-Otto Apel, "The A Priori of the Communicative Community and Foundations of Ethics," en *Towards a Transformation of Philosophy*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1980, p. 225; Habermas, "Discourse Ethics", pp. 79-82.

9. Como indica Alexy, una serie de reglas más específicas de la argumentación presuponen este principio general. Robert Alexy, *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, Oxford, Clarendon Press, 1980, Ruth Adler and Neil MacCormick (trads.), pp. 187-208; Habermas, "Discourse Ethics", pp. 75-76.

10. En defensa de esta posición, Habermas está de acuerdo con Ernst Tugendhat, quien sostiene que si es verdad que el postulado de universalización no es un criterio semántico sino pragmático y no es usado en el razonamiento monológico sino en un discurso real intersubjetivo en el cual todos los interesados deben determinar si una norma es igualmente buena para ellos, entonces éste no es un postulado para la formación de un juicio sino sólo para la formación de la voluntad. Tugendhat concibe el discurso como un medio para asegurar que todos los interesados tengan, gracias a las reglas de la comunicación, la misma oportunidad de participar en la búsqueda de la solución equitativa, una solución que todos aceptarían autónomamente. Habermas, "Discourse Ethics", pp. 68-76.

11. *Ibid.*, p. 72.

12. *Ibid.*, p. 103.

13. *Ibid.*, pp. 103, 94.

14. Stephen K. White, *The Recent Work of Jürgen Habermas: Reason, Justice and Modernity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988, p. 50.
15. Recientemente, Rawls parece estar prestando mayor atención a lo que él llama, enigmáticamente, "razón pública libre". Se refiere a la práctica social de la justificación pública como evidencia de la existencia de un orden objetivo de razones. En referencia a su posición epistemológica global, Rawls parece aceptar E1, la tesis que yo llamo "constructivismo epistemológico" (aunque sugiere que le atrae E2 cuando se refiere a la democracia). Sin embargo, rechaza esto cuando se refiere a la determinación de las libertades básicas. John Rawls, "The Idea of Public Reason," en *Political Liberalism*, Nueva York, Columbia University Press, 1993.
16. Véase Habermas, "Discourse Ethics," pp. 84-94.
17. Si los principios no fueran universales, públicos, finales, etc., el consenso sobre algunos de ellos no serviría como base para la convergencia de acciones y actitudes necesaria para la cooperación.
18. Michael Walzer, "Philosophy and Democracy", 9 *Political Theory* 379 (1981).
19. Véase *infra*, capítulo 7.
20. Existen también problemas conceptuales referidos a lo que ha sido considerado "el problema del lenguaje privado". Véase Ludwig Wittgenstein, *Philosophical Investigations*, New York, Macmillan, 1973, parágr. 243-309, y Ernst Tugendhat, *Self-Consciousness and Self-Determination*, Paul Stern (trad.), Cambridge, Cambridge MIT Press, 1986, pp. 77-98.
21. Véase Jon Elster, "Arguments for Constitutional Choice", en *Constitutionalism and Democracy: Studies in Rationality and Social Change*, Jon Elster y Rune Slagstad (comps.), Cambridge, Cambridge University Press, p. 303.
22. Estas dinámicas son el centro de la famosa nota al pie de página número 4 de la opinión del juez Stone en la decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos en *Carolene Products*, 304 U.S. 144, pp. 152-153 (1938).
23. Véase "Essai sur l'Application de l'Analyse à la Probabilité des Decisions Rendues à la Pluralité des Voix (1785)", en *Condorcet: Selected Writings*, Keith Baker (comp.), Indianápolis, Bobbs-Merrill, 1976, p. 33. El teorema fue probado por Bernard Grofman, Guillermo Owen y Scott Feld, en "Thirteen Theorems in Search of the Truth," 15 *Theory and Decision* 261 (1983).
24. Lewis A. Kornhauser y Lawrence G. Sager, "Unpacking the Court", 96 *Yale Law Journal* 82, pp. 82-117, 1986.
25. Estos autores también sostienen que los presupuestos de estos teoremas pueden ser menos rígidos sin alterar su resultado.
26. Grofman, Owen y Feld, "Thirteen Theorems".
27. Para un mayor tratamiento de este problema de conflictos de derechos, véase Nino, *The Ethics of Human Rights*, capítulo 7.
28. *Ibid.*
29. Carlos Santiago Nino, *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1992 (para una discusión sobre la doctrina de la legislación *de facto*).
30. Kornhauser y Sager, "Unpacking the Court", pp. 107-109.
31. Alexander Hamilton, *The Federalist*, Nº 84, en *The Federalist Papers*, Cambridge, Harvard University Press, 1972, pp. 531-541.
32. Ellos pueden ser asociados con los juicios *a priori* kantianos a cuyo conocimiento se accede por medio de un método trascendente de investigación de las precondiciones del conocimiento empírico. Estos derechos son reconocidos por ser precondiciones para el conocimiento del resto de la moralidad intersubjetiva, incluyendo otros derechos.
33. Véase *supra*, capítulo 2.
34. Esta posición se parece a la defensa que realiza Ronald Dworkin de la consistencia articulada en el proceso de legislación e interpretación. La diferencia crucial con Dworkin, no obstante, es que aquí, yo no estoy recurriendo al dudoso valor de integridad intersubjetiva, sino a la necesidad de maximizar el valor epistémico de la democracia, tomando en cuenta el cambio de intereses que subyacen a decisiones democráticas sucesivas o adyacentes.

## 6

## La implementación de la democracia deliberativa

En el último capítulo he tratado de desarrollar, tentativamente, la base de una concepción de la democracia que se diferencia radicalmente de la mayoría de las presentadas en el capítulo 4. De un modo similar a algunas de ellas, mi posición se apoya en la capacidad de la democracia para transformar los intereses de las personas y sus preferencias. El diálogo es el mecanismo a través del cual la democracia convierte las preferencias autointeresadas en preferencias imparciales. Sin embargo, esta concepción se diferencia de aquéllas debido al énfasis que pongo en el valor epistémico del consenso que se alcanza a través del diálogo. A diferencia de Habermas, no concibo al consenso, ni siquiera cuando es alcanzado bajo condiciones ideales, como constitutivo de soluciones justas. Tampoco creo que la empresa colectiva de la discusión sea la única forma de conocer esas decisiones justas. Mi posición sólo intenta sostener que la democracia deliberativa es el método más confiable para lograrlo.

Creo que la objeción más fuerte a este tipo de perspectiva epistemológica de la democracia se presenta desde la práctica política. En última instancia, deben resolverse las objeciones prácticas vinculadas con la existencia de desigualdades sumamente extendidas y aberrantes y la profunda pobreza relativa dentro de comunidades políticas democráticas. Si el proceso democrático tiene en verdad una tendencia inherente a producir soluciones justas, lo cual nos permitiría confiar en las decisiones que surgen de él para justificar nuestro razonamiento, ¿cómo podría explicarse la injusta distribución de recursos que surge a partir del proceso democrático? Consideremos, por

ejemplo, el contraste sorprendente que vemos a lo largo de la Quinta Avenida en Manhattan. Podría decirse, a la luz de estas desigualdades, que las constituciones democráticas liberales no son “constituciones de la libertad”, parafraseando el título del famoso libro de Friedrich von Hayek, sino “constituciones de la pobreza”. Podría alegarse que la libertad de que algunos disfrutan bajo un constitucionalismo democrático se alcanza a expensas de la libertad de aquellos que no tienen suficientes recursos para satisfacer la mayoría de sus necesidades básicas. No es suficiente decir que las sociedades políticas democráticas son comparativamente más justas desde la perspectiva social y económica que las autoritarias. Incluso si existiera alguna información para respaldar esta afirmación, no sería un argumento suficientemente convincente.

Para superar este desafío, debemos recordar la discusión que exploramos algunas páginas atrás respecto de las utopías legítimas. Estas establecen un modelo ideal de sociedad a la que se ambiciona llegar, sin embargo, no trata como equivalentes a todas las situaciones que no logran alcanzar ese modelo. Estas utopías permiten ordenar esas situaciones de acuerdo con la distancia que las separa del modelo ideal. En el caso de la democracia, ese orden depende del grado en que se cumpla con las condiciones que le dan al proceso democrático su valor epistémico y del nivel de satisfacción de esas condiciones que logran los arreglos institucionales.

Para contrarrestar el desafío que representa la alusión a la política real, debemos mostrar una correlación entre un cierto orden de contextos sociales y un cierto diseño institucional que refleje diferentes grados de satisfacción de las necesidades de sus ciudadanos. Estos arreglos institucionales implican variables relacionadas con la productividad y la distribución de recursos. Por supuesto, este método de correlación puede enfrentar problemas conceptuales y empíricos de diverso tipo. Por ejemplo, los mismos arreglos institucionales pueden producir diferentes grados de satisfacción de las condiciones subyacentes al valor epistémico de la democracia dependiendo de factores históricos, culturales y psicológicos. Deberíamos definir la noción misma de necesidad humana para poder determinar diferentes grados de desarrollo.<sup>1</sup> También es necesario determinar cómo valorar las diferentes distribuciones en cada comu-

nidad política. ¿Cómo puede compararse una mayor libertad desigualmente distribuida con una distribución más equitativa de una cantidad menor de libertad? No me referiré a las profundas dificultades que surgen de una correlación de este tipo, sino que presupondré que ellas pueden ser superadas.

Mi ambición en este capítulo es de otra naturaleza. Me referiré a otra dimensión del desafío práctico que se le presenta a la concepción epistemológica de la democracia y que es más familiar para el constitucionalista, el cientista político o el político práctico. Este desafío surge con la objeción de que, dadas las características empíricas de las sociedades reales contemporáneas, no existe ningún diseño institucional posible que pueda satisfacer las condiciones subyacentes al valor epistémico de la democracia. Si esto fuera verdad, esta concepción de la democracia se convertiría en una utopía en el mal sentido, un sueño sin ninguna conexión con la realidad. Por lo tanto, exploraré aquí algunas estructuras institucionales relevantes bajo ciertas condiciones empíricas, para poder juzgar si un proceso democrático particular se encuentra más cerca o más lejos del modelo ideal. Con respecto a cada uno de los aspectos de la estructura institucional que analizaremos, señalaré las deficiencias que a menudo conducen a que el proceso democrático fracase en su objetivo de producir resultados moralmente aceptables.

### La democracia directa

La representación política puede ser considerada como un instrumento valioso o como un mal necesario. Para el pluralista, la representación es un mecanismo institucional con valor intrínseco, dado que permite alcanzar un equilibrio entre las presiones de los diferentes grupos autointeresados a través de la intermediación de la clase política. De este modo, los pluralistas generalmente rechazan la idea de la democracia directa, temiendo que ésta deje vía libre a las manipulaciones sin límites que las facciones ejercen sobre aquellos que ignoran las complicaciones que acompañan al proceso de toma de decisiones políticas complejas. Para las concepciones deliberativas de la democracia, la existencia de un reducido grupo de individuos que toma decisiones que afectan al grupo en su totalidad

implica un hiato en el proceso de deliberación, el cual tiene una influencia negativa sobre la confiabilidad de ese proceso.

La justificación epistémica de la democracia adopta la segunda visión de la representación en lugar de la primera. La mediación a través de representantes es una de las distorsiones principales de la democracia que la alejan del valor epistémico máximo dado en la discusión moral ideal.

Por el momento, comenzaré con la posición convencional que sostiene que algún grado de representación es necesario en la comunidad política dada la imposibilidad de la discusión cara a cara a nivel nacional, la complejidad de los asuntos políticos actuales y la necesidad de respetar la autonomía personal. El respeto de la autonomía personal implica que una porción considerable del tiempo de las personas debe permanecer libre para que los ciudadanos puedan perseguir sus intereses individuales. Si la democracia es un sucedáneo de la discusión moral, la representación consistiría en una delegación producida a fin de hacer posible la continuación de la discusión que los ciudadanos han comenzado. Esta discusión debería partir del consenso alcanzado en el proceso electoral para poder alcanzar conclusiones más detalladas con respecto al proceso de implementación. Pero es necesario enfatizar que la representación es un mal necesario, y que la democracia directa debe ser obligatoria siempre que sea posible. Esta última incrementa la calidad epistémica de la democracia y colabora en lograr que la constitución histórica se aproxime a la ideal.

Hay muchos métodos de participación directa de los ciudadanos en comunidades políticas de gran extensión. El *plebiscito*, por ejemplo, consiste en una consulta a la ciudadanía acerca de una medida particular, tal como puede ser la aprobación de un tratado internacional o la pérdida de la soberanía sobre un determinado territorio. El *referéndum* busca el apoyo o el rechazo de la población a una ley propuesta o existente o a una reforma constitucional. La *iniciativa popular* es el modo por el cual los ciudadanos, que logren superar una cierta cantidad mínima, solicitan que se considere una medida legislativa. El *recall* o revocatoria consiste en la petición de un grupo de ciudadanos de que determinado funcionario sea removido de su puesto.

Debido en parte a la influencia de los populistas a fines de

las décadas de 1880 y 1890, varios estados y ciudades de Estados Unidos adoptaron procedimientos de iniciativa popular, referendums y revocatoria de mandatos.<sup>2</sup> Las constituciones de muchos países occidentales, como las de Suiza, Francia, Italia, España, Canadá, Australia, Uruguay, Brasil y Chile, establecen diferentes posibilidades de participación popular directa.<sup>3</sup> Han existido ocasiones en muchos países en que una cuestión significativa fue solucionada por una consulta popular. Son ejemplo de ello el plebiscito que legitimó en 1958 el retiro de Francia de Argelia; el referéndum consultivo a través del cual el pueblo británico fue consultado en 1975 acerca de permanecer en la Comunidad Europea; el plebiscito por el que el general Augusto Pinochet trató infructuosamente de extender su gobierno a finales de la década de 1980 y la consulta popular a la cual el presidente Raúl Alfonsín de Argentina sujetó la ratificación del tratado con Chile en 1989.

Los beneficios y los riesgos de estos métodos de participación directa por parte de ciudadanos comunes en decisiones centrales han sido objeto de mucha controversia. Los plebiscitos y los referendums a nivel nacional, provincial y local podrían ser la única forma de superar las presiones de los grupos de interés o de las ineficiencias de los políticos.<sup>4</sup> Por supuesto, los plebiscitos y los referendums deben ser cuidadosamente regulados y no deberían usarse nunca para aumentar las atribuciones del poder ejecutivo. A pesar de que uno acoja con beneplácito la participación directa, es muy difícil hacerla operativa debido a los riesgos bien conocidos de manipulación y captación por parte de las facciones. Todos recuerdan la forma en que Hitler, o más recientemente Pinochet, trató de manipular los plebiscitos con miras a su propia conveniencia. Los medios informales de participación pueden también ser cooptados por fanáticos o grupos de interés. Los primeros tienen mayores posibilidades de controlar los medios informales de participación ya que sus intereses se encuentran concentrados, a diferencia del resto cuyos intereses se encuentran muy dispersos y no pueden dedicar su tiempo a discusiones interminables.<sup>5</sup>

Muchos de los argumentos a favor y en contra de la democracia directa son analizados en la investigación llevada a cabo por Thomas E. Cronin.<sup>6</sup> Frecuentemente, los oponentes de estos modelos sostienen que los ciudadanos comunes no están

suficientemente bien informados e intelectualmente preparados para comprender los temas complejos que algunas veces se ven involucrados en esas decisiones; sus opiniones son a menudo manipuladas por grupos que tienen acceso a los medios y con dinero suficiente como para solventar campañas de propaganda; estos mecanismos pueden dañar la confianza en la clase política, viéndose afectada en forma negativa su continuidad; estas consultas a la ciudadanía frecuentemente resultan en violaciones a los derechos de las minorías y ponen de manifiesto prejuicios profundamente enraizados.

Cronin analiza estos argumentos con ecuanimidad y concluye que a pesar de los peligros que involucra la democracia directa, estos han sido generalmente exagerados. Por ejemplo, aunque el referéndum y la iniciativa han expresado ocasionalmente tendencias opuestas a las minorías, los resultados de estos procesos de participación no han violado derechos en un grado mayor que las propias legislaturas. El autor agrega que "las decisiones surgidas como resultados de mecanismos de democracia directa en forma reciente no han tenido generalmente un efecto negativo contra los derechos de las minorías".<sup>7</sup> De un modo similar, Cronin responde a la preocupación de que los votantes no son competentes para entender asuntos complejos. En este sentido, sostiene que:

Los ciudadanos votantes han respondido más responsablemente que lo que los críticos habían anticipado. Aunque es cierto que decisiones inusuales y un cierto número de elementos discriminatorios se han abierto paso a través de las urnas en los pasados ochenta y cinco años, éstos rara vez han ganado el apoyo de los votantes. Parte de la explicación reside en que los ciudadanos han sido capaces de formarse buenos juicios —especialmente cuando una prensa agresiva, políticos y otros líderes han asumido la responsabilidad cívica de colaborar en la formación de la opinión pública... El proceso no es a prueba de tontos, una mala legislación probablemente puede ser aprobada en una iniciativa o referéndum casi tan a menudo como lo es en las legislaturas.<sup>8</sup>

Uno puede distinguir los aspectos técnicos de una política de sus aspectos normativos. Mientras los expertos deberían proveer de consejo técnico al que toma la decisión —sea éste una

legislatura, el pueblo en general o una persona individual—, todo individuo normal y maduro es capaz de juzgar el aspecto normativo de una política. En el mismo sentido, Cronin niega que las legislaturas se debiliten por el recurso a mecanismos de democracia directa.<sup>9</sup> Sin embargo, reconoce que estos procedimientos pueden ser manipulados. El uso de enormes cantidades de dinero por ciertos grupos de interés en campaña, el acceso desigual a los medios de comunicación y la manipulación de la forma en la cual los asuntos son presentados, pueden distorsionar los resultados. Por ello, Cronin propone un paquete de regulaciones que rodeen la implementación de la democracia directa. También se opone a los referendums realizados a nivel nacional, dado que demasiados asuntos nacionales involucran temas de defensa o de relaciones exteriores que requieren una significativa continuidad en el tiempo.

Sin embargo, Cronin nos deja con una sensación de menos entusiasmo por la participación directa, no porque el autor reconozca los peligros que traería aparejada la falta de regulación de ella, sino porque las ventajas que encuentra en la participación directa son mucho menos impresionantes que lo que proclaman sus defensores. Por ejemplo, dice que:

Los procesos de democracia directa no han conducido al gobierno de la gente común... Los mecanismos de la democracia directa ocasionalmente permiten a aquellos que se encuentran motivados e interesados en asuntos de política a incidir con su aporte personal directo a través del voto, y esto se encuentra muy alejado de la afirmación de que la democracia directa les da una voz significativa a los ciudadanos ordinarios en forma regular. Esa afirmación fue considerablemente sobredimensionada. Otra convicción relacionada con ésta es la que sostiene que los mecanismos de la democracia directa disminuyen la influencia que tienen los intereses particulares. Si bien estos mecanismos pueden lograrlo en alguna medida, aquellos intereses siguen presentes y aun puede afrontar el costo de lobbistas muy bien pagos y de alto nivel. Por otro lado, los mecanismos de democracia directa han permitido algunas veces que los intereses menos representativos puedan presentar sus mensajes al público mientras aquellos individuos que no desean ser parte de grupos y formar coaliciones se vean imposibilitados de aprovechar los procesos de democracia directa... También se supone que la

democracia directa estimula el debate educativo sobre importantes asuntos públicos. Aunque esto se logre, ese debate usualmente dura sólo cinco o seis semanas... La deficiencia más desafortunada... es que aquél con más dinero demasiado a menudo es el que define el asunto y estructura el debate de forma no equilibrada. Mientras que una reunión abierta (*o town meeting*) les da a todos los ciudadanos igual oportunidad para manifestarse, el dinero y las normas del procedimiento que permiten un gasto ilimitado promueven un sistema en el cual el lado mejor financiado puede, y a menudo lo hace, superar al otro por un margen importante.<sup>10</sup>

A pesar de estas perspectivas negativas, Cronin ofrece también una lista de varias ventajas valiosas. Ellas incluyen: proveer de válvulas de escape frente al descontento popular, posibilitar un mejor control de funcionarios corruptos y permitir que voces que no son normalmente tomadas en cuenta sean escuchadas. Sin embargo, estos méritos no cambian dramáticamente la naturaleza del proceso político ni aumentan su valor epistémico hasta el nivel de lograr prevenir injusticias de importancia.

Este análisis nos lleva a preguntarnos si esto no revela una debilidad de la justificación epistémica de la democracia. Si esta justificación fuera correcta, debería existir una ganancia obvia en materia de justicia cada vez que el proceso de discusión y decisión democrático se acerca al proceso ideal de discusión moral. Si los representantes fueran eliminados, podría esperarse que las distorsiones que obstaculizan el camino hacia la imparcialidad desaparezcan. Incluso cuando Cronin adopta una visión positiva, ella no es tan proclive como se esperaría a defender una concepción epistémica de la democracia.

Debemos detenernos a considerar las diferencias que existen entre formas de democracia directa y la práctica de la discusión moral ideal. A pesar de que las primeras implican la expresión directa de las opiniones de los votantes respecto de cuestiones políticas o de la gestión de los funcionarios públicos, ellas no reflejan una discusión genuina. Los participantes sólo pueden contestar por "sí" o por "no". La concepción epistémica de la democracia se apoya primariamente sobre el proceso de deliberación colectiva y asigna valor a las decisiones mayoritarias sólo por ser un mecanismo esencial para lograr que la de-

liberación tienda hacia la imparcialidad. Esta posición se diferencia de concepciones populistas de la democracia que ponen el énfasis en el método mayoritario de toma decisiones por ser valioso en sí mismo, sin importar cómo se logra esa mayoría.

En una discusión los propios participantes son los que formulan las preguntas, expresan sus intereses y tratan de justificarlos frente a los otros. Una discusión no es una mera suma de reflexiones individuales que operan en forma aislada, sino que es un proceso colectivo en el cual la posición de cada participante se vuelve cada vez más focalizada como consecuencia de reaccionar a los argumentos de los otros. La reflexión de cada uno se ve así enriquecida por las de los demás.

Nada de esto ocurre en un referéndum, en la iniciativa o en la revocatoria, donde los ciudadanos comunes sólo reciben los mensajes que los políticos manejan a través de los medios de comunicación. En el mejor de los casos, las personas sólo reflexionan privadamente acerca de las diferentes posiciones presentadas. Los participantes en esta forma de democracia directa casi nunca tienen la oportunidad de formular preguntas y objeciones a aquellos que proponen diferentes posiciones. La exposición a otros y a las críticas provocadas por la posición de una determinada persona genera una tendencia hacia la imparcialidad. Sin embargo, esto no sucede usualmente en conversaciones "de un solo sentido" donde los políticos o los líderes de diferentes grupos de interés son los únicos que hablan y los votantes sólo pueden reaccionar ofreciendo respuestas monosílabicas.

Dadas estas consideraciones, los métodos tradicionales de participación directa para la toma de decisiones centrales no están acompañados por mejoras importantes en la tendencia general hacia soluciones más justas. Estas mejoras sólo pueden producirse si inyectaran en forma muy considerable más elementos del proceso de discusión moral ideal en el proceso político. Por lo tanto, debemos preguntarnos si es posible enfrentar en una sociedad política de dimensiones considerables y de carácter heterogéneo los asuntos complejos típicos de las sociedades industriales y posindustriales modernas.

Se han hecho numerosas propuestas para introducir aspectos genuinos de la democracia directa en el proceso político de las naciones modernas. Entre las ideas comúnmente pro-

puestas se encuentra la de utilizar nuevas tecnologías, como la televisión interactiva o las redes de computadoras, para incrementar el intercambio entre los líderes políticos o sociales y los ciudadanos comunes. Esta tecnología podría incluso hacer posible una expresión instantánea de la opinión de esos ciudadanos. Sin embargo, la probabilidad de que ese intercambio de preguntas, argumentos y objeciones pueda tener lugar entre millones de personas es bastante incierta.

Algunos teóricos han propuesto asignarle a pequeños grupos ejemplificativos de la población que reflejan las tendencias e intereses de la ciudadanía más amplia los roles del público en general. Por ejemplo, Robert Dahl sugiere seleccionar un "populus" para establecer la agenda de la discusión política y decidir acerca de los diferentes problemas que se presentan en ella. Dahl nos pide que:

Supongamos un país con una democracia avanzada donde se cree un "mini-populus" que consista de unos mil individuos seleccionados al azar entre la totalidad de la ciudadanía. Su deber sería deliberar por un año, por ejemplo, sobre un determinado asunto al término del cual anuncien sus decisiones. Los integrantes de un mini-populus podrían "reunirse" utilizando modernas telecomunicaciones. Un mini-populus podría decidir sobre el contenido de una agenda determinada, mientras otro podría ocuparse de algún asunto específico. Un mini-populus podría funcionar en algún nivel de gobierno, sea éste nacional, estatal o local. Podría recibir asistencia —siempre a través de telecomunicaciones— de un comité asesor de expertos y especialistas y de un plantel administrativo. Podría organizar audiencias, comisiones investigadoras y llevar adelante debates y discusiones... El juicio de un mini-populus "representaría" el juicio del *demos*. Su veredicto sería el veredicto del *demos* mismo, si el *demos* fuera capaz de aprovechar el mejor conocimiento disponible para decidir qué políticas serían las que resultan tener mayores probabilidades de que se alcancen los fines buscados. Los juicios del mini-populus derivarían su autoridad de la legitimidad de la democracia.<sup>11</sup>

En un sentido similar, James Fishkin ha propuesto formar paneles de ciudadanos seleccionados al azar para discutir ciertos asuntos públicos con candidatos a cargos electivos.<sup>12</sup>

Estas propuestas deben explorarse y experimentarse a fin de probar las intuiciones referidas a la posibilidad de que grupos pequeños de personas elegidas bajo algún criterio representen un grupo mayor. Sin embargo, debe enfatizarse que éstas son otras formas de representación, basadas en el azar y no en la modalidad de la democracia directa en un sentido estricto. La relación de esta forma de representación con el valor epistémico del proceso depende del poder del azar. No hay ninguna razón para pensar que el azar, por sí mismo, da lugar a una presentación de intereses y opiniones que logre reflejar a la sociedad en su conjunto. Debería haber, en primer lugar, una segmentación del *demos* de acuerdo con la cantidad de personas existentes en categorías tales como clase social, género, raza, religión, etc. El mayor problema es, sin embargo, que si nos apartamos de una elección por puro azar, el peligro de la manipulación política se vuelve más serio.

Creo que debemos asumir el riesgo, al menos en nuestra imaginación, y tratar de acercarnos a la democracia directa. Parece bastante claro para mí que la forma más pura de democracia debería emergir del proceso de descentralización política que generaría unidades políticas suficientemente pequeñas como para hacer posible un proceso de discusión cara a cara y de decisión colectiva. Esta propuesta no es de imposible realización, dado que hay muchos ejemplos actuales de democracias directas en ciudades y pequeños cantones, sobre todo en los Estados Unidos y Suiza. Más imposible resulta ser la idea de que los asuntos políticos más importantes que encara una sociedad puedan decidirse a través de asambleas populares. Mi propuesta requeriría que temas tales como el aborto, los códigos penales, los impuestos, los servicios sociales, la educación y la protección policial puedan transferirse a nivel de estas unidades políticas más pequeñas, donde todos los afectados podrían realmente encontrarse y discutir estos asuntos. Ello daría lugar también a que existiera una mayor posibilidad de que la gente eligiese la comunidad política a la cual quiere pertenecer.

