

CAPÍTULO DÉCIMO

JUSTICIA COMO PROCEDIMIENTO (DEMOCRÁTICO) Y DELIBERACIÓN

En un ensayo luminoso, Amartya Sen argumenta en favor del valor universal de la democracia, siempre que la entendamos no de manera estrecha o exclusivamente en términos de voto público, sino ampliamente, en términos de lo que John Rawls llama “el ejercicio de la razón pública”, es decir, “la oportunidad de los ciudadanos para participar en las discusiones políticas y para estar en condiciones de ejercer influencia sobre la decisión pública”.¹ Para Sen, el voto no significa más que un medio para hacer posible el debate público. Este se constituye en uno de los pilares de la democracia.

Existen dos enfoques posibles de la democracia: uno débil, restrictivo, identificado con lo que se ha dado en llamar una democracia mayoritarista, societal, neutral o, en términos genéricos, procedimental; otro fuerte, expansivo, identificado con una democracia de corte garantista, solidaria, imparcial o, en términos genéricos, sustantiva.² Ambos, por supuesto, perfilan dos concepciones distintas del Estado democrático de derecho. Dos modelos que, para usar los términos de Luigi Ferrajoli, podrían denominarse “Estado legislativo de derecho” y “Estado constitucional de derecho”.³ Que ambas concepciones sean distintas no significa que sean antagónicas o que representen dos paradigmas democráticos irreconciliables. Más aún, y no sin grandes dificultades en nuestra región, hemos aprendido a transitar de un Estado legislativo a un Estado constitucional de derecho.

Una de las críticas más interesantes al modelo liberal democrático, y en especial a su vertiente deliberacionista, es la que sostiene Chantal Mouffe con

¹ Sen, Amartya, “El valor universal de la democracia”, en Savater, Fernando *et al.*, *Pensar la realidad. Diez años de ensayo político en Letras Libres*, Madrid, FCE-Letras Libres, 2011, p. 139.

² Véase el debate en torno a estos “adjetivos” de la democracia en Bovero, Michelangelo y Ferrajoli, Luigi, *Teoría de la democracia. Dos perspectivas comparadas*, México, IFE, 2001, col. Temas de la democracia, núm. 13.

³ Ferrajoli, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en Carbonell, Miguel; Orozco, Wistano y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Estado de derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México, UNAM-Siglo XXI Editores-ITAM, 2003.

su defensa de un “pluralismo agonístico” y la propuesta de una democracia radical. En palabras de Mouffe:

Solo si se reconoce la inevitabilidad intrínseca del antagonismo se puede captar la amplitud de la tarea a la cual debe consagrarse toda política democrática. Esta tarea, contrariamente al paradigma de “democracia deliberativa” que, de Rawls a Habermas, se intenta imponernos como el único modo posible de abordar la naturaleza de la democracia moderna, no consiste en establecer las condiciones de un consenso “racional”, sino en desactivar el antagonismo potencial que existe en las relaciones sociales. Se requiere crear instituciones que permitan transformar el antagonismo [entre enemigos] en agonismo [entre adversarios].⁴

Por supuesto, ni Rawls ni Habermas, como veremos, pretenden “imponer” el paradigma de la democracia deliberativa, lo que sería contrario a las propias premisas que la sustentan; pero sin duda tiene razón Mouffe en que ambos autores no claudican de la razón y de lo “razonable” para buscar acuerdos en un contexto de democracia plural e incluyente. Ambos, también desde una fuerte inspiración kantiana, tendente a la “armonía y a la reconciliación”, critican “el papel constitutivo de la división y el conflicto”, que según Mouffe debe prevalecer en las democracias modernas,⁵ desde supuestos posmodernos y escépticos. Para esta autora no hay punto de conciliación posible entre las libertades, por un lado, y la igualdad y soberanía del pueblo, por el otro. Curiosamente, puestos a escoger, el pretendido populismo desideologizado de Mouffe termina decantándose por esquemas igualitarios en una suerte de populismo de izquierdas, contra el embate de los populismos de derechas: las relaciones adversariales terminan constituyéndose en antagonismos irracionales e irreconciliables.⁶

Por lo pronto, desde la propuesta de una justicia como procedimiento y deliberación, debemos comenzar por desarrollar las condiciones que la hacen posible y la importancia que reviste para la comprensión misma de la democracia.

⁴ Mouffe, Chantal, *El retorno de lo político*, trad. de Marco Aurelio Galmarini, Barcelona, Paidós, 1999, p. 13.

⁵ *Ibidem*, p. 20.

⁶ *Idem*; “En democracia es necesaria una dimensión populista”, *El País*, entrevista de Francesco Maneito, 19 de marzo de 2015. Sobre la noción e importancia del “pueblo” en el ámbito constitucional, véase Gargarella, Roberto, “Recuperar el lugar del «pueblo» en la Constitución”, en Gargarella, Roberto y Niembro Ortega, Roberto, *Constitucionalismo progresista. Retos y perspectivas. Un homenaje a Mark Tushnet*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-IECEQ-UAQ, 2016.

I. JUSTICIA COMO PROCEDIMIENTO

En términos generales, habría que comenzar por reconocer que: “no todo Estado *con* derecho es un Estado *de* derecho”.⁷ Para que este sea posible se deben satisfacer al menos cuatro exigencias internas que podrían resumirse en las siguientes: primacía de la ley; respeto y promoción de los derechos fundamentales; responsabilidad de la administración pública bajo el principio de publicidad y transparencia, y poder judicial independiente. Todas ellas condiciones necesarias y, en su conjunto, suficientes para que exista un Estado constitucional y democrático de derecho.⁸

Con algunas diferencias, estas condiciones han sido señaladas reiteradamente —desde mediados de los años sesenta en plena época franquista— por el filósofo español Elías Díaz y, a partir de los supuestos de la teoría discursiva, por Jürgen Habermas.⁹ Para este último, como lo será también para Rawls y para Nino, como veremos, el procedimiento democrático no está desvinculado del discurso moral y, como ya lo había visto con claridad Elías Díaz,¹⁰ la misma idea de Estado de derecho exige un concepto normativo de espacio público u opinión pública que haga posible las manifestaciones espontáneas de la sociedad civil, pero que al mismo tiempo sea regulada por el sistema de derechos, propio de una cultura política liberal.

En su libro *Liberalismo político* (1993),¹¹ Rawls recorta las pretensiones universales y los rasgos metafísicos de su *Teoría de la justicia*, para convertirla ahora en una doctrina política. Esta tarea supone la aceptación de un pluralismo razonable entre distintas doctrinas comprensivas del bien y la apelación a un “consenso sobrepuesto” (*overlapping consensus*).

Rawls se ha mostrado sensible a las críticas recibidas desde el feminismo; desde concepciones pluralistas igualitarias o multiculturalistas, y también desde premisas republicanas con el robustecimiento de los presupuestos democráticos y de una ciudadanía activa. Asume ahora que la concepción liberal de la justicia que propuso hace más de veinte años no resulta ser en verdad una concepción realmente neutral frente a las distintas

⁷ Díaz, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Madrid, Editorial Cuadernos para el Diálogo, 1966. Del mismo autor, “Estado de derecho: exigencias internas, dimensiones sociales”, *Sistema*, Madrid, núm. 125, 1995, pp. 6 y ss.

⁸ Para los nexos entre constitucionalismo y democracia, y su justificación, véase Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, IJ-UNAM y FCE, 2006.

⁹ Véase Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 1998, pp. 237 y ss.

¹⁰ Díaz, Elías, *Ética contra política*, México, Fontamara, 1993, pp. 112 y ss.

¹¹ Rawls, John, *Liberalismo político*, trad. de Sergio René Madero Báez, México, FCE, 1995.

visiones comprensivas del bien y, por lo mismo, no asegura las bases de su propia estabilidad.

En su *Teoría de la justicia* omitió la consideración de ciertos hechos que deben tomarse en cuenta: la gran diversidad de doctrinas comprensivas existentes; el uso de cierta fuerza represiva para imponer alguna de esas doctrinas comprensivas; la necesidad de que la estabilidad y la permanencia de un sistema democrático cuente con el apoyo voluntario y activo de la ciudadanía, y aceptar que una sociedad democrática razonablemente estable supone ciertas ideas intuitivas desde las cuales es posible construir un consenso político sobre lo correcto o lo justo. Para Rawls, existe cierta base de razonabilidad entre las diferentes doctrinas comprensivas del bien que tiene que ver con los límites naturales de la propia condición humana y de las limitaciones propias de su actividad cognoscitiva y volitiva. Tales límites, en deuda clara con Hart, nos hacen semejantes o, si se prefiere, nos igualan en nuestras vulnerabilidades. Sobre esta base es posible construir un “consenso sobrepuesto” entre personas “razonables”, que aceptan doctrinas comprensivas razonables.

