

I. La cuestión general: democracia y verdad	1
II. Dos modelos de relación entre Constitución y democracia	3
III. La lectura moral de la Constitución y la democracia deliberativa	9
IV. Democracia y principio mayoritario	25
V. La sociedad multicultural tomada en serio	34
VI. Concepciones inadecuadas de la deliberación política	42
VII. La democracia constitucional deliberativa	57
VIII. La deliberación como praxis de la mayoría.	72
IX. Las formas de procedimentalismo y la democracia deliberativa	81

I. LA CUESTIÓN GENERAL: DEMOCRACIA Y VERDAD*

El propósito de estas reflexiones es el de mostrar que la unión entre constitucionalismo y multiculturalismo requiere una transformación del modo de entender los procedimientos democráticos en el sentido de la “democracia deliberativa”, y que, además, de esta misma unión se pueden retomar argumentos que sustenten una versión específica de la deliberación y de la decisión pública.

Obviamente el fondo de nuestra problemática es el de la relación tormentosa y dramática entre democracia, verdad y justicia.¹ Desde la óptica del proceso de constitucionalización de las sociedades políticas actuales ¿es aún posible sostener una concepción meramente procedimental de la democra-

* Este trabajo ha sido publicado en italiano en la revista *Ra-gion pratica*, 11, núm. 20, 2003, pp. 33-71.

¹ Esta problemática ha sido recientemente retomada con fina sensibilidad por dos notables constitucionalistas. Zagrebelsky, G., *Il crucifige e la democrazia*, Turín, Einaudi, 1995 y, bajo otros aspectos, Häberle, P., *Wahrheitsprobleme im Verfassungsstaat*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1995.

cia? ¿Debemos todavía creer con Bobbio² y con Kelsen³ que, entre las reglas del juego democrático, el principio procesal de la mayoría será siempre el más distintivo de la democracia, si bien no el único? ¿Debemos pensar que ello estaría necesariamente en conflicto con una concepción no meramente formal de la democracia? Además, ¿debemos sostener que la radicalización del pluralismo en el multiculturalismo consolida ulteriormente el modelo procedimental de la democracia y su abstinencia epistemológica?⁴

La reformulación de estas interrogantes está justificada por el hecho de que la difusión del constitucionalismo y de los derechos fundamentales no parece ya compatible con una versión puramente formal de los procedimientos democráticos. En las Constituciones se encuentran los valores básicos de la sociedad democrática, y ésta debe saberlos respetar, administrar y desarrollar. ¿Estas tareas pueden

² Bobbio, N., *Il futuro della democrazia. Una difesa delle regole del gioco*, Turín, Einaudi, 1984, pp. 4-7 y 55.

³ Kelsen, H., *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Tübingen, JCB Mohr, 1929.

⁴ Sobre este tema *cfr.* Raz, J., "Multiculturalism", *Ratio Juris*, 11, 3, 1998, pp. 193-205, y, del mismo autor, "Facing Diversity: The Case of Epistemic Abstinence", *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford, Clarendon, 1994, pp. 60-96.

ser adecuadamente resueltas con el puro procedimiento democrático? ¿No se requiere quizá un replanteamiento de este modelo político tradicional?

II. DOS MODELOS DE RELACIÓN ENTRE CONSTITUCIÓN Y DEMOCRACIA

Por simplificar se puede afirmar que las relaciones entre la Constitución y los procedimientos democráticos pueden ser entendidas al menos de dos modos diferentes: la Constitución como límite externo de la democracia, y la Constitución como objeto de los mismos procedimientos democráticos.

Según el primer modelo, la Constitución puede ser considerada como continente de un conjunto de principios y de normas jurídicas que tienen ya una propia completud y determinación, siendo directamente justificables. El texto constitucional los sustrae de los procesos ordinarios de la elección democrática, es decir, de la disponibilidad de la mayoría, y así los custodia, y al mismo tiempo los pone como vínculos inviolables. Llamemos a éste, el modelo de la “Constitución-custodio”. Y entonces, entre una Constitución que desarrolla las funciones de vigilancia y los procesos de la elección democrática, que son por ella controlados, no existe sino una relación externa o, más exactamente, extrínseca: los

procedimientos democráticos tienen plena libertad de elección, pero en un marco de respeto a los derechos y principios constitucionales ya preestablecidos. A una Constitución-custodio corresponde, por tanto, una “particular democracia vigilada”, que no está en estado de detención y, sin embargo, debe rendir cuentas de su actuar o, mejor dicho, de los resultados y de los efectos de sus decisiones. Por otra parte, estos principios son un presupuesto necesario del funcionamiento correcto de las instituciones democráticas, porque garantizan los derechos de libertad, de reunión y de asociación, que representan los valores “externos” de la democracia, esto es, aquellos derechos históricos del liberalismo.