Hoy en día asistimos a la globalización de diversos temas, tales como el comercio, los derechos humanos básicos, la defensa y la lucha contra el terrorismo y el crimen organizado. Como estos temas importantes se transfieren hacia cuerpos supranacionales, como por ejemplo el consejo europeo de ministros,

las preocupaciones restantes se refieren a problemas de moralidad social vinculados a conflictos interminables de derechos y distribución de recursos. Una vez que los derechos *a priori* están asegurados por organismos supranacionales y los asuntos políticos considerados altamente controvertidos, como la defensa y las relaciones exteriores, pasan a estar profundamente limitados por el surgimiento de organizaciones continentales, si no universales, es posible permitir que grupos nacionalistas y localistas tengan su propia forma de definir el alcance del *demos* en el que los conflictos de intereses puedan decidirse.

Finalmente, la solución imparcial de estos asuntos requiere empatía con los intereses de los otros. Esta empatía se materializa en gran medida en comunidades pequeñas. Quizá no sea una coincidencia que así como ciertos asuntos se globalizan, el localismo tiende aemerger precisamente en las regiones en las cuales el proceso de globalización se encuentra más avanzado, tal como sucede en Europa. Los liberales no han ajustado sus reflejos a esta realidad y no aprecian que la globalización hace que sean mucho menos peligrosas las tendencias localistas que lo que fueron en décadas pasadas. Por ejemplo, una comunidad europea formada por unidades tales como Escocia, Cataluña, el país Vasco, Croacia y Eslovaquia, no es tan proclive a los conflictos, la discriminación o a las persecuciones, si esas unidades comparten un marco de reglas e instituciones comunitarias.

Por supuesto, este nivel de descentralización no es suficiente para el funcionamiento de la democracia directa dado que no llega a permitir discusiones cara a cara. Debemos aún decidir cómo es posible implementarla tanto en unidades muy pequeñas como también en las de grandes magnitudes. Además, es necesario continuar explorando nuevas formas de participación popular. Las audiencias públicas deberían utilizarse cuando los intereses en conflicto entre diferentes sectores de la población estén en juego. Los usuarios y los empleados de los servicios públicos —tales como las escuelas, los hospitales, el transporte y la provisión de energía— deberían compartir su administración y control. En forma similar, se hace necesario realizar una referencia al tema del alcance de las decisiones democráticas, formulando la pregunta de si debería haber democracia en el lugar de trabajo y cómo debería ser implementada.

El ideal subyacente es el que sostiene que todos deben tener la oportunidad de decir lo que piensan y poseer algún control en las decisiones vinculadas a su trabajo. Mientras los trabajadores tienen capacidad de influir en las decisiones a través de la posibilidad de renunciar, es bastante obvio que este poder es generalmente menor y no implica una libertad completa, dado que la elección entre trabajos aceptables es normalmente bastante restringida para la mayoría de la gente. Estas cuestiones de extremada complejidad necesariamente involucran problemas de justicia y eficiencia del sistema económico dentro del cual opera la unidad económica en cuestión. Se requeriría otro estudio completo para delinejar incluso los rudimentos de una teoría de la democracia en el lugar de trabajo.<sup>13</sup>

### El problema de la apatía política

Varios autores han propuesto diagnósticos y prescripciones para la así llamada "crisis de la democracia", o la apatía. Por ejemplo, Samuel Huntington, Michel Crozier y Joji Watanuki manifiestan un claro apoyo al pluralismo o a una visión elitista de la democracia.<sup>14</sup> Creen que la crisis es causada por una sobrecarga de demandas populares sobre un sistema que no las puede satisfacer y recomiendan el uso de mecanismos que limiten la expresión de esas demandas. En contraste con esta propuesta, C. B. Macpherson, quien argumenta a favor de una concepción populista de la democracia, piensa que la crisis de las democracias pluralistas actuales es producto de las desigualdades causadas por la falta de participación. La propuesta de Macpherson consiste en incrementar la forma en la que los ciudadanos intervienen en política.

Mi posición es que las causas y las soluciones de la crisis de la democracia no pueden ser detectadas sin una concepción acerca de qué es lo que hace a la democracia valiosa. De otro modo, podríamos terminar fortaleciendo algo que atente contra su valor. La apatía política en sectores significativos de la ciudadanía es lamentable en una democracia dado que los intereses y las opiniones relevantes no serán considerados. El incremento en el grado de participación política no debería sobrecargar el sistema con demandas insaciables sino que debería poder dar a la gente un sentido de responsabilidad al

hacer explícitas sus preocupaciones. Después de todo, cuando surgen los problemas, la gente debe buscar los recursos para solucionarlos. La participación atenua el abismo que existe entre el gobierno y la sociedad, que se siente incluso en democracias que funcionan relativamente bien y que hace al gobierno parecer ajeno y distante.<sup>15</sup>

El objetivo de incrementar el grado de participación política ha sido rechazado a menudo por implicar una visión perfeccionista de la democracia donde un ideal de virtud cívica es impuesto por la fuerza. Esta crítica es en parte verdadera. La solución no es abandonar la participación sino seleccionar mecanismos que no absorban todo el tiempo libre de los ciudadanos. No debemos suponer que requerir una participación moderada del ciudadano nos expone al riesgo del perfeccionismo.

La participación puede ser requerida por varias razones no perfeccionistas. En primer lugar, un gobierno democrático es un bien público. Como tal, no es justo disfrutar de sus beneficios como *free-rider*. En segundo término, participar en la discusión pública y en la toma de una decisión es esencial para proteger los intereses de aquellos que se encuentran en una situación similar. Si soy amante de la música y hay una disputa acerca de si un edificio público será empleado para establecer un teatro o para convertirlo en un estadio de baloncesto, me sentiría gravemente afectado si otros amantes de la música permanecieran políticamente pasivos. Hacer que estos amantes de la música participen en el proceso no sería perfeccionista sino que preveniría ese daño. En tercer lugar, la participación puede exigirse como una forma legítima de paternalismo no perfeccionista, dado que la participación voluntaria puede crear un dilema de los prisioneros por el cual cada uno rehúse asumir los costos de participar debido a que el beneficio de hacerlo al ser parte de un grupo de grandes dimensiones es insignificante. Los pobres y los menos educados, para quienes la participación es más costosa, razonan en el mismo sentido. De este modo, sus intereses no se verán representados en el proceso político con la consecuencia de que la solución última será muy parcial y contraria a sus intereses. Como en todas las situaciones en las cuales surgen problemas de acción colectiva, no hay ninguna salida posible a través de una decisión individual. En lugar de ello, se requiere

un cambio general de las motivaciones autointeresadas, que terminan autofrustrándose, o de la coerción externa. En el proceso político, esta dinámica se alimenta a sí misma, porque la inexistencia de participación de ciertos grupos resulta en la ausencia de opciones políticas atractivas para ellos. De esta forma, la tendencia a no participar se ve reforzada.

A veces se sostiene que no hay diferencias significativas entre las opiniones políticas de los votantes y las de los que optan por no votar, conduciendo a la creencia de que los votantes representan a los no votantes.<sup>16</sup> Pero esta conclusión es debatible. De acuerdo con Robert M. Entman, por ejemplo, las estadísticas indican que el electorado no representa al público en su totalidad. Este autor cree que aquellos que no votan y son personas informadas son significativamente más liberales que los votantes informados y los votantes ignorantes, y sostiene que "en forma contraria a la conclusión usual de la ciencia política, los votantes probablemente no representan bien a aquellos que se quedan en casa. La elección no da como resultado un reflejo exacto de lo que hubiera pasado si todos hubieran votado...".<sup>17</sup> A la luz de estos argumentos, he defendido la preservación en Argentina del sistema actual de voto obligatorio, un sistema que también comparten otros países como Italia y Australia.<sup>18</sup> Esto ayuda a resolver el problema de acción colectiva que de otra forma podría frustrar los intereses de muchos participantes y distorsionar la tendencia del proceso democrático a generar soluciones imparciales. El abstencionismo puede, en efecto, deteriorar el proceso democrático dado que es negativo no sólo para aquellos que deciden no votar, sino para todos los ciudadanos.

Los argumentos que generalmente se sostienen en contra del voto obligatorio no parecen ser particularmente fuertes. A diferencia de otras formas compulsivas dirigidas a lograr que la gente se involucre políticamente, esta medida no puede dar lugar a la acusación de ser perfeccionista, dado que el tiempo y el esfuerzo necesarios para votar de una manera pensante no son tan excesivos como para impedir que la gente desarrolle sus planes de vida. Además, el voto obligatorio no impide que se exprese el rechazo a los políticos y a los partidos —un reclamo legítimo del abstencionista— dado que uno puede siempre expresar su rechazo a través de un voto que no sea imputado a

ningún partido o candidato. Finalmente, si alguien tiene una razón especial, basada quizás en su ideal del bien, para no votar —tal como es el caso de algunas sectas religiosas en Israel—, puede siempre realizar una objeción de conciencia y solicitar una excepción especial a la obligación general.

Bajo ciertas condiciones políticas y sociales, una participación popular extendida en el proceso político puede producir serios peligros para la estabilidad del sistema democrático. Este fenómeno directamente involucra la primera dimensión del constitucionalismo, la continuidad de la práctica constitucional y la posible tensión entre ésta y el proceso de toma de decisiones democráticas. El mejoramiento de la calidad epistémica de la democracia puede poner en peligro la preservación de la práctica constitucional, siendo esta última una condición necesaria para la efectividad del proceso democrático. En última instancia, la democracia puede autofrustrarse no sólo por las decisiones que se toman, sino también por el impacto causal de estas decisiones sobre los requisitos para la continuidad y efectividad del proceso democrático.

Este punto puede ilustrarse a través del examen del caso de Argentina. El voto universal, secreto y obligatorio fue introducido en Argentina por ley en 1912 y aplicado desde 1916 hasta el presente. Esta ley cambió completamente el escenario político del país, poniendo fin a más de cincuenta años de dominio de una clase social y política que coexistía pacíficamente con dos partidos conservadores. Esta alianza manipulaba el proceso electoral por medio de varias formas de fraude, particularmente a través de evitar y desalentar el voto de la mayoría de la gente. La ley del voto obligatorio multiplicó aproximadamente por tres el número de personas que votaron en elecciones generales. Luego de este cambio, los partidos de derecha nunca pudieron ganarles a los partidos radical o peronista en elecciones abiertas y libres.

Esta solución parece ser una consecuencia inevitable bajo una democracia, sin embargo trajo aparejado el efecto de poner a esta última en peligro. Una vez que el *establishment* social y económico se vio imposibilitado de acceder al poder a través de métodos legítimos, recurrió a golpes de Estado para recapturarlo. Esta hipótesis parece ser confirmada por el hecho de que inmediatamente después de comenzar a ser aplicada esta ley,

el país entró en un período de inestabilidad política que duró cincuenta años, con golpes de Estado que derrocaron a casi todos los gobiernos electos. Los líderes de los golpes de Estado podían confiar en el apoyo de las corporaciones que representaban a los propietarios de tierras, industriales y banqueros.

El impacto del alto grado de participación popular sobre la estabilidad del sistema democrático puede también relacionarse con las deficiencias del sistema presidencialista de gobierno. Fred Riggs observa que cuando aumenta la participación en sistemas presidencialistas, la contradicción es más aguda entre los intereses de aquellos capaces de financiar una campaña presidencial y aquellos que pertenecen a la mayoría de los votantes. En contraste con ello, los partidos que en elecciones parlamentarias representan los intereses de los sectores más pobres de la sociedad son capaces de generar una participación mayor sin ejercer presión sobre el sistema. De acuerdo con Riggs, el sistema presidencialista funciona bien cuando la cantidad de votantes es baja. Continuando con esta idea, sostiene que “las normas y motivaciones basadas en una democracia parlamentaria son más aptas para estimular una amplia participación que las normas de una república presidencialista. O, para presentar un ejemplo negativo, la participación de las masas es menos amenazante para la supervivencia de un régimen parlamentario que para la de uno presidencialista”.<sup>19</sup>

Este riesgo se ve aumentado por la amenaza que el incremento de la participación popular pone frente a una minoría que se beneficia económicamente del *statu quo*. Este riesgo es mayor cuando no hay una efectiva protección de los derechos de propiedad contra decisiones democráticas que posiblemente afecten la distribución existente de la propiedad. Karl Polanyi describe cómo Estados Unidos y Gran Bretaña enfrentaron el conflicto entre democracia y propiedad:

Cuando en los años veinte el sistema internacional fracasó, reaparecieron los problemas casi olvidados del capitalismo temprano. En primer lugar, y de mayor importancia que otros, surgió el problema del gobierno popular... Cuanto más ferozmente el mercado de trabajo atacaba la vida de los trabajadores, más intenso se volvía el reclamo por el derecho a votar. La demanda por un gobierno popular era el origen político de la tensión. Bajo estas condiciones, el constitucio-

nalismo ganó un significado totalmente nuevo... La constitución norteamericana, que adquiriera su fisonomía en un contexto poblado de granjeros y artesanos gracias a un liderazgo advertido por la escena industrial inglesa, aisgó la esfera económica completamente de la jurisdicción de la constitución, puso a la propiedad privada bajo la más alta protección concebible y creó la única sociedad de mercado en el mundo fundada jurídicamente. A pesar del sufragio universal, los votantes norteamericanos no tenían poder contra los propietarios. La negativa del voto a la clase trabajadora se convirtió en Inglaterra en una ley no escrita de la constitución. Los líderes cartistas fueron puestos en prisión. Sus adherentes, que eran millones, fueron ridiculizados por una legislatura que representaba apenas una fracción de la población y la mera demanda del voto fue a menudo tratada como un acto criminal por las autoridades.<sup>20</sup>

Jennifer Nedelsky ha contribuido a aclarar la estrategia federalista en Estados Unidos dirigida a “tratar de remover los asuntos más fundamentales y más amenazados del dominio de la lucha política al designarlos ‘ley’”. Esta autora sostiene que “con la propiedad como uno de los temas más importantes del control judicial de constitucionalidad, la Corte pudo recurrir a las tradiciones del *common law* para apoyar sus afirmaciones de que los asuntos en discusión eran fundamentalmente jurídicos y no políticos”.<sup>21</sup> En forma similar, la apatía electoral, una vez establecida, no se supera fácilmente debido a la existencia de problemas de acción colectiva, que mantiene el *statu quo* en Estados Unidos y preserva la estabilidad de todo el sistema.

Cuando ningún mecanismo funciona para proteger los intereses personales frente al funcionamiento del sistema democrático, como sucedió en Argentina, la estabilidad del sistema puede ser puesta en peligro.<sup>22</sup> En el caso argentino, la introducción del voto universal, secreto y, sobre todo, obligatorio, impidió cualquier posibilidad de que los partidos en favor del *statu quo* triunfaran en una elección limpia y abierta. Cuando uno considera que la Corte Suprema de Argentina ha sido bastante poco efectiva en defender un derecho fuerte de propiedad contra los avances de gobiernos progresistas y populistas, es entendible que las élites busquen formas alternativas de acceder al poder y apoyaran los recurrentes golpes de Estado.

## Consejo Asimyo

Para preservar la democracia, debe crearse una dinámica que preserve la opción preferida de los grupos relevantes. Esto ha sido descripto en forma esclarecedora, con especial atención para el contexto latinoamericano, por Adam Przeworski, quien sostiene que:

La democracia está consolidada cuando logra autoimponerse, esto es, cuando todas las fuerzas políticas relevantes creen que es mejor continuar sometiendo sus intereses y valores al juego incierto de las instituciones. Cumplir con el resultado, incluso cuando sea una derrota, y dirigir todas las acciones dentro del marco institucional, es mejor para las fuerzas políticas relevantes que tratar de subvertir la democracia. En un sentido más técnico, la democracia está consolidada cuando el cumplimiento —real dentro del marco institucional— consiste en un equilibrio de las estrategias descentralizadas de todas las fuerzas políticas relevantes.

Przeworski agrega que el cumplimiento depende de la existencia de la probabilidad de ganar en una futura competencia política. Inversamente, esto implica que “si alguna fuerza política importante no tiene ninguna oportunidad de ganar en conflictos de distribución... va a pasar a estar en contra de [aquel]”. Es entonces crítico de la afirmación que sostiene que “las instituciones democráticas... deben dar a todas las fuerzas políticas relevantes una oportunidad para ganar ocasionalmente en la competencia de intereses y valores”.<sup>23</sup> En la Argentina, la percepción del establishment político y social de que no tiene posibilidades de ganar en elecciones legítimas puede haber sido la responsable de una dinámica política tormentosa entre 1930 y 1983.<sup>24</sup>

La dinámica necesaria para preservar la democracia surge en las siguientes circunstancias. Mientras una desigualdad puede ser reducida en un segundo estado alternativo de cosas, el partido beneficiado por una gran desigualdad en la primera situación puede amenazar con moverse a una tercera alternativa en la cual el otro partido está aun peor que lo que estaba en la primera. Esta persona en desventaja puede no tener ninguna otra opción salvo la de intentar moverse a un cuarto estado alternativo de la situación en el cual ella está incluso peor que en la primera, y por supuesto que en la segunda, pero mejor que en la tercera...

En el caso de Argentina, la situación anterior a la aplicación de la ley del voto obligatorio en 1916 fue la de una democracia restringida. Se podría decir que la aplicación de esa ley provocó un cambio que condujo a una democracia liberal casi completa. En cambio, los grupos conservadores desplazados han reaccionado desde 1930, particularmente durante la “década infame” desde 1932 a 1943, para producir un movimiento hacia regímenes autoritarios. Estos regímenes implicaron mecanismos altamente desiguales de representación. Todos los sectores, incluso los grupos económicos y sociales dominantes, sufrieron la pérdida de la representación en comparación a la situación de la democracia restringida. Después de 1945, los sectores populares reaccionaron, logrando una democracia populista que aseguró una mejor representación que los regímenes autoritarios y la democracia restringida, pero peor representación que la proveída por la democracia liberal completa. Desde 1955 a 1983 hubo una permanente oscilación entre regímenes autoritarios, democracias restringidas y democracias populistas. Sólo a partir de 1983 hemos tenido el intento más serio de restablecer una democracia liberal completa.

Como esto lo demuestra, el intento de tener una democracia más legítima desde el punto de vista moral puede finalmente resultar en una forma más degradada de democracia o incluso en regímenes autoritarios, dado que mucha gente se encuentra amenazada por la participación política de los sectores menos favorecidos de la sociedad. Esa es una razón de por qué los sistemas democráticos no han producido los estados sociales justos que sería dable esperar del valor epistémico que ellos ofrecen. Al mejorar el valor del proceso a través de una participación más extendida, debemos a menudo contenerla para no producir reacciones sociales que puedan minar la totalidad del proceso democrático. Más allá de estos riesgos —que deben ser considerados dado que ellos ponen en peligro la continuidad de la constitución histórica—, el logro de altos niveles de participación debería ser el objetivo permanente de la acción política y judicial.<sup>25</sup>

La estabilidad de un sistema político, incluso cuando éste implica la preservación de la constitución histórica, no debería lograrse sin tener en cuenta el costo en términos de su valor. Como vimos en el capítulo 2, la práctica constituida por la

constitución histórica es sólo la referencia para una premisa intermedia del razonamiento práctico justificatorio. Finalmente, la práctica debe estar justificada por principios morales que constituyen la primera premisa de ese razonamiento. La tesis central del capítulo anterior fue que el proceso democrático es el modo epistémico más confiable para determinar esos principios de moral intersubjetiva siempre que aquellos afectados por las decisiones participen de una forma directa y reflexiva. El fin debe ser el de lograr la participación completa, de otro modo, la calidad epistémica del proceso democrático permanecerá débil y la constitución democrática será invariablemente una "constitución de la pobreza".

### **La comunicación colectiva y la calidad del debate público**

Otra razón que afecta negativamente el valor epistémico de la democracia, y que es posible encontrar en todo el mundo moderno, es la pobreza del debate público. La discusión acerca de los principios de los sistemas políticos, de las visiones generales de la sociedad y de soluciones para poder lidiar con problemas sociales es a menudo reemplazada por imágenes pictóricas de los candidatos, posiciones extremadamente vagas y llamados a las fibras más emotivas. Existe una marcada falta de seriedad en todo el proceso y esto hace que los candidatos, una vez electos, no se sientan obligados de seguir el resultado del debate público.

Este empobrecimiento de la discusión colectiva es causado en gran parte por el sistema presidencialista de gobierno, un aspecto al que me referiré específicamente en una sección posterior. Este sistema tiene la tendencia a centrar las campañas electorales sobre personas individuales que son los candidatos a acceder a una posición de poder unipersonal, en lugar de focalizar sobre ideologías o propuestas sustantivas. La personalidad del candidato, su vida familiar, sus gustos y hobbies son más importantes que las posiciones acerca del tamaño del sector público, el desempleo o la seguridad social. Es verdad que algo similar también está sucediendo en los sistemas parlamentarios tales como el de Gran Bretaña o España, provocando una discusión acerca de incorporar rasgos

capítulo  
interior

presidencialistas en esos sistemas. Sin embargo, el grado de esta distorsión en sistemas parlamentarios es menor que la que existe en sistemas presidencialistas.

El sistema presidencialista tiene otro efecto sobre el empobrecimiento del debate público. El sistema permite que un candidato sea electo presidente por la simple mayoría de los votos. Esto nos coloca frente al serio riesgo de que un presidente comience su mandato con muy poco consenso, tal como fue la experiencia de Salvador Allende en Chile o Arturo Illia en Argentina. Frente a este problema, el sistema debe contener algún mecanismo, tal como un colegio electoral, para garantizar que el victorioso reciba una mayoría absoluta, pero eso incrementará el riesgo de polarización y bipartidismo donde los partidos se transforman a sí mismos en grandes coaliciones sin un contenido ideológico definido. Un ejemplo extremo es el de Uruguay, donde la ley de lemas estipula que cada fracción de un partido pueda presentar candidatos en las elecciones generales. Los partidos que gozan de altos niveles de apoyo pueden absorber los votos de otras fracciones. El mismo efecto se produce en las primarias abiertas donde la gente no afiliada a un partido determinado y sin ningún compromiso con su ideología vota en las elecciones internas del partido para elegir candidatos. En tal caso, el candidato presidencial representa un partido que es una coalición sin una ideología definida. Su propio mensaje debe ser tan antiideológico como sea posible para alcanzar una amplia gama de sectores sociales y culturales. De otro modo, no podrá obtener el apoyo amplio necesario para seguir siendo competitivo. Como consecuencia nos toparemos con afirmaciones vagas, énfasis en aspectos emotivos y promesas contradictorias.

La dinámica es significativamente diferente en un sistema parlamentario. Allí, incluso si la elección es dominada por unas pocas personalidades, ninguna persona en el parlamento, en especial si es parte del bloque mayoritario, puede terminar como jefe del gobierno o como un miembro del gabinete. Los candidatos posibles son líderes del partido y sus personalidades son mucho menos relevantes. Esto ayuda a mantener la atención del público en la ideología del partido.

Los partidos en un sistema parlamentario no se encuentran afectados negativamente por compromisos ideológicos.

Por el contrario, estos compromisos deberían ser la única forma de mantener una identidad definida y atraer a aquellos que desean la representación de esa ideología en el parlamento. La polarización y confrontación provocada por la naturaleza binaria de la política presidencialista se evita en este caso gracias a que un partido que obtiene unas pocas bancas en el parlamento puede desempeñar un papel decisivo al momento de formar gobierno. Esto también amplía la discusión acerca de los principios en el parlamento y en el gabinete, dado que las políticas del gobierno se determinan por el consenso alcanzado entre los partidos de diferentes ideologías.

El deterioro del debate público en la sociedad no se debe simplemente a la dinámica del sistema presidencialista, sino que también responde a la forma en que operan los medios masivos de comunicación, particularmente la televisión, que controla el proceso político. Esta transforma casi todos los hechos y debates en espectáculos superficiales preparados para entretener, dando lugar al fenómeno político que Giovanni Sartori ha descripto como "vídeo-poder".<sup>26</sup> Estos espectáculos no intentan iluminar las controversias políticas y hacer reflexionar a la gente seriamente acerca de las posiciones ideológicas de los diferentes candidatos o acerca de las consecuencias de las políticas en disputa, sino que buscan sorprender a los espectadores con el último escándalo, presentar a figuras políticas como estrellas glamorosas y dirigir la atención hacia el ridículo o lo melodramático. Se puede obtener un beneficio de todo aquello que pueda ser sintetizado en una imagen o en un eslogan. Por supuesto, esto no favorece el debate moral serio. Como sostiene Robert Entman, "los medios alimentan una espiral de demagogia, impactan negativamente sobre la racionalidad en el diseño de las políticas, elevan la tendencia hacia una reaseguración simbólica y evasión nostálgica de elecciones concretas y finalmente la falta de representación del público".<sup>27</sup>

El deterioro de la discusión se produce también por la falta de acceso a los medios masivos de comunicación. La equidad de ese acceso es esencial para la calidad epistémica de la discusión pública, pues los medios masivos de comunicación son el equivalente moderno del ágora ateniense. Es el intermediario en el cual se ejerce la política. Cuando los medios masivos de comunicación están casi completamente en manos privadas de

forma oligopólica, la distorsión es similar a la que se hubiera producido si el ágora hubiera sido reemplazada por un teatro privado, donde la posibilidad de entrar hubiera quedado a discreción del propietario.<sup>28</sup> Por supuesto, la situación no mejora si los medios masivos de comunicación fueran controlados por entidades gubernamentales que se encuentran bajo el control del partido que se halla en el gobierno.

Estas consideraciones requieren una evaluación cuidadosa de posibles sistemas de distribución del acceso a los medios de comunicación pública. Un posible mecanismo distributivo es el mercado. Una ventaja del mercado en distribuir oportunidades para la expresión es clara en miras del valor de la autonomía personal. El mercado evita los riesgos del perfeccionismo y la discriminación en la satisfacción de preferencias, dado que éste es un mecanismo descentralizado y neutral que permite que los recursos se dirijan a la satisfacción de las preferencias más intensas y extendidas sin tener en cuenta quién está hablando o cuál es el contenido de esa discusión. El mercado también asegura que cada individuo es responsable por sus propias preferencias e intereses, dado que debe asumir el costo de satisfacer esas preferencias.