Aspirar a tal consenso como método, en general, no implica la adopción de una visión escéptica, sino pluralista; tampoco pretende ofrecer una respuesta a todos los problemas planteados desde una justicia política, únicamente establece las condiciones o el marco para la reflexión y la deliberación; no se trata de validar un *modus vivendi*, sino de alcanzar acuerdos reflexivos y críticos comprometidos con la suerte de todos los que participan en el mismo ejercicio de deliberación y, finalmente, no se propone ningún ideal utópico, sino que asume en etapas sucesivas las rectificaciones e incorporaciones que sean necesarias. Una primera etapa finalizaría cuando se ha logrado un consenso constitucional; una segunda etapa lo haría cuando se alcance el consenso traslapado.

En la primera etapa, los principios adoptados en una Constitución liberal serán aceptados y compartidos por los ciudadanos progresivamente, corrigiendo o modificando sus visiones comprensivas y asumiendo que tales principios:

[...] garantizan ciertos derechos y libertades políticas básicas, y establecen procedimientos democráticos para moderar a los rivales políticos, así como para determinar las cuestiones de la política social. En esta medida, las doctrinas comprensivas de los ciudadanos son razonables, si es que no lo eran antes: el simple pluralismo se transforma en un pluralismo razonable, y así se logra el consenso constitucional.¹²

¹² *Ibidem*, p. 163.

En la segunda etapa se busca alcanzar un consenso profundo, “más allá de los principios políticos democráticos, para incluir principios que abarquen toda la estructura básica”, y ello supone la satisfacción de ciertas necesidades básicas.

En esta etapa del consenso traslapado, la concepción política de la justicia es afirmada como una concepción moral, “y los ciudadanos están dispuestos a actuar conforme a dicho consenso con fundamentos en ideas morales”. Este consenso traslapado es el que hizo posible que se alcanzara una Declaración Universal de Derechos Humanos cuyos principios se resumen en cada uno de los considerandos de su Preámbulo. No se trata de fundamentos teóricos o metafísicos, sino de principios consensuados a partir de condiciones básicas sin las cuales la participación de cada ciudadano en el entorno nacional y mundial se vería seriamente limitada. En este contexto, los derechos humanos consagrados en las constituciones locales y en las convenciones internacionales cumplirían básicamente con una finalidad práctica: servirían como estándares o guías para diversas funciones políticas, económicas o sociales.

A diferencia de Rawls, Habermas intenta establecer solo una vía procedimental a la justicia, sin la necesidad de apelar a la formulación de principios o criterios de justicia independientes al mismo proceso. Esta vía procedimental implica un *diálogo real continuado*, es decir, interacciones sociales reales tal como las que experimentan quienes participan en el diálogo, y de las cuales es posible extraer una “situación ideal de habla”, que hace posible una racionalidad comunicativa. ¿Qué habrá al final de este ejercicio comunicativo? No debe ser una pregunta relevante, puesto que ella implicaría que se prejuzgaran los resultados del mismo diálogo deliberativo: no deben postularse ideales o visiones comprensivas del bien que determinen o condicionen el propio diálogo, incurriendo en paternalismos o perfeccionismos injustificables desde una perspectiva liberal.

En buena medida, el propósito de Habermas en su *Facticidad y validez* (1992 y 1994) será el de conciliar el ímpetu filosófico hacia la corrección moral con la preocupación sociológica por la cohesión social; la legitimidad con la seguridad; la validez con la facticidad. El derecho, con su carácter bifronte, se constituiría en el puente idóneo entre lo moral y lo social.

El cumplimiento de las condiciones discursivas de racionalidad para la deliberación pública permitiría a las comunidades trascender sus propias culturas y asumir un punto de vista moral con pretensión de universalidad y de legitimidad, que contrasta con el enfoque ético de los individuos o de los grupos en su concreción determinada. En términos de Habermas:

El procedimiento del discurso práctico tiene ventajas frente a esos dos constructos [los de Rawls y Mead]. En las argumentaciones, los participantes tienen que partir de que en principio todos los afectados participan como libres e iguales en una búsqueda cooperativa de la verdad en la que la única coacción permitida es la del mejor argumento. El discurso puede ser considerado como un modo muy exigente de formación argumentativa de la voluntad, de la que (al igual que de la posición original de Rawls) se espera que garantice con base únicamente en los presupuestos universales de la comunicación la corrección (o equidad) de toda avenencia normativa posible en esas condiciones. El discurso puede desempeñar este cometido en virtud de las suposiciones idealizantes que los participantes tienen que efectuar realmente en su praxis argumentativa, por lo que desaparece el carácter ficticio de la posición original junto con el recurso de la ignorancia artificial.¹³

¿Cuáles son esas condiciones discursivas de la racionalidad, exigibles para la deliberación pública y justificatorias del discurso político democrático? Las desglosaremos considerando el punto de vista de su contenido, de las condiciones de participación y de los mismos participantes.

1. Con respecto al contenido, la deliberación pública tiene que incluir toda la *información* disponible. Esto incluye los temas relevantes, el origen y el contexto de la misma, los diferentes puntos de vista, los argumentos a favor y en contra, las bases empíricas en que se sustenta, etcétera.
2. En cuanto a las condiciones de participación, la deliberación pública debe satisfacer condiciones de *publicidad y transparencia*. Para que estas sean posibles, se debe garantizar:
 - *Inclusión*, es decir, igualdad de oportunidades de participación a todos los ciudadanos.
 - *Simetría y reciprocidad entre los participantes*, es decir, igual consideración a todas las contribuciones en función de sus méritos y no de la identidad de los participantes.
 - *Ausencia de coerción o distorsión*, es decir, exclusión de toda coacción externa más allá de la “coacción del mejor argumento”.
 - *Libertad comunicativa*, es decir, igualdad de oportunidades de todos los participantes para expresar opiniones y objetar con argumentos las opiniones de otros, para reinterpretar las cuestiones discutidas, así como para determinar la agenda deliberativa.

¹³ Habermas, Jürgen, *Aclaraciones a la ética del discurso*, trad. de José Mardomingo, Madrid, Trotta, 2000, pp. 17 y 18.

3. Por lo que hace a los participantes, requiere que adopten una actitud cognitiva genuina y, por tanto, que sean:
- *Sinceros*, es decir, que no tengan intenciones manipuladoras o de autoengaño.
 - Que estén *abiertos a la crítica*, es decir, que estén dispuestos a tomar en serio las objeciones de los demás.
 - Que *asuman sus responsabilidades comunicativas*, es decir, que tomen en serio la exigencia de dar razones para justificar las opiniones expresadas.¹⁴

Para Habermas, la verdad y la justicia no son logros individuales o monológicos, como podría desprenderse de la propuesta de Dworkin con respecto a su juez Hércules. En este punto, apoyado en una cita de Frank Michelman, Habermas sostiene que:

El juez individual ha de entender básicamente su interpretación constructiva como una empresa común, que viene sostenida por la comunicación pública de los ciudadanos. En este sentido F. Michelman critica la concepción monológica que tiene Dworkin del proceso de la decisión judicial: “lo que falta es diálogo. Hércules... es un solitario. Es demasiado heroico. Sus construcciones narrativas son monológicas. No conversa con nadie, si no es a través de libros. No se entrevista con otros. No se tropieza con la otroidad. Nada le conmueve. Ningún interlocutor viola la inevitable insularidad de su experiencia y perspectiva. Hércules no es más que un hombre después de todo. Y ningún hombre ni ninguna mujer podrían ser así”. Dworkin ha construido una apoteosis del juez juzgando, pero sin prestar atención a lo que parece ser la característica institucional más universal y llamativa de la clase judicial, su pluralidad.¹⁵

Finalmente, el proceso de reflexión crítica no manipulado se alcanza en un estadio de la sociedad en el cual existe un genuino debate público. La experiencia de este diálogo emancipador conduce a desenmascarar la falsa

¹⁴ Al igual que Habermas, Alexy rechaza las teorías morales sustantivas y establece las relaciones entre procedimiento y pretensión de corrección o de justicia de las normas. Las reglas que corresponden a todo discurso práctico en general, que incluye al jurídico, las divide en seis tipos diversos: reglas fundamentales, reglas de fundamento, reglas de la carga de la argumentación, reglas de las formas de los argumentos, reglas de razón y reglas de transferencia. Véase Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, CEC, 1989, pp. 283 y ss.

¹⁵ Habermas, Jürgen, *Entre facticidad y validez*, cit., p. 295. Para ser justos con Dworkin, la crítica puede valer para la primera etapa de su pensamiento enmarcada en su libro *Taking Rights Seriously*, pero no para una segunda etapa, de tipo constructivista, presente en su obra *Law's Empire*.

conciencia epistemológica. La justicia, para Habermas, se constituiría en un presupuesto o precondition de la acción comunicativa: un proceso mediado por la realidad social, fundado en la conciencia política de un espacio público de ciudadanos, que combina la perspectiva de todas las personas implicadas.