El segundo modelo de relaciones entre Constitución y democracia presupone la tesis de que los principios constitucionales no están aún completos, incluso que serían de por sí indeterminados. Por esto deben seguirse reglas generales en relación a problemáticas específicas y de éstas, en cada caso, reglas particulares de aplicación a los casos concretos. Esta es una labor compleja en la que se necesita hacer la elección entre interpretaciones concurrentes. Tales elecciones, por su importancia política y jurídica, deben ser confiadas a las instituciones democráticas. Llamemos, por tanto, a éste el modelo de la “Constitución-simiente”, entendiendo con esto que los principios constitucionales no son expresio-

nes emotivas de valores privados de por sí de una identidad conceptual, sino que son razones fundacionales que deben ser desarrolladas también sobre la base de los contextos sociales y de las circunstancias históricas. Estos desarrollos pueden ser buenos o malos, correctos o desviados, evolutivos o involutivos. Existen, pues, modos adecuados de traducir los valores fundamentales en reglas jurídicas y modos inadecuados y deformantes.

Entonces en este segundo modelo, a la “Constitución-simiente”, corresponde una “democracia-agricultora”, en cuanto toca a los procedimientos democráticos desarrollar la potencialidad de los principios constitucionales fundamentales, respetándoles su identidad. En este sentido, los principios constitucionales rigen internamente los procedimientos democráticos y, al mismo tiempo, son el objeto y no solamente la condición externa o el presupuesto. Ciertamente no todas las elecciones confiadas al legislador democrático tienen igual importancia y el mismo valor. Existen algunas que tienen particular relevancia porque tocan, directa o indirectamente, los aspectos esenciales de la vida civil. Una concepción adecuada de la democracia debe ser proporcional a estas tareas más elevadas, mientras que para el resto procurará que la negociación de los intereses suceda en el marco de las reglas democráticas formales. El sentido mismo de un régimen político reside en su ca-

pacidad de desarrollar las razones de la convivencia social, y de dar forma adecuada al respeto de la dignidad humana en su forma histórica.

Es necesario aun precisar que la consideración de la Constitución, como un conjunto de principios aún indeterminados, no debe ser identificada con la tesis de su carácter meramente programático respecto a la legislación ordinaria. Esta tesis, tal y como había sido desarrollada en la literatura jurídica italiana,⁵ reducía los valores constitucionales a meras orientaciones políticas de carácter general, mientras la “Constitución-simiente” los entiende como principios jurídicos ya en alguna forma aplicables, sin que se necesite una compleja mediación legislativa y jurisdiccional.

Ciertamente no existen sólo estos dos modos de entender las relaciones entre Constitución y democracia, pero a nuestro entender son los más importantes. Y no se trata de una tipología puramente abstracta, en cuanto tiene notables incidencias sobre el plano institucional. Por ejemplo, la forma y extensión de la participación de los jueces constitucionales es entendida de manera diversa en el primer y segundo modelo.

En el primero, la institución judicial adquiere una mayor relevancia que la legislativa en el mo-

⁵ Para esta problemática *cfr.* Crisafulli, V., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milán, Giuffrè, 1952.

mento de actuación de los valores constitucionales, mientras en el segundo, la actividad legislativa es una mediación necesaria.

El primer modelo, en el que las normas constitucionales son entendidas como ya determinadas y completas, se vincula en alguna forma a una interpretación literal, mientras el segundo permite formas de interpretación judicial mucho más articuladas y, consecuentemente, acerca al juez constitucional con el legislador.⁶

Mi objetivo es el de mostrar que el segundo modelo es el más adecuado para comprender las relaciones efectivas que existen entre una Constitución liberal y una democracia representativa, y consecuentemente el de defender la tesis de la estrecha conexión entre constitucionalismo y régimen democrático contra aquellas que afirman su yuxtaposición o su contraposición. Si es verdad que los valores constitucionales son internos a los procedimientos democráticos, y no son solamente condiciones externas de

⁶ Es interesante observar como los mismos padres constituyentes entendieron las relaciones entre Constitución y democracia, y los resultados serían ciertamente los de constatar su inclinación general por el primer modelo, pero esto resulta muy poco vinculante para las generaciones futuras. Para este problema *cfr.* Elster, J., *Arguing and Bargaining in the Federal Convention and the Assemblée Constituante*, Chicago, University of Chicago, 1991.

su correcto funcionamiento, entonces deberá ser puesta en duda una concepción meramente procedimental de la democracia.