El mercado tiene ventajas y desventajas al momento de considerar las oportunidades equitativas de expresión y la finalidad de enriquecer el debate público. Tiende a la neutralidad y conserva un carácter relativamente descentralizado, asegurando un considerable pluralismo. Cualquier intento de reprimir una idea automáticamente crea un incentivo para propagarla, dado que ésta convierte la expresión de esa idea en un producto con demanda y con oferta insuficiente. Sin embargo, el mercado tiene sus limitaciones para lograr un debate público enriquecido. Por ejemplo, éste no es a menudo neutral respecto de las preferencias que son incompatibles con la expansión del mercado mismo. Más allá de esto, aquellos que pueden comunicar sus ideas políticas a través de los medios masivos privados son sólo aquellos que tienen suficiente capital como para controlar los medios y comprar el tiempo correspondiente. Como dice Owen Fiss, el mercado limita la representación de cuestiones de interés público en los medios masivos de dos formas diferentes. En primer lugar, el mercado privilegia a grupos selectos debido a su poder económico, generando progra-

mas y artículos sensibles a sus puntos de vista. En segundo lugar, permite que la preocupación por el beneficio y la eficiencia influyan las decisiones acerca de políticas editoriales y de programación.<sup>29</sup> Además, Robert Entman critica al mercado como mecanismo para proveer acceso a los medios masivos de comunicación y sostiene:

Incluso si el periodismo llevara a cabo un análisis de las ideas desde diferentes perspectivas, o desde el contexto histórico y las diferentes tendencias en lugar de reflejar lo efímero, un apropiado "mercado de las ideas" no podría ser un mercado bajo ningún concepto. En un mercado real, los productores proveen lo que les gusta a los consumidores, y dejan de proveer lo que a ellos no les gusta. Si los nuevos productores siguieran esta práctica, los medios ofrecerían sólo aquellas ideas que son populares, lo cual es un insulto obvio a la libertad de prensa ideal. No se supone enfáticamente que los oferentes en el mercado de las ideas se comporten del modo en que los productores se comportan en el mercado real. Si lo hicieran, no circularían ideas nuevas; sólo los medios que buscan un beneficio bajo o ningún beneficio podrían afrontar decir verdades impopulares en un estilo impopular, dado que para los medios masivos lo impopular, por definición, no produce beneficios. Todos los medios de circulación masiva dirían las mismas cosas que se hallan de moda o que el público espera que se digan. Resulta desafortunado que el periodismo en una economía realmente competitiva refleje esta situación más que lo que lo hace el ideal químérico.<sup>30</sup>

Estas desventajas del mecanismo del mercado para proveer acceso a la comunicación pública justifican una revisión de los mecanismos alternativos. Otro mecanismo que puede operar como distribuidor de oportunidades para expresar ideas es el sistema político. Las ventajas y riesgos de este mecanismo para maximizar la libre expresión y el debate público enriquecido también surgen de forma bastante clara. Si presuponemos que las instituciones que tienen esa tarea poseen un origen democrático, se puede esperar como consecuencia una distribución igualitaria y pluralista de las oportunidades para la expresión. Pero hay, obviamente, una tendencia entre aquellos que ejercen el poder a perpetuarse a sí mismos en él. Por ello, a menudo surgen el favoritismo y la corrupción en el otorgamiento

de espacios para expresar opiniones políticas. Esta tendencia puede ser atenuada por medio de la creación de cuerpos que sean independientes de la administración, tales como la British Broadcasting Corporation. Sin embargo, es siempre difícil evitar la influencia política al mismo tiempo que se quiere manejar eficientemente los medios de comunicación, cuando se desea enriquecer el proceso político y contribuir al autodesarrollo de los ciudadanos.

Las ventajas y desventajas de los diferentes métodos de distribución de oportunidades para la expresión sugieren la posibilidad de combinarlas de modo que se maximicen sus puntos fuertes y minimicen sus deficiencias. Dado que el hecho de que los orígenes de la discriminación y la distorsión de estos mecanismos son diferentes, su combinación en un sistema mixto permite que aquellos que sean excluidos encuentren en otras opciones canales apropiados de expresión. La combinación de mecanismos no sólo implica la coexistencia de la propiedad pública y la privada, sino también la convergencia de diversos agentes públicos y privados que pueden interactuar en estadios diferentes de comunicación. Por ejemplo, el mecanismo de decisiones estatales directas puede tener un impacto sobre los medios privados a través de la provisión de espacios dedicados a asuntos colectivos, o a través de subsidios que alienten la expresión de visiones minoritarias. El mercado, por su parte, puede tener un impacto sobre los medios públicos a través de límites a la publicidad o a la adquisición de algunos espacios. Un sistema mixto maximiza el pluralismo y la neutralidad, dado que las decisiones respecto de la localización de oportunidades de expresión deben ser tan descentralizadas y participativas como sea posible. Para lograr este fin, el control de los medios masivos debe ser distribuido entre diversas unidades políticas. Además, debería promoverse la participación en ese control de individuos y organizaciones formales e informales.

El deterioro del debate público se produce también por el modo en que se desarrollan las campañas electorales. Nada se gana en términos democráticos a través de una publicidad extremadamente intensa de tipo comercial que caracteriza a las campañas políticas modernas. Por el contrario, se pierde mucho en términos de irracionalidad y de incremento de la posibilidad

de corrupción, dado que el inmenso costo de las campañas debe ser solventado por intereses privados. Debería considerarse el uso de acuerdos voluntarios para obtener el consentimiento de los candidatos a los términos de una campaña, limitar su extensión y proscribir la publicidad que sólo contiene nombres y eslóganes en lugar de ideas y propuestas. Resulta claro que la forma en que el dinero para las campañas electorales es recaudado en la mayoría de los países occidentales daña considerablemente la calidad del proceso deliberativo y afecta adversamente su tendencia hacia la imparcialidad.<sup>31</sup> Dado que los candidatos dependen cada vez más de los fondos de origen privado —sobre todo debido a la necesidad de recurrir a la televisión—, muchos posibles candidatos resultan excluidos de la contienda o forzados a abandonar en algún punto. Esta dinámica tiene una incidencia enorme sobre los compromisos que adquieren los candidatos con los grupos de interés, dando forma al modo en que presentan sus visiones y determinando quiénes son los destinatarios de sus propuestas. También influye sobre la agenda presentada para el debate público y reduce la participación a través de la marginalización de una ciudadanía siempre frustrada por la sensación de que la política está más allá de su influencia. Algunas democracias occidentales han regulado el financiamiento privado de las campañas electorales (como se ha hecho en Estados Unidos después del escándalo del Watergate), pero es probable que nada diferente de una prohibición absoluta del financiamiento privado y el uso del financiamiento público combinado con acceso obligatorio a los medios pueda salvar las graves distorsiones que el sistema presente involucra para la calidad epistémica del proceso democrático.

### **Descentralización: el problema de la soberanía dispersa**

El pluralismo busca un sistema democrático donde a nadie le sea permitido hablar en nombre de la totalidad del pueblo. La voluntad popular se encuentra dispersa a lo largo de varias dimensiones temporales, espaciales y funcionales. Con respecto a la dimensión temporal, hay una división entre la expresión que conduce a la constitución, interpretada por instituciones

como la Corte Suprema, y expresiones actuales en elecciones presentes y sanciones legislativas. Por supuesto, las leyes mismas responden a expresiones de voluntad expresadas en momentos diferentes como consecuencia de la labor de distintos órganos que son elegidos en momentos diversos. En Argentina, una mitad de la Cámara de Diputados es elegida cada dos años y sus miembros tienen un mandato de cuatro años. En términos espaciales, la voluntad de la gente se encuentra dispersa en aquellos países con organización federal, como Estados Unidos y Argentina, al contar con representantes nacionales, estatales y locales que tratan asuntos diferentes pero a menudo superpuestos. Con respecto a las funciones, la soberanía popular se esparce entre de diferentes cuerpos y funcionarios que deben reaccionar positiva o negativamente con respecto a las mismas decisiones. En un sistema presidencialista, aquellos incluyen: el presidente, la Cámara de Diputados, el Senado, los jueces, y particularmente los miembros de la Corte Suprema. Mientras estas funciones son formalmente diferenciadas, el rol legislativo del presidente ha crecido enormemente en sistemas presidencialistas contemporáneos, convirtiéndose en el origen formal o informal de la mayoría de las leyes sancionadas en el Congreso.

El pluralismo celebra esta dispersión, fundándose en la teoría de que ella contribuye a evitar la tiranía. Para el pluralismo, la dispersión de la soberanía impide que alguna facción monopolice el poder a través de representarse a sí misma como la voz de todo el pueblo. Ni la mayoría, ni ninguna minoría es capaz de controlar todo el *loci* de poder cuando hay tantos actores y se encuentran tan separados unos de otros. Sin embargo, este beneficio es alcanzado a costa de un considerable debilitamiento del valor epistémico de la democracia, dado que no hay una conexión directa entre las conclusiones del diálogo democrático y una justificación para actuar de acuerdo con esa conclusión. Incluso si presuponemos la legitimidad de la representación, es necesario decidir cómo transformar la voluntad expresada a niveles temporales, espaciales y funcionales tan diferentes en una decisión que represente la conclusión aprobada por la mayoría después de un debate abierto y amplio. Consideremos, por ejemplo, el problema del aborto. La estructura final de la solución sobre el asunto incluirá un procedi-

miento extremadamente complejo donde, en Estados Unidos, interactúan muchas dimensiones gubernamentales. Estas dimensiones incluyen: gobernadores y legislaturas estatales (elegidas en diferentes momentos), el presidente, el Senado y la Cámara de Representantes (ambas elegidas en diferentes momentos por procedimientos distintos); así como también jueces, particularmente los de la Corte Suprema. En efecto, esta última puede bien limitar la acción estatal y federal a la luz de una interpretación institucional basada sobre la voluntad de un pueblo que vivió hace dos siglos.

No hay ninguna garantía de que los resultados de esta complicada mezcla de visiones diferentes refleje la conclusión personal y mayoritaria de todas las personas involucradas que participaron siguiendo un debate libre y abierto. Quizás, el gobernador de un estado en particular fue elegido dos años atrás después de una fuerte campaña en contra del aborto, pero la legislatura adhiere a una decisión a favor del aborto después de un debate popular o una elección reciente de sus miembros. Quizá, la mayoría de los senadores de estados menos poblados y conservadores apoyan los límites impuestos al gasto de los fondos públicos para la realización de abortos, mientras que los miembros de la Cámara de Representantes, identificados con las conclusiones mayoritarias pasadas a favor del aborto, apoyan el uso de fondos federales para abortos. Al mismo tiempo, el presidente puede haber sido elegido no obstante su posición fuerte en contra del aborto. Sin embargo, la Corte Suprema tiene ahora una mayoría, gracias a designaciones recientes de un presidente anterior, que cree que los que escribieron la constitución, los padres fundadores, estaban a favor del derecho a la privacidad que incluye el aborto al menos en las primeras etapas del embarazo. Si el resultado de toda esta caótica situación es que un ciudadano particular de un estado puede o no legalmente recurrir al aborto parece ser un problema casi de pura casualidad y sin una conexión significativa con el resultado del debate público sostenido por un grupo relevante.

Mucha gente piensa que cuantas más "voliciones" influyen en la solución, ésta refleja mejor la voluntad de aquellos que expresan sus voliciones. En realidad, la acumulación de estas últimas hace más complicado tomar una decisión. De acuerdo con las reglas generales, la falta de una decisión significa que

el *statu quo* prevalece. Esto implica una ventaja en la cabeza de aquellos que pujan por la preservación del *statu quo* a menos que la corriente mayoritaria sea tan fuerte como para superarla. Para muchos conservadores, el *statu quo* es *per se* una posición moralmente permisible y lo único que podría cambiarlo es un consenso mayoritario. Sin embargo, la prioridad del *statu quo* sin tener en cuenta si una mayoría busca preservarlo es difícil de justificar cuando es obviamente injusto. Se puede argumentar que esta dispersión de la soberanía crea un gobierno altamente pasivo que se supone protege un *statu quo* en el cual prevalece una distribución dada de la propiedad privada.<sup>32</sup>

Donde la estructura social contiene formaciones corporativas fuertes o grupos de interés atrincherados, como sucede en muchos países de América latina, esta pasividad causada por la necesidad de acumular muchas voliciones para tomar una decisión, debilita el poder democrático.<sup>33</sup> De este modo, se produce el resultado opuesto al buscado por el pluralismo. Si bien es difícil para las corporaciones y las facciones lograr el control del poder estatal cuando los centros de toma de decisión se encuentran dispersos, éstas sólo pueden alcanzar ese control durante períodos autoritarios cuando los centros de toma de decisión se hallan concentrados. A su vez, la dispersión de la soberanía hace extremadamente difícil para el gobierno democrático desarticular el control que ejercen las facciones.

La dimensión espacial de la soberanía dispersa presenta problemas teóricos menos serios aunque las dificultades prácticas para superarlos sean enormes. Esta dimensión incluye el grado de descentralización de la unidad política en cuestión. Si los votos de todos los ciudadanos de esa unidad convergen en un mismo nivel pero están diversificados en otros, la comunidad política tiene un tipo de organización federal. En Estados Unidos hay al menos tres ámbitos diferentes en los cuales se lleva a cabo la política democrática: el local, el estatal o provincial y el nacional.

La adopción de un sistema federal de gobierno en Estados Unidos —y en Argentina, Brasil y México, países que siguieron su modelo— conlleva una organización compleja del poder político. Hay una división entre el gobierno central y las unidades componentes. La autoridad de estos centros de poder se ejerce directamente sobre las personas y sobre objetos localiza-

dos en sus territorios respectivos. Por supuesto, el poder federal se superpone con el de cada uno de los estados. Cada gobierno tiene poderes legislativo, ejecutivo y judicial. Cuando hay conflictos en las esferas de competencias entre los gobiernos central y estatal, el central prevalece. Esto implica la adopción de un sistema dual de gobierno donde existen dos áreas mutuamente excluyentes de poder en que los que detentan ese poder se encuentran en pie de igualdad.<sup>34</sup>

Otros sistemas federales presentan una estructura bastante diferente. Por ejemplo, la organización federal canadiense establece en el artículo 91 del Estatuto Constitucional de 1867 que todos los poderes no dados a las provincias permanecen en el gobierno central. Existen, además, dos momentos especiales para que el gobierno central asuma poderes. En primer lugar, el gobierno puede legislar en temas normalmente considerados provinciales en situaciones de emergencia, tales como una guerra, una invasión, o un hambruna. En segundo término, el parlamento federal puede legislar respecto de asuntos que afecten el funcionamiento de las instituciones centrales. Con la reforma de 1982, se transfirieron a las provincias poderes diferentes, sobre todo en la esfera económica, mientras que el gobierno central se compromete a proveer apoyo para el funcionamiento de los servicios públicos. Para dar otro ejemplo importante de una estructura federal diferente, mencionaré el sistema establecido por la Constitución Alemana de 1949 conocido como sistema de "cooperación" en lugar de un sistema dual. Las leyes federales son aplicadas por los estados o *Länder*, que tienen amplios poderes para interpretarlas. En este sentido, la función de ejecutar las leyes federales es comúnmente atribuida a los *Länder*. Sin embargo, no existe ninguna división del poder judicial, el cual es central. La constitución prohíbe a los *Länder* legislar en áreas consideradas federales. Con respecto a la legislación concurrente, los *Länder* pueden legislar siempre que el parlamento federal no lo haga. La ley local mantiene su fuerza en todo aquello que no contradiga la ley federal. Una serie de acuerdos evolucionaron hacia la cooperación y consulta entre los gobiernos federal y los *Länder* y en 1969 fueron constitucionalizados.

Finalmente, es importante notar el modelo *sui generis* de descentralización que encontramos en España. Los poderes de

las "comunidades autónomas" no se encuentran previstos en la Constitución de 1978, que sólo establece un marco de posibilidades, entre los cuales un estatuto "orgánico", sancionado por el parlamento central para el caso de cada comunidad, define las facultades que se les atribuyen. Las posibilidades están previstas en el artículo 148. La Constitución también provee que después de cinco años las comunidades pueden expandir sus competencias, hasta los límites del artículo 149, que establece una serie de competencias que pertenecen exclusivamente al gobierno central, tales como la regulación de las condiciones que garantizan la igualdad del pueblo español, la nacionalidad, la inmigración, las relaciones exteriores, la defensa y la administración de justicia. El artículo 150 permite que el parlamento central delegue sus poderes a las comunidades. La primera fase de implementación de este sistema atribuyó amplios poderes a Cataluña y al País Vasco. Luego, se llegó a una interrupción en este funcionamiento debido a la dificultad de definir la amplitud de los poderes a otras comunidades hasta que un acuerdo entre los diferentes partidos políticos fuera alcanzado en 1981 para generalizar la autonomía de las comunidades en forma gradual.

La valoración de las diferentes formas de federalismo en el contexto de la teoría de la democracia defendida anteriormente resulta ser una tarea muy compleja. Quizá, más que ningún otro tema, estos sistemas dependen ampliamente del contexto histórico y sociológico de cada país. La distorsión causada por la dispersión espacial de la soberanía y el obstáculo de la deliberación colectiva causado por el tamaño de la unidad en la cual las decisiones son tomadas, podría ser disuelta a través de la modificación de las estructuras federales donde la distorsión es más evidente. Una vez que se opere esa reforma se crearía una profunda descentralización, de modo que temas de crucial importancia sean discutidos y decididos a nivel provincial o incluso local. Esto podría lograrse si servicios públicos como la educación secundaria y universitaria pudieran ser administrados por los estados o las provincias. Lo mismo podría hacerse en relación con la legislación sustantiva, como los códigos penales y civiles, como ocurre en Estados Unidos pero no en otros países federales tales como Argentina. Por supuesto, esto facilitaría la discusión colectiva sobre estos temas, poniendo énfasis en las

peculiaridades de cada provincia o ciudad. Sin embargo, la cooperación entre las diferentes provincias podría disminuir como resultado de ello y las diferencias sociales y económicas entre ellas podrían quizás ampliarse.

El segundo grupo de reformas a la constitución histórica podría superar las distorsiones de la representación que ocurrían en el nivel nacional. El bicameralismo, que introdujo al Senado, fue una invención fantástica en países como Estados Unidos donde se asumió correctamente que, de no existir, los individuos que viven en determinadas regiones podrían ser discriminados. Pero, en muchas situaciones, esto no sucede. La existencia de un Senado en el cual los residentes de unidades políticas menos populosas tienen la misma representación que aquellos que viven en las más pobladas, ofende seriamente el principio de "un hombre, un voto". Este principio es el corazón de una visión individualista de la democracia proyectada por la constitución ideal.

Una alternativa es adoptar un parlamento unicameral, como el que existe en Nueva Zelanda. El lado negativo de este tipo de soluciones tiene que ver, sin embargo, con que es necesario poder contar con un foro para expresar los intereses regionales. Otra posibilidad es modificar la composición de las funciones del Senado de modo que se tornen más especializadas y focalizadas sobre temas que guarden relación directa con la autonomía de las provincias. Además, el Senado podría tener poder de veto sólo en relación con la legislación que se refiera directamente a derechos individuales. La mayoría de las leyes votadas en la Cámara de Diputados podrían ser aprobadas directamente siempre que no sean vetadas por el Senado dentro de una cierto período de tiempo. Esto impediría que el Senado bloquee iniciativas que gozan del apoyo popular reflejado en la Cámara de Diputados.<sup>35</sup>

El tercer tipo de reforma a la constitución encuentra inspiración en una especie diferente de federalismo a la que existe en el presente. En lugar de dividir los asuntos en federales y provinciales, que constituye una clasificación a menudo compleja que frecuentemente debilita la cooperación, este otro tipo de federalismo cooperativo separa el proceso de decisión del de implementación. Muchas cuestiones podrían resolverse a nivel provincial por las legislaturas o a través de consultas populares.

Luego, los senadores y diputados de cada provincia podrían implementar esas soluciones a nivel nacional.

Este proceso sería algo análogo al mecanismo de centralismo democrático defendido por Macpherson.<sup>36</sup> Esto alentaría la deliberación colectiva en unidades políticas pequeñas llevada a cabo por aquellos que se hallan directamente afectados por las cuestiones de mayor relevancia. La decisión alcanzada en la comunidad local sería el reflejo de lo que sostengan los representantes de la mayoría y de la minoría en proporción a sus números respectivos a nivel provincial, en deliberación con representantes de otras comunidades locales. A su vez, los representantes de las posiciones mayoritarias y minoritarias alcanzadas a nivel provincial podrían discutir estos asuntos en el parlamento nacional con los representantes de las otras provincias. Una vez que se toma la decisión a nivel nacional, podría establecerse un proceso que siguiera el camino opuesto a fin de que se implemente esa decisión. Este proceso sería algo similar a lo que Habermas llama "discurso de implementación", en el cual se tienen en cuenta las condiciones locales y fácticas para implementar una determinada medida. Mientras que es utópico en sus aspiraciones, esta especie de federalismo, en el que los tres niveles del gobierno cooperan para alcanzar e implementar una decisión, se acerca más al sistema federal utilizado en la República Federal Alemana que en Estados Unidos.

### **Los sistemas electorales y el problema de la intermediación imperfecta**

Desde el punto de vista de la concepción deliberativa de la democracia epistémica, la representación es vista como un mal. Ese mal es, sin embargo, necesario, dados el tamaño de las comunidades políticas modernas, la escasez del tiempo con que cuentan los ciudadanos para dedicarse a los asuntos públicos, y la complejidad de muchas decisiones. El modo más generoso de concebir a la representación bajo la visión epistémica de la democracia consistiría en entenderla como una delegación para poder continuar la deliberación que ha tenido lugar entre los ciudadanos antes de que los representantes hayan sido electos. La discusión debería continuarse sobre la base de las platafor-

mas aprobadas por los electores cuando eligieron a sus representantes.

Aun en el caso que la representación se vea limitada de esa forma, ésta aún refleja la ambivalencia que surge de dos visiones en conflicto. Por un lado, existe una visión "de agencia" de la representación, defendida por pensadores como Burke, de acuerdo con la cual los representantes son agentes del electorado. Por otro lado, existe una visión de "reproducción" de la representación, defendida por Mill y otros filósofos, de acuerdo con la cual los cuerpos representativos deben ser un espejo del electorado, reflejando la distribución de los intereses y de las opiniones que están representando. La primera visión requiere que los electores identifiquen a sus representantes, que son entonces responsables frente a ellos de defender sus opiniones e intereses. La segunda visión requiere una simetría entre el grupo representado y los cuerpos representativos en referencia a las características relevantes del primero, tales como compromisos ideológicos e intereses.

Bajo la visión de representación como una delegación para continuar con la deliberación colectiva, estas dos visiones de representación convergen. Bajo la teoría burkeana, que sostiene que los representantes son, en forma individual, los agentes del electorado, están obligados a defender los principios y valores que los votantes manifestaron aprobar al momento de producirse la elección. Pero los representantes deben deliberar para acercarse lo máximo posible a la deliberación que los electores mismos hubieran llevado a cabo. La mejor forma de asegurar esta dinámica es poder contar con un cuerpo que sea una muestra lo más precisa posible de los valores e intereses de la unidad mayor. Para que la deliberación que tiene lugar en el cuerpo representativo goce de un valor epistémico similar al de la deliberación del grupo en su totalidad, los representantes deben estar comprometidos con las opiniones de sus electores y deben reflejar en forma colectiva la composición de la totalidad del electorado.

Bajo esta concepción de la representación, un parlamento o asamblea resulta ser la institución más representativa. Un presidente electo, por ejemplo, sólo maximiza un aspecto de la representación, dado por la facilidad que se le brinda a los electores de identificar a su agente. Sin embargo, éste es

altamente deficiente, como veremos en la sección siguiente, en lo que concierne a la rendición de cuentas frente a los diferentes sectores del electorado. Tampoco puede el presidente reflejar ideologías e intereses contrapuestos. Además, sólo un cuerpo colectivo puede continuar una deliberación que se reinicia a partir de las posiciones que reciben diferentes grados de apoyo en el electorado. Por esa razón, un gobierno parlamentario es superior, dado que está más directa y continuamente respondiendo a los resultados de la discusión que se da en la sociedad en su totalidad.

Sin embargo, es obvio que los parlamentos y los congresos en las democracias modernas no se corresponden con esta visión de un cuerpo que reproduce la deliberación ideal que la totalidad de la sociedad llevaría a cabo en caso de ser practicable. La imagen popular de las legislaturas en la mayoría de los países occidentales, particularmente en América latina, la asocia con lugares donde reina la politiquería y la verbosidad, con lobbistas operando detrás de la escena y con un funcionamiento permanentemente ineficiente y lento. De algún modo, esta imagen es injusta y es el resultado de la falta de comprensión acerca de la necesidad de alcanzar consensos a través de la discusión y las negociaciones. Sin embargo, parte de esta imagen es producto de deficiencias reales en la composición y funcionamiento de los parlamentos. Deberían adoptarse mecanismos que asegurasen la eficiencia y la apertura, tales como la aprobación de leyes en las comisiones parlamentarias, convertir en públicas las reuniones de las comisiones y permitir la sanción de una ley con la aprobación de una de las cámaras si la otra no toma intervención dentro de un determinado período de tiempo.

Detrás de los problemas vinculados al parlamento, surgen los de los partidos políticos. Muchas de las deficiencias de los parlamentos reflejan las deficiencias de los partidos. Estos últimos se han convertido en intermediarios del proceso democrático en todos lados. Existen incluso constituciones, como la de Alemania de 1949 en su artículo 21, que reconocen su función indispensable de formar la voluntad popular.<sup>37</sup> En teoría, los partidos políticos son vehículos necesarios para conducir la discusión pública sobre la base de principios, ideologías o modelos de la sociedad, a la vez que resultan útiles para

contrarrestar el poder de las facciones que unen a los individuos sobre la base de sus crudos intereses. Incluso cuando un partido es asociado con algún interés particular o clase social, éste debe dar razones para justificar esos intereses sobre la base de principios que serían aceptados desde un punto de vista imparcial. Un partido debe al menos pretender que sus intereses coincidan con el bien común. Cuando un ciudadano vota por un partido, se ahorra buena parte de la deliberación a través de su adhesión a alguna visión de la sociedad y a propuestas sustantivas que puedan ser comparadas con otras. En la práctica, Jean Blondel sostiene que todos los partidos son a la vez una agregación de intereses y una expresión de ideales.<sup>38</sup> La proporción de estas dos dimensiones varía de sistema en sistema y de partido en partido.

Sin embargo, esta proporción parece haberse vuelto bastante desequilibrada en muchas comunidades políticas. Los partidos políticos en la mayoría de los países democráticos presentan distorsiones crecientes que los convierten en grupos corporativos que defienden sus propios intereses. Como ha sido notado previamente, el sistema presidencialista da lugar a una polarización que hace que los partidos más grandes formen coaliciones amorfas con una decreciente definición ideológica. La adhesión a un partido político se debe más a una cuestión de tradición familiar, lealtad personal y competencia de tipo deportiva que a una cuestión de compromiso ideológico. En forma similar, la mayor parte de la actividad política que tiene lugar dentro de los partidos se refiere más a la competencia interna que al análisis de los problemas nacionales. A pesar del hecho de que los candidatos sean elegidos en elecciones generales abiertas, existe el sentimiento de que las opciones están en gran medida limitadas por las políticas internas de los partidos. Todas estas deficiencias que se experimentan en muchos países democráticos requieren profundas transformaciones en la estructura de los partidos.