El imperio de la ley estaría conectado necesariamente con el diálogo democrático y la justicia formaría parte de las condiciones de validez de la democracia. En este sentido, podríamos decir que el modelo de Habermas se acerca a una concepción republicana de la democracia como diálogo o deliberación, centrado en el bien común, antes que establecer las preferencias autointeresadas de los individuos en un modelo de democracia de mercado. Y en una referencia explícita a Rousseau y a Kant, para Habermas, la teoría de la acción comunicativa ofrece las condiciones procedimentales para el ejercicio de la voluntad general: la “voluntad concordante y unida de todos”.¹⁶

Por lo que hace al poder judicial, para Habermas, una ciudadanía activa, que incluye a los responsables de los medios de comunicación, a la sociedad civil organizada y, por supuesto, a la comunidad académica y universitaria, resultaría idónea para la aceptación racional y razonable de la argumentación judicial. Solo así se garantizaría la legitimidad de la actuación judicial. En línea con Habermas, Christian Courtis explicita las herramientas a disposición de los jueces para lograr tal legitimidad:

[...] la transparencia y publicidad de su actuación, la calidad argumentativa de sus decisiones, la independencia de criterio, el desarrollo de una jurisprudencia sobre derechos fundamentales, y la sensatez de su posicionamiento frente a cuestiones que susciten el debate de la opinión pública.

Por lo contrario, la oscuridad o ausencia de fundamentación de las decisiones judiciales, la sospecha de cercanía con los poderes políticos y la notoriedad de la defensa de sus privilegios e intereses corporativos han resultado, tradicionalmente, en la deslegitimación de la actuación del poder judicial, y difícilmente podrán contribuir a mejorar su imagen ante la ciudadanía.¹⁷

¹⁶ *Ibidem*, pp. 94 y 95. Véase de Rousseau, Jean-Jacques, *El contrato social*, trad. de Leticia Halperín Donghi, Buenos Aires, Losada, 2003, especialmente, lib. primero, caps. VI-VIII y lib. segundo, caps. I-VIII, y de Kant, Immanuel, “Acerca de la relación entre teoría y práctica en la moral en general (contra Hobbes)”, *Filosofía de la historia*, trad. de Emilio Estiú, Buenos Aires, Nova, 1964.

¹⁷ Courtis, Christian, “La legitimidad del poder judicial ante la ciudadanía”, *Nexos*, México, núm. 329, mayo de 2005, p. 37.

II. RAZÓN Y ESPACIO PÚBLICO

Tanto en Rawls como en Habermas queda abierta una cuestión que la filósofa española Cristina Lafont ha planteado con toda claridad: “¿Es posible realmente articular una noción de lo «racionalmente aceptable» que todos los ciudadanos puedan compartir a pesar de no coincidir en una visión del mundo [metafísica o religiosa] o en una concepción del bien homogénea?”¹⁸ Detengámonos un poco en este debate poniendo el acento en las visiones comprensivas de tipo religioso en Estados democráticos.

En *Liberalismo político*, como se ha dicho, Rawls propone su conocido “consenso sobrepuesto”. Esta noción se apoya en el supuesto de que la razón común a todos los seres humanos es suficiente para descubrir y justificar nuestras obligaciones morales y políticas.

A partir de tal consenso, Rawls distingue entre razón pública y razón privada, distinción necesaria para responder la cuestión de qué tipo de argumentos son aceptables e inaceptables en la deliberación pública. Para Rawls, nada impide que los ciudadanos que participan en la deliberación pública política ofrezcan razones procedentes de las doctrinas comprensivas, metafísicas o religiosas en las que creen, siempre y cuando ofrezcan, además, razones generalmente accesibles a todos los ciudadanos que justifiquen dichas doctrinas. Si estas doctrinas comprensivas no pueden apoyarse en razones públicas paralelas, deben excluirse de la deliberación. El problema de esta concepción salta a la vista: ¿se puede pedir a un ciudadano que sacrifique sus aspiraciones de corrección sustantiva para satisfacer las aspiraciones de legitimidad democrática? Quien no estuviere dispuesto a hacerlo mantiene su sinceridad a costa de ser excluido o autoexcluirse de la deliberación pública; quien estuviere dispuesto a hacerlo apelaría a razones prudenciales para incluirse en el debate democrático, pero a costa de una buena dosis de sinceridad.

En los últimos años, Habermas ha dedicado algunos trabajos a esta temática retomando y criticando la propuesta de Rawls,¹⁹ además de debatir, entre otros, con Joseph Ratzinger.²⁰ Situados en el ámbito de las razones intersubjetivas, Habermas coincide con Rawls en el sentido de que al deter-

¹⁸ Lafont, Cristina, “Democracia y deliberación pública”, en Arango, Rodolfo (ed.), *Filosofía de la democracia. Fundamentos conceptuales*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes-CESO, 2007, p. 130.

¹⁹ Habermas, Jürgen, *Entre naturalismo y religión*, trad. de Pere Fabra Abat et al., Barcelona, Paidós, 2006, especialmente cap. 5, “La religión en la esfera pública”.

²⁰ Habermas, Jürgen y Ratzinger, Joseph, *Entre razón y religión. Dialéctica de la secularización*, trad. de Pablo Largo e Isabel Blanco, México, Cenzontle-FCE, 2008.

minar las medidas políticas coercitivas que vayan a adoptarse solo cuentan las razones generalmente accesibles, las “razones seculares”. Pero a diferencia de Rawls, Habermas distingue entre una esfera pública informal y una esfera pública formal o institucional, propia de los funcionarios administrativos, legisladores y jueces. En la primera, los ciudadanos pueden apelar a razones exclusivamente religiosas en la deliberación, siempre y cuando reconozcan la obligación de traducción institucional. Solo las razones religiosas que puedan traducirse con éxito en razones seculares podrán pasar el filtro institucional y aspirar a ser coercitivas.

Con tal distinción, la propuesta de Habermas permite a los ciudadanos en la esfera pública informal expresar y justificar sus convicciones en un lenguaje religioso si no pueden encontrar traducciones seculares para ellas. De esta manera, Habermas solventa el problema de la deshonestidad y permite a los ciudadanos religiosos entender la deliberación pública como un proceso cognoscitivo genuino. ¿Pero hacer esta distinción tan radical entre ciudadanos religiosos y ciudadanos seculares no pondría en peligro los prerequisites de la deliberación pública en términos de simetría de los participantes?

Habermas responde, de acuerdo con las condiciones formales de todo discurso racional, que no tiene ningún sentido permitir la inclusión de razones religiosas en las contribuciones a la deliberación pública sin el requisito correlativo de exigir que los demás participantes tomen en serio tales contribuciones. Esto es posible si se puede esperar de todos los ciudadanos que no nieguen en principio todo posible contenido cognitivo a esas contribuciones. De ahí que, sorpresivamente, los ciudadanos seculares tienen que cumplir con dos condiciones: 1) abrirse cognitivamente a la posible verdad de las creencias religiosas, y 2) ayudar a traducir el contenido de las mismas, que pueda ser expresado en un lenguaje secular y justificado con argumentos seculares. Habermas es explícito en este punto en su conversación con Ratzinger:

Los ciudadanos secularizados, en tanto que actúan en su papel de ciudadanos del Estado, no pueden negar por principio a los conceptos religiosos su potencial de verdad, ni pueden negar a los conciudadanos creyentes su derecho a realizar aportaciones en lenguaje religioso a las discusiones públicas. Es más, una cultura política liberal puede incluso esperar de los ciudadanos secularizados que participen en los esfuerzos para traducir aportaciones importantes del lenguaje religioso a un lenguaje más asequible para el público en general.²¹

²¹ *Ibidem*, p. 33.

Sin embargo, resulta que ahora, a diferencia de los ciudadanos religiosos, los ciudadanos seculares son los que no pueden adoptar públicamente la perspectiva cognitiva que corresponde con sus verdaderas creencias si estas resultan ser de tipo secular. Estaríamos tratando a los ciudadanos seculares no bajo un criterio normativo sino instrumental, y caeríamos en el mismo dilema de la sinceridad presentado por Rawls, solo que ahora aplicado a los ciudadanos seculares. Más aún, si después de todo este esfuerzo no se encuentran traducciones seculares para las convicciones religiosas, estas quedarían excluidas para adoptar las políticas coercitivas que desean instrumentarse.