Como puede notarse fácilmente, del modo de entender una Constitución depende el modo de entender la democracia. Ésta podrá ser considerada solamente como un conjunto de “reglas del juego” si es posible atribuir a la Constitución una completud y autosuficiencia. Pero si esto de hecho no es posible entonces debemos revisar profundamente nuestro concepto de democracia.

Es un hecho que la Constitución, así como hoy la entendemos, contiene un cierto número de principios morales o de valores fundamentales. Estos principios corresponden a la vida pública y al sentido de justicia a ella conveniente. Pero estos principios son formulados en forma muy abstracta y no rara vez vaga e indeterminada. Esto es necesario y comprensible a la luz de múltiples consideraciones, algunas de las cuales son: es propio de cada documento o texto jurídico la indeterminación, en cuanto no se pueden prever todas las posibilidades futuras de su aplicación; solamente en torno a principios muy generales es posible arribar a un acuerdo unánime como el exigido a los documentos constitucionales; solamente una Constitución vaga no constriñe excesivamente a las generaciones futuras en su libertad de elección tampoco en lo relativo a los fines ético-políticos fundamentales.

III. LA LECTURA MORAL DE LA CONSTITUCIÓN Y LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

Si es verdad que uno de los objetivos fundamentales de los procedimientos democráticos es el de la interpretación y articulación de los principios constitucionales esenciales, entonces la democracia debe acoger de alguna manera el razonamiento moral, porque los principios constitucionales requieren una “lectura moral”.

Esta —como es sabido— es la tesis de Dworkin.⁷ Ella no se limita a afirmar que los principios constitucionales básicos tienen una naturaleza ético-política, y ni siquiera solamente que son a menudo formulados como principios muy abstractos, sino, sobretodo, que su tratamiento requiere de un acercamiento moral, esto es, métodos de interpretación y de valoración que son propios de la deliberación moral. Sin esta última precisión la tesis de la “lectura moral” de la Constitución sería poco significativa. En realidad, ésta se opone a la tesis iuspositivista por la cual los principios constitucionales, siendo expresados por un documento jurídico, sobre la base de la separación entre derecho y moral deben

⁷ Dworkin, R., *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 1996.

ser considerados y tratados como puramente jurídicos y que, entonces, cada valoración moral debe ser dejada aparte o debe ser plenamente juridizada.⁸

También, sin pretender poner en duda la distinción entre método jurídico y método moral, parece evidente que en el caso de los principios constitucionales básicos no nos encontramos frente a mandamientos de una autoridad, sino frente a razones últimas que deben sostener toda la labor de las instituciones públicas y de la vida civil de una determinada sociedad. Todas las reglas (jurídicas o no) tienen siempre razones que las sostienen y justifican.⁹ A menudo estas no son expresas y deben ser inferidas de factores textuales o extratextuales. Cuando estas razones son positivadas en los textos constitucionales, entonces no puede haber duda alguna que serían objeto de interpretación sea en sí mismas, sea como factor interno de las reglas que justifican o debieran justificar.

Cuando se trata de interpretar “razones” se debe recurrir a la argumentación, porque éstas se aclaran mediante otras razones de segundo nivel con la consiguiente subdeterminación o supradetermina-

⁸ Cfr. por ejemplo Ferrajoli, L., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cargo de E. Vitale, Roma, Laterza, 2001, p. 35.

⁹ Asumo aquí como paradigma de la descripción de una “regla” la ofrecida por Schauer, F., *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford, Oxford University Press, 1991.

ción del elemento textual. Entonces, la actividad interpretativa comprende en sí también a la argumentativa, y las dos sólo pueden ser distinguidas por el objetivo o el producto al cual miran, pero no por las operaciones que implican.¹⁰ Desde esta perspectiva los confines entre razonamiento jurídico y razonamiento moral tienden a desaparecer.¹¹ Una “razón positivizada” debe al mismo tiempo ser interpretada y argumentada sin que exista la posibilidad de distinguir claramente una actividad de la otra.