Más importante quizá que la modificación de los procedimientos internos del parlamento y de las estructuras de los partidos son las modificaciones que podrían operarse sobre el sistema electoral. Deberíamos comenzar por considerar el tema del tamaño de los distritos. Estos pueden abarcar la totalidad de una nación, como sucede en Israel u Holanda, o pueden bien

consistir en unidades políticas más pequeñas como ocurre en el caso de estados establecidos por razones diferentes a las elecciones. También existen distritos *ad hoc* que se forman simplemente con fines electorales, para asegurar que un cierto número de representantes sea elegido en cada distrito. Con respecto al método de distribución de las bancas, existen dos sistemas electorales principales. Uno es el *mayoritario* que implica que el partido que obtenga una mayoría simple o una mayoría absoluta de los votos, en la primera elección o en el *ballotage* o segunda vuelta, gana todos los asientos correspondientes al distrito. En el sistema *proporcional* las bancas son distribuidas entre los partidos en proporción a los votos obtenidos en el distrito. El sistema proporcional permite que los distritos elijan varios representantes.<sup>39</sup>

Existen en verdad muchas variaciones de estos sistemas. Una de ellas corresponde a lo que se denomina voto de preferencia, el cual permite que el votante determine el orden de los candidatos en la lista del partido bajo un sistema proporcional. Existe también el voto alternativo en el sistema mayoritario, el cual permite que el votante exprese una segunda opción cuando la primera no pueda pasar un cierto umbral. Además, existen sistemas mixtos que combinan en forma diferente estos dos métodos principales. Por ejemplo, el sistema electoral alemán le da a cada elector dos votos, uno para el representante de un distrito uninominal para el *Bundestag*, elegido por simple mayoría, y otro para una lista del partido que contiene los candidatos que representan al distrito mayor, normalmente uno de los *Länder*, elegido por representación proporcional.

Un análisis comparativo de sistemas electorales muestra que no existe ningún sistema que satisfaga todos los requerimientos mínimos, que incluyen el reflejo de la composición ideológica de la sociedad; una relación cercana entre representados y representantes; la no controversialidad en su aplicación; la facilidad de operación del cuerpo colectivo que resulta a partir de él; y la atenuación de la confrontación entre los partidos y los poderes del Estado. El sistema proporcional representa con bastante justicia todos los matices importantes de las opiniones expresadas por el electorado, convirtiendo al parlamento en una especie de representación espejo de la geografía ideológica de la sociedad. Sin embargo, el sistema

proporcional tiene el serio obstáculo de que existe muy poca relación entre los representantes y los representados, dado que cada ciudadano vota por una larga lista de candidatos propuestos por el partido para representar a la totalidad de la región. El votante puede sólo conocer los nombres del primero o segundo candidato de la lista. Los ciudadanos entonces no sienten que puedan dirigirse a sus representantes, y estos últimos se ven a sí mismos con menos responsabilidad frente a sus electores que la que tienen respecto de los líderes del partido que los eligió. Por otro lado, el sistema mayoritario, por el cual se elige un sólo representante por cada distrito, aunque óptimo desde el punto de vista de la creación de una relación cercana entre representados y representantes, tiene deficiencias bien conocidas. Estas deficiencias incluyen la dificultad para diseñar los distritos en forma neutral; la inequidad respecto de terceros y cuartos partidos que usualmente no están representados en forma proporcional con los votos y su consiguiente retiro del sistema; y el parroquialismo de los candidatos que deben estar más atentos a los problemas locales que a los nacionales. Mientras el sistema proporcional hace más difícil para un representante pensar en sí mismo como un agente, el sistema mayoritario falla en satisfacer la visión de la representación como reproducción del grupo representado. En un sistema mayoritario, la legislatura no reflejará la distribución de las opiniones e intereses que existen en el electorado.

Las ventajas de estos dos sistemas pueden probablemente ser combinadas en un sistema mixto para neutralizar sus desventajas. Existen al menos dos posibilidades. La primera es la que ofrece el sistema alemán, el cual divide a la Cámara en dos partes, una elegida por distritos y la otra por un sistema de representación proporcional. La segunda permite a los ciudadanos alterar el orden dentro de la lista de representantes y elegir de entre esa lista de modo que los candidatos se vean obligados a buscar el apoyo de electorados especiales.

Todas estas preocupaciones requieren una discusión mayor e investigación empírica. El punto principal sigue siendo el mismo: dado que los parlamentos y los partidos políticos son los principales canales —aparte de la participación popular directa— a través de los cuales funciona la democracia deliberativa, sus deficiencias constituyen una debilidad primaria que afecta

a la totalidad del sistema. Estas deficiencias explican con amplitud los pobres resultados morales del proceso democrático, a pesar de su alegada calidad epistémica, cuando éste se aproxima a la práctica informal de la discusión moral.

### **Gobierno presidencialista vs. gobierno parlamentario y la creación y mantenimiento del consenso social**

Existe un continuo de regímenes democráticos que van desde el parlamentarismo puro al hiperpresidencialismo. En el sistema parlamentarista puro, el consenso popular tiene incidencia sobre la formación del parlamento. De este modo, este último decide la formación del gobierno. Con respecto a la cabeza del Estado, aquel que ejerce esta función alcanza su posición de forma hereditaria o es designado a través de algún procedimiento indirecto en el cual el parlamento juega un papel decisivo. En el sistema presidencialista, el consenso popular tiene dos expresiones que influyen en forma separada sobre la formación de los órganos legislativo y ejecutivo. Ambos, la legislatura y el ejecutivo, son elegidos por el pueblo. En un sistema mixto, el ejecutivo se divide en dos funciones, la jefatura de Estado y la jefatura de gobierno; aquel que ejerce la primera es elegido popularmente, mientras que el segundo —el Primer Ministro— es elegido por el parlamento.

Otra variable a tener en cuenta para definir un sistema de gobierno se refiere al alcance de las diversas expresiones del consenso popular. Cuando hay más de una, se coordinan mutuamente. En un sistema presidencialista puro, no hay ninguna coordinación en la formación de los órganos legislativo y ejecutivo, aunque existen mecanismos para coordinar sus decisiones. El presidencialismo puede ser atenuado mediante el otorgamiento al Congreso de la facultad de confirmar las designaciones que realiza el ejecutivo, o la de censurar a aquellos designados, incluso al presidente mismo. En los sistemas mixtos más comunes, una parte del ejecutivo —el gobierno— se forma a raíz de la decisión coordinada del jefe de Estado y del parlamento. Una coordinación adicional sucede cuando el jefe de Estado interviene en la formación del parlamento al poder de disolverlo y llamar a nuevas elecciones. Usualmente, el parlamento no

tiene la capacidad análoga de censurar al presidente, aunque algunos autores han propuesto la renuncia del presidente en caso que éste pierda las elecciones parlamentarias.

En otros sistemas mixtos, nunca experimentados en la práctica, el jefe de gobierno —no el de Estado— es elegido por el voto popular, pero sigue estando sujeto a la censura parlamentaria. Si el jefe de gobierno es censurado, sin embargo, el parlamento debe también disolverse a sí mismo. En forma similar, si la cabeza del gobierno quiere disolver el parlamento, debe ella misma también someterse a una nueva elección. En el sistema parlamentario puro, no hay ninguna coordinación entre varias expresiones del consenso popular. Sin embargo, se requiere alguna necesidad de coordinación del gobierno con el parlamento dado que el primero, aunque designado por el último, puede adquirir diferentes grados de independencia, de acuerdo con el proceso de censura o debido a mecanismos informales como el sistema de partidos y los sistemas electorales.

En otros trabajos, he presentado argumentos funcionales asociados con los valores de estabilidad y eficiencia en contra del sistema presidencialista de gobierno en general y del hiperpresidencialismo latinoamericano en particular. He puesto el énfasis sobre el hecho de que un sistema presidencialista puro puede sufrir de falta de legitimidad subjetiva. A menudo, un presidente puede recibir un apoyo popular muy reducido cuando es elegido, por ejemplo, por una simple mayoría de los votos. Este escaso margen puede estar en conflicto con el sentimiento de tener una misión que cumplir que la presidencia generalmente le infunde a la persona que la detenta. Así, un presidente puede intentar priorizar transformaciones profundas sin el apoyo necesario, como sucedió en Chile bajo la presidencia de Salvador Allende. Este fue elegido por menos del treinta por ciento de los votos y, sin embargo, se embarcó en profundas reformas sociales y económicas. El remedio usual para esta dificultad es establecer una segunda vuelta electoral entre los dos candidatos principales, un *run off*, o lo que los franceses llaman *ballotage*. Generalmente, este remedio es inefectivo, dado que produce una mayoría artificial y circunstancial que se desvanece tan pronto como la elección termina. Esto tuvo lugar con la elección del presidente Fernando Collor de Mello en Brasil.

Además, incluso cuando el presidente es elegido por una amplia mayoría genuina, la rigidez del sistema presidencialista abre la posibilidad de que el primer mandatario pierda el apoyo popular durante su mandato y, de todos modos, le requiere que gobierne sin el consenso necesario. Este fue obviamente el caso del presidente Raúl Alfonsín de Argentina después de la elección parlamentaria de 1987. Su partido perdió esta elección y, como resultado de ello, debió continuar dos años más en la presidencia, enfrentando la oposición creciente del Congreso y la falta de credibilidad de la sociedad en su conjunto.

Además, el presidencialismo puede ser disfuncional frente a una crisis política, social o económica debido a la falta de válvulas de escape efectivas. El juicio político a un presidente es un mecanismo muy complicado. Existen muy pocos casos en los cuales se haya podido llevar a cabo con éxito un procedimiento como éste en Estados Unidos o en Argentina. El mismo requiere que se acuse al presidente por mal desempeño o por la comisión de un crimen, y puede llegar a necesitar del apoyo del partido del presidente. Esto es generalmente equivalente a un suicidio político para ese partido, dado que debe acusar a su propio líder de mal desempeño de sus funciones. Remover a un miembro del gabinete o a su totalidad no es generalmente suficiente para recobrar la credibilidad de la gente en el gobierno, dado que la percepción es que el presidente tiene la última responsabilidad por las políticas que se consideran inadecuadas. De este modo, el sistema carece de capacidad para crear una válvula de escape que pueda enfriar una situación política que se ha sobrecalentado. En un sistema parlamentario, la válvula de escape puede estar constituida por la posibilidad de disolución del parlamento. En sistemas presidencialistas, ella consiste en involucrar a la totalidad de la estructura democrática. Por ello, el sistema colapsa cuando los sectores sociales poderosos perciben que la caída del sistema es la única forma de preservar las estructuras sociales más amplias. Esta ha sido la experiencia histórica desafortunada de América latina.

El sistema presidencialista de gobierno también trae aparentemente la personalización del poder que debilita las estructuras institucionales. La mayoría de las expectativas y presiones son concentradas sobre una persona. Cualquier problema que la afecta, como por ejemplo la pérdida de la popularidad y la

credibilidad, enfermedades físicas y psicológicas, necesariamente inciden en forma negativa sobre la totalidad de la estructura institucional. Es muy difícil reemplazar al presidente contra su voluntad, y una renuncia anticipada (como la que sucedió con el presidente Alfonsín en julio de 1989) es percibida como el abandono de sus responsabilidades. El vicepresidente puede parecer ser la solución, pero a menudo no es una forma adecuada de reemplazar al presidente, pues el vicepresidente es elegido más por razones políticas que por consideraciones vinculadas a la sucesión presidencial. Más allá de esto, la personalización del poder, inherente al sistema presidencialista, hace crecer la posibilidad de que se generen abusos autoritarios y corrupción, dado que existe un cierto halo de intocabilidad que rodea al presidente y que provoca la reverencia a la cabeza del Estado. Esta reverencia a menudo socava el propio funcionamiento de los controles republicanos.

La confrontación entre los partidos generada por un sistema presidencialista también constituye una característica disfuncional de este sistema. Como lo señala Juan Linz, la naturaleza "de suma cero" de las elecciones presidenciales es causada por la indivisibilidad del lugar central del poder entre los partidos.<sup>40</sup> La dinámica de confrontación se vuelve más aparente cuando los partidos se encuentran bien organizados y disciplinados, una condición especialmente alimentada por la representación proporcional. Mientras esta situación no existe en Estados Unidos o en Brasil, se halla presente en Argentina y en Perú. La política se convierte en una competencia de "todo o nada", dado que la presidencia controla casi la totalidad del poder incluyendo la distribución de todos los cargos públicos. Entonces, el partido de la oposición trata de socavar, tanto como sea posible, la credibilidad del presidente para afectar en forma adversa los proyectos de reelección del partido gobernante.

Esta dinámica de confrontación produce una situación de parálisis entre los diferentes poderes del gobierno cuando ellos se encuentran controlados por diferentes partidos. Si estos partidos son disciplinados, es extremadamente difícil para un presidente obtener la aprobación necesaria de sus iniciativas de un Congreso dominado por la oposición. Esto sucedió con el presidente Alfonsín, luego de perder las elecciones parlamentarias de 1987. También sirvió de excusa para que el presidente

Alberto Fujimori de Perú cerrara el Congreso en 1992. En forma inversa, cuando el partido del presidente domina el Congreso, la legislatura generalmente se vuelve sumisa. Esto socava el rol que el Congreso tiene como control de la administración, dado que la dinámica de todo o nada alienta a los partidos a cerrar filas alrededor de sus líderes.

Finalmente, los sistemas presidencialistas también tienen dificultades en la posibilidad de formar coaliciones entre los partidos, lo cual se requiere para superar crisis profundas o para hacer frente a las presiones corporativas. Esto es consecuencia de la imposibilidad de compartir el poder presidencial y de los pocos incentivos que los partidos de oposición tienen al no poder ocupar posiciones en el gabinete que dependen del presidente. Los líderes de la oposición saben que si ellos aceptan una posición en el gabinete, sus partidos se verían afectados en forma adversa por la erosión en la popularidad que normalmente sufre el gobierno. El presidente Alfonsín experimentó esto cuando fue arrinconado por los intereses de los sindicatos vinculados al partido peronista. Alfonsín trató de negociar con los líderes sindicales, a través de la inclusión de algunos de ellos en su propio gabinete, pero estos fueron inmediatamente aislados por el partido peronista y los demás miembros de los sindicatos.

Mientras los argumentos señalados más arriba han sido fundamentalmente funcionales, existen también muchas razones morales respecto de la justificación de la democracia que también afectan al sistema presidencialista. Este sistema divide la discusión pública en dos expresiones diferentes: la elección del presidente y la elección de la asamblea legislativa. Estas elecciones pueden tener lugar en momentos distintos. En Estados Unidos, cuando tiene lugar la elección del presidente, también sucede la elección correspondiente para cubrir bancas en la Cámara de Representantes. Sin embargo, ésta se renueva cada dos años mientras que las elecciones presidenciales tienen lugar cada cuatro años. De este modo, un miembro de la Cámara de Representantes puede ser elegido en un año que no haya elección presidencial.<sup>41</sup> La división de la expresión de la soberanía popular es celebrada por los pluralistas en el aspecto que se refiere al hecho de que ninguna persona puede invocar la voz del pueblo. Sin embargo, ello tiene como costo una superposición de voces que confunde el mensaje. Como consecuencia, nadie se

escucha completamente y no se acepta la conclusión alcanzada a través del debate electoral.

Ocasionalmente, puede existir una excepción a esta situación que le permite al pueblo tener la sensación de que el presidente habla por ellos. Esto tiene lugar cuando aquel es elegido por un mayoría arrolladora, lo cual sucedió en Argentina en los casos de Perón en 1973 y, en menor grado, de Alfonsín de 1983. En ambas situaciones el presidente comenzó su mandato con un gran apoyo popular, a menudo, incluso con mayor aprobación que la expresada en las elecciones debido al hecho de que la popularidad usualmente trae aparejada mayor popularidad. Sin embargo, surge un nuevo problema y es el de cómo mantener ese apoyo. El presidente, elegido por un cierto término, puede sentir que no se encuentra obligado a seguir el consenso alcanzado en un proceso electoral. A menudo, la cruda realidad del gobierno hace que éste se aparte de las promesas fáciles efectuadas durante la campaña. Recordemos el caso de George Bush, quien expresó la famosa frase "lean mis labios" y prometió no incrementar los impuestos, aunque luego sí lo hizo.

Consideremos también el caso mucho más serio del presidente Menem de Argentina, cuyas posturas sobre cuestiones económicas durante la campaña, aunque manifestadas en forma vaga, no podrían jamás haber indicado los cambios que llevaría a cabo una vez que ocupó el gobierno. El programa de privatizaciones que lanzó no bien inició su presidencia fue un apartamiento claro de su propio partido. En forma similar, nunca se hubiera podido prever que indultaría a los militares luego de prometer en repetidas oportunidades que dejaría a la justicia hacer su trabajo. Si un candidato presidencial sabe que, una vez elegido, no se verá obligado a cumplir con las promesas que ha formulado, se vuelve muy sencillo para él hacerlas.

El pueblo, por otro lado, protagoniza un proceso paralelo. Los ciudadanos saben que por muchos años nadie los interrogará acerca de su voluntad en confirmar o rechazar los mandatos de aquellos a quienes han elegido, surgiendo un cierto sentido de irresponsabilidad. Lo que parece dominar el escenario es una crítica generalizada al gobierno y nadie parece proveer alternativas y posiciones positivas.

Además, más importante que la pérdida del consenso es la dificultad en reconstruir ese consenso dentro del sistema presi-

dencialista. El carácter rígido y extendido del término del mandato presidencial impide el llamado a nuevas elecciones presidenciales, incluso cuando el presidente ha sufrido una pérdida catastrófica de popularidad y credibilidad. Algunos presidentes de América latina han sido apoyados sólo por el cinco por ciento de la población de acuerdo a las encuestas. No existe ninguna forma de canalizar la opinión general de modo que pueda expresarse nuevamente acerca de su parecer respecto del principal puesto de poder, tornándose casi imposible remover al titular del cargo. Además, el presidente mismo no se ve inclinado a renunciar voluntariamente como hizo Alfonsín en Argentina en 1989. El presidente generalmente cree que su mandato trasciende la opinión pública contingente y sabe perfectamente que su renuncia implica, casi siempre, la muerte política.

Tampoco puede reconstruirse el consenso operativo en el Congreso. En primer lugar, existe una ausencia relativa de representatividad en la estructura de representación regional del Senado y en los defectos electorales expresados en la composición de la Cámara de Representantes. En segundo término, el Congreso tiene un poder limitado para impulsar la acción política pero cuenta con un poder claro para obstruir la labor del presidente. Cuando al menos una de las cámaras se encuentra dominada por un partido de la oposición, la obstrucción es el curso de acción más probable. Dadas estas condiciones, es casi imposible para el presidente obtener apoyo de los legisladores más allá del que le suministren los que pertenecen a su propio partido, dado que los de la oposición se encuentran sujetos a la disciplina de sus líderes partidarios que buscan el descrédito del presidente para incrementar así sus propias oportunidades en las futuras elecciones.

Por estas razones, el sistema presidencial que opera en muchos países, especialmente en América latina, no asegura que el consenso resultante del debate público se refleje permanentemente en la formación y trabajo del gobierno. Esta conclusión implica un apartamiento considerable de las condiciones que otorgan valor epistémico al funcionamiento del gobierno democrático y puede también explicar la pobreza de sus resultados morales.

Por otro lado, en cambio, un sistema parlamentario (tal como el que existe en Inglaterra, Alemania o España), o un

sistema mixto (como el de Francia, Portugal y Finlandia) tienden a reflejar de forma mucho más flexible el consenso en el funcionamiento del gobierno. Aunque los sistemas parlamentarios tienen dificultades que les son propias, el principal problema no es la tendencia, aludida tan a menudo, a la inestabilidad del gobierno, dado que ésta puede superarse por medio de mecanismos que corresponden a lo que se denomina "parlamentarismo racionalizado". Tales mecanismos incluyen instituciones como "la censura constructiva", que evita que la mayoría censure un gobierno si no cuenta con un apoyo mayoritario para la formación de uno nuevo. Además, es importante resaltar que la inestabilidad en un gobierno en particular puede significar, a veces, el mejor reaseguro contra la inestabilidad de la totalidad del sistema democrático.

Desde mi punto de vista, los sistemas parlamentarios cuentan con dos limitaciones principales. En primer lugar, es imposible dirimir situaciones de empate entre los partidos más importantes. Ello conduce a que éstos se vean sometidos a presiones indebidas de los partidos más pequeños (como sucede en Israel), dado que éstos son convocados para quebrar ese empate. En segundo lugar, y más importante aún, la formación de un gobierno en un sistema parlamentario está en manos del parlamento y, de este modo, se encuentra un paso más alejada de la decisión del electorado. Esto puede alentar la creencia popular de que el gobierno es el resultado de maniobras políticas que tienen lugar en reuniones secretas que se desarrollan en niveles altos de poder.

Los sistemas mixtos pueden evitar las dificultades que enfrentan los sistemas presidencialistas y parlamentaristas puros. Tal como sucede en Francia y Portugal, el presidente es el centro de poder mientras goce de suficiente apoyo popular como para hacer imposible una censura parlamentaria de su gestión o que sea demasiado riesgosa. Cuando la popularidad del presidente comienza a debilitarse, tendrá que negociar con los representantes de su propio partido en el parlamento incluso, antes de una elección parlamentaria. En ese caso, el primer ministro y su gabinete adquieren independencia del presidente y se convierten en funcionarios más responsables frente a la mayoría parlamentaria, aun cuando ella se encuentre compuesta por representantes del mismo partido del presidente. Si

el presidente pierde el apoyo popular, ello se verá reflejado en la próxima elección parlamentaria, dado que la totalidad de la asamblea es elegida por cuatro años, en la mitad de los cuatro años del período presidencial. Entonces, el presidente puede tener que negociar con la oposición en el parlamento para formar un gobierno que podría ser considerablemente independiente del presidente. En efecto, la formación de un nuevo gobierno puede ayudar a proteger al presidente, dado que esto puede producir el efecto de reconstituir su prestigio y comenzar un nuevo ciclo electoral.

La característica más importante de los sistemas mixtos es que éstos coordinan las dos expresiones de la soberanía popular que surgen del parlamento y de la elección presidencial, que se dan en diferentes momentos. La estructura de gobierno se ajusta a esas expresiones para que el gobierno sea permanentemente apoyado por el consenso que resulta de un debate público continuado. Sin embargo, la desventaja de este sistema mixto de gobierno es que desagrega la función que cuenta con la legitimidad popular, en un presidente de la nación, y un funcionario que es el responsable máximo del gobierno, el primer ministro o cabeza del gobierno. Como sostiene enfáticamente Juan Linz, esto puede generar un problema político, dado que el presidente podría recurrir a esa legitimidad para exceder los límites de sus poderes formales e imponer presiones indebidas sobre el gobierno.<sup>42</sup> Este riesgo puede crecer peligrosamente en un contexto como el latinoamericano, donde el presidente es, además, la cabeza de las Fuerzas Armadas. En el sistema francés, el presidente también tiene importantes poderes respecto de la defensa y las relaciones exteriores. Estos poderes presidenciales extendidos crean ambigüedades en la división de responsabilidades con el primer ministro, no sólo porque el presidente tiene poder en esas áreas, sino también porque es imposible separarlos en forma completa de áreas tales como la económica o la de la seguridad interna, que son de incumbencia del primer ministro. En contextos sociales menos civilizados políticamente que Francia, esta confusión de roles puede ser una causa seria de tensión política.

Esta especie de confusión podría superarse en un sistema mixto en el cual las funciones de la cabeza del Estado y el jefe del gobierno se encuentran claramente separadas. El jefe de

Estado sólo recibe funciones simbólicas de poderes que trascienden la política del día a día. El jefe de gobierno, es elegido popularmente, mientras que el de Estado es designado por una mayoría especial del parlamento. La elección popular del jefe de gobierno no previene de la posibilidad de que el parlamento pueda anular la elección por medio de la censura o expulsar a la cabeza del gobierno. Esto crea un problema dentro de este sistema, dado que podría haber un conflicto entre la legitimidad popular de que goza el jefe de gobierno y la amenaza de la censura parlamentaria. Parece ser que la soberanía popular se frustra si el funcionario elegido por los votantes para ser la cabeza del gobierno puede resultar despedido por una estrategia urdida en el parlamentario. Una forma de escapar de esta dificultad es requerir que el parlamento también se disuelva y se someta a una nueva elección si decide censurar al gobierno. En forma similar, si el presidente disuelve el parlamento, podría estar obligado a renunciar y exponerse a una nueva elección. De esta forma, la coordinación entre los dos órganos surgidos de la soberanía del pueblo y la integridad del consenso popular se ven preservados, dado que el electorado es el árbitro final del conflicto entre sus diferentes representantes.

Claramente, las cuestiones relacionadas con la mejor forma de gobierno son altamente especulativas y dependen en un elevado grado de las características históricas, sociológicas y culturales de cada contexto y de la información empírica con que se cuente respecto del funcionamiento de estos diferentes arreglos institucionales. El punto principal del ejercicio desarrollado en esta sección, sin embargo, es responder de alguna forma a esta importante pregunta: ¿por qué el proceso democrático produce resultados tan insatisfactorios desde el punto de vista moral? Estos resultados pueden bien ser explicados por el hecho de que el sistema de gobierno elegido no es el mejor para promover, preservar y reflejar el consenso que puede alcanzarse a través del proceso de la deliberación colectiva, incluso cuando el proceso mismo no se encuentre significativamente distorsionado. A su vez, la discusión revela que el debilitamiento de la calidad epistémica de la democracia, que constituye una realidad de la vida política moderna, puede ser parcialmente superado si se llevan a cabo transformaciones institucionales profundas pero cautelosas.

## El recurso a una constitución atrincherada

La dispersión temporal de la soberanía también afecta la calidad epistémica del proceso democrático a la luz del problema que presenta el tener que obedecer en el presente aquellas decisiones que fueran tomadas en el pasado. Es claro que las decisiones mayoritarias adquieren un déficit democrático con el paso del tiempo. Como los intereses de la gente cambian con el tiempo y la gente misma cambia, existe un progresivo debilitamiento de la presunción de que las decisiones tomadas anteriormente reflejan una solución en la cual los intereses de todos los afectados fueron considerados. Con el tiempo, la decisión anterior no refleja más los nuevos intereses de las personas o los intereses de los individuos nuevos.

Dado que no podemos tener una "democracia instantánea" que adapte las decisiones al continuo surgimiento de nuevas personas e intereses, debemos recurrir a algunas ideas de consentimiento tácito que podrían explicar por qué las decisiones tomadas en el pasado son válidas para obligarnos en el presente. Si las decisiones anteriores no cambian, uno puede presumir que existe una mayoría que está a favor de ellas o, al menos, en favor de no asumir el costo de cambiar la situación. Para que esta presunción sea verdadera, debe ser fácil para una mayoría que se opone al *statu quo* poder cambiarlo, por lo que deberían evitarse requerimientos de mayorías especiales. Esto también significa que deberían existir procedimientos que asistan a las personas a evaluar decisiones basadas en términos de intereses presentes. Esta finalidad podría alcanzarse, por ejemplo, por un procedimiento a través del cual los tribunales pudieran requerir a las legislaturas la reconsideración de viejas leyes que parecen ser particularmente injustas.

Existen argumentos fuertes para justificar el poder de las decisiones mayoritarias basadas sobre mayorías presentes. Stephen Holmes ha sostenido que los límites a la regla de la mayoría adoptados en el pasado pueden en realidad expandir en cierta forma el poder de las mayorías presentes.<sup>43</sup> Una de tales formas consiste en asumir un precompromiso voluntario. Consideremos el autopatrialismo practicado por Ulises al atarse a sí mismo para resistir el canto de las sirenas. Como Holmes mismo sostiene, sin embargo, uno debería ser cuidadoso en

extender al grupo colectivo un marco conceptual que se aplica a una sola persona. Después de todo, las mayorías se forman en diferentes momentos por diferentes personas y, de este modo, es difícil hablar de autopaternalismo. En algunos casos el heteropaternalismo podría estar justificado cuando existe el riesgo de que la voluntad sin límites de una persona dañe sus propios intereses subjetivos. Aun así, resulta difícil imaginar los riesgos a los cuales una mayoría presente se encuentra sujeta que permitan explicar por qué sus decisiones deberían ser limitadas por una decisión tomada por otra mayoría en un momento anterior que no enfrenta los mismos riesgos. En su explicación, Holmes recurre, como Ackerman, a la alegada calidad superior de la decisión mayoritaria expresada en la constitución. Esta explicación, como ya lo he sostenido, es dudosa a la luz de las deficiencias democráticas de ese momento.