Todo lo anterior sin profundizar en la idea de “potencial de verdad” de los conceptos religiosos. Por ejemplo, pensemos un instante cuál sería el potencial de verdad de conceptos religiosos como la encarnación de Cristo, el pecado original, la transustanciación, la virginidad de María, la resurrección, el juicio final, entre otros, al menos en la confesión cristiana. ¿De qué recursos epistemológicos podría echar mano el ciudadano secular para traducir este lenguaje religioso al público en general? Si Habermas no tiene en mente este tipo de verdades de fe en los cristianos al momento de ingresar a la deliberación pública y las descarta como no traducibles a un lenguaje secular y por tanto imposible de ser institucionalizadas, entonces el remanente susceptible de traducción es irrelevante. Así, por ejemplo, si un cristiano afirma que “todos somos hijos de Dios” y con ello se interpreta que “todos somos iguales en dignidad”, o bien se trivializa lo que en la fe cristiana significa ser “hijo de Dios”, o bien se abusa de la analogía entre “hijos de Dios” y “dignidad humana”. No encuentro ninguna relación posible entre el concepto de “dignidad humana” y la idea de ser “hijo” de un ser divino trascendente y espiritual, con todos los atributos infinitos. Mucho menos que por ser todos hijos de un padre con tales cualidades seamos humanamente iguales.

Pero entonces, ¿qué significa “tomarse en serio” las razones de los conciudadanos? Según la interpretación de Habermas, como vimos, tomar en serio las razones religiosas a favor de medidas políticas controvertidas requiere que no se niegue de principio la posible verdad de las creencias religiosas. Sin embargo, no resulta nada obvio por qué tendría que ser esto así. Más bien, tomarse en serio las razones religiosas exige evaluarlas seriamente en función de sus méritos: es estar preparados para ofrecer argumentos y evidencias en contra que muestren por qué son equivocadas si pensamos que lo son.²²

No se niega el derecho de todo creyente a creer lo que les parezca más adecuado para organizar su plan de vida personal. Lo que se argumenta es que si son ciudadanos y, por tanto, partícipes en la deliberación pública y

²² Lafont, Cristina, “Democracia y deliberación pública”, *op. cit.*, p. 143.

tienen la pretensión de que sus convicciones sean coercitivas, entonces deben someter los contenidos de las creencias a un escrutinio racional y razonable. La premisa que subyace en el debate es la que prescribe que *es moralmente correcto ejercitar la coerción solo con base en consideraciones públicamente aceptables*, sin violar el principio de simetría entre los participantes. Se trata de favorecer, como dijera Albert Hirschman, un diálogo “amistoso con la democracia” transiéndose de un discurso intransigente, sea de corte conservador o progresista, a uno deliberativo porque, finalmente, “un régimen democrático alcanza la legitimidad en la medida en que sus decisiones resultan de una deliberación plena y abierta entre sus principales grupos, cuerpos y representantes”.²³

III. VALOR EPISTÉMICO DE LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

Una de las propuestas deliberacionistas más robustas e influyentes en la filosofía política y jurídica, especialmente en el ámbito latino, ha sido la de Carlos S. Nino. Comencemos diciendo que su propuesta descansa sobre una concepción objetivista de la moral. Pero no de cualquier objetivismo. No de teorías objetivistas que se proponen deducir principios morales a partir de las propiedades naturales o de los deseos o preferencias del ser humano, ni tampoco en teorías objetivistas que descansan en la aceptación de premisas normativas obtenidas a partir de un consenso fáctico. Ambas teorías incurrirían en la conocida falacia y no conseguirían entender con claridad que objetivismo moral no equivale a realismo moral.

Descartada la justificación a través del consenso fáctico, nos queda otra vía para evitar deducciones injustificadas: la aceptación de premisas normativas a partir de la discusión moral, asumiendo la perspectiva moral de la universalidad y de la imparcialidad. Las premisas obtenidas, que se apoyan también en condiciones empíricas, deben ser aceptadas sin justificación ulterior; pero en cuanto fruto de un acuerdo discursivo moral, siempre podrán ser racionalmente cuestionables, por lo que los principios morales tendrán una validez *prima facie* y no absoluta.

Desde John Rawls, como vimos, esta vía ha sido explorada por muchos pensadores que en general se podrían agrupar bajo el término que él mismo ha acuñado: constructivismo. El enfoque constructivista que Nino propone para la fundamentación de los juicios morales tiene sus raíces en dos tradiciones en apariencia radicalmente opuestas, la hobbesiana y la kantiana.

²³ Hirshman, Albert O., *Retóricas de la intransigencia*, trad. de Tomás Segovia, México, FCE, 1991, pp. 188-189.

Sin embargo, ambas aparecen conectadas en lo que Nino llama “la práctica social de la discusión moral”, que por una parte satisface ciertas funciones relacionadas con la superación de conflictos y el facilitamiento de la cooperación a través del consenso y, por otra, comprende ciertos presupuestos procedimentales y aun sustantivos apropiados para satisfacer tales funciones.

Nino propone su posición metaética sobre el conocimiento moral, contrastándola con las de Rawls y Habermas. Para el primero, la verdad moral se apoya en presupuestos formales del razonamiento práctico-individual y solo se accede a su conocimiento a través de la reflexión individual. Para el segundo, la verdad moral está constituida por el consenso que efectivamente se obtiene en una discusión intersubjetiva real, constreñida por la regla de la imparcialidad, y solo es posible acceder a principios morales válidos a través del método de la discusión colectiva.

Con Rawls y contra Habermas, Nino sostiene que la verdad moral se constituye no por el resultado, sino por los presupuestos de la práctica intersubjetiva del discurso moral, pero, dado que esos presupuestos exigen la imparcialidad y es sumamente difícil que se tomen en cuenta todos los intereses de otros si no es mediante su participación en la discusión colectiva, contra Rawls y con Habermas, este método parece ser mucho más confiable que la reflexión individual. Entre el constructivismo formalista de Rawls y el constructivismo ontológico de Habermas, Nino propone lo que ha llamado un *constructivismo epistemológico*. Desde esta posición, el consenso obtenido en una discusión moral real, si bien no es constitutivo de principios morales válidos, es un buen indicio para conocer cuáles son estos, ya que la unanimidad o el procedimiento de discusión mayoritaria entre los interesados proporciona cierta garantía de imparcialidad, aunque por supuesto no la asegura.²⁴

La tradición hobbesiana a la que se refiere Nino es la que pretende explicar la generalidad de las normas morales a partir de la existencia de ciertas circunstancias básicas de la vida del hombre en sociedad. Desde Hobbes hasta Rawls, incluidos filósofos como Hume y Hart, la pretensión de la moral y del derecho ha sido la superación de dificultades y limitaciones, reconociendo ciertas circunstancias básicas de todos los seres humanos. En general se está de acuerdo en que tales circunstancias básicas son, o bien objetivas: escasez de recursos, vulnerabilidad e igualdad aproximada de los hombres y coexistencia de los individuos en áreas geográficas determinadas; o bien subjetivas: intereses divergentes entre los sujetos, conocimiento y capacidad de raciocinio

²⁴ Véase Nino, Carlos S., *La constitución de la democracia deliberativa*, trad. de Roberto Saba, Barcelona, Gedisa, 1997, cap. 5.

limitados, así como la simpatía también limitada respecto de intereses ajenos. Dadas estas circunstancias, el ser humano tiende tanto a la generación de conflictos como a su resolución a través de acciones cooperativas. Precisamente, la pretensión de la moral —como del derecho— es la de reducir los conflictos y facilitar la cooperación a través del consenso. Para ello, los hombres generan una práctica social de discurso moral, que consiste en ofrecer argumentos a favor o en contra de ciertas conductas o pretensiones.

Junto a la tradición hobbesiana, Nino propone la tradición kantiana conectada también a la práctica social de la discusión moral, en la medida en que la misma incluye ciertos presupuestos procedimentales y aun sustantivos. Sin lugar a dudas, ha sido John Rawls el filósofo que más ha contribuido a revalorar la tradición kantiana, destacando la relevancia de los rasgos formales básicos que debe satisfacer todo juicio moral, así como ciertos principios sustantivos. Estos supuestos formales y sustantivos colocan al sujeto en un “punto de vista moral” que no es sino el de la imparcialidad.

La posición originaria de Rawls, piensa Nino, no es otra cosa que una “dramatización de las condiciones procedimentales de nuestra práctica del discurso moral”. Contra la acusación que Richard Hare hace a Rawls de que manipula las condiciones procedimentales para derivar sus conocidos principios de justicia, Nino sale en defensa de la posición originaria proponiendo una interpretación que refleje la forma del discurso moral positivo o real, tomando en consideración la plausibilidad —de acuerdo con nuestras convicciones intuitivas— de las soluciones sustantivas que ella es capaz de generar. El ejemplo que propone Nino es muy ilustrativo: si las reglas formales que hemos reconstruido permiten justificar un principio que favorece una práctica generalmente rechazada, como la esclavitud, es de presumir que debe haber algún aspecto formal del discurso moral incompatible con esa práctica, que probablemente se ha pasado por alto en el momento de la reconstrucción.