El recurso a la tesis iuspositivista de la separación entre derecho y moral tendría alguna plausibilidad si fuera aplicado a los jueces, en cuanto parece inconveniente que su sentido moral personal guíe la aplicación de la Constitución incluso contra la voluntad popular, pero lo es menos si es aplicado a los legisladores, que en cada caso —esto es según se entienda la relación entre Constitución y democracia— deben saber, antes de legislar, cuál es el contenido de los valores constitucionales. Pero para saberlo, deben argumentar y deliberar sobre su

¹⁰ Sobre este punto *Cfr.* Viola, F. y Zaccaria, G., *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, 3a. ed., Roma, Laterza, 2001, pp. 98-104.

¹¹ *Cfr.* Viola, F., “Interpretación e indeterminación de la regla jurídica”, *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, a cargo de E. Cáceres, I. B. Flores, J. Saldaña y E. Villanueva, México, UNAM, 2005, pp. 929-944.

correcta interpretación, esto es, realizar valoraciones morales. De hecho, sostener que una interpretación de un valor constitucional es más correcta o justa que otra igualmente admisible quiere decir llevar a cabo, a fin de cuentas, elecciones morales.

Si por ejemplo, el legislador tiene intención de regular la pornografía, debe decidir si el principio moral que condena la censura para proteger la libertad de expresión se extiende o no al caso de la pornografía.¹² No se puede llegar a una conclusión de este género sin embarcarse en un razonamiento moral. Los principios morales se aplican mediante razonamientos morales. Esto puede no gustar, pero no se puede evitar.

Se ha intentado evitar esta intromisión, de los razonamientos morales en la práctica jurídica, limitando lo más estrictamente posible la interpretación de los principios constitucionales a lo que han intentado afirmar los Padres de la Constitución,¹³ esto es, sus autores. Es indudablemente una buena regla preliminar de la interpretación jurídica la de interrogarse sobre lo que han querido decir los autores

¹² Para este ejemplo *cfr.* Michelman, F. I., "Conceptions of Democracy in American Constitutional Argument: The Case of Pornography Regulation", *Tennessee Law Review*, 56, 1989, 2, pp. 291-319.

¹³ Esta línea de pensamiento ha conquistado su clímax en el originalismo. *Cfr.* Scalia, A., "Originalism: The Lesser Evil", *University of Cincinnati Law Review*, 57, 1980, pp. 1175 y ss.

del texto jurídico, pero esto no significa absolutamente interrogarse sobre cómo ellos habrían interpretado tales principios en relación a los casos concretos, o sea, sobre cómo pensaron cuáles debían ser las consecuencias de la afirmación de tales principios.¹⁴ Por retomar el ejemplo dado, los Padres constituyentes podrían haber vedado la censura por proteger la libertad de expresión, pero no haber dicho nada a propósito de la pornografía. Buscar inferir qué cosa habrían pensado es al menos tan arbitrario como desarrollar nosotros mismos sus premisas. Por otra parte, individualizar un principio moral como conveniente no significa por esto mismo, ni haber comprendido su alcance, ni saber prever todas sus consecuencias.

En un régimen constitucional de nuestro tiempo¹⁵ para generar decisiones los legisladores y los jueces deben confrontarse con principios ético-políticos ya dados, que requieren de ser interpretados, argumentados y determinados en relación a la va-

¹⁴ Dworkin, R., "The Moral Reading and The Majoritarian Premise", en H. Hongju Koh y R. C. Slye (eds.), *Deliberative Democracy and Human Rights*, New Haven, Yale University Press, 1999, p. 89.

¹⁵ Entiendo: el tiempo en el cual las Constituciones (no importa que sean escritas o no escritas) normalmente contienen o hacen referencia a un catálogo de derechos que encuentran reconocimiento también a nivel internacional.

riedad de las circunstancias históricas y en el respeto de su rol institucional específico. También, este conjunto de operaciones intelectuales se debe reconducir a la tarea deliberativa que es propia de todos los órganos decisionales.¹⁶