Holmes presenta un argumento más persuasivo cuando señala que no pueden tomarse todas las decisiones a la vez. Entonces, las decisiones presentes pueden ser tomadas sobre la base de algunas decisiones pasadas. El autor dice que "no tiene sentido hablar de gobierno popular escindido de algún tipo de marco legal que posibilite al electorado tener una voluntad coherente. Por esta razón, los ciudadanos democráticos requieren de la cooperación del régimen, o sea, de los padres fundadores. Formulado de un modo gracioso: sin atar sus manos, la voluntad del pueblo no tiene manos. Las decisiones son tomadas sobre la base de decisiones previas".<sup>44</sup> Más allá del poder intuitivo de su apelación a la necesidad de decidir entre ciertos parámetros establecidos en el pasado, la base del argumento es bastante oscura. ¿Por qué no podría la mayoría presente decidirlo todo?

Para que la democracia tenga valor epistémico, sus procedimientos deben permitir la discusión y la decisión de la mayoría. No es claro por qué una mayoría pasada está en mejores condiciones para establecer el procedimiento correcto. Mientras que no exista ninguna regla de la mayoría sin primero establecer un procedimiento correcto que haga que ciertas decisiones tengan autoridad, no existe ninguna forma de atrincherar ese procedimiento sin cuestionar la autoridad de la mayoría para decidir qué es lo mejor. Si uno cree que el procedimiento establecido en la constitución es correcto, debe

celebrar el hecho de que ninguna mayoría simple pueda reformarlo. En forma similar, si uno cree que éste es equivocado, debe lamentar la imposibilidad de la mayoría para reformarlo.

La apelación que resulta del argumento de Holmes puede bien ser el producto de otras circunstancias que hemos discutido anteriormente en relación con la tesis de MacCormick de ver a la constitución como una convención. Por ejemplo, ninguna mayoría goza de autoridad a menos que ésta sea parte de una práctica colectiva. Incluso la constitución de hoy en día sólo representa un esfuerzo exitoso entre otros que han fracasado en establecer esa práctica colectiva. La mayoría por sí misma no puede establecer siempre una nueva práctica, y debe a menudo apoyarse en la práctica existente para poder gobernar. En forma similar, la mayoría, a diferencia de un monarca o un aristócrata, no es un individuo o un grupo de individuos. En lugar de ello, la mayoría es una abstracción que resulta formada por distintos grupos de manos levantadas en respuesta a diferentes preguntas. Algunas de las personas cuyas manos componen esa mayoría para una cuestión determinada podrían constituir una minoría para otro tema. La gente puede también votar, en forma diferente, si un asunto se encuentra adosado a otros. Además, una mayoría puede cambiar porque la gente cambia o porque sus ideas o intereses cambian. Debe alcanzarse un equilibrio que permita el cambio de la mayoría (ya que ninguna mayoría debería dominar a otras mayorías) y provea la estabilidad necesaria para que la mayoría no se vea frustrada. Además, dado que la democracia protege los intereses que pueden ser justificados sobre la base de principios imparciales, su funcionamiento debería tener en cuenta el hecho de que los intereses no son instantáneos sino que se extienden a lo largo del tiempo. Muchos intereses son por cuestiones que sucederán en el futuro. Es por el bien de todos, por lo tanto, que una vez que estos intereses han sido legitimados por la discusión pública y la decisión mayoritaria, la sociedad garantice su cumplimiento a pesar de los cambios de personas o de sus intereses.

Estas observaciones no son de mucha ayuda dado que no existe ninguna teoría conclusiva en el presente acerca del peso de las decisiones pasadas y de la justificación de su atrincherramiento, el mejor consejo práctico es proceder con cautela. En mi caso, no recomendaría, por ejemplo, establecer un procedi-

*unificación*

miento de reforma constitucional que fuera equivalente al de la sanción de una ley. Al mismo tiempo, adoptaría un procedimiento menos rígido para reformar la constitución que aquellos que se encuentran previstos en constituciones como la de Estados Unidos o de Argentina.<sup>45</sup>

Se podría sostener que mi visión de la democracia es utópica en el mal sentido, dado que las democracias modernas no presentan las características institucionales que, de acuerdo con el análisis precedente, se corresponderían con mi visión. Pero éste no es el caso. A pesar de sus imperfecciones, las democracias actuales, principalmente las de Europa occidental, encarnan en grado considerable las características de la discusión abierta y libre y de la participación popular que provee a las discusiones mayoritarias de calidad epistémica. En verdad, ellas poseen estas características en un grado incomparablemente mayor que otros sistemas existentes en el mundo.

Sin embargo, estas democracias están aún lejos de reflejar la práctica informal de la discusión y la concepción epistémica de la democracia indica el alcance y la dirección de la reforma. Una vez que admitimos un cierto grado de utopismo, siendo éste legítimo, debemos preguntarnos acerca de la estrategia del cambio. ¿Qué es lo que podemos hacer para que la constitución histórica se acerque al modelo ideal? Continuando con nuestra propuesta de reformas formales y explícitas del diseño institucional —que pueden ser muy difíciles de lograr— nuestra atención se dirigirá ahora hacia el poder judicial, a fin de que éste reconozca un mejor sistema de derechos o una mejor organización del poder. Sin embargo, esto coloca a los tribunales en la angustia ocasionada por una tensión terrible. Ellos deben establecer un equilibrio entre los reclamos de la constitución histórica y los de la ideal. Deben buscar un balance entre las dos características de la constitución ideal, el respeto por los procedimientos democráticos y la real vigencia de los derechos sustantivos. En el próximo capítulo, vamos a discutir esta tensión y preguntarnos cómo deberían actuar los jueces para promover una democracia deliberativa dentro del marco de una constitución compleja.

## Notas

1. Carlos Santiago Nino, "Autonomía y necesidades básicas", *7 Doxa*, 1990, pp. 21-34.
2. Dakota del Sur adoptó la iniciativa y el referéndum en 1898, Utah en 1900, Oregon en 1902 y Massachusetts en 1981. La revocatoria de mandatos fue adoptada en 1908 por Oregon y en 1911 por California para todos los funcionarios elegidos popularmente. Thomas E. Cronin, *Direct Democracy: The Politics of Initiative, Referendum, and Recall*, Cambridge, Harvard University Press, 1989, pp. 51, 126-127.
3. Luego de la reforma constitucional efectuada en Argentina en 1994, el artículo 39 establece la iniciativa popular y el 40 prescribe la consulta popular. [T.]
4. Cronin, *Direct Democracy*.
5. Mientras que la intensidad de los intereses es relevante para las visiones utilitarista y económica de la democracia, ella no lo es en el caso de la concepción epistemológica.
6. Cronin, *Direct Democracy*, pp. 10-11, 57-58.
7. *Ibid.*, p. 212.
8. *Ibid.*, p. 211.
9. *Ibid.*, pp. 211-212, 214-222.
10. *Ibid.*, pp. 225-226.
11. Robert A. Dahl, *Democracy and Its Critics*, New Haven, Yale University Press, 1989, p. 340.
12. James S. Fishkin, *Democracy and Deliberation: New Directions for Democratic Reform*, New Haven, Yale University Press, 1991, pp. 81-104.
13. Véase la propuesta de Robert A. Dahl en su libro *A Preface to Economic Democracy*, Berkeley y Los Angeles, University of California Press, 1985.
14. Michael J. Crozier, Samuel P. Huntington y Joji Watanuki, *The Crisis of Democracy: Report on the Governability of Democracies to the Trilateral Commission*, New York, New York University Press, 1975.
15. Carlos Santiago Nino, "La participación como remedio a la llamada 'crisis de la democracia'", en *Alfonstín: Discursos sobre el discurso*, Buenos Aires, Eudeba, 1986, pp. 123-137.
16. Véase, por ejemplo, el conocido análisis de Raymond E. Wolfinger y Steven J. Rosenstone, *Who Votes?*, New Haven, Yale University Press, 1980.
17. Robert M. Entman, *Democracy without Citizens: Media and the Decay of American Politics*, New York, Oxford University Press, 1989, pp. 26-27.
18. Carlos Santiago Nino, "El Voto Obligatorio", en *Segundo Dictamen Sobre la Reforma Constitucional del Consejo para la Consolidación de la Democracia*, Buenos Aires, Consejo para la Consolidación de la Democracia, 1987.

19. Véase Fred W. Riggs, "La supervivencia del presidencialismo en Estados Unidos: Prácticas paraconstitucionales", en *Presidencialismo vs. Parlamentarismo: Materiales para el estudio de la Reforma Constitucional*, Buenos Aires, Eudeba, 1988, pp. 45-94, 73.

20. Karl Polanyi, *The Great Transformation*, New York, Farrar and Rinehart, Inc., 1944, pp. 223-226.

21. Véase Jennifer Nedelsky, *Private Property and the Limits of American Constitutionalism: The Madisonian Framework and Its Legacy*, Chicago, University of Chicago Press, 1990, p. 195.

22. Carlos Santiago Nino, *Radical Evil on Trial*, New Haven, Yale University Press, 1996.

23. Adam Przeworski, *Democracy and the Market: Political and Economic Reforms in Eastern Europe and Latin America*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991, pp. 30, 32 y 33.

24. Esta dinámica puede ser analizada recurriendo a la estructura de interacción desarrollada por la teoría de los juegos. Edna Ullman-Margalit describe situaciones donde uno de dos o más partidos pretende mantener un *status quo* de desigualdad en sus propios intereses. Véase Edna Ullman-Margalit, *The Emergence of Norms*, Oxford, Clarendon Press, 1977.

25. Véase *infra*, capítulo 7 para una discusión del rol de poder judicial.

26. Giovanni Sartori, "Video-Power," 24 *Government and Opposition*, 39 (1984).

27. Entman, *Democracy without Citizens*, p. 128.

28. Para una discusión acerca de las distorsiones producidas por el control comercial de los medios de comunicación en gran escala, véase Owen M. Fiss, "Free Speech and Social Structure", 71 *Iowa Law Review* 1405 (1986).

29. *Ibid.*, pp. 1412-1413

30. Entman, *Democracy without Citizens*, p. 22.

31. Mi información sobre este punto se vio enriquecida por el completo artículo que Ken Levit escribió para mi curso en la Escuela de Derecho de la Universidad de Yale en la primavera de 1992. Véase Ken Levit, "Campaign Finance Reform and the Return of *Buckley v. Valeo*", 103 *Yale Law Journal* 469 (1993).

32. Cass R. Sunstein, "Interest Groups in American Public Law", 38 *Stanford Law Review* 29, pp. 44-45 (1985).

33. Carlos Santiago Nino, "Transition to Democracy, Corporatism & Constitutional Reform in Latin America", 44 *University of Miami Law Review* 129 (1989).

34. Véase esta característica del federalismo norteamericano en Bernard Schwartz, *El federalismo norteamericano actual*, Madrid, Civitas, 1984.

35. Este no es un fenómeno desconocido en Argentina. El *Bundesrat* alemán es particularmente interesante en este sentido. Este no sólo tiene una representación diferente respecto de la cantidad de habitantes, como sucede en el Senado canadiense, sino que posee además competencias especializadas y se encuentra compuesto por la delegaciones de gobiernos locales.

36. C. B. Macpherson, *The Life and Times of Liberal Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 1977, pp. 108-109. [La democracia liberal y su época, Madrid, Alianza Editorial, 1982.]

37. El artículo 38 que la Constitución Argentina incorporó en la reforma constitucional de 1994 también establece un reconocimiento similar cuando dice: "Los partidos políticos son instituciones fundamentales del sistema democrático." [T.]

38. Jean Blondel, "Mass Parties and Industrialized Societies", en *Comparative Government: A Reader*, Londres, MacMillan, 1969, Jean Blondel (comp.), pp. 117-126.

39. Véase una descripción de estos y otros sistemas en Andrew Reeve y Alan Ware, *Electoral Systems: A Comparative and Theoretical Introduction*, Londres, Routledge, 1992.

40. Véase este argumento en Juan Linz, "Democracia presidencial o parlamentaria: ¿Hay alguna diferencia?" en *Presidencialismo vs. Parlamentarismo*, pp. 26-31.

41. En Argentina, el presidente es elegido al mismo tiempo que una mitad de la Cámara de Diputados. No obstante, muy poca gente actualmente divide su voto para ambas elecciones. Por lo tanto, la típica polarización de las elecciones a presidente se refleja también en la elección de diputados y, como resultado de ello, las opciones ideológicas teóricamente ofrecidas por la representación proporcional son afectadas en forma negativa.

42. Linz, "Democracia presidencial", p. 33.

43. Véase Stephen Holmes, "Precommitment and the Paradox of Democracy," *Constitutionalism and Democracy: Studies in Rationality and Social Change*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988, Jon Elster y Rune Slagstad (comps.), pp. 195-240.

44. *Ibid.*, p. 231.

45. La Constitución de los Estados Unidos requiere que las enmiendas sean aprobadas por una supermayoría en la Cámara y el Senado junto con la ratificación de las tres cuartas partes de los estados o en una convención constituyente. La reforma de la Constitución Argentina requiere de las dos terceras partes de los votos del total de miembros del Congreso para aprobar "una declaración de necesidad" que debe especificar si la reforma será parcial o total y qué partes de la Constitución serán reformadas. Se convoca luego a una elección popular de una convención constituyente que redactará la reforma de acuerdo a las líneas propuestas en la "declaración de necesidad".

## El control judicial de constitucionalidad en una democracia deliberativa

El poder de los tribunales para rever la constitucionalidad de las normas jurídicas sancionadas por órganos democráticos es una de las características centrales de las democracias constitucionales o liberales. La idea fue introducida por la opinión del juez John Marshall en el famoso caso de la Corte Suprema de los Estados Unidos, *Marbury vs. Madison*.<sup>1</sup> La doctrina se extendió en forma similar a muchos países de América latina. A modo de ejemplo, ésta fue aceptada en Argentina por primera vez por la Corte Suprema en 1887 en el caso *Sojo*.<sup>2</sup> Luego, pasó a Europa después de la Primera Guerra Mundial al incorporarse a las constituciones de Austria y Weimar de 1918 y 1919 bajo la forma de un control de constitucionalidad abstracto y preventivo efectuado por un tribunal constitucional especial, creación del filósofo Hans Kelsen. Después de la Segunda Guerra Mundial, las ideas del control judicial de constitucionalidad retornaron al continente nuevamente, con fisionomías diversas, variando de país a país, en casi todas las constituciones de esa era incluyendo las de Italia, Alemania Occidental, Francia, Portugal y España.

A pesar del carácter fundamental de la definición de lo que significa una democracia constitucional, la justificación del control judicial de constitucionalidad sigue siendo bastante misteriosa. Dan cuenta de ello el número de trabajos dedicados al tema. Los jueces, particularmente aquellos de los tribunales de mayor jerarquía, como la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional, no gozan generalmente de un origen democrático directo, dado que no son elegidos por el voto popular sino que son designados. Además, estos tribunales no están general-

mente sujetos a una renovación periódica de sus mandatos, ni son responsables en forma directa ante la opinión pública. La Corte Suprema, al estilo norteamericano —modelo que predomina en la mayoría de los países latinoamericanos— consiste en un grupo de jueces elegidos por el presidente, algunas veces con la confirmación de la Legislatura, con mandatos de por vida, a menos se vean sometidos en forma individual a juicio político por mal desempeño. Los miembros del Tribunal Constitucional de estilo europeo resultan designados por cuerpos políticos y permanecen en sus posiciones por un período determinado, generalmente bastante extenso. A pesar de que las cortes europeas pueden llegar a tener una relación más cercana con el proceso democrático, se diferencian significativamente de los cuerpos legislativos o del jefe de gobierno. De este modo, tanto en el sistema norteamericano como en el europeo de control judicial de constitucionalidad, surgen dudas acerca de por qué el poder judicial, siendo un órgano aristocrático, debería tener la última palabra en determinar el alcance de los derechos individuales, dirimir los conflictos que se generen entre los poderes del gobierno e interpretar las reglas referidas al procedimiento democrático.

Un rol de tan significativa importancia en cabeza de los jueces desafía la visión tradicional de la división de poderes según la cual aquéllos simplemente aplican las decisiones de los órganos democráticos, sin analizar los méritos de tales decisiones.<sup>3</sup> Alexander Bickel llamó a este problema “*la dificultad contramayoritaria*”.<sup>4</sup>

En el capítulo precedente, sugerí que la democracia deliberativa es el mejor procedimiento para entender y lograr la real vigencia de los derechos individuales. Desde esta posición, sostuve que la dimensión ideal de la constitución respecto de los derechos puede surgir de la organización ideal del poder si esta organización pudiera lograrse en la práctica constitucional real. En principio, parecería que tal visión inhibe toda posibilidad de control judicial de constitucionalidad como consecuencia del déficit democrático que caracteriza a los poderes judiciales de la mayoría de las democracias liberales. Este déficit es mayor en el sistema existente en Estados Unidos que en el sistema continental europeo, colocando a los jueces del primero en una posición epistémica más débil en comparación con instituciones

que se encuentran más directamente ligadas al proceso democrático en la tarea de determinar el alcance y jerarquía de los derechos individuales.

Mientras la mayoría puede —y a menudo lo hace— infringir los derechos de los individuos o de las minorías, no existe ninguna garantía de que personas aisladas, como los jueces, no se vean tentados de hacer lo mismo, a menos que sus intereses coincidan con los de la minoría cuyos derechos se encuentran en peligro. Cuando el origen de los jueces no es de carácter democrático, sus decisiones no gozan del valor epistémico que sí tiene el proceso democrático. La perspectiva del juez se encuentra limitada a la de las personas directamente afectadas por un conflicto sobre el cual tiene que decidir, excluyendo a algunos de aquellos que podrían resultar afectados por el conflicto. El juez es completamente extraño a la disputa. Mientras la imposibilidad de involucrarse posibilita la imparcialidad cuando el conflicto comprende sólo a unas pocas personas, es imposible alcanzar esa imparcialidad cuando lo que está en juego son los intereses de una multitud de individuos cuyas experiencias son muy diferentes de las del juez.

La perspectiva usual de que los jueces están mejor situados que los parlamentos y que otros funcionarios elegidos por el pueblo para resolver cuestiones que tengan que ver con derechos, parece ser la consecuencia de cierto tipo de elitismo epistemológico. Este último presupone que, para alcanzar conclusiones morales correctas, la destreza intelectual es más importante que la capacidad para representarse y equilibrar imparcialmente los intereses de todos los afectados por la decisión. Es entendible que aquellos juristas que celebran las bondades del control judicial de constitucionalidad se sientan ellos mismos más identificados con los jueces que con los políticos y, de este modo, se inclinen a pensar, como sostiene Michael Walzer, que aquello que ellos consideran ser las soluciones correctas —sus propias decisiones correctas— serían más fácilmente descubiertas por los jueces que por los políticos.<sup>5</sup>

Sin embargo, la impresión de que el proceso democrático no puede satisfacer todos los requerimientos de la constitución ideal es tan fuerte que el control judicial de constitucionalidad no puede descartarse sólo como consecuencia de invocar los

méritos de la democracia deliberativa. En lo que sigue, analizaremos aquellos argumentos que intentan demostrar que el control judicial de constitucionalidad surge a partir de un razonamiento puro y estrictamente lógico. Si se prueba que ello es verdad, todas las consideraciones normativas se verían inhibidas. Sin embargo, por mi parte, no creo que esta lógica sea tan convincente como aparenta a primera vista.

### **La supuesta necesidad lógica del control judicial de constitucionalidad: la lógica de Marshall y el problema de Kelsen**

El fundamento más claro para justificar el control judicial de constitucionalidad fue probablemente el propuesto al momento de su invención por el presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos, John Marshall en *Marbury vs. Madison*. Los argumentos de Marshall a favor del control judicial de constitucionalidad exhiben una claridad tan prístina y una consistencia tan increíble que uno se encuentra tentado a hablar de la “lógica” de Marshall. Es aún hoy fascinante estudiar la profundidad con que este militar desarrolló distinciones conceptuales sutiles con respecto a la validez de las normas y los diferentes niveles normativos, que fueran desplegados mucho tiempo después por juristas de gran sofisticación filosófica tales como Hans Kelsen.

La estructura lógica del razonamiento de Marshall en *Marbury vs. Madison* puede ser presentada de la siguiente forma:

Premisa 1: La obligación del poder judicial es aplicar la ley.

Premisa 2: Cuando existen dos leyes contradictorias, la aplicación de una de ellas excluye la aplicación de la otra.

Premisa 3: La constitución es la ley suprema y define cuándo otras normas son ley.

Premisa 4: La supremacía de la constitución implica que cuando ésta está en conflicto con una norma sancionada por la legislatura, la última carece de validez.

Premisa 5: Si la premisa 4 no fuera verdadera, la legislatura podría modificar la constitución a través de una ley ordinaria y, de este modo, la constitución no sería operativa para limitar a esa legislatura.

Premisa 6: La legislatura está limitada por la constitución.

Premisa 7: Si una norma no es una ley válida, ésta carece de fuerza obligatoria.

Conclusión: Si una norma sancionada por la legislatura es contraria a la constitución, esa norma no debe ser aplicada por el poder judicial.

Este razonamiento parece indicar que los jueces no deberían aplicar leyes cuyo contenido sea contrario a la constitución. Esta regla sería válida para cualquier sistema jurídico donde una constitución sea reconocida como suprema. En forma similar, si el control judicial de constitucionalidad no existiera, como sucede en el sistema jurídico británico, ello implicaría lógicamente que el sistema carece tanto de una constitución escrita como no escrita. Esta “necesidad lógica” del control judicial de constitucionalidad no ha sido frecuentemente tratada por los constitucionalistas, quienes, en lugar de ello, han dedicado sus energías a justificar la legitimidad de esa institución. Si la “lógica” de Marshall fuera tan sólida, el esfuerzo de explicar su legitimidad sería una pérdida de tiempo, dado que la necesidad lógica no necesita una justificación normativa.

Sin embargo, luego de un examen más profundo, creo que la “lógica” de Marshall no es tan sólida después de todo. Dado que las grietas son sutiles, trataré de identificarlas a través del análisis de las ideas de Kelsen al construir éste un esquema conceptual similar al de Marshall. En efecto, esta comparación es bastante atractiva, dado que Kelsen, como Marshall en su país, influenció en un altísimo grado la introducción del control judicial de constitucionalidad en la tradición jurídica europea.

Kelsen es bien conocido por representar la estructura del sistema jurídico con la imagen de una pirámide.<sup>6</sup> En la cúspide de la pirámide está la famosa norma básica o *Grundnorm*, que otorga validez a las normas positivas o a las leyes del nivel siguiente. A su vez, estas normas otorgan validez a otras normas sancionadas de conformidad con prescripciones referidas al órgano, procedimiento y contenido de normas anteriores. Presuponiendo que estas otras normas sean leyes sancionadas por el legislativo, ellas determinan la validez de otras normas inferiores sancionadas de conformidad con ellas, tales como decretos administrativos y ordenanzas municipales. Finalmente, la base de la pirámide está constituida por normas particu-

larizadas, como aquellas contenidas en órdenes administrativas, decisiones judiciales y contratos. Todo esto presupone que las normas de los niveles inferiores de la pirámide fueron sancionadas de conformidad con las prescripciones de normas o leyes generales superiores. Si una prescripción es sancionada sin seguir los requerimientos establecidos por normas válidas superiores del sistema, no es una norma válida del sistema.<sup>7</sup> Una ley es válida para Kelsen si ésta “existe como tal”, si tiene “fuerza obligatoria” y pertenece al sistema jurídico.<sup>8</sup>

Cuando Kelsen desarrolla esta estructura conceptual para poder enfrentar conflictos entre normas o leyes que se ubican en diferentes niveles de la pirámide (como en el caso de leyes inconstitucionales u ordenanzas ilegales), encuentra una dificultad bastante seria. Podemos considerar esta dificultad como “el problema de Kelsen”. De todo lo que he dicho, parece ser que si una ley contradice una norma superior, ésta carece de validez. En la teoría de Marshall, la ley no existiría como ley, dado que no pertenecería al sistema jurídico. Sin embargo, Kelsen, a diferencia de Marshall, percibe que esto no estaría de acuerdo con la fenomenología del pensamiento jurídico. Hay muchas leyes, como por ejemplo, las que objetivamente contradicen las cláusulas constitucionales, que son, sin embargo, consideradas por los juristas como leyes válidas y con fuerza obligatoria. Esto ocurre, por ejemplo, con leyes que son declaradas inconstitucionales por una decisión judicial. Algunas veces, una ley puede ser considerada inconstitucional sólo en la situación en que ésta fuera así declarada. Los tribunales pueden también estar equivocados, declarando inconstitucional una ley que obviamente no lo es, o dando efectos a una ley en un sistema jurídico donde no hay ningún procedimiento de control judicial de constitucionalidad.

En verdad, algunas de las facetas del problema de Kelsen deberían distinguirse de otras. Por ejemplo, si no existiera ningún procedimiento para declarar la constitucionalidad de una ley, la supremacía de la constitución podría ser puesta en duda. Este problema podría resolverse fácilmente. Además, cuando un juez o una corte superior comete un error al declarar la constitucionalidad de una ley, surge el problema epistémico acerca de quién y cómo se determina la constitucionalidad de una manera objetiva. Sin embargo, las situaciones identificadas

por Kelsen muestran que las nociones de validez jurídica y de jerarquía normativa que subyacen al argumento lógico a favor del control judicial de constitucionalidad, no parecen coincidir con la visión común presupuesta por el pensamiento jurídico. Por ejemplo, uno puede creer que la ley de Georgia declarando que los actos homosexuales entre adultos deben ser castigados penalmente se encuentra objetivamente en contra de la protección de la libertad de la Enmienda XIV. Sin embargo, ello es diferente a sostener que la ley no tiene ninguna fuerza obligatoria, dado que la Corte Suprema en *Bowers vs. Hardwick* declaró constitucional esta ley.<sup>9</sup> La mayoría de los abogados no creen que la prisión que exige la ley constituye un secuestro ilegal, aun si creyeran que la ley es objetivamente inconstitucional.