Todo ello indica que el “equilibrio reflexivo” debe conformarse a partir de tres términos y no de dos, como sugiere Rawls, a saber: convicciones intuitivas particulares, principios sustantivos generales que den cuenta de ellas (hasta aquí Rawls) y reglas o aspectos formales del discurso moral que permitan derivar tales principios.²⁵ Con respecto a estos últimos, y en línea con Habermas, para Nino solo es posible la existencia del discurso moral si se excluyen de este argumentos, formas de persuasión o técnicas de motivación basados en la obediencia dogmática a ciertas autoridades —humanas o divinas—, el recurso a amenazas de daño o a ofertas de beneficio, así como el engaño o el condicionamiento a través de la propaganda: “El discurso

²⁵ Véase Nino, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1989, p. 106.

moral está dirigido a obtener una convergencia en acciones y actitudes, a través de una aceptación libre por parte de los individuos, de principios para guiar sus acciones y sus actitudes frente a acciones de otros”.²⁶ Es en este mismo sentido que Kant entiende la autonomía del sujeto moral como respeto voluntario a la ley.

Principios normativos y deliberación democrática

Desde el punto de vista de la ética normativa y partiendo de la discusión moral como práctica real, se debe aceptar que toda autoridad o convención social es susceptible de ser sometida a crítica, excepto la práctica misma de criticar; rasgo del discurso moral que refleja la asunción del valor de la autonomía.

En efecto, la discusión moral está dirigida a superar conflictos y alcanzar cooperación a través del consenso, y este supone la libre aceptación de principios para justificar acciones y actitudes, a riesgo de que se incurra en inconsistencia pragmática. De este presupuesto general de autonomía moral se deriva un principio más específico: el de autonomía personal. Este principio es distintivo de la concepción liberal de la sociedad y prescribe:

que siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe intervenir en esa elección o adopción limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución.²⁷

El enunciado de este principio parte de la distinción entre dos dimensiones de la moral. Una de ellas está constituida por las reglas morales que se refieren a nuestro comportamiento hacia los demás, proscribiendo aquellas acciones que perjudiquen el bienestar de terceros u ordenando la realización de otras que promuevan los intereses ajenos —moral intersubjetiva—. La otra dimensión está constituida por las pautas morales que definen modelos de virtud personal y permiten juzgar las acciones por sus efectos en el carácter moral del propio agente, perjudiquen o no a terceros —moral autorreferente—.

²⁶ *Ibidem*, p. 109.

²⁷ *Ibidem*, p. 204.

El reconocimiento del principio de autonomía personal excluye la posibilidad de afirmar tesis perfeccionistas o paternalistas no justificadas. Tanto el perfeccionismo como el paternalismo suponen que no solo son posibles planes de vida mejores que otros y que constituyen la realización de ideales de excelencia, sino que en el primer caso se supone que esos ideales han de ser impuestos para obligar a las personas a ser mejores, y en el segundo para evitar daños a sí mismos.

El punto de vista liberal no sostiene que el derecho debe ser indiferente a pautas y principios morales válidos y que la inmoralidad de un acto es irrelevante para justificar su punición jurídica. Implica, en cambio, limitar la vinculación entre el derecho y la moral a aquellas reglas morales que se refieren al bienestar de terceros. Los ideales de excelencia humana que integran el sistema moral que cada individuo profesa, según este punto de vista, no deben ser impuestos por el Estado, sino que deben quedar librados a la elección personal y en todo caso convertirse en materia de discusión en el contexto social.

No obstante, el enunciado del principio de autonomía no excluye que el individuo acepte libremente la imposición de ciertos sacrificios. Por esta razón, una formulación más completa del mismo debe considerar la justificación de sacrificios cuando estos son libremente aceptados. En este sentido: *los hombres deben ser tratados según sus decisiones, intenciones o manifestaciones de consentimiento*.²⁸ Así enunciado, el principio de autonomía excluye cualquier posibilidad de valorar las acciones de los hombres por sus particularidades personales de raza, religión, sexo, etcétera, y exige que en el diseño social se deba prestar especial atención a las instituciones basadas en el consentimiento; asimismo, abre un amplio margen para la realización de acciones que, pese a su peligro o al sacrificio personal, deben ser permitidas por el Estado.

Ahora bien, si la autonomía personal se toma aisladamente, puede llegar a ser un valor de índole agregativo. Esto quiere decir que, al menos en una versión utilitarista, cuanto más autonomía existe en un grupo social, la situación es más valiosa, independientemente de cómo esté distribuida esa autonomía. Sin embargo, esta situación contraviene intuiciones muy arraigadas en el ámbito del liberalismo. Por ejemplo, si una élite consigue grados inmensos de autonomía a expensas del sometimiento del resto de la población, este estado de cosas no resulta aceptable desde el punto de vista liberal. Por esta razón, es necesario defender un segundo principio, que limita el de la autonomía personal: el principio de inviolabilidad personal.

Este principio queda implícito con la adopción del punto de vista moral exhibido por el mismo discurso moral. La adopción de un “punto de vista

²⁸ *Ibidem*, p. 287.

moral” sugiere, por una parte, que se acepte la racionalidad e imparcialidad moral y, por otra, que tal imparcialidad no suponga hacer de lado la independencia y separabilidad de las personas, sino que cada una sea considerada en su propia identidad. La justificación de las propiedades de racionalidad, universalidad e imparcialidad del punto de vista moral se sustenta en el principio de dignidad que, con evidentes orígenes kantianos, prescribe:

que siendo valiosa la humanidad en la propia persona o en la persona de cualquier otro, no debe tratársela nunca como un medio sino como un fin en sí misma y no deben imponérsele contra su voluntad sacrificios o privaciones que no redunden en su propio beneficio.²⁹

Tal principio supone que no pueden imponerse privaciones de bienes de una manera no justificada y que ninguna persona puede ser utilizada como instrumento para la satisfacción de los deseos de otra. En este sentido, dicho principio clausura el paso a ciertas versiones utilitaristas que, al preocuparse por la cantidad total de felicidad social, desconocen la relevancia moral que tienen la separabilidad e independencia de las personas. Cierra el paso también a cualquier expresión colectivista como la representada por los nacionalismos extremos. A su vez, el reconocimiento de este principio implica ciertas limitaciones en la búsqueda de los objetivos sociales y en la imposición de deberes personales, y restringe la aplicación de la regla de la mayoría en la resolución de los conflictos sociales.

La adopción del punto de vista moral bajo la idea de imparcialidad requiere de una concepción normativa del principio de igual valor de toda persona moral o, en términos de Dworkin, “de igual consideración y respeto”. Esto supone el derecho que tiene cada individuo a valerse de los recursos necesarios o a la obtención de “bienes primarios” para poder llevar a cabo una vida autónoma y digna, en igualdad de condiciones con respecto a todos los demás. Se requiere, por tanto, de un principio cuya directiva implique el trato igual a las personas o un trato diferenciado si existen diferencias relevantes, y la seguridad de una participación equitativa en los recursos o bienes disponibles: el principio de igualdad.

²⁹ Nino, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, cit., p. 239. Kant, como es sabido, formula el segundo imperativo en los siguientes términos: “obra de tal modo que trates a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio”, *Foundations of the Metaphysics of Morals*, trad. de Lewis White Beck, Nueva York, Macmillan Publishing, 1987, p. 47. Añado el componente kantiano a la enunciación de lo que Nino llama “principio de inviolabilidad de la persona” para denotar con más claridad la influencia del filósofo alemán.

Para Nino, el diálogo, bajo las condiciones procedimentales y sustantivas que ha delineado, es el mecanismo a través del cual la democracia convierte las preferencias autointeresadas en preferencias imparciales. Sin embargo, se pregunta Nino, ¿existe algún diseño institucional posible que pueda satisfacer las condiciones subyacentes al valor epistémico de la democracia?³⁰ Por lo pronto, contra aquellos que defienden la democracia representativa³¹ —que permite alcanzar un equilibrio entre las presiones de los diferentes grupos autointeresados a través de la intermediación de la clase política—, los defensores de la democracia deliberativa rechazan tal concepción porque la toma de decisión de un reducido grupo de ciudadanos afecta al grupo en su totalidad. Ello significa un déficit en la deliberación. En sociedades complejas, piensa Nino, la representación es un mal necesario, y la democracia directa debe ser obligatoria siempre que sea posible. Los métodos de participación directa —consulta, referéndum, iniciativa popular, revocación de mandato— deben ser siempre bienvenidos y cuidadosamente regulados, para que no terminen ensanchando arbitrariamente las atribuciones del poder ejecutivo ni sirvan como pretexto para la perpetuación de su mandato, deviniendo en caudillo o dictador.

Con todo, no debe perderse de vista que la democracia directa, en sus diversas manifestaciones, no deja de ser la expresión inmediata de la ciudadanía, pero ella no refleja necesariamente una genuina discusión o deliberación. Si lo que se exige a los participantes es un “sí” o un “no”, esto se aparta de la práctica de la discusión moral ideal y su tendencia a la imparcialidad, acercándose a expresiones populistas, muy ajenas a una democracia robusta.