Los partidarios de una democracia deliberativa puramente procedimental consideran que una verdadera y propia deliberación debe ser libre de presupuestos o de vínculos internos de carácter *contentutistico*, de modo que su resultado correcto sería el mismo producto de la aplicación de las reglas formales del discurso argumentativo. Pero esto es irreal, porque cada proceso deliberativo tiene siempre un punto de partida que no es en sí mismo deliberado. Esta constatación ha sido usada como un argumento en contra de la posibilidad misma de la democracia deliberativa. Sería como pedir a un escritor comenzar todos los capítulos de su libro con la última frase del capítulo precedente. Esta petición no podría, seguramente, ser desahogada por cuanto concierne al primer capítulo.¹⁷

¹⁶ Es obvio que, cuando se sostiene la forma de la “democracia deliberativa” se quiere decir algo más que la necesaria presencia de procesos deliberativos en la decisión política, cosa que es propia de todos los regímenes políticos y no sólo de los democráticos.

¹⁷ Esta metáfora tiende a mostrar la imposibilidad de que una democracia sea deliberativa bajo todos los aspectos. *Cfr.*

Considero, al contrario, que la aceptación de presupuestos *contentutisticos* como punto de partida de la deliberación no excluye para la democracia, de ser deliberativa bajo todos sus aspectos fundamentales, si estos mismos presupuestos son, al mismo tiempo, sujetos al procedimiento deliberativo. Y es esto lo que sucede cuando estos presupuestos valorativos son susceptibles de interpretaciones diversas, todas plausibles, y es entonces necesario “deliberar” cuál sería la interpretación más correcta, cuál la mejor, o cuál la más justa. El conflicto de la interpretación introduce necesariamente la deliberación al interior del proceso interpretativo. En tal forma, una democracia constitucional es deliberativa bajo todos sus aspectos esenciales.¹⁸

La expresión “democracia deliberativa” es de por sí una fórmula vaga, capaz de albergar teorías con

Michelman, F. I., “How Can the People Ever Make the Laws? A Critique of Deliberative Democracy”, en J. Bohman y W. Rehg (eds.), *Deliberative Democracy. Essays on Reason and Politics*, Cambridge, The MIT Press, 1999, p. 151.

¹⁸ Es sorprendente constatar la escasa atención que los teóricos de la democracia deliberativa han puesto a las confrontaciones de las dimensiones constitucionalistas. Creo que la contraposición se reduce a aquéllas entre la versión *contentutistica* y la formalística de la democracia deliberativa sin que se aclare la importancia de las variantes constitucionalistas de la primera.

contrastes profundos entre ellas.¹⁹ La referencia a la “deliberación política” es a menudo entendida en modo genérico sin alguna específica connotación moral. En este sentido la idea de la democracia deliberativa es muy antigua y se puede ya encontrar en la Atenas de Pericles en el siglo V a C.²⁰ Cuando se está en desacuerdo sobre las decisiones políticas por tomar, se necesita buscar el acuerdo en cuanto es posible, y mantener el respeto recíproco cuando es imposible. Esta obviedad corre el riesgo de transformar la fórmula de la democracia deliberativa en nada más que un lugar común.²¹

De hecho, en una asamblea numerosa no todos pueden tomar la palabra, y aquellos que lo hacen tienden preferentemente a convencer a los otros de la justeza de sus propias opiniones. Parece que la imposibilidad de la democracia directa hace disminuir la exigencia de persuadir a una audiencia. El electorado controla a sus representantes *ex post*,

¹⁹ Para una bibliografía orientativa y una síntesis de las concepciones fundamentales de “democracia deliberativa” *cfr.* Bohman, J., “The Coming of Age of Deliberative Democracy”, *The Journal of Political Philosophy*, 6, 1998, 4, pp. 400-425.

²⁰ *Cfr.* Elster, J., “Introduction”, *Deliberative Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998, pp. 1 y 2.

²¹ *Cfr.* Walzer, M., *The Exclusions of Liberal Theory*, Frankfurt a. M., Fischer Taschenbuch Verlag, 1999.

esto es, en las votaciones sucesivas. Los representantes son aparentemente libres de formarse las opiniones que decidan, pero saben que si no actúan según los deseos de los representados no serán reelectos.²² En esta óptica no se prevé una libre formación de las opiniones con el fin de conseguir una decisión común, sino una composición de posiciones ya constituidas antes del debate público.