Kelsen recurre a dos estrategias teóricas para tratar de resolver este problema. La primera consiste en adoptar un enfoque subjetivista de la validez de las normas jurídicas, sosteniendo que la ella depende de la declaración de los jueces. Este es un argumento teórico muy desafortunado. Si la validez de una norma jurídica no depende de la satisfacción objetiva de las condiciones establecidas por una norma superior, sino de una *declaración judicial*, el concepto de validez no podría ser utilizado por los mismos jueces para justificar sus propias decisiones acerca de si se debería aplicar o no una norma jurídica. Como sostiene Joseph Raz, Kelsen ha confundido el hecho de si una ley o norma jurídica es válida (y si la decisión de un juez de aplicarla o no es correcta), con el hecho de que una decisión de un juez, correcta o no, tiene fuerza obligatoria y constituye una *res judicata*.<sup>10</sup>

Kelsen ofrece una segunda estrategia teórica, que denomina cláusula tácita alternativa, para resolver su problema. Esta establece que si el pensamiento jurídico ordinario considera, bajo ciertas circunstancias, que una ley es válida y obligatoria a pesar del hecho de que contradice una norma válida superior, podemos estar presuponiendo que, además de las disposiciones expresas de la ley superior, existe una cláusula tácita que autorizaría la adopción o puesta en vigor de la norma inferior a pesar de su contradicción con la norma superior. Entonces, las normas superiores incluyen una disyunción en la cual uno de sus términos es la estipulación explícita de condiciones para la función de normas inferiores y la otra es una autorización tácita

para sancionar normas sin el cumplimiento de las condiciones anteriores. Kelsen aclara, sin embargo, que el sistema jurídico generalmente privilegia el texto explícito, estableciendo sanciones o procedimientos de nulificación cuando la norma inferior o ley se aparta de aquél. Sin embargo, la conformidad de la norma inferior con la cláusula tácita de la norma superior explica que la norma inferior es considerada válida aun cuando infringiera una disposición explícita de la norma superior.

Aunque articulada con propiedad, la estrategia de Kelsen de la “cláusula tácita alternativa” es claramente inaceptable. Parece absurdo suponer que una constitución autoriza a un Estado a sancionar leyes sin importar cuál sea su contenido. Dada la interdependencia del procedimiento y la sustancia, la cláusula tácita alternativa comprendería no sólo la sustancia, sino también el procedimiento y la autoridad establecida por las normas superiores. Así, de acuerdo con ello, siguiendo la propuesta de Kelsen, una norma o ley sancionada por cualquier órgano o persona, a través de algún procedimiento o con algún contenido sería una norma válida de cualquier sistema jurídico, dado que su sanción estaría autorizada por la cláusula tácita de cualquier norma de competencia de ese sistema.

El origen del error de Kelsen ha sido identificado por Eugenio Bulygin.<sup>11</sup> De acuerdo con este autor, hay dos significados de “validez” que Kelsen no distingue correctamente y que son relevantes en el caso de las normas que contradicen los requerimientos de una norma superior. Un significado de “validez” se refiere a la pertenencia de una norma al sistema jurídico, y el otro a la naturaleza obligatoria de la norma en cuestión. Una norma no puede pertenecer al sistema jurídico y ser, en ciertos casos, obligatoria de acuerdo a normas de ese mismo sistema. Consideremos, por ejemplo, las leyes de un sistema jurídico extranjero que, de acuerdo a las reglas del derecho internacional privado, son obligatorias en ciertos casos. Lo mismo sucede, de acuerdo con Bulygin, con las leyes inconstitucionales: ellas son inválidas en el sentido de que no pertenecen al sistema jurídico, dado que no satisfacen las condiciones para su sanción establecidas por las normas del sistema. Sin embargo, su observancia y aplicación pueden ser obligatorias si no son anuladas en la forma establecida por el mismo sistema.

Sin embargo, la confusión de Kelsen es más profunda que

la que le atribuye Bulygin. En mi opinión, ésta surge del hecho de que Kelsen no es completamente consciente de que su concepto dominante de validez no es el de *pertenencia de una norma al sistema jurídico* sino el de *existencia específica de normas con fuerza obligatoria*.<sup>12</sup> Bajo esta visión, una norma es válida cuando, y sólo cuando, se debe hacer lo que la norma prescribe. En otras palabras, la norma es válida cuando estamos autorizados a pasar de la descripción del hecho de que alguna autoridad ha prescripto "debe hacerse *x*", a la proposición normativa de que debe hacerse *x*.

De algún modo, Kelsen reconoce este sentido de validez cuando propone la norma básica a fin de permitirnos describir la realidad jurídica como un fenómeno normativo genuino y no como una mera secuencia de acciones prescriptivas. Cuando una norma es válida, en el sentido de que ésta tiene fuerza obligatoria, su obligatoriedad es reforzada, y las normas que prescribe deberían ser obedecidas o aplicadas incluso cuando su sanción no se encontrase autorizada. Sin embargo, la idea de pertenencia de una norma o ley a un sistema jurídico requiere que la sanción de la norma sea autorizada por otra norma que también pertenezca al sistema. Entonces, el concepto central de validez en la teoría de Kelsen —como fuerza obligatoria— no es coextensivo con el de pertenencia de una norma al sistema jurídico, dado que existen normas obligatorias para un cierto sistema jurídico que no pertenecen a él. Cuando Kelsen confronta el caso crítico de las leyes inconstitucionales —que indica que existen normas válidas y obligatorias o leyes que no pertenecen al sistema jurídico— argumenta que las normas superiores *autorizan* tácitamente la sanción de esas normas obligatorias (que, de este modo, sí pertenecen al sistema).

Hablando en términos más generales, creo que la resolución del "problema de Kelsen" muestra las fallas en "la lógica de Marshall", dado que el sólo hecho de que la sanción de una ley no satisfaga las condiciones establecidas por la constitución no necesariamente significa que la ley no es válida en el sentido de obligación o fuerza obligatoria. El sistema jurídico puede incluir normas que hagan obligatorio observar y aplicar, dependiendo de ciertas condiciones, leyes inconstitucionales. En efecto, incluso los sistemas jurídicos que aceptan ampliamente el control judicial de constitucionalidad —tales como el de

Estados Unidos y el de Argentina— requieren de la aplicación de leyes inconstitucionales que no han sido aún declaradas tales, ya sea por errores judiciales o porque el caso correcto no ha llegado a los tribunales. En el sistema jurídico argentino, las leyes que han sido declaradas inconstitucionales pueden aún ser aplicadas y siguen siendo válidas para aquellas situaciones que se encuentran fuera del contexto en el cual han sido declaradas inválidas. La noción de Kelsen de la cláusula tácita alternativa trata de enfrentar este fenómeno, sin embargo, existen tres diferencias entre la idea de Kelsen y mi conclusión.

En primer lugar, las normas que otorgan validez a las leyes inconstitucionales *no autorizan* su sanción sino que meramente declaran que existe una *obligación* de aplicar y observar las reglas resultantes. En segundo lugar, estas normas no son componentes necesarios de todo el sistema jurídico sino que son sólo partes contingentes de algunos sistemas. Si bien ellas generalmente no son sancionadas explícitamente, son en cambio generadas consuetudinariamente. Ellas pueden o no existir en un sistema. Si no existen, su contenido puede variar ampliamente. En tercer lugar, una norma que requiere la aplicación de una norma ilegal, podría considerar que todas las leyes son obligatorias sin tener en cuenta su contenido o el procedimiento a través del cual fueron sancionadas. En efecto, tales normas usualmente requieren que la norma en cuestión satisfaga, además de la condición negativa de no ser declarada inconstitucional por los tribunales apropiados, ciertas condiciones afirmativas, que reconocen que la norma en cuestión debe gozar de un cierto "color o apariencia de legalidad".<sup>13</sup> Para que una ley inconstitucional sea obligatoria basta que sea declarada como tal su inconstitucionalidad podría ser extremadamente grosera y evidente, pero mantendría alguna mínima apariencia de satisfacción de las condiciones establecidas para la sanción de normas de un sistema jurídico.

Volvamos ahora a Marshall. La discusión anterior muestra que por el sólo hecho de que una norma no sea una "ley del sistema" (de acuerdo con las condiciones establecidas por la constitución), esto no significa que la norma no pueda ser obligatoria de acuerdo a cláusulas tácitas, pero contingentes, de esa misma constitución. Así como Marshall seguramente aceptaría que éste es el caso que se da cuando la Corte Suprema

declara erróneamente la constitucionalidad de una ley o ha declarado con anterioridad su inconstitucional, estas cláusulas tácitas de la constitución podrían bien establecer que los jueces, o incluso la Corte Suprema misma, se encuentran obligados a aplicar la ley hasta que sea derogada por el órgano que la sancionó o declarada inconstitucional por un cuerpo político diferente. Lo primero ocurre en Inglaterra y sucedía en el sistema tradicional francés antes de que se creara el Consejo Constitucional. El segundo sistema, que involucra un cuerpo político diferente, está más cerca del modelo actual europeo.

De este modo, la "lógica" de Marshall prueba la falsedad de las premisas 4 y 7 de mi reconstrucción de su argumento. La supremacía de la constitución implica que una ley contraria a ella no es válida, como lo establece la premisa 4, siempre que "válida" signifique pertenencia al sistema jurídico. Si, por otro lado, "válida" significa que la aplicación de la ley y su obediencia son obligatorias, puede ser cierto que una ley que contradiga a la constitución sea válida. La negación de la premisa 4 —una ley contradictoria con la constitución no es válida— no necesariamente significa, como lo establece la premisa 5, que la constitución no limita al Congreso y que podría modificar a la constitución por una ley ordinaria. Puede ser que le esté prohibido en verdad al Congreso por la constitución que pueda sancionar ciertas leyes. Sin embargo, si el Congreso viola esta prohibición, la aplicación y observancia de la ley por los tribunales y la ciudadanía puede bien ser obligatoria hasta que el congreso mismo derogue esta ley o que la Corte Suprema actúe. Finalmente, la conclusión del razonamiento de Marshall se sigue de las premisas. No es necesariamente cierto que una ley que contradice la constitución no debe ser aplicada por el poder judicial. En lugar de ello, esta decisión depende de otra norma implícita en el sistema que ha sido establecida para este tipo de situaciones.

Marshall podría bien replicar que si una constitución requiere que los jueces apliquen leyes que la contradicen, ese documento no serviría como instrumento para limitar al gobierno y, en lugar de ello, se convertiría en una ley ordinaria que puede ser modificada por aquellos responsables de sancionarlas. Pero esta respuesta confundiría un problema *lógico* con uno *práctico*. Es lógicamente imposible que una constitución —como

la constitución consuetudinaria británica o las constituciones anteriores francesas— prohíba al parlamento que sancione ciertas normas, incluso cuando no exista un órgano autorizado para derogar o modificar las normas que sean sancionadas en violación de esa disposición. Por supuesto, uno debe suponer que existe otra institución o procedimiento para resolver cuestiones de inconstitucionalidad que no involucren el control judicial de constitucionalidad. Esto puede darse por medio de un órgano político o por la apelación directa al electorado, ya sea a través de alguna institución formal (un plebiscito) o el recurso difuso que permite a algún ciudadano desobedecer una ley inconstitucional.

Por lo tanto, no es verdad que un sistema que no utilice el control judicial de constitucionalidad es una imposibilidad lógica o que tal sistema niega la supremacía de la constitución. La revisión es necesaria, pero ésta no tiene que ser necesariamente judicial. El poder del control judicial de constitucionalidad es contingente, incluso cuando el sistema tenga una constitución suprema.

### **El control judicial de constitucionalidad como requisito lógico dado por el reconocimiento de los derechos y de la democracia**

Incluso si la ausencia del control judicial de constitucionalidad fuera lógicamente compatible con la supremacía constitucional, puede suceder que no sea compatible con nuestra concepción de una dimensión ideal de los derechos y de la organización del poder. Mientras el control judicial de constitucionalidad no se desprende lógicamente de la noción de supremacía constitucional, éste podría desprenderse del reconocimiento de una constitución ideal de los derechos individuales.

A menudo se dice que el proceso democrático no puede ser el último recurso en la protección de los derechos individuales, dado que la principal función de los derechos es contener las decisiones mayoritarias y proteger los intereses de los individuos aislados y de las minorías. La idea de una democracia liberal implica una democracia limitada e insiste en que ciertos derechos no sean violados, incluso por decisiones mayoritarias. Estos derechos pueden ser protegidos por mecanismos tales

como el control judicial de constitucionalidad que se encuentran fuera del proceso político.

Ronald Dworkin sostiene este tipo de argumentos cuando distingue entre políticas y principios.<sup>14</sup> Los políticos definen los objetivos colectivos —como la defensa nacional o un medio ambiente limpio— incorporando el estado de cosas cuyo valor es juzgado de un modo agregativo y no individualizado. Los principios establecen derechos que protegen ese estado de las cosas cuyo valor *toma* en cuenta la distribución y la individualización de los bienes involucrados. Los principios constituyen, de este modo, un límite contra la realización de un objetivo colectivo. De esta forma, una razón basada en un objetivo de ese tipo no puede pasar por encima de una razón basada en un derecho. De acuerdo con Dworkin, el argumento para tomar ciertas decisiones a través del proceso democrático está relacionado con políticas, dado que se refiere a la necesidad de equilibrar intereses diversos. Por otro lado, este proceso no se aplica a decisiones tomadas sobre la base de principios, dado que éstos no se apoyan en un equilibrio de intereses y, en efecto, tienen una validez atemporal. Los jueces, de acuerdo con Dworkin, deberían decidir sus casos sobre la base de principios y no sobre la base de políticas.

Sin embargo, creo que la visión de los derechos como límites a la democracia —en un sentido lógico— no es plausible. Desde el punto de vista conceptual, los derechos protegen explícitamente *intereses* individuales, poniendo barreras contra las consideraciones basadas sobre los intereses de otros o la sociedad como un todo. Es enteramente cierto que si alguien tuviera derecho a *x*, este derecho, por definición, no podría ser desplazado por el hecho de que los intereses de la mayoría se verían promovidos si esa persona fuera privada de *x*. Pero de esta proposición no podemos inferir que los derechos sean barreras contra todas las decisiones mayoritarias. No sería una inconsistencia lógica sostener que la única autoridad competente para reconocer y poner en vigencia los derechos es la autoridad basada en su origen mayoritario. Si bien se puede sostener que las decisiones mayoritarias benefician los intereses de la mayoría, ésta es una cuestión fáctica y moral pero no vinculada a la lógica del concepto de derecho.

La tesis de Dworkin debe ser juzgada desde un punto de

vista moral y fáctico, no como una cuestión conceptual. Sin embargo, debe notarse que Dworkin parece presuponer que existe un amplio espacio para la implementación de políticas que establecen objetivos colectivos que no colisionen con los derechos, un espacio que es ocupado por el proceso político exento, por ende, de control judicial. Esto podría ser cuestionado si se defiende, como en mi caso, una teoría robusta de los derechos, de acuerdo con la cual éstos pueden resultar violados no sólo por actos positivos sino también por omisiones, dado que en este caso los derechos ocupan casi todo el espacio de la moral, dejando muy poco sitio para las políticas y, así, de acuerdo con la tesis de Dworkin, para la acción sin límites de las mayorías. Esta tesis se encuentra apoyada en una visión de la democracia que la vincula al tratamiento de cuestiones de moral intersubjetiva y no meramente, como sostiene la visión moralista, como un proceso de agregación de intereses.<sup>15</sup>

Se podría pensar que el control judicial de constitucionalidad es completamente compatible con el reconocimiento del valor epistémico de la democracia dado que los jueces, cuando ponen en vigor la constitución, rinden honor a la soberanía popular expresada en esa misma constitución. Este es un argumento usual que identifica a la constitución histórica con la expresión más alta de la voluntad del pueblo y, de este modo, afirma que el control judicial de constitucionalidad se desprende lógicamente de la legitimidad democrática. Sin embargo este argumento es erróneo, como vimos en el capítulo 2, dado que la mayoría de las constituciones históricas vigentes en los diferentes países no han sido sancionadas por un procedimiento democrático genuino. Consideremos las constituciones de Estados Unidos y Argentina. Sólo una fracción de la población, en su mayoría hombres blancos y ricos, participaron en el proceso constitucional. En esos casos donde la constitución ha sido sancionada democráticamente, como en España, su vigencia se ve afectada debido al hecho de que la legitimidad democrática se diluye con el tiempo, dado que la constitución no puede expresar en forma permanente un consenso acerca de cómo el pueblo resolvería los conflictos sociales actuales.

Para superar estas objeciones, algunos han recurrido a la noción de consentimiento tácito. Bajo esta visión, el hecho de que la constitución no sea derogada por la sociedad moderna mues-

tra que ésta está aceptándola a través de ese consentimiento. Pero, como lo ha sostenido Bruce Ackerman, la dificultad que trae aparejada el procedimiento para modificar una constitución atrincherada nos obliga a preguntarnos si su preservación realmente implica la existencia de un apoyo mayoritario.

Una teoría alternativa para establecer una conexión apropiada entre el valor de la democracia y el control judicial de constitucionalidad sería argumentar que el primero requiere de ciertas precondiciones. Cuando los jueces interpretan la constitución y ésta prevalece por sobre la legislación ordinaria, están en realidad protegiendo esas precondiciones. Esta teoría tiene dos versiones. Una que es claramente deficiente mientras que la otra es mucho más promisoria.

La versión que no resulta convincente es la menos sofisticada y recurrir a cualquier aplicación de la constitución histórica para anular la legislación ordinaria como una forma de preservar las precondiciones de la democracia. Es obvio que, sin embargo, muchas disposiciones de la constitución histórica parecen ser irrelevantes para el valor epistémico del proceso democrático. Además, incluso cuando ellas sean relevantes, son la mejor manera de preservar esas precondiciones. De este modo, parece ser que esta estrategia de argumentación no conduce a la puesta en vigor de una dimensión histórica de la constitución, sino a la de la ideal, que puede o no coincidir con la primera.

La versión sofisticada del argumento a favor del control judicial de constitucionalidad basada sobre las condiciones de la democracia señala precisamente, al menos en la primera etapa, que los requisitos ideales del proceso democrático gozan de valor epistémico. La superioridad epistémica no es algo que surge del proceso democrático sólo a partir del mero hecho de llamarse "democrático"; éste depende de ciertas condiciones positivas y negativas que el proceso debe cumplir. Quizá nuestra intuición en favor del control judicial de constitucionalidad esté asociada con situaciones en las cuales esas condiciones no son satisfechas y, consecuentemente, lo político —llámase "democrático" o no— no es epistémicamente superior al proceso judicial. Además, debería haber una subclase de esas situaciones en las cuales los jueces puedan establecer las condiciones que le proveen al proceso democrático de un valor epistémico.

### Tres excepciones a la negativa del control judicial de constitucionalidad

La teoría epistémica de la democracia pone en cuestión el control judicial de constitucionalidad. Existen, sin embargo tres excepciones a esta regla. Dos de esas excepciones están basadas en las condiciones que hacen que las decisiones democráticas sean epistémicamente confiables. La tercera está fundada en la condición que hace que esas decisiones democráticas, que son epistémicamente confiables, sean además eficaces.

#### Primera excepción: el control del procedimiento democrático

El procedimiento democrático no es una actividad espontánea, sino un producto de reglas. Estas reglas no son arbitrarias, sino que están diseñadas para maximizar el valor epistémico de aquel proceso. Como sostuve anteriormente, este valor depende de varios factores, incluyendo la amplitud de la participación en la discusión entre aquellos potencialmente afectados por la decisión que se tome; la libertad de los participantes de poder expresarse por sí mismos en una deliberación; la igualdad de condiciones bajo las cuales la participación se lleva a cabo; la satisfacción del requerimiento de que las propuestas sean apropiadamente justificadas; el grado en el cual el debate es fundado en principios en lugar de consistir en una mera presentación de intereses; el evitar las mayorías congeladas; la extensión en que la mayoría apoya las decisiones; la distancia en el tiempo desde que el consenso fue alcanzado; y la reversibilidad de la decisión. Las reglas del proceso democrático tratan de asegurar que estas condiciones sean alcanzadas en el máximo grado posible con el objeto de que las leyes que se sancionen resulten ser guías confiables para conducir a principios morales.

Surge, por supuesto, la cuestión de saber quién debe asegurar que las reglas del proceso democrático sean adecuadamente cumplidas. Esta responsabilidad no puede delegarse al proceso democrático mismo, dado que la función de monitoreo sería simplemente influenciada por el incumplimiento de las reglas y condiciones en las que se basa el valor epistémico. Por ello, juristas tales como John Hart Ely, que se toman muy

seriamente la dificultad contramayoritaria, conciben al poder judicial como una especie de árbitro del proceso democrático.<sup>16</sup> La misión central de este árbitro es velar porque las reglas del procedimiento y las condiciones de la discusión y la decisión democráticas sean satisfechas.

¿Por qué deberían estar los jueces en mejor posición que los órganos democráticos, incluso con los vicios que afectan su funcionamiento, para detectar esas distorsiones? La primera respuesta a esta objeción es que, dado el hecho de que todos pueden diferir en su juicio moral de aquél que emerge de un proceso de discusión y toma de decisiones democráticas, cualquiera puede determinar si las condiciones que le dan valor epistémico al proceso democrático están siendo satisfechas y en qué grado. El poder de los jueces no es nada más que el poder de cualquier ciudadano que debe aplicar una norma jurídica para justificar una acción o decisión y que, obligado por la estructura del razonamiento práctico a recurrir a principios morales, debe determinar por sí mismo si se satisfacen las condiciones que hacen posible confiar en este proceso para identificar esos principios. Entonces, el juez —como cualquiera que tenga el rol de aplicar una ley para justificar una acción o decisión— no tiene otra alternativa que determinar si el proceso colectivo que conduce a esa ley ha satisfecho la condiciones de legitimidad democrática, del mismo modo que no tienen ninguna alternativa salvo la de determinar cómo se originó la ley.

En segundo lugar, ya que la intervención de los jueces es por naturaleza unidireccional, su activismo en este respecto debe estar siempre dirigido a ampliar el proceso democrático, requiriendo más participación, más libertad de las partes, más igualdad y más concentración sobre la justificación. Sería, en efecto, absurdo, bajo esta concepción del control judicial de constitucionalidad, que un juez anulara legislación que ha sido sancionada a través de un proceso demasiado amplio de participación o con demasiada igualdad. Por supuesto, los jueces pueden estar, y a menudo están, equivocados en sus conclusiones acerca del funcionamiento del sistema democrático, pero el efecto más importante de una teoría procesal del control judicial de constitucionalidad es promover las condiciones que le otorgan al proceso democrático su valor epistémico.

Muchas de estas condiciones involucran el contenido de los

derechos individuales que comprende la constitución ideal. Esos derechos pueden ser considerados derechos *a priori*, dado que son condición de la validez del proceso democrático y su valor no se encuentra determinado por ese proceso sino que está presupuestado por éste.<sup>17</sup> Estos derechos *a priori* deberían ser, así, respetados por el proceso democrático como requisitos de su validez. Es misión de los jueces garantizar ese respeto.

En verdad, es bastante difícil determinar cuáles son esos derechos *a priori* y distinguirlos de los derechos *a posteriori* que son establecidos por el proceso democrático. Algunos derechos *a priori* son obvios. Por ejemplo, los derechos políticos activos y pasivos o la libertad de expresión son claramente centrales para un contenido mínimo del sistema democrático. Pero estos derechos presuponen otros que son incluso más básicos, incluyendo la protección contra agresiones y las restricciones políticas de la libertad de movimiento. Estas son precondiciones de la participación libre en proceso democrático.

Existen otros derechos que podrían generar más debate acerca de si gozan o no de una naturaleza *a priori*. Tomemos el caso de los así llamados derechos sociales o de bienestar. Sostuve en el capítulo 2 que estos derechos no son antagónicos con los derechos individuales clásicos sino que son su extensión natural. Un derecho individual clásico, como el derecho a la vida, resulta violado por acciones positivas pero también por fallar al proveer de los recursos necesarios para proteger esos derechos, tal como el derecho a la vida, a la atención médica, a la alimentación y a la vivienda. Sin embargo, una vez que extendemos la definición de derechos individuales, la dificultad contramayoritaria del control judicial de constitucionalidad se hace mucho más dramática dado que todas las decisiones políticas pueden afectar, por acción u omisión, un derecho individual. Incluso bajo la teoría procesal, el alcance del control judicial de constitucionalidad sería bastante amplio, dado que las condiciones sociales y económicas de los individuos, tales como su nivel de educación, son precondiciones para la participación libre e igual en el proceso político. Pero esto simplemente nos lleva una vez más a la pregunta de por qué los jueces deberían estar en mejor situación que aquellos que se encuentran inmersos en el proceso democrático para tomar decisiones extremadamente controvertidas acerca de la distribución de

bienes y los mejores mecanismos sociales para llevar a cabo esa distribución.

No existe ninguna fórmula algebraica que determine el alcance de los derechos *a priori*. Existen bienes tan fundamentales para la preservación y promoción de los derechos humanos que si ellos no fueran provistos, el proceso democrático se deterioraría tanto que su valor epistémico se desvanecería. Si alguien se está muriendo de inanición, o se encuentra muy enfermo y privado de atención médica, o carece de toda posibilidad de expresar sus ideas a través de los medios de prensa, el sistema democrático se vería dañado del mismo modo que lo sería si ese individuo estuviera privado de sus derechos civiles. Sin embargo, debemos ser cuidadosos al limitar los casos en los que estamos dispuestos a interferir con el sistema democrático para su propia protección. Si decidimos, por ejemplo, que una distribución específica de bienes, en lugar de alguna otra alternativa, es requerida como precondition para el funcionamiento apropiado del sistema democrático, impedimos que el sistema pueda intervenir en la discusión acerca de cuál es la forma más apropiada distribución. En última instancia, podría suceder que tengamos un sistema democrático magnífico, desde el punto de vista epistémico, pero que sólo deja espacio para decidir sobre muy pocas cuestiones.

Debemos entonces confrontar esta tensión entre la fuerza y el alcance del proceso democrático. Cuanto más ampliamos su calidad epistémica a través de la expansión de los derechos *a priori* para proveer bienes que aseguren la participación libre e igual, la cantidad de asuntos que podrán ser decididos, en última instancia, por el proceso democrático decrece. Cuando se traspasa cierto umbral respecto de la distribución de derechos *a priori*, el sistema democrático, por su tendencia hacia la imparcialidad, puede corregirse y mejorarse a sí mismo al proveer a la gente con las precondiciones para su participación igual y libre. Por otro lado, si ese umbral no es alcanzado, la debilidad del proceso se verá aumentada de modo que la parcialidad de las soluciones promovidas por la participación desigual o limitada conducirá a mayores desigualdades o limitaciones en la participación de la gente.

Mientras no existe ninguna fórmula exacta acerca de dónde ubicar ese umbral, sí se cuenta con una guía general que

debe ser tenida en cuenta por el juez, o para el caso, por cualquier persona que deba considerar si una decisión está justificada por el derecho. El que toma la decisión debe determinar si los vicios del sistema "democrático" son tan serios de modo que su confiabilidad epistémica general sea menor que la de la reflexión aislada de un individuo. Si los vicios son así de serios, el decisor debe actuar sobre la base de su propio juicio moral, tanto para resolver el caso en cuestión como para promover un curso de acción que pueda mejorar la futura calidad epistémica del sistema (a menudo las dos cosas pueden ser alcanzadas por la misma decisión). Por supuesto, no existe ninguna autoridad epistémica que nos guíe para decidir si suspender la autoridad epistémica del sistema democrático o para decidir sobre la base de sus propios razonamientos. Esta decisión acerca del mejor proceso epistémico para alcanzar decisiones justas debe tomarse en forma aislada.

Esta excepción a la negativa general al control judicial de constitucionalidad requiere realizar alguna modificación a las conclusiones que tomamos antes. Hemos dicho que la constitución ideal de los derechos deriva de la operación de una constitución histórica ajustada a los requerimientos de la organización ideal del poder. Sin embargo, existe un grupo de derechos ideales *a priori* implícitos en la organización ideal del poder con los que debe cumplir la constitución histórica para definir lo que queda de ese grupo ideal de derechos.