Asimismo, para Nino, si la democracia es un bien público, no es justo disfrutar de sus beneficios como *free-rider* o gorrón. Para vencer la apatía política debe fortalecerse la participación ciudadana y las asociaciones civiles y, si es necesario, obligar al voto ciudadano: la abstención por la abstención solo contribuye a deteriorar el proceso democrático. Lo que a toda costa hay que evitar, en la perspectiva de Nino, es no incurrir en visiones perfeccionistas que pongan en entredicho la autonomía e inviolabilidad de las personas. No se trata de imponer un ideal de virtud cívica, sino fortalecer las instituciones y asegurar los derechos humanos como precondiciones del mismo ejercicio democrático.

³⁰ Nino, Carlos S., *La constitución de la democracia deliberativa*, cit., cap. 6.

³¹ Remito para la defensa de la democracia representativa y sus restricciones a Garzón Valdés, Ernesto, “Representación y democracia”, *Derecho, ética y política*, Madrid, CEC, 1993, y “Restricciones de la democracia representativa”, en *Revista de la Judicatura Federal*, México, núm. 31, 2011.

Aceptado lo anterior, cabe preguntarse aún a quiénes o a qué institución le toca velar por las mismas precondiciones para el ejercicio democrático. En el supuesto de que se cumplieran uno a uno los procedimientos que legitimaran el ejercicio de la deliberación pública y se respetaran las precondiciones sustantivas en términos de la garantía de los derechos humanos, habría que preguntarse seriamente: ¿qué cuestión relevante quedaría por discutir?, ¿debería un órgano contrademocrático, como lo es el Tribunal Constitucional, tener la “última palabra”? Muchas páginas se han escrito sobre este debate y dedicaré el siguiente *excursus* a ofrecer solo algunas líneas de reflexión, anticipando mi justificación sobre la importancia y la necesidad de un control judicial de constitucionalidad y de convencionalidad.

IV. *EXCURSUS*. JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DEMOCRACIA

Desde la teoría y filosofía jurídicas, el debate ha girado en torno al control judicial de constitucionalidad a partir de la ya célebre dificultad contramayoritaria. Asumiendo con seriedad esta dificultad, el propósito de este capítulo es argumentar en favor de la justicia constitucional como condición necesaria, pero no suficiente, para la existencia de un Estado democrático y social de derecho. Este último entendido bajo una concepción sustantivista de la democracia por la que el reconocimiento, garantía y promoción de los derechos humanos ocupa un lugar central.

El debate, como sabemos, se ha planteado entre dos extremos: o la autorrestricción judicial a partir del principio de división de poderes y de una concepción de la democracia formalista —los jueces carecen de legitimidad democrática y son los menos autorizados para controlar la legalidad y constitucionalidad de las normas—, o bien, el activismo judicial y el decisionismo sin contrapesos democráticos que pese a los riesgos posibilitaría, entre otras cosas, la salvaguarda de los derechos humanos —y de manera relevante los de las minorías— consagrados en la Constitución.

Tengo la impresión de que cuando se plantea este debate se hace por lo general imaginando las posiciones en estado puro y contraponiendo los antimodelos desde una u otra posición: o el tipo ideal de parlamento *vs.* una “visión apocalíptica de la jurisdicción”; o el parlamento convertido “en verdaderas agencias de gestión de intereses corporativos” *vs.* el ideal de juez imparcial e incorrupto.³² Resulta tan pernicioso hacer valer el argumento contramayoritario en países en procesos de democratización y buscar *in extremis*

³² Bayón, Juan Carlos, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en Betegón, Jerónimo; Laporta, Francisco; Páramo, Juan Ramón de y Prieto

la legitimidad judicial de origen, digamos por vía electoral,³³ como defender el control de constitucionalidad dando luz verde a un decisionismo judicial reaccionario y aristocrático. Creo además que se maneja la falsa idea, como bien lo ha demostrado Christian Courtis, de que la autorrestricción judicial conduce a decisiones de tipo conservador, mientras que el activismo judicial conduce a decisiones de tipo progresista, cuando lo cierto es que nada impide pensar que el activismo judicial pueda tener tintes conservadores.³⁴

El constitucionalista estadounidense Alexander Bickel advirtió sobre la dificultad contramayoritaria en los siguientes términos:

La dificultad radical es que el control judicial de constitucionalidad es una fuerza contramayoritaria en nuestro sistema [...] cuando la Suprema Corte declara inconstitucional una sanción legislativa o una acción de un Ejecutivo electo, ella tuerce la voluntad de los representantes del pueblo real de aquí y ahora [...] El control judicial pertenece del todo a una pecera diferente de la democracia, y ésa es la razón de que se pueda hacer la acusación de que el control judicial es antidemocrático.³⁵

Las circunstancias de la “dificultad contramayoritaria”, en términos de Víctor Ferreres,³⁶ podrían resumirse en las tres siguientes:

1. *La menor legitimidad democrática de origen del juez constitucional.* La ley que hay que enjuiciar proviene de un Congreso elegido periódicamente por el electorado, por sufragio universal. El juez constitucional, en cambio, no es elegido periódicamente por el electorado por sufragio universal. En México, el ejecutivo federal —el presidente de la República— propone una terna al Senado y este elige al futuro ministro de la Suprema Corte entre los miembros de la terna presentada. En esta elección no participa la Cámara de Diputados.

Sanchís, Luis (coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2004, p. 100-n.92, en donde cita críticamente a Perfecto Andrés Ibáñez.

³³ En un caso insólito, la Nueva Constitución Política de Bolivia, en vigor desde el 7 de febrero de 2009 tras ser aprobada en referéndum, contempla en su artículo 182, párr. I, que: “Los Magistrados y las Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia serán elegidos y elevados mediante sufragio universal”. Para un comentario crítico a la “nueva oleada de reformas [constitucionales] en Latinoamérica, véase Gargarella, Roberto, “Cambiar la letra, cambiar el mundo”, *El País*, Madrid, 13 de octubre de 2008.

³⁴ Courtis, Christian, “Reyes desnudos. Algunos ejes de caracterización de la actividad política de los tribunales”, en Carbonell, Miguel; Fix-Fierro, Héctor y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Jueces y derecho. Problemas contemporáneos*, México, Porrúa-UNAM, 2004, pp. 410 y ss.

³⁵ Bickel, Alexander, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court and the Bar of Politics*, New Haven, Yale University Press, 1962, pp. 16 y ss.

³⁶ Ferreres, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, CEPC, 1997, pp. 42-45.

2. *La rigidez de la Constitución.* El Congreso no puede neutralizar fácilmente —a través de la reforma constitucional— la decisión del juez constitucional de declarar inválida una ley, pues la Constitución solo puede reformarse a través de un procedimiento gravoso. En México, de acuerdo con el artículo 135 constitucional, “se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerden las reformas o adiciones, y que estas sean aprobadas por la mayoría de los legisladores de los Estados”.
3. *La controvertibilidad interpretativa de la Constitución.* La interpretación del texto constitucional es problemática —especialmente en materia de derechos y libertades—, dada la abundancia de “conceptos esencialmente controvertidos” y de colisiones entre las diversas disposiciones.

Con respecto a esta última circunstancia, vale decir que si se parte de la idea de que el juez solo se limita a aplicar la ley o la Constitución sin valorarla, la falta de legitimidad democrática del juez parecería no ser relevante. Su actividad sería la de un técnico o la de un científico, y estos no son seleccionados por el voto mayoritario. Pero si se acepta que la tarea del juez es sustancialmente valorativa —ponderación de los principios básicos de moralidad social y en los distintos pasos de la interpretación jurídica— surge la siguiente pregunta: ¿quién es un juez para sustituir al pueblo en general y a sus órganos más directamente representativos en tales valoraciones? ¿Qué razones justificarían un papel activo de los jueces en el contexto de un Estado democrático de derecho?

Para Ernesto Garzón Valdés, en regímenes democráticos se requiere que el juez “cultive una firme adhesión interna a las normas básicas del sistema y, por otra, que mantenga una manifiesta imparcialidad con respecto a los conflictos de intereses que tiene que resolver”.³⁷ El juez adopta frente a las normas básicas del sistema, en términos de Herbert Hart, un “punto de vista interno” que, a diferencia del “punto de vista externo”, no se apoya en razones prudenciales de costo-beneficio o de negociación-compromiso. Este último es el ámbito reservado a lo político:

La función de los jueces supremos [continúa Garzón] no consiste en expresar en sus fallos la voluntad popular sino, por el contrario, en poner límites a los posibles extravíos inconstitucionales de los representantes de esa voluntad.³⁸

³⁷ Garzón Valdés, Ernesto, “El papel del poder judicial en la transición democrática”, en Malem, Jorge; Orozco, Jesús y Vázquez, Rodolfo, *La función judicial. Ética y democracia*, Barcelona, Gedisa, 2003, p. 129.

³⁸ *Ibidem*, p. 131.