Cuando un grupo de individuos iguales, libres y racionales debe tomar una decisión que concierne a todos y cuando falta la unanimidad de los consensos, no restan más que tres vías posibles: argumentar, negociar y votar. Los duelos y los torneos hoy no están más en uso. Argumentar y negociar son formas de comunicación, mientras que votar no lo es. De hecho, estos tres modos son usados en la decisión política, a menudo a través de comisiones complejas. Votar y argumentar se colocan en los dos extremos opuestos, en cuanto que con el voto la decisión colectiva es tomada por vía agregativa, esto es, sumando las preferencias, mientras que con la argumentación es tomada por vía deliberativa, esto es, apelando a valores imparciales sostenidos por razones prevalentes.²³

²² Elster, J., *op. cit.*, nota 20, p. 2. De hecho sabemos que tan débil es este control. La idea de un control anticipado mediante la institución del mandato imperativo es incompatible con la democracia liberal.

²³ *Ibidem*, pp. 5-8.

Es importante distinguir la deliberación de la discusión. No sólo la deliberación es necesariamente terminada por una decisión, sino que también es una discusión en la que está permitido solamente aducir a las razones. Una razón es una consideración que cuenta a favor de cualquier cosa. El sentido de “contar para cualquier cosa” es normativo. Cuáles consideraciones cuentan como razones depende de aquello que en un determinado contexto sea considerado como lo que cuenta en favor de alguna cosa. En este caso se trata de saber lo que puede contar como razón para ciudadanos libres e iguales. Se requiere ir en busca de razones que puedan ser entendidas como obligatorias para otros que no tengan nuestra misma filosofía de la vida.²⁴ En este sentido son excluidas las razones que apelan a las propias preferencias en cuanto tales, o a las propias y exclusivas ventajas personales o de grupo. Si nos empeñamos en el discurso público y no ya en la negociación, se está renunciando implícitamente a aludir este tipo de razones y se está autocensurando sobre este aspecto.²⁵

²⁴ *Cfr.* Cohen, J., “Democracy and Liberty”, en J. Elster (ed.), *op. cit.*, nota 20, p. 195.

²⁵ *Cfr.* Elster, J., “The Market and the Forum: Three Varieties of Political Theory”, en J. Bohman y W. Rehg (eds.), *op. cit.*, nota 19, p. 12.

No debemos, por otra parte, perder de vista otras dos características esenciales de la deliberación.

La primera había sido ya anotada por Aristóteles: la deliberación apunta a las cosas que están en nuestro poder, esto es, el campo de las acciones humanas por realizarse.²⁶ No se trata de una pura y simple definición del objeto de la deliberación, sino, se quiere decir, que se delibera para decidir y para actuar. La deliberación es una argumentación práctica, cuya conclusión propia es una acción y no ya una proposición teórica. Esto quiere decir que la decisión es parte integrante de la deliberación y no su resultado externo, eventualmente sujeto a diferentes criterios de verificación. La decisión misma puede ser considerada como la acción propia de las instituciones políticas y sociales.

La segunda, todavía más importante, es que el proceso deliberativo refuta la primacía e indiscutibilidad de las preferencias, porque se basa en el presupuesto de que la gente puede cambiar de idea. La deliberación es un método para hacer cambiar de idea, como nos enseña la retórica clásica. Pero esto, la deliberación, lo comparte con la negociación, no así con la votación. Es específico de la deliberación apuntar a la transformación de las opiniones con argumentos racionales y razonables, que apelen a va-

²⁶ Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, 1112 a 27-30.

lores imparciales, si ha de arribarse a un común modo de pensar. Se puede también decir que el proceso público de deliberación es la búsqueda en común de bases para principios comunes que se apoyan sobre razones mutuamente aceptadas.²⁷ La posibilidad de cambiar de idea no atiende solamente a las preferencias de los individuos, sino también a las identidades culturales si ellas aceptan una idea dinámica de “cultura”.

Es ahora el caso de recordar las ventajas de la deliberación en política: 1) la deliberación contribuye a la legitimidad de las decisiones en un régimen pobre; 2) presupone la igualdad de todos los ciudadanos en todo sentido (también en lo que respecta a la información); 3) convoca voces que permanecerían excluidas; 4) anima a los ciudadanos a asumir puntos de vista más amplios y más “generosos”; 5) ayuda a clarificar la verdadera naturaleza del conflicto, que puede ser fruto de malentendidos o de escasa información, y 6) el método deliberativo es el más apropiado a la autocorrección.²⁸

Sobre muchos de estos aspectos los teóricos de la democracia deliberativa concuerdan. Todos están

²⁷ Gutmann, A. y Thompson, D., *Democracy and Disagreement. Why moral conflict cannot be avoided in politics, and what should be done about it*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 1996, p. 55.