#### **Segunda excepción: la autonomía personal**

La segunda excepción a la negativa de un control judicial de constitucionalidad surge a partir de su relación con el valor epistémico de la democracia. He ofrecido anteriormente argumentos que justifican este valor en una mayor confiabilidad del proceso democrático, en comparación con métodos alternativos de toma de decisiones para arribar a soluciones moralmente correctas. Esta confiabilidad obviamente depende de cómo definamos aquello que entendemos como soluciones válidas o correctas en términos de imparcialidad o de igual consideración de todos los intereses afectados.

Tal como hemos visto, no todos los estándares morales o requerimientos dependen para su validez de la satisfacción del

requerimiento de imparcialidad. Consideremos, por ejemplo, los ideales de ser un buen patriota, un buen soldado, un buen padre, una persona cuya vida es dedicada al conocimiento o a la belleza, la integridad y la honestidad, los compromisos religiosos. Todos estos ideales pueden asociarse sólo tangencialmente con la idea de imparcialidad.<sup>18</sup> En *Etica y derechos humanos* y una vez más en este libro, distingú entre dos dimensiones de la moral.<sup>19</sup> Existe, por un lado, una moralidad pública, intersubjetiva o social, que consiste en aquellos estándares que evalúan las acciones por sus efectos sobre los intereses de individuos diferentes de los agentes. Por el otro, existe una moralidad privada, autorreferente o personal, que consiste en aquellos ideales de excelencia personal o virtud, que valoran las acciones por sus efectos sobre la calidad de la vida o el carácter de los agentes mismos.

Como parte de esta segunda dimensión de la moralidad, podemos deducir del valor general de la autonomía moral implícito en nuestra práctica del discurso moral, el valor más específico e ilimitado de la autonomía personal. Este valor consiste en la libre adopción de ideales de excelencia personal y de planes de vida basados en ellos. Un argumento adicional que justifica el valor de la autonomía personal es provisto por la naturaleza autofrustrante de cualquier política que imponga ideales personales sobre los individuos.

La validez de los ideales personales no depende de la satisfacción del requerimiento de imparcialidad. Dadas estas consideraciones, la discusión y la toma de decisiones en forma colectiva no son en forma sustancial más confiables que la reflexión individual y la toma de decisiones para arribar a soluciones moralmente correctas en este sentido. De este modo, los jueces no tienen razones para subordinar sus juicios morales a una ley democrática basada en ideales personales de virtud o excelencia. No existe ninguna base epistémica que justifique esa decisión. En este punto, sólo el juicio de los individuos mismos resulta relevante. En consecuencia, un juez, o cualquier ciudadano con fundamentos para efectuar una objeción de conciencia, debería considerar y, eventualmente, poner a un lado cualquier ley perfeccionista u otras normas de origen democrático.

La característica más relevante que permite descalificar

una ley sancionada democráticamente debido a su naturaleza perfeccionista está constituida por el fundamento por el cual ésta ha sido dictada. El valor de la autonomía personal no protege acciones particulares, sino que simplemente previene que esas acciones sean interferidas sobre la base de ciertas razones. Un ejemplo extremo respecto del ideal personal es el que surge de la situación en la que el ideal de alguna persona sea matar a otro ser humano. El Estado o terceros individuos no podría interferir con esta acción fundando esta decisión en su objeción al ideal personal sobre el cual la acción se encuentra basada. En lugar de ello, el Estado sólo puede interferir porque este ideal personal implica la adopción de un estándar moral intersubjetivo inaceptable. La razón para no seguir los mandatos de una legislación perfeccionista es que su fundamento real es la imposición de un ideal de excelencia humana. Consideremos las leyes que penalizan la posesión de drogas incluso para consumo personal. Si la razón genuina de una ley como ésta es la de proteger a terceras personas (incluso si la base fáctica de este argumento fuera errónea), su validez debería discutirse a través del proceso democrático, no del judicial. Sin embargo, los jueces podrían invalidar la legislación si su objetivo fuera imponer un ideal de excelencia personal. Por este motivo, es esencial considerar las razones genuinas de las normas jurídicas, dado que ellas determinan la razonabilidad de su aplicación y su constitucionalidad.

Esta segunda justificación del control judicial de constitucionalidad tiene implicancias sobre la evaluación de muchas decisiones judiciales controvertidas. En Estados Unidos, la decisión de la Corte Suprema en *Bowers vs. Hardwick* no estaría justificada de ninguna manera dado que allí se declaró constitucional una ley del estado de Georgia que prohibía el comportamiento homosexual basándose en argumentos perfeccionistas. El test debería consistir en preguntarnos si el argumento que subyace a la proscripción de algún acto, como la homosexualidad, la posesión de droga, el divorcio, o la excepción al servicio militar, presupone la adhesión a un ideal particular de excelencia humana o si sólo implica la adopción de un estándar moral intersubjetivo. Si la proscripción implica esto último, ella sólo puede ser determinada por el proceso político o corregida por él. En tal situación, la proscripción no debería

ser realizada por el poder judicial, incluso cuando fuera incorrecta.

A través de la limitación de la esfera de la constitución ideal del poder a cuestiones de moral intersubjetiva, se puede percibir el dominio de la constitución ideal de los derechos donde se ve involucrado el reconocimiento de la autonomía. El derecho a no ser coercionado sobre la base de modelos de excelencia personal es, de este modo, parte de este grupo de derechos *a priori* que son condición del proceso democrático.

### Tercera excepción: la constitución como una práctica social

La tercera excepción a la negativa del control judicial de constitucionalidad no se basa, a diferencia de las dos excepciones anteriores, en las condiciones necesarias para reconocer el valor epistémico de la democracia. En lugar de ello, ella se fundamenta en el hecho de poder lograr que esas decisiones democráticas que tienen valor epistémico sean más eficaces. El propósito del control judicial de constitucionalidad es preservar la práctica social o convención dentro de la cual esa decisión opera, es decir, específicamente, la constitución histórica.

Recordemos que lo que era incorrecto respecto del modelo de razonamiento jurídico o práctico desarrollado en el capítulo 2 consistía en presuponer que lo que debe ser justificado es una acción individual en lugar de una práctica colectiva o convención a la cual el agente debe decidir si contribuye o no. En nuestro caso, la práctica colectiva es la constitución histórica que, una vez que se justifica a la luz de las constituciones ideales de los derechos y del poder, sirve como base para justificar acciones y decisiones individuales. Sin embargo, hemos visto que el razonamiento en dos etapas debe tener en cuenta cuál es la alternativa más realista para hacer respetar la constitución ideal de los derechos y del poder si no se tiene en cuenta la constitución histórica. En algunos casos, se verían frustrados en mayor medida los requerimientos de la constitución ideal si no se respeta una constitución histórica moralmente insatisfactoria. Entonces, se debe seguir una razonabilidad de tipo del “segundo mejor”, y el respeto por la constitución ideal de los derechos requiere que nos apartemos de algunos de sus requerimientos.

Los jueces se ven entonces obligados a enfrentar esta tensión. Una decisión democrática puede afectar negativamente de un modo serio la convención que surge de la constitución histórica incluso cuando satisfaga el ideal constitucional respecto del poder y de los derechos. Consideremos el caso en el que la decisión democrática infringe en forma clara el texto, que es el aspecto más saliente de la convención de acuerdo a las reglas tradicionales de interpretación. La decisión democrática puede ser impecable desde el punto de vista de los elementos del constitucionalismo liberal y participativo, pero ésta podría estar en contra del elemento que preserva el estado de derecho. Aunque no se vea violado ningún derecho, si se mantuviera la decisión democrática, la práctica social constituida por la constitución histórica podría verse debilitada y, como resultado de ello, la eficacia de las decisiones democráticas podría resultar enormemente afectada. En esta situación el juez puede intervenir en forma justificada para invalidar la ley democrática a fin de proteger la convención constitucional que garantiza la eficacia de las decisiones democráticas mismas. El juez, de esta forma, estaría promoviendo la constitución ideal. Por lo tanto, incluso cuando los jueces hagan a un lado normas sancionadas democráticamente y ello parezca debilitar la constitución ideal, en realidad resulta que se preserva la posibilidad real de poner en vigencia las dimensiones ideales de la constitución compleja.

Ilustraré ahora este argumento del control judicial de constitucionalidad con un caso sucedido en Argentina. En 1990, el presidente Menem indultó a varios militares que habían sido sujetos a juicio por violaciones a los derechos humanos. Sin embargo, una interpretación convencional del artículo 86, sección 6<sup>a</sup>, de la Constitución de 1853, hubiera imposibilitado esos indultos, dado que aún no habían sido declarados culpables. El texto constitucional se refiere al indulto o a las conmutaciones de penas para crímenes federales. Estos indultos no infringieron directamente los elementos del constitucionalismo asociados con las constituciones ideales de los derechos y del poder. Ningún derecho individual fue directamente violado por esos indultos.<sup>20</sup> Además, el presidente Menem, quien en ese momento había sido recientemente electo por una amplia mayoría, tenía probablemente más legitimidad democrática que el Congreso, que poseía el poder de amnistiar o a un juez que podría

haberlos liberado. Desde mi punto de vista, sin embargo, este tipo de contradicción frontal con el texto —convencionalmente aceptado como un punto de coordinación de la convención constitucional— debilita enormemente la continuidad de la constitución histórica y amenaza la posibilidad de hacer realmente vigente la constitución ideal. De este modo, el ejercicio del control judicial de constitucionalidad para anular esos indultos podría haber estado justificado.

La tercera excepción a la negativa del control judicial de constitucionalidad genera un dilema que le es inherente. La nulificación de una norma sancionada democráticamente es revisada con el argumento de poner, en última instancia, en real vigor a las constituciones ideales de los derechos y del poder. El efecto inmediato de esa nulificación, sin embargo, es ignorar los requerimientos de esas constituciones descartando una decisión democrática y yendo en contra del ideal de democracia participativa no obstante el presupuesto epistémico de que su determinación de los derechos es moralmente correcta. Entonces, el juez debe necesariamente equilibrar el daño inmediato a los ideales participativo y liberal del constitucionalismo *vis a vis* el daño que se le causaría a esos ideales si la práctica constitucional fuera afectada negativamente debido a la decisión democrática que la infringe.

Obviamente, no todas las desviaciones de la constitución histórica por el proceso democrático son tan dañinas para su continuidad como para justificar o hacer a un lado ese proceso. Una vez más, no existe ninguna fórmula exacta para resolver esta tensión. Es, en última instancia, una cuestión de juicio si está justificado limitar el funcionamiento de la democracia, no para promover directamente la democracia como en el primer caso de control judicial de constitucionalidad, sino para preservar una práctica que le otorga eficacia a las decisiones democráticas.

### Puesta a prueba de la teoría

Para probar la adecuación de esta teoría de control judicial de constitucionalidad examinaré brevemente sus implicancias para tres de los casos constitucionales más importantes resueltos por la Corte Suprema de Estados Unidos. Estas decisiones

son: *Griswold vs. Connecticut*,<sup>21</sup> *Roe vs. Wade*,<sup>22</sup> *Brown vs. Board of Education*.<sup>23</sup>

#### *Griswold vs. Connecticut*

En *Griswold*, prácticamente por unanimidad la Corte Suprema sostuvo que la ley del estado de Connecticut que penalizaba el uso de anticonceptivos por parte de personas casadas era aberrante, probablemente estúpido e incluso violatorio del derecho moral a la privacidad. Existía un acuerdo generalizado de que la ley violaba un grupo ideal de derechos. La mayoría de los jueces de la Corte hubieran aceptado esta conclusión moral debido a que la ley ignoraba lo que he llamado el valor de la autonomía de la persona, y el principal desacuerdo entre los jueces se vinculaba con esta conclusión. Existieron tres tipos de respuestas a la ley.

Para el juez John Harlan, esta violación moral era suficiente para invalidarla. Para este juez, la vaguedad de la Enmienda XIV requería que la Corte considerase valores básicos e interviniera para proteger los derechos fundamentales de los que gozaban los ciudadanos de todos los gobiernos libres. Esta visión es consistente con mis argumentos acerca de la necesidad de recurrir a esos principios de moralidad social incluidos en la constitución ideal de los derechos. Esto se hace cuando decidimos reconocer cierta práctica constitucional después de confrontar sus indeterminaciones. El juez Byron White estuvo de acuerdo con esta visión, pero creía también que para invalidar una ley a la luz de valores y derechos fundamentales, debía tenerse en cuenta su justificación y la relación instrumental con el fin buscado por ella. En este caso, sostuvo que el fin buscado era objetable.

Para los jueces Earl Warren y Arthur Goldberg, la ley de Connecticut iba en contra del derecho a la privacidad “más antiguo del *Bill of Rights*”. Sostenían que este derecho podía encontrarse en cada fragmento de la Constitución de Estados Unidos. El juez Warren pensaba que éste podía percibirse detrás de varias enmiendas de la constitución, como la I, la III, la IV, la V y la IX, que la XIV hacía aplicables a los estados de la Unión. Esta teoría le otorgaba poder a la Corte sin convertirla en una superlegislatura. El juez Goldberg enfatizó especial-

mente que el poder de la Enmienda IX, combinada con la XIV, protegía los aspectos fundamentales de la libertad. Estos jueces, con el mismo espíritu de mi argumento defendido en el capítulo 2, recurrían así a la necesidad de preservar la constitución histórica, en su interpretación convencional, como base para la invalidación de la ley bajo examen.

Para los jueces Hugo Black y Potter Stewart, las dos líneas de argumentación expuestas no eran adecuadas. Estos estaban de acuerdo con Harlan y White acerca del derecho moral a la privacidad y de la repugnancia de la ley, pero insistían en que esas visiones constituían "opiniones subjetivas". Usando mi terminología, habrían dicho que estas opiniones evidenciaban un elitismo moral epistémico. También rechazaban la apelación a la convención constitucional, dado que era extremadamente inverosímil conectar el derecho a la privacidad con los derechos de libertad de expresión o asociación. En el mismo sentido de lo que llamo el valor epistémico de la democracia, ellos rescataban la facultad de los cuerpos legislativos a tomar este tipo de decisiones, sin que resulten descartadas por la reflexión aislada de los jueces respecto de la aceptabilidad de esta ley.

Cada uno de los tres grupos de jueces recurrieron respectivamente a diferentes componentes del ideal complejo del constitucionalismo: la dimensión liberal expresada por la constitución ideal de los derechos; la dimensión convencional expresada por la constitución histórica y la dimensión participativa expresada por la constitución ideal del poder. Debido a las tensiones que he indicado entre estas tres dimensiones del constitucionalismo, y la ausencia de fórmula alguna para resolverlas, se podría creer que no existe ninguna respuesta correcta en un caso como éste. Sin embargo, ello no es así.

En primer lugar, es importante advertir que los jueces Black y Stewart tenían razón al decir que no existía ninguna práctica constitucional definida respecto de la privacidad. El texto o la práctica existente al momento era lo suficientemente flexible como para permitir muchas soluciones en conflicto entre sí. Como lo hemos discutido en el capítulo 2, la vaguedad de la constitución a menudo produce indeterminaciones cuando no existe ningún criterio convencional de interpretación aplicable. En la opinión del juez Stewart sobre el origen histórico de

la Enmienda IX, es debatible como criterio para interpretar el texto. También resulta dudoso si se debería recurrir a algún otro criterio. En este caso resulta evidente que la práctica constitucional no era clara.

Por otra parte, podemos acordar con el juez Harlan en que el derecho a la privacidad es un derecho fundamental. Como hemos visto en el capítulo 4, el principio de la autonomía personal determina el contenido de los derechos que son parte de la constitución ideal. Este principio deriva de la prohibición de la interferencia con acciones de los individuos que no dañen a terceros, dado que ella violaría el ideal de la autonomía personal. Un presupuesto de nuestra práctica del discurso moral está constituido por el hecho de que es valioso que las personas guíen sus conductas y sus actitudes por estándares que aceptan libremente. Prohibir el uso de anticonceptivos es, simplemente, un caso de perfeccionismo, dado que la regla impondría sobre los individuos ciertas supuestas virtudes y no estaría diseñada (como sí lo estaría una norma de paternalismo legítimo) para satisfacer preferencias subjetivas.<sup>24</sup>

No podemos imponer nuestro propio juicio acerca de la verdad moral. Los jueces Black y Stewart pusieron el énfasis sobre este punto y una visión similar se encuentra implícita en las posiciones de los jueces Warren y Goldberg. Presumir que estamos en mejor posición que los afectados para equilibrar intereses en conflicto y alcanzar una perspectiva imparcial desde la cual se determinen los derechos morales es, como he sostenido anteriormente, una manifestación de elitismo epistemológico. Por el simple hecho de que los jueces de la Corte Suprema son hombres y mujeres de considerable sabiduría y cultura, no se desprende necesariamente que ellos se encuentran en mejor posición que aquellos directamente responsables ante las personas cuyos intereses están en juego para definir el alcance y jerarquía de sus derechos.

Sin embargo, la preocupación respecto del elitismo epistemológico no es aplicable cuando los derechos en cuestión establecen condiciones positivas o negativas necesarias para que el proceso democrático tenga valor epistémico. Si aquellas condiciones no se encuentran satisfechas, no existe ninguna razón para que un juez, o cualquier individuo, difiera con el resultado de un proceso democrático putativo. Estas condiciones no son

satisfechas cuando las leyes resultan sancionadas sobre la base de ideales de excelencia personal; su validez no está asociada con una evaluación imparcial de los intereses en conflicto. El proceso democrático tiene valor epistémico porque implica una dinámica que tiende hacia la imparcialidad, pero no tiene ninguna calidad epistémica cuando lida con asuntos donde la validez no depende de la imparcialidad.

La ley de Connecticut es un ejemplo perfecto de una norma que infringe un derecho *a priori* del sistema democrático. Nadie tiene razón alguna para hacer a un lado a la legislatura de Connecticut cuando esa institución trata con una definición acerca de una vida sexual apropiada, de la misma forma que cuando busca solucionar una cuestión científica, filosófica o religiosa. La decisión de la Corte Suprema en este caso es correcta, no por las razones dadas por sus miembros, sino debido a la evaluación que aquella hace de que lo que es correcto o incorrecto no debe ser limitado por el resultado del proceso colectivo de discusión y toma de decisiones. La Corte debe posibilitar a los ciudadanos actuar de acuerdo con los resultados de su propia reflexión, dado que ellos no tienen ninguna razón para descartar la decisión de la mayoría y porque la Corte tiene la obligación de fortalecer el valor epistémico del proceso democrático que requiere que opere dentro de sus límites apropiados.

#### *Roe vs. Wade*

En *Roe vs. Wade* la Corte invalidó una ley de Tejas que prohibía el aborto excepto cuando una opinión médica mostrara que era necesario para salvar la vida de la madre. La Corte estableció un sistema de trimestres, permitiendo una creciente regulación gubernamental de los abortos a medida que avanzaba el embarazo.

El juez Harry Blackmun escribió la opinión de la Corte y concluyó que el aborto estaba asociado al derecho a la privacidad que se podía encontrar ya sea en el concepto de libertad de la Enmienda XIV o en la Enmienda IX, y concluyó que el derecho a la privacidad era suficientemente amplio como para comprender la decisión de la mujer acerca de terminar o no su embarazo. El derecho a la privacidad mismo estaba fundado en

la práctica constitucional establecida en casos tales como *Griswold*. El juez Blackmun reconoció que el derecho a la privacidad, aplicado al aborto, se vería limitado si se entendía que el feto era una persona, pero concluyó que cuando la constitución usa la palabra "persona", se refiere a aquellos que ya han nacido. Reconoció que mientras se podría tratar de defender la ley contra el aborto sobre la base de desalentar conductas sexuales ilícitas, Tejas no recurrió a esta defensa. Concluyó qué existía alguna legitimidad en el argumento en contra de permitir abortos peligrosos pero pensó que ésto era demasiado amplio. El juez Blackmun también discutió la necesidad de proteger la vida prenatal, pero rechazó esta posición, en última instancia, por estar demasiado opuesta al derecho a la privacidad de la madre.

El juez Blackmun concluyó que, en alguna medida, la vida potencial era un interés legítimo que competía con el derecho de la madre y que el estado debía protegerlo. Sostuvo que en los primeros tres meses de embarazo ningún interés podría desplazar el derecho a la intimidad de la madre, aconsejada por su médico respecto de la seguridad del aborto a realizarse. Después de ese período, el estado podría regular el aborto a fin de tener en cuenta la protección de la salud de la madre. En el último trimestre, el estado podría regular o incluso prohibir el aborto con miras a proteger el interés de la vida humana potencial, con el límite que impone la obligación del estado de proteger la vida y la salud de la madre.

Las opiniones concurrentes de los jueces Potter Stewart y William Douglas enfatizaron que el derecho de la madre a abortar se encontraba dentro de la libertad garantizada por la Enmienda XIV. Reconocieron que los estados retenían el poder de regular la libertad bajo su propio poder de policía. Sin embargo, todo ejercicio del poder regulatorio debía estar sujeto a un cuidadoso escrutinio a fin de determinar si era utilizado para proteger intereses legítimos.

El juez Byron White votó en disidencia. Sostuvo que el reconocimiento del derecho a abortar significaba la introducción de un nuevo derecho constitucional e implicaba desplazar el poder del pueblo y el de los estados. Sostuvo que la decisión significaba que "el pueblo y las legislaturas de cincuenta estados no estarían constitucionalmente facultadas para decidir acerca

de la importancia relativa de la existencia y desarrollo del feto, por un lado, contra su impacto sobre la madre, por el otro.”<sup>25</sup>

El juez William Rehnquist también concluyó que el derecho a abortar era completamente ajeno a los constituyentes y que éste, de ningún modo, podría inferirse del texto. Destacó notar que la mayoría de los estados, reflejando la visión de la mayoría de sus ciudadanos, habían sancionado leyes en contra del aborto. Esto, continuaba, demostraba que el derecho al aborto no se encuentra apoyado en los valores fundamentales y tradiciones de la sociedad y que la ley de Texas no era tan irracional como para violar el debido proceso sustantivo.

La práctica constitucional era, por cierto, indeterminada en lo que se refiere al derecho al aborto. Cualquier solución al momento de decidir *Roe* hubiera sido compatible con la preservación de la constitución histórica. Aunque es verdad que el derecho a la intimidad había sido establecido por casos como *Griswold*, la cuestión aquí era precisamente si la autonomía de la madre es el único valor a ser tenido en consideración, o si éste debería competir con algún otro valor asociado a la vida del feto.

No obstante este punto acerca de la constitución histórica y el aborto, existe todavía un posible conflicto entre el grupo ideal de derechos y el resultado de un proceso democrático legítimo. Los jueces White y Rehnquist apelaron al derecho del pueblo y de las legislaturas de los estados a decidir estos asuntos en una forma democrática, mientras que la mayoría recurrió al derecho a la libertad, la autonomía o la intimidad de la madre como parte de una constitución ideal de los derechos.

Para analizar este conflicto es necesario preguntarnos si está siendo ignorada una precondición del proceso democrático. Sólo porque algo es un derecho no es suficiente para sustraerlo del proceso democrático y ponerlo en manos de funcionarios no democráticos. El juez Blackmun mencionó la posibilidad de que la prohibición del aborto esté basada en el propósito de desalentar relaciones sexuales ilícitas o en razones médicas. Descartó la primera razón debido a que no fue la propuesta por el estado y aceptó parcialmente la segunda. Si la forma en la que se desarrollan las relaciones sexuales había sido la razón que dio lugar a la ley, ésta hubiera sido invalidada, desde mi punto de vista, por ser abiertamente perfeccionista.<sup>26</sup> El problema del argumento médico es que éste no parecía ser genuino, dado que

si los abortos se realizan bajo cuidados y condiciones apropiados, podrían llevarse a cabo con mínimo riesgo para la madre. Además, la madre, con el debido grado de información, podría asumir cualquier riesgo que el aborto implicara. Por otro lado, es de conocimiento público que cuando un aborto es ilegal, las mujeres —particularmente las más pobres— se someten a ellos sin tener en cuenta condiciones riesgosas mucho mayores. Por lo tanto, los argumentos paternalistas parecen ocultar ya sea otros de tipo perfeccionista que van contra la ley o justificaciones en términos de derechos del feto.

En contra de las presunciones del juez Blackmun, no parece ser posible evitar tomar una posición acerca del valor del feto cuando se está discutiendo el tema del aborto. Aquel juez adoptó implícitamente una visión acerca del feto, que consistía necesariamente en que la vida de éste no tenía un valor que debía ser protegido con el mismo vigor que el valor de la vida de una persona ya nacida, a menos que el feto haya alcanzado el momento de viabilidad. La cuestión no es si podemos evitar adoptar una posición acerca del valor del feto, pues no podemos. La cuestión es si la posición debe ser tomada a través del proceso colectivo de discusión y decisión, o fuera de él.<sup>27</sup> La cuestión no es si se decide el valor del feto sino quién debe llegar a esa decisión con poder vinculante sobre los demás.

Mi posición es que la cuestión acerca de si la vida del feto tiene el mismo valor que la de una persona completa es una cuestión *a priori* que debe necesariamente ser resuelta como una precondición del proceso democrático. La resolución de esta cuestión determina quién debería actuar como sujeto del discurso moral al constituir el proceso democrático. Si el feto tiene valor, los tribunales deberían garantizarle la misma protección que se le brinda a cualquier otra persona. No sería suficiente contestar que el derecho a la intimidad de la madre o a la autonomía desplaza los derechos del feto.<sup>28</sup>

Una ley que prohíbe el aborto sería inconstitucional si se apoyara en una justificación perfeccionista. Sin embargo, si la ley limitara la autonomía de la madre sobre la base de asignar valor al feto, se llegaría a una conclusión diferente. Mientras que probablemente la ley sería seriamente objetable, no sé podría ver cómo es posible que los jueces estén en una posición mejor que el proceso democrático para evaluar los valores

comparativos de la autonomía de los padres y el de la vida del feto desde una perspectiva imparcial.

En resumen, la decisión en *Roe vs. Wade* debió apoyarse ampliamente en la justificación perfeccionista de la ley de Tejas que se ocultaba detrás de argumentos paternalistas. Sin embargo, reconozco que sería muy difícil invalidar la ley de Tejas si simplemente se lograra demostrar que la legislatura democrática desprecia profundamente la autonomía de las mujeres. No está fuera del alcance del proceso democrático limitar la autonomía de las mujeres para proteger el valor del feto. Nuestra indignación hacia este tipo de ley es comparable con la indignación hacia políticas que ignoran derechos sociales fundamentales para preservar el derecho de propiedad de una minoría. Esta indignación no encuentra razones para justificar la frustración del proceso democrático debida a una intervención externa motivada en un fervor elitista epistémico.