La pregunta es entonces, ¿cómo garantizar la independencia judicial si los jueces son designados finalmente por el poder político? Garzón menciona, por ejemplo, la elección de los jueces por un periodo determinado sin posibilidad de reelección y no de por vida, o bien, la designación de los jueces con la aprobación de los dos tercios del Parlamento, y podríamos añadir otras disposiciones. Pero el esfuerzo de Garzón se concentra en la noción de *confianza*: “Con respecto a los tribunales supremos, afirma Garzón, en vez de hablar de *responsabilidad democrática* conviene utilizar el concepto de *confiabilidad judicial*”. Esta supone el aseguramiento de ciertos límites infranqueables en lo que Garzón ha dado en llamar el “coto vedado”, y así, la competencia de control de calidad de los tribunales supremos: “se reduce a aquellas disposiciones que afectan a los principios y derechos de lo que suelo llamar el «coto vedado» a la discusión y negociación legislativa y/o gubernamental”. Para el coto vedado vale la prohibición de reforma. Garzón ejemplifica con el artículo 79.3 de la Ley Fundamental alemana.³⁹

La propuesta de Garzón se enfrenta a la “paradoja de las precondiciones”, sobre la que volveré más adelante, y al hecho de que: “no hay ninguna razón sólida para dar por sentado que los ciudadanos en general y los legisladores en particular actúen *sistemáticamente* movidos por consideraciones de interés propio, y nunca por razones de principio que sean expresión de diferentes concepciones de lo justo”;⁴⁰ tal como lo han puesto de manifiesto, entre otros, Jeremy Waldron y Cass Sunstein. El punto de vista interno no es privativo, entonces, de la actividad judicial.

Para Luigi Ferrajoli, los derechos humanos constituyen una “esfera de lo indecidible”:

Los derechos fundamentales, precisamente porque están igualmente garantizados para todos y sustraídos a la disponibilidad del mercado y de la política, forman la *esfera de lo indecidible que* y de *lo indecidible que no*; y actúan como factores no solo de legitimación sino también y, sobre todo, como factores de deslegitimación de las decisiones y de las no-decisiones⁴¹

La Constitución atrinchera y garantiza tales derechos y no se sujeta al consenso de la mayoría. A partir de este argumento, Ferrajoli justifica la

³⁹ Garzón Valdés, Ernesto, “El consenso democrático: fundamento y límites del poder de las minorías”, en *Isonomía*, México, ITAM-Fontamara, núm. 12, 2000, p. 24.

⁴⁰ Bayón, Juan Carlos, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, *op. cit.*, p. 100.

⁴¹ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 1999, p. 24.

justicia constitucional como garante de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos.

De nueva cuenta nos enfrentamos aquí a la “paradoja de las precondiciones” y a la “amenaza de las mayorías”. Si esta última se constituye en una amenaza es porque Ferrajoli presupone que los derechos son por definición derechos de las minorías, o de los más débiles, frente o contra las mayorías. Si bien este argumento tiene su peso, es claro que no tiene por qué ser necesariamente malo que la mayoría sea hostil a las pretensiones de una minoría, especialmente cuando esta se manifiesta como injusta y socialmente dominante.⁴²

A la pregunta que se formula José Juan Moreso: ¿está justificada la idea de primacía de la Constitución, esto es, la idea de atrincherar determinadas cuestiones para impedir que puedan ser modificadas por la regla de la mayoría?⁴³ La respuesta, estoy de acuerdo con él, debe ser afirmativa y en esta dirección se encaminan los autores que hemos citado. Este atrincheramiento no tiene que ver solamente con los derechos civiles y políticos, sino también con los genéricamente llamados derechos sociales.

Si bien resulta pertinente y deseable atrincherar los derechos humanos a nivel constitucional: ¿se sigue que está justificado establecer un mecanismo de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes⁴⁴ asumiendo las circunstancias de la dificultad contramayoritaria, en los términos de Ferreres? Para contestar esta pregunta hay que comenzar por aceptar con Gargarella y Bayón, y a diferencia de los autores analizados más arriba, que la objeción democrática al constitucionalismo debe tomarse en serio.

Adoptar el control jurisdiccional de la constitucionalidad de leyes ordinarias supone un costo democrático por el valor intrínseco de la misma democracia constitucional, es decir, por “el derecho de todos los miembros del cuerpo político a participar en pie de igualdad en la toma de decisiones públicas”.⁴⁵ Por tanto, si aceptamos este costo: ¿es necesario sostener la justicia constitucional como relevante para la construcción de un Estado democrático de derecho? Pienso que la respuesta, de nueva cuenta, debe ser afirmativa. Pero para explicar el alcance de la misma me gustaría traer a la discusión las propuestas de John Ely y de Robert Alexy.

⁴² Bayón, Juan Carlos, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, *op. cit.*, pp. 103 y 104.

⁴³ Moreso, José Juan, “Derechos y justicia procesal imperfecta”, *Discusiones*, Bahía Blanca, año 1, núm. 1, 2000, p. 101.

⁴⁴ *Idem.*

⁴⁵ *Ibidem*, p. 76.

Un buen intento en favor de una participación activa de los jueces es que se constituyan, como propone Ely, en *controladores del mismo procedimiento democrático*. Una concepción deliberativa de la democracia maximizará su capacidad epistémica si se cumplen algunas condiciones como las relativas a la amplitud de participación de los afectados por las decisiones o medidas que se discuten; la libertad para expresarse en el debate y en la discusión; la igualdad de condiciones con que se participa; la exigencia de justificación de las propuestas, etcétera. Las reglas del proceso democrático deben estar orientadas a garantizar la mejor disposición de estas condiciones.

Ahora bien, son precisamente los jueces quienes están obligados a determinar en cada caso si se han dado las condiciones que fundamentan el valor epistémico del proceso democrático, de modo que la ley en cuestión goce de una presunción de validez que, a efectos de justificar una decisión, permita al juez poner entre paréntesis su propia reflexión individual. Los jueces, como afirma John Ely, se convertirían entonces en una especie de *réferi* del proceso democrático. Cumplirían con una función de “limpieza de canales” que hiciera posible el cambio político y facilitase, entre otras cosas, la representación de las minorías.⁴⁶

Si alguien preguntara por qué para corregir y ampliar el proceso democrático son mejores los jueces que los órganos democráticos, la respuesta sería que si el proceso está viciado, estos últimos se hallan imposibilitados para arbitrar acerca de su corrección, puesto que, como resulta obvio, carecería de valor epistémico. De que los jueces pueden equivocarse no hay duda alguna, pero el efecto de un control judicial de índole *procedimental* consiste en promover las condiciones que otorgan valor epistémico al mismo proceso democrático. Su función sería la de preservar y promover el *proceso* mismo de participación democrática, y para este propósito el juez debe asegurar un mínimo, no un máximo, de derechos y libertades individuales. Precisamente aquellos derechos que hagan posible el proceso democrático: los civiles y políticos.

Ely, quizás a su pesar, da otro paso hacia una versión más sustantiva que procedimental de la democracia. Además de los derechos de participación en el proceso político se debe asegurar otro tipo de derecho: el derecho a no ser discriminado. Ely piensa que la democracia se basa en el principio de igual consideración y respeto de las personas. La regla democrática es expresión del principio igualitario, que está en la base de la democracia y del cual es posible derivar el derecho a no ser discriminado, e incluso los

⁴⁶ Ely, John, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 1980. Véase Nino, Carlos S., *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, pp. 694 y 695.

mismos derechos de autonomía individual: hay una unidad de fondo entre liberalismo y democracia. De esta manera, el procedimiento democrático no se valora meramente por su mayor o menor valor instrumental, sino en sí mismo, es decir, posee un valor intrínseco “para la calidad moral de la vida cívica”, en términos de Rawls.

El principio de no discriminación —el derecho a no ser discriminado— es una precondition de la democracia y no parece ser nada controvertible la incorrección que se sigue de excluir a una persona, por ejemplo, por aquellas características raciales o sexuales en cuya posesión no ha mediado acto intencional alguno. La democracia descansa, entonces, sobre una precondition que es necesario asegurar frente a los posibles embates de la mayoría o de una minoría poderosa. Creo que aceptar esta precondition no compromete aún con una concepción sustantiva “fuerte” de la democracia.

Con respecto a Alexy, piensa este autor que para conciliar el control de constitucionalidad con la representación democrática se debe analizar el concepto de “representación argumentativa” en el marco de un constitucionalismo discursivo. Este empieza con los derechos fundamentales y continúa con la ponderación, el discurso y el control de constitucionalidad.⁴⁷

Alexy parte de un modelo de democracia no exclusivamente decisionista, sino también argumentativa, es decir, de una democracia deliberativa: “la relación entre el pueblo y el parlamento no debe estar únicamente determinada por las decisiones expresadas a través de las elecciones y los votos sino, también, mediante argumentos”. A diferencia de la representación parlamentaria, que es al mismo tiempo decisionista y discursiva, la representación del pueblo en el Tribunal Constitucional es puramente argumentativa. Pero, ¿cuáles serían las condiciones de una verdadera representación argumentativa para no caer en idealizaciones y no declarar cualquier argumento como un argumento de representación del pueblo? Para Alexy existen dos condiciones fundamentales:

- (1) la existencia de argumentos correctos y razonables, y (2) la existencia de personas racionales que estén dispuestas y sean capaces de aceptar argumentos correctos y razonables, por la mera razón de que son correctos y razonables. [...] Si existen los argumentos correctos y razonables, así como, también, personas racionales, la razón y la corrección estarán mejor institucionalizadas mediante el control de constitucionalidad que sin dicho control.⁴⁸

⁴⁷ Alexy, Robert, “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, Cátedra Ernesto Garzón Valdés 2004, México, Fontamara, 2005, pp. 89 y ss.