#### *Brown vs. Board of Education*

La decisión en *Brown vs. Board of Education* sólo nos ocupará por un breve momento dado que es menos compleja desde un punto de vista teórico, aunque de una gran importancia política y moral, que las dos decisiones anteriores. El presidente de la Corte Suprema, Earl Warren escribió la decisión del tribunal y rechazó la doctrina de "separados pero iguales", tal como se aplicaba en las escuelas públicas segregadas. El resultado en *Brown* es difícil de encuadrar con la constitución histórica, dado que, de acuerdo con el caso *Plessy vs. Ferguson*, la práctica constitucional de Estados Unidos bien podía permitir la segregación en la educación.<sup>29</sup> Podría decirse que incluso si la segregación formara parte de la práctica constitucional, éste sería claramente un caso donde esa práctica sería tan contraria a la constitución ideal que sería posible, en forma justificada, apartarse de ella incluso a riesgo de afectarla negativamente.

Warren afirmó que la educación era una de las funciones más importantes del gobierno estatal y local, y que la educación segregada dañaba a los afroamericanos por generar en ellos un sentimiento de inferioridad que retardaba su desarrollo intelectual. Este argumento es lógico, pero es insuficiente para

justificar la decisión, pues no alcanza con decir que una parte de la población es privada de un servicio estatal fundamental para invalidar la evaluación democrática acerca del modo en que debe proveerse ese servicio. El argumento puede completarse sosteniendo que nada menos que el proceso democrático mismo resulta seriamente afectado por una política educativa segregacionista. La segregación destruye la democracia.

El impacto que ejerce la segregación en la educación sobre el proceso democrático deriva del hecho de que la autoestima y el desarrollo intelectual adecuado son precondiciones para una participación cívica correcta. Más importante aún, la segregación en la esfera educativa impide tener contactos cercanos entre diferentes individuos y grupos, y el desarrollo del sentimiento de fraternidad necesario para que el sistema democrático logre tender a la imparcialidad, que es el origen de su valor epistémico. Como ya lo hemos discutido, la superioridad moral de la democracia por sobre los sistemas dictatoriales de toma de decisiones colectivas radica en su mayor tendencia hacia la imparcialidad debido a que en ella existen mejores posibilidades de saber y evaluar los intereses de todas las personas afectadas. Esta capacidad se encontraría muy seriamente afectada si los individuos se segregan unos a otros, particularmente en sus años de formación, incluso en el caso improbable de que el trato sea tan igual que no exista ningún daño a la autoestima y al desarrollo intelectual.

En resumen, la importancia real de *Brown* reside en la capacidad de la Corte para detectar condiciones *a priori* para el funcionamiento del proceso democrático. Sólo cuando estas condiciones se encuentran satisfechas, el proceso puede adecuarse para requerir que los jueces hagan a un lado el resultado de ese proceso.

#### **El control judicial de constitucionalidad y el diseño institucional**

Luego de analizar la institución del control judicial de constitucionalidad a fin de poner de manifiesto su estructura lógica, he tratado de reconstruir esa institución de forma tal que esa estructura sea respetada. El resultado de esa reconstrucción es una teoría del control judicial de constitucionalidad que,

espero, sea menos alarmante para la comunidad jurídica que algunas de mis conclusiones iniciales que pueden haber atemorizado a algunos. Aunque en términos generales mi argumento es contrario a la justificación del control judicial de constitucionalidad de las leyes originadas a través de un proceso democrático, existen tres amplias excepciones a esa negativa. Esas excepciones incluyen la determinación de si la ley respeta los presupuestos del proceso democrático, la descalificación de las leyes fundadas en razones perfeccionistas y el examen de si la ley en cuestión afecta negativamente la preservación de la práctica jurídica moralmente aceptable.

Al construir esta teoría, he presupuesto un diseño institucional en el que los jueces sólo tienen una conexión indirecta con el proceso democrático. Pero los diseños institucionales pueden variar, requiriendo diferentes opciones para la fisonomía del poder judicial. Por ejemplo, un tribunal constitucional, al estilo europeo, con miembros que son periódicamente renovados y elegidos por diferentes cuerpos representativos de la soberanía popular, mantiene una legitimidad democrática mayor que una Corte Suprema (como en Estados Unidos y Argentina) para llevar a cabo el control judicial de constitucionalidad. Es también posible considerar procedimientos que aseguren que los miembros de las cortes superiores que ejercitan el control judicial de constitucionalidad puedan periódicamente recibir apoyo del proceso democrático. Tales mecanismos no deberían crear una dependencia del poder judicial de aquellos que ejercitan el poder político, sino que simplemente proveerían al primero de una base de apoyo democrático más sólida.

En forma similar, existe una amplia variedad de estrategias respecto del modo en que podría responder el poder judicial cuando se enfrenta con la demanda de declarar la inconstitucionalidad de una ley. En muchas ocasiones, la forma óptima de intervención judicial no es la de una invalidación total de una norma inconstitucional o un decreto de la administración. Los jueces no necesitan descartar siempre los resultados del proceso democrático para promover medidas que crean son más conducentes a la protección o promoción de los derechos. En lugar de ello, los jueces pueden, y deben, adoptar medidas que promuevan el proceso de deliberación pública o la consideración más cuidadosa por parte de los cuerpos políticos.

Por ejemplo, algunas leyes se hallan en una zona ubicada entre las condiciones *a priori* para el correcto desarrollo del proceso democrático y las determinaciones que deben tomarse a través de ese mismo proceso. En una situación como esa, podrían idearse diseños institucionales (tales como el de la constitución canadiense de 1982) que les otorguen a los jueces la facultad de emitir un “veto suspensivo” sobre una ley, que daría a la legislatura el poder de anular la decisión de los jueces pero sólo después de emprender una vez más la discusión y tomar una nueva decisión sobre el tema. Debemos considerar también la posibilidad de dictar la “inconstitucionalidad por omisión”, que tendría lugar cuando la legislatura falla en implementar una prescripción constitucional.<sup>30</sup> En tal caso, la corte superior podría estar autorizada a requerir a la legislatura (o a una comisión de ésta) que explique las razones por las cuales se incurrió en esa omisión y revelar si existen planes para superar esa deficiencia.

A través de tales mecanismos, los jueces tendrían un rol activo en la tarea de contribuir a mejorar la calidad del proceso de discusión democrática y toma de decisiones, estimulando el debate público y promoviendo decisiones más reflexivas. Esta reconstrucción del control judicial de constitucionalidad promovería también la conciencia en los jueces acerca de las consideraciones complejas que deben evaluar en el ejercicio de su función.

En su parte central, esta concepción del control judicial de constitucionalidad refleja la relación compleja entre la democracia deliberativa y las otras dos dimensiones del constitucionalismo, que son el reconocimiento de los derechos individuales y la preservación de una práctica constitucional. Un reconocimiento del valor epistémico de la democracia deliberativa implica la creencia en la primacía del proceso de discusión colectiva y decisión mayoritaria por sobre cualquier otro procedimiento para determinar soluciones moralmente aceptables a conflictos sociales, incluso aquellos que involucran derechos. Sin embargo, una forma matizada de control judicial de constitucionalidad puede asegurar que los resultados epistémicos que surgen del proceso democrático resulten combinados con las demandas que provienen de la constitución ideal de los derechos y de la constitución histórica.

## Notas

1. *Marbury vs. Madison*, 1 U.S. 137 (1803).
2. CSJN, *Fallos*, 32:120. [T.]
3. Montesquieu, *The Spirit of Laws*, Berkeley y Los Angeles, University of California Press, 1977, David Wallace Carrithers (comp.).
4. Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2<sup>a</sup> ed., New Haven, Yale University Press, 1986.
5. Michael Walzer, "Philosophy and Democracy," 9 *Political Theory* 379, pp. 387-390 (1981).
6. Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, Max Knight (trad.), Berkeley y Los Angeles, University of California Press, 1978, pp. 4-10, 30-58.
7. Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Nueva York, Russell and Russell, 1961, Anders Wedberg (trad.).
8. El criterio de validez que Kelsen ofrece para normas no primarias del sistema prescribe que una norma es válida cuando satisface las condiciones establecidas por otra norma válida del sistema.
9. *Bowers vs. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).
10. Véanse las ambigüedades y los problemas resultantes de estas caracterizaciones del concepto de validez en mi libro, *La validez del derecho*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1992. Véase Raz, *Practical Reason and Norms*, Londres, Hutchinson, 1975, p. 222.
11. Véase Eugenio Bulygin, "Sentencia judicial y creación de derecho," en *La Ley*, pp. 124, 1307.
12. Véase Carlos Santiago Nino, *La validez del derecho*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1985, capítulo 2.
13. Esto ha sido propuesto por Constantineau en su famosa doctrina de las leyes *de facto*. Albert Constantineau, *A Treatise on the De Facto Doctrine in Its Relation to Public Officers and Public Corporations Based upon the English, American, and Canadian Cases, Including Comments upon Extra-ordinary Legal Remedies in Reference to the Trial of Title to Office and Corporate Existence*, Toronto, The Canada Law Book Company, 1910.
14. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1977, capítulo 4.
15. Véase *supra*, capítulo 4.
16. John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press, 1980; Carlos Santiago Nino, *The Ethics of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1991, capítulo 6.
17. Hay una cierta analogía entre esta determinación de los derechos *a priori* y el método trascendental a través del cual Kant determinó la verdad de las proposiciones sintéticas *a priori*, que no son alcanzables por la observación empírica sino por la identificación de las condiciones de aquellas observaciones empíricas.
18. Véase *infra* capítulo 3.
19. Nino, *The Ethics of Human Rights*, capítulo 3.
20. Esta posición depende en gran medida de una visión no retributiva del castigo. Véase Carlos Santiago Nino, *Radical Evil on Trial*, New Haven, Yale University Press, 1996, capítulo 3.
21. 381 U.S. 479 (1965).
22. 410 U.S. 113 (1973).
23. 347 U.S. 483 (1954).
24. Además, las políticas más perfeccionistas son autofrustrantes e irracionales, pues los ideales de virtud requieren de la adhesión espontánea para ser satisfechos y no pueden ser impuestos por otros.
25. 410. U.S. pp. 148-150.
26. Como sostuve anteriormente, el paternalismo puede ser justificado en ciertas situaciones. Es permisible cuando es usado para superar problemas de falta de información, coerción, debilidad de la voluntad o problemas de coordinación que impiden a las personas satisfacer sus preferencias subjetivas.
27. Considero que sólo es posible atribuirle valor intrínseco a aquellos entes que tienen capacidad de valorar, que son, por ello, personas autónomas. *Supra*, capítulo 3. Es obvio que el feto no tiene tal valor intrínseco, pero tampoco lo tiene un niño recién nacido ni una persona en estado de coma. Sin embargo, estos entes pueden experimentar algún valor reflejo. Existen tres tipos posibles de relaciones entre algo que tiene valor intrínseco y alguna otra entidad de modo tal que la última pueda recibir un valor reflejo de la primera. En primer lugar, existe una relación de identidad. La segunda es la relación que surge a partir de la posibilidad de convertirse en un ente con valor intrínseco y la tercera es la relación de ser valorado por un ente con valor intrínseco. La primera relación no está presente entre el feto en sus primeras etapas de evolución y la persona autónoma. Esta relación sólo surge en forma atenuada en las últimas etapas del embarazo. La segunda relación no transmite el mismo grado de valor. Lo mismo puede decirse de la tercera alternativa, que depende de la existencia de alguien que valore al feto como parte de su plan de vida (que no es el caso de los padres que desean realizar el aborto). Por consiguiente, el feto parece tener un valor débil en sus primeras etapas de evolución, si bien este valor crece a medida que avanza en su desarrollo.
28. En forma similar, no se puede inferir la obligación de la madre de cuidar del feto a partir de la afirmación de su valor. No mucho más se desprende de mi conclusión de que el feto no tiene valor, sólo que una ley que permite el aborto no sería inconstitucional, excepto quizás si ésta lo permitió en el último estadio, en el que alcanza un valor mayor.
29. 163 U.S. 537 (1896).
30. Véase Germán Bidart Campos, "La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión", *El Derecho*, 78, p. 785, Buenos Aires, 1978.

## Conclusión

### Las tensiones de una constitución compleja

La estructura del constitucionalismo está llena de tensiones internas que han sido presentadas a lo largo de este libro.

Empezamos por presuponer que el constitucionalismo requiere un proceso democrático, el respeto por los derechos individuales y la preservación de una práctica jurídica establecida tal como se articuló por primera vez en la constitución histórica. Al mismo tiempo, confrontamos la aparente superfuidad que la constitución histórica tiene para el razonamiento jurídico justificatorio, dado que éste, en última instancia, se apoya en razones autónomas, como las de la constitución ideal. Estas razones autónomas justifican acciones o decisiones sin tener en cuenta las soluciones prescriptas por la constitución histórica. Para superar esta aparente paradoja, hemos identificado la constitución histórica con una convención social. Esta convención que se origina en un cierto contexto histórico puede ser materializada en un texto y está constituida por modelos de acción y actitudes críticas hacia esos modelos.

La constitución histórica, entendida como una práctica social o convención, incluye las reglas de reconocimiento de otras normas del sistema jurídico. Sin embargo, este hecho es relevante sólo si se adopta un enfoque puramente externo respecto de él, en lugar del punto de vista interno, para justificar acciones y decisiones. La relevancia de la constitución histórica para esa justificación no puede ser provista por el valor comunitarista de la tradición, ni por el valor de la integridad, dado que estas consideraciones resultan objetables por adoptar enfoques holistas o por apoyarse demasiado fuertemente en contextos sociales contingentes.

La constitución entendida como una convención social adquiere relevancia desde el punto de vista interno del razonamiento justificatorio si asumimos que las decisiones de los agentes políticos no son acciones individuales aisladas, sino que su eficacia deriva de un sistema de acciones, actitudes y expectativas mutuamente interconectadas. La decisión del juez no es más que una contribución a una práctica social en constante evolución y es operativa sólo si ésta se convierte en parte de una red de conductas y actitudes que comprenden esa práctica. Además, esta práctica o convención soluciona problemas de coordinación sobre la base de ciertos factores salientes, tal como es el caso del texto constitucional generalmente observado. De este modo, el tipo de razonamiento utilizado en la práctica de la justificación de una acción o decisión cuenta con una estructura de dos niveles. El primero requiere que evaluemos la justificación de la práctica sobre la base de principios autónomos tales como aquellos que conforman la constitución ideal de los derechos. Si este primer nivel nos permite justificar la práctica, es posible pasar al segundo. En este último, se analiza la práctica misma para determinar la decisión.

A través de la revisión de problemas de interpretación, percibimos que las prácticas constitucionales y jurídicas no son suficientes para determinar resultados únicos. Existe una variedad de pasos a seguir en la tarea de interpretar y aplicar la constitución histórica, incluso en el segundo nivel, en los que se hace necesario recurrir a consideraciones de moralidad social que forman parte de la constitución sustantiva ideal. Estas consideraciones nos ayudan a superar las indeterminaciones. La práctica de la cual es parte la constitución histórica tiene una configuración del tipo de un "tejado", dado que es necesario, en primer lugar, buscar apoyo en decisiones y acciones previas para justificar otras acciones y decisiones. Al tomar una decisión dentro del marco de una práctica constitucional, es entonces necesario intentar satisfacer los principios de la constitución ideal. A su vez, este esfuerzo ayuda a preservar y perfeccionar la práctica en su totalidad.

Al examinar los principios de moralidad social defendidos sobre la base de los presupuestos de la práctica social de la discusión moral, llegamos a los principios de autonomía, inviolabilidad y dignidad de la persona. Estos principios exclu-

yen la tríada de concepciones totalitarias constituidas por el perfeccionismo, el holismo y el determinismo normativo. Estas demandas de igualdad se satisfacen cuando asumimos que el principio de inviolabilidad de la persona es infringido no sólo por actos positivos sino también por omisiones que causan daño. Esta conclusión genera una constitución ideal de los derechos robusta y basada en los bienes necesarios para la formación y el ejercicio, en ese orden, de la autonomía personal.

También fue importante articular, aunque de una forma inevitablemente breve, los derechos reconocibles como parte de una constitución ideal sustantiva. Estos incluyen el derecho a la vida, a la libertad de expresión, a la libertad de conciencia, a la educación liberal, a la privacidad e intimidad, a la propiedad personal y al trabajo, al comercio y a la industria, a las contribuciones positivas del estado para garantizar igual autonomía, igual trato e igual libertad frente a discriminaciones ilegítimas. Las garantías procesales para los derechos arriba mencionados son también relevantes, no sólo por la importancia intrínseca de discutir las bases de estos derechos, sino también porque ellos condicionan la relación de los diferentes elementos del constitucionalismo. Por ejemplo, el derecho a la intimidad se combina con la justificación epistémica de la democracia para limitar el funcionamiento de la constitución histórica.

La constitución ideal del poder está basada sobre una justificación de la democracia que se apoya sobre la transformación de los intereses de las personas a través del proceso de discusión participativa y decisión mayoritaria. Ese proceso le da calidad epistémica a la democracia siempre que supere los problemas de dispersión de la soberanía, de la pobreza del debate público, la apatía política y la mediación imperfecta. Este enfoque de la democracia tiene implicancias muy concretas sobre el diseño institucional. Este prefiere una forma de gobierno parlamentario por sobre una presidencialista, la descentralización del poder para evitar el quiebre del consenso, la promoción de la participación política de los ciudadanos y la democratización de los canales de comunicación pública. Esta constitución ideal del poder —en la medida que se vea materializada en la constitución histórica— conduce a lo que debería ser la constitución ideal de los derechos. De este modo, a primera vista, no parece haber ningún conflicto entre las constituciones idea-

les sustantiva y procesal, dado que la constitución ideal del poder es, cuando se realiza, la forma más confiable de ganar acceso a la constitución ideal de los derechos. El fin importante es, por ello, lograr una constitución ideal del poder.

Esta justificación del componente participativo del constitucionalismo no parece dejar demasiado espacio para el control judicial de constitucionalidad. Esto es verdad cuando se demuestra que el control judicial de constitucionalidad no es una consecuencia lógica del reconocimiento de la supremacía de la constitución o de los derechos individuales. Sin embargo, en una teoría epistémica de la democracia, el control judicial de constitucionalidad se encuentra legitimado como un medio de asegurar que se encuentren presentes las condiciones que hacen posible darle valor epistémico a la participación colectiva. Estas condiciones incluyen los requisitos del proceso colectivo de discusión y toma de decisiones para generar una dinámica tendiente a la imparcialidad. La primera excepción a la negativa general del control judicial de constitucionalidad bajo la teoría epistémica consiste en asegurar que se alcancen estas condiciones procesales. La segunda excepción a la negativa del control judicial de constitucionalidad consiste en descalificar las normas sancionadas democráticamente basadas en razones perfeccionistas. Dado que las personas tienen derecho a que no se interfiera con su autonomía sobre la base de ideales personales, el proceso democrático carece de superioridad epistémica cuando se ve comprometido en tales cuestiones.

Finalmente, las decisiones democráticas no son relevantes y eficaces a menos que sean tomadas en el contexto de la constitución histórica y de la convención social de la cual ésta es parte. Esta tercera excepción a la negativa del control judicial de constitucionalidad está dirigida a preservar la práctica constitucional, a través de dar al proceso democrático significado y eficacia. Finalmente, la estructura del razonamiento justificatorio nos conduce a la constitución ideal de los derechos. Pero el poder de esa constitución ideal para validar una constitución histórica está condicionado por el hecho de que el ideal puede ser materializado sólo a través de una convención constitucional existente. Para conocer la constitución ideal sustantiva, debemos conocer la constitución procesal ideal. Para poner a esta última en funcionamiento, debemos apoyarnos en la

constitución histórica o en la constitución real del poder. Al implementar esta constitución del poder, producimos la constitución real de los derechos. Esta última constitución supuestamente coincide con la constitución ideal de los derechos, siempre que la constitución procesal real esté de acuerdo con la constitución ideal del poder. A su vez, la constitución real o histórica debe ser interpretada recurriendo en varios estadios a la constitución ideal.

La complejidad de la noción de constitucionalismo se percibe en forma inmediata. Tres elementos surgen del análisis desarrollado en este libro y son ordenados de acuerdo con la secuencia de consideraciones en el razonamiento jurídico justificatorio. El primero a ser considerado en este razonamiento es el componente *a priori* de la constitución ideal de los derechos. En segundo lugar, debe considerarse la constitución ideal del poder, y debemos evaluar si la constitución histórica está de acuerdo con los requerimientos de la constitución ideal del poder, incluyendo su presupuesto *a priori* de una constitución ideal de los derechos. El funcionamiento de la constitución histórica indica presuntamente el contenido *a posteriori* de la constitución ideal del poder, incluyendo su presupuesto *a priori* de una constitución ideal de los derechos. La operación de la constitución histórica indica presuntamente el ideal *a posteriori* de los derechos constitucionales. Las constituciones ideales deben servir como parámetros para justificar e interpretar la constitución histórica de modo que nos posibilite emplearla para justificar acciones y decisiones individuales. La justificación de la constitución histórica sobre la base de la ideal está condicionada por la necesidad de apoyarnos en la constitución histórica para satisfacer los requerimientos de la constitución ideal. Esto completa el círculo de nuestro análisis, dado que ello significa que la constitución histórica tendrá un impacto sobre la ideal.

Los tres elementos del constitucionalismo están en permanente tensión recíproca. Las tensiones entre los ideales del reconocimiento de los derechos y de la democracia participativa, por un lado, y la preservación del *rule of law*, por el otro, son fáciles de percibir. Todos aquellos que participan de la práctica jurídica —jueces, legisladores, e incluso ciudadanos— deben alcanzar un equilibrio permanente entre el perfeccionamiento de la práctica de acuerdo con los ideales de la democracia liberal

y la preservación de su continuidad. La continuidad debe ser preservada siempre que la práctica jurídica sea, en general, moralmente aceptable para asegurar la eficacia de las decisiones, incluyendo la de aquellas que buscan acercar la práctica a los ideales morales. Ocasionalmente, se convierte en urgente la necesidad de alterar la práctica constitucional para maximizar su legitimidad moral —ya sea mediante el reconocimiento de derechos sustantivos o mediante el mejoramiento del método democrático— arriesgando su continuidad. En otras ocasiones, es tan importante prevenir un quiebre en la continuidad de la práctica que debemos permitir soluciones que son menos satisfactorias desde el punto de vista moral, aunque estén justificadas a largo plazo sobre la base de otra consideración moral.

Inicialmente, puede parecer que no existe conflicto alguno entre los derechos individuales y el método democrático de toma de decisiones bajo esta teoría. La discusión y decisión democráticas son el método más confiable para determinar los derechos (más confiable que ningún otro método, incluyendo el proceso judicial). Sin embargo, esta impresión inicial es una ilusión, pues el conflicto surge de todos modos. Por ejemplo, el método democrático requiere de la satisfacción de ciertas precondiciones para tener valor epistémico, tales como la libertad de expresión y la igual libertad para ejercer la participación política. Estas precondiciones constituyen derechos que hemos llamado *a priori*, dado que afectan negativamente el método trascendental de Kant y porque constituyen presupuestos de un conocimiento moral *a posteriori*. Se requiere el reconocimiento de estos derechos para que la democracia tenga valor epistémico, y debe ampliarse enormemente aquello que es considerado ser una precondición. En efecto, todos los así llamados “derechos sociales” (que he defendido como extensión natural de los derechos individuales) deberían verse como derechos *a priori*, dado que su no satisfacción dañaría el funcionamiento apropiado del proceso democrático y su calidad epistémica.

Cuando intentamos satisfacer las precondiciones del proceso democrático, expandimos su valor epistémico, pero, al mismo tiempo, reducimos su alcance. De este modo enfrentamos el peligro de contar con un método óptimo pero para tomar decisiones sobre muy pocas cuestiones, dado que apartamos la mayoría de las cuestiones fuera del alcance del proceso demo-

crático para que éste funcione correctamente. Si un juez, como guardián del apropiado funcionamiento de este proceso, decide que un ciudadano debe tener una adecuada atención médica para que no se vea perjudicada su igual y libre participación en él, el juez indudablemente contribuiría a un mejor funcionamiento de ese proceso democrático. Sin embargo, estaría simultáneamente apartando de la democracia la posibilidad de decidir acerca de cómo deberían distribuirse los recursos médicos.

A la luz de esta discusión, se hace necesario alcanzar un equilibrio muy delicado. En primer lugar, debemos determinar el alcance adecuado del método democrático de toma de decisiones, con la ambición de que el proceso pueda autocorregirse para solucionar las deficiencias de su funcionamiento. En segundo lugar, debemos contemplar la intervención externa para promover el valor epistémico de la democracia cuando sus vicios se encuentran atrincherados a tal punto que podrían perpetuarse si no fuera por esa intervención.

Finalmente, luego de alcanzar ese umbral y de que la democracia logre sus tan necesitadas autocorrecciones, cada uno de los tres elementos del constitucionalismo puede encontrar apoyo en los otros. El proceso democrático actúa como el método más confiable para reconocer los derechos individuales fundamentales. A su vez, el respeto de esos derechos promueve el valor epistémico del procedimiento democrático de discusión y toma de decisiones. La continuidad de la práctica constitucional garantiza la eficacia de las decisiones tomadas a través del método democrático, echando luz sobre los derechos reconocidos a través de ese método. En forma adicional, la voz de la deliberación pública —el componente esencial de la democracia— y el respeto de los derechos individuales generan un profundo consenso que promueve la continuidad de la práctica constitucional.

Desafortunadamente, no hay ninguna ciencia exacta disponible para resolver las tensiones entre los derechos, la democracia y el derecho. El desafío para todos aquellos que estén comprometidos con el ideal del constitucionalismo es equilibrar estos tres elementos cuando entran en conflicto. A través de la búsqueda de ese equilibrio, aspiramos a alcanzar el umbral donde los vicios, el debilitamiento y los antagonismos mutuos se convierten en un apoyo virtuoso, fortificador y liberador.

## Nota del editor original

Carlos Santiago Nino nació en Buenos Aires en 1943. Recibió su título de abogado en la Universidad de Buenos Aires y su Doctorado en Jurisprudencia en la Universidad de Oxford. Se inclinó hacia la actividad política a principios de 1980 en un esfuerzo de restablecer la democracia en Argentina. Más tarde se convirtió en asesor del Presidente Raúl Alfonsín en materia de derechos humanos y reforma constitucional. Fue titular de cátedra en filosofía del derecho en la Universidad de Buenos Aires y, desde 1986, profesor visitante regular de la Escuela de Derecho de la Universidad de Yale.

El profesor Nino murió repentinamente el 29 de agosto de 1993, en un viaje a La Paz que realizaba con el objeto de trabajar en la reforma de la constitución boliviana. Unas pocas semanas antes de su muerte, el profesor Owen Fiss de Yale Law School visitó al profesor Nino en Buenos Aires y recibió entonces los manuscritos en inglés de dos libros, *The Constitution of Deliberative Democracy* y *Radical Evil on Trial*. Ambos juristas discutieron el contenido de esos trabajos y una serie de revisiones que el profesor Nino se encontraba considerando.

Luego de la muerte del profesor Nino, el profesor Fiss asumió la responsabilidad de leer los dos manuscritos para su publicación. En el caso de *The Constitution of Deliberative Democracy*, recibió asistencia principalmente de Kenneth Levit, un estudiante cercano al profesor Nino en Yale. Richard R. Buery, Jr., Sunny Chu, Leah Cover, Gadi Dechter, Nouh Feldman, Zecharias Hailu y Elisabeth Layton también colaboraron en este proyecto. La copia del manuscrito de *The Constitution of Deliberative Democracy* tal como se encontrara al momento de la muerte del profesor Nino se halla en la biblioteca de Yale Law School.