⁴⁸ *Ibidem*, pp. 102-103.

Los derechos humanos como precondiciones de la democracia

He mencionado en varias ocasiones el argumento de las precondiciones para distinguir entre una democracia procedimental y otra sustantiva. Bien vistas las cosas: “la diferencia entre las dos opciones no es sino la mayor o menor extensión del conjunto de derechos que se supone que deben ser concebidos como precondiciones de la democracia”.⁴⁹ Digamos, en otras palabras, que el debate no opera en términos de la oposición entre democracia procedimental y democracia sustantiva, sino entre dos versiones de la democracia sustantiva: una “fuerte” que extiende la consideración de los derechos hasta incluir los derechos sociales, y otra “débil” que considera únicamente los derechos civiles y políticos. Hecha esta aclaración, entonces el problema de unos y otros —más allá de criterios procedimentalistas o sustantivistas— es enfrentarse a la paradoja de las precondiciones: en el extremo, como sostiene Bayón, “el procedimiento democrático alcanzaría su valor pleno cuando apenas quedaran cuestiones sustanciales que decidir por mayoría”.⁵⁰

Con respecto a la paradoja de las precondiciones, no veo por qué se debe llegar a una situación extrema. La versión sustantiva “débil” comprometería con la justicia constitucional en cuanto necesaria para preservar esos prerequisites mínimos —los derechos civiles y políticos—, pero dejaría un amplio margen para cuestiones sustanciales —precisamente las que se relacionan con los derechos positivos al bienestar económico y social— a decidir por mayoría o mediante el concurso de los parlamentarios con la justicia constitucional. Y la razón me parece obvia: los problemas de justicia distributiva que tienen que ver directamente con el bienestar de la población, especialmente de los más necesitados, no pueden reservarse exclusivamente, como afirma Bruce Ackerman, a los “tiernos favores del poder judicial”.⁵¹

La advertencia de Ackerman me parece correcta, pero reitero, no debe llevarnos a la conclusión de que más valdría no contemplar los derechos sociales en la carta constitucional. Su inclusión es necesaria para demarcar el “coto vedado” a la decisión de la mayoría y para excluir que el legislador los ignore. Lo que importa destacar es que la garantía de estos derechos debe ser una tarea compartida por el poder judicial y por el órgano de representación popular. Para estos derechos, el control abstracto de inconsti-

⁴⁹ Bayón, Juan Carlos, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, *op. cit.*, p. 81.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 80.

⁵¹ Ackerman, Bruce, *La nueva división de poderes*, México, FCE, 2007, pp. 119 y ss.

tucionalidad de la ley emanada del legislador no debe concluir *ipso facto* en la declaratoria por parte del órgano constitucional de la invalidez e inaplicabilidad de la misma. Esquemas como los adoptados por Canadá en términos de un reenvío o el de Nueva Zelanda,⁵² y la posibilidad de un diseño institucional que contemple la creación de algún órgano autónomo no judicial que se ocupe de la protección efectiva de los derechos sociales parecen ser alternativas más compatibles con las demandas democráticas. En el ámbito de una democracia deliberativa, Roberto Gargarella, siguiendo a Dennis Thompson, no excluye la revisión judicial de constitucionalidad como un posible arreglo institucional, pero los jueces pueden actuar razonablemente de manera respetuosa con el legislador, ensayando alternativas posibles (*experimentalismo judicial*):

Pueden decidir, en un caso determinado, bloquear la aplicación de una ley expedida por el Congreso, forzándolo así a repensarla; pueden declarar que cierto derecho ha sido violado, sin imponer a los legisladores una solución particular; pueden establecer que una violación de derechos debe corregirse en un tiempo determinado sin ocupar el lugar del legislador al no decidir cuál solución particular debe adoptarse; pueden asimismo sugerirle al legislador una serie de soluciones alternativas, dejando así la decisión final en sus manos.⁵³

A la pregunta: ¿cuál es el grado de deferencia hacia el legislador por parte del órgano encargado del control si tomamos en serio el argumento contramayoritario?, respondemos: si partimos de la defensa de una democracia sustantiva y entendemos que el puro y simple mayoritarismo, que niega toda precondition de la democracia, resulta totalmente implausible;⁵⁴ si distinguimos entre el ámbito de lo privado y lo público y situamos en un coto vedado los derechos derivados de la autonomía y dignidad personales; si entendemos que los derechos de participación política suponen una precondition fundamental, que es el derecho a no ser discriminado, y entendemos que debemos atrincherar constitucionalmente tales derechos para hacer posible el proceso democrático, entonces la custodia de los mismos supone un control judicial y una intervención activa de los jueces que con base en ella, ahora sí, favorezca el diálogo institucional incrementando la calidad deliberativa de los procesos de decisión y haciendo ver a la mayoría

⁵² En Nueva Zelanda, desde 2001, el *Human Rights Review Tribunal* puede emitir “declaraciones de incompatibilidad” de una ley con el *Bill of Rights*, sin invalidarla ni inaplicarla.

⁵³ Gargarella, Roberto, “¿Los partidarios de la democracia deliberativa deben defender la protección judicial de los derechos sociales?”, en Arango, Rodolfo (ed.), *Filosofía de la democracia. Fundamentos conceptuales*, cit., pp. 393 y 394.

⁵⁴ *Ibidem*, pp. 80 y 81.

el peso de razones o puntos de vista que no ha sabido tomar en cuenta, o contradicciones y puntos débiles en la fundamentación de sus decisiones.

A tal respecto, por ejemplo, aun en las situaciones límite en las que se ha pretendido descalificar decisiones judiciales de altos tribunales, bajo el argumento de que se ha dado debido cumplimiento a todas las condiciones requeridas para el ejercicio de una democracia deliberativa robusta, y que esta debería prevalecer aun sobre la defensa incondicional de derechos humanos contra delitos tan graves de lesa humanidad, como la tortura o la desaparición forzada,⁵⁵ el procedimiento deliberativo presentaría un déficit de legitimidad si no se entendiera que tales derechos presentan un carácter de “urgencia”. La misma democracia deliberativa demandaría su plena satisfacción y garantía como exigencias de su propia constitución interna, precisamente de cara a una seguridad futura y a una justicia a los primeros interesados, que son las propias víctimas.

En síntesis, los jueces deben salvaguardar las condiciones *a priori* de posibilidad del discurso democrático, no solo por lo que tiene que ver con sus condiciones formales, sino también con sus precondiciones sustantivas. Sobre estos últimos opera una consideración de “urgencia” que no puede quedar sujeta a criterios mayoritarios en detrimento posible de los grupos menos aventajados. Satisfechas tales condiciones y tales mínimos, y en un proceso gradual que evita la paradoja de las precondiciones, cabe y es deseable el experimentalismo judicial que exige una gran deferencia del poder judicial hacia el poder legislativo.⁵⁶ Los jueces se constituirían así en *Jueces para la democracia*.

⁵⁵ Para un análisis del debate en torno al caso *Gelman*, véase Gargarella, Roberto, “Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso *Gelman*”, SELA Papers, Yale Law School, 2013. Asimismo, remito a las lecturas de la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva, Asamblea General de la República Oriental del Uruguay, Ley 15.848, y Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2001. Serie C, núm. 221.

⁵⁶ El fallo Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Vervitsky H. s/hábeas corpus*, 3 de mayo de 2005, es un buen ejemplo de actuación conjunta del poder judicial y la administración pública para “garantizar la eficiencia de los derechos, y evitar que estos sean vulnerados”. Con el fin de hacer valer el mandato constitucional (artículo 18, sobre las condiciones carcelarias) la Corte Suprema de Justicia ordenó al estado provincial de Buenos Aires que adecuara (orden de adecuación) la política carcelaria actual a los marcos constitucionales: al poder legislativo, que sancionara una ley que tienda a reducir la cantidad de presos con prisión preventiva; al poder judicial provincial, que instrumentara las medidas necesarias para que los jueces se limitaran a aplicar la prisión preventiva exclusivamente en los casos en los que no fuera posible evitarla, y al poder ejecutivo, que implementara una mesa de diálogo con la demandante, en este caso una ONG de derechos humanos, y con aquellas organizaciones que presentaron *amicus curiae* para que juntos acuerden una política carcelaria que se acomode al mandato constitucional.