²⁸ *Ibidem*, pp. 39-49.

de acuerdo sobre el hecho que la democracia deliberativa debería atender decisiones políticas que son el resultado de una intersección de argumentos dotados por y para participantes que comparten los valores de la racionalidad y de la imparcialidad. Pero no todos concuerdan sobre el hecho de que en tal modo la democracia debería abandonar el mero procedimentalismo para abrirse a una concepción sustancial de la vida política. Para algunos la democracia debe ser deliberativa por las condiciones y los procedimientos, pero no ya por sus contenidos.²⁹ Se reconoce que de otra manera el ciudadano sería despojado de su capacidad de autodeterminación moral, y que el mismo rol de la autoridad política saldría fuertemente disminuido. Pero esto presupone una idea inaceptable de “autonomía moral” y de “autoridad política”. La primera, a diferencia de la autonomía personal de las preferencias, obliga a aceptar los principios morales que tienen más peso argumentativo.³⁰ La segunda, esto es, la auto-

²⁹ Cfr. Knight, J., “Constitutionalism and Deliberative Democracy”, en S. Macedo (ed.), *Deliberative Politics*, Nueva York, Oxford University Press, 1999, pp. 159-169; en el mismo volumen cfr. también Sunstein, C., *Agreement Without Theory*, pp. 147 y 148, y Young, M., *Justice, Inclusion and Deliberative Democracy*, pp. 151-158.

³⁰ Somos libres de preferir el helado o el limón, pero no somos libres de respetar o no la dignidad humana.

ridad, a diferencia del mero arbitrio del poder, está obligada a imponer a los ciudadanos aquellas normas que puedan ser mejor justificadas. Cuáles razones cuentan como justificaciones, es inevitablemente una cuestión sustancial.³¹ Si se acepta el procedimiento deliberativo en la democracia, es necesario aceptar que deberían prevalecer las razones que tienen mayor peso argumentativo y, entonces, que las decisiones democráticas tendrían un cierto valor epistémico.

Se reconoce, de hecho, que el puro procedimentalismo ha agotado el interés por la deliberación en el ámbito de los regímenes democráticos. A menudo las teorías de la justicia (comenzando con aquella del primer Rawls) se imaginan una sociedad ideal ya justa, en la que no es necesario que los ciudadanos deliberen algo, porque no hay nada sobre lo cual deliberar.³² También los constitucionalistas convencidos de la completud de la Constitución según el modelo de la “Constitución-custodio”, han contribuido al alejamiento de la deliberación, porque a este punto todo está ya decidido en lo que respecta a los valores fundamentales.

³¹ Cfr. Gutmann, A. y Thompson, D., “Deliberative Democracy beyond Process”, *The Journal of Political Philosophy*, 10, 2, 2002, p. 156.

³² Cfr. Gutmann, A. y Thompson, D., “Democracy and Disagreement”, en *ibidem*, p. 16.

No basta, por tanto, pasar de una democracia puramente procedimental a una democracia constitucional. Es necesario también impedir que esta última sea la correspondencia antideliberativa. En la democracia procedimental los representantes son responsables de su política y de sus resultados, y no ya de las razones que la sostienen.³³ En la democracia constitucional no deliberativa las razones están ya todas presentes en la Constitución. En la democracia deliberativa a las razones presentes en la Constitución se agregan en modo orgánico aquellas desarrolladas por el razonamiento político para dirimir las interpretaciones concluyentes de las primeras, de modo que los representantes son responsables también de las razones que sostienen a sus decisiones.

Sobre la base de todas estas consideraciones se debe sostener que la deliberación política no atiende solamente a los medios, sino también a los fines políticos fundamentales. Según la tradición aristotélica no se delibera sobre fines últimos, en cuanto están ya dados, sino sólo sobre los medios más idóneos para alcanzarlos.³⁴ Ahora, parece que el constitucionalis-

³³ *Ibidem*, p. 137.

³⁴ Esta línea de pensamiento es seguida también por quienes no consideran los medios en el sentido puramente instrumental, sino en un cierto modo como fines infravalentes y como

mo sustrae a la democracia la deliberación que mira a los fines, de manera que la democracia deliberativa atiende sólo a los medios.³⁵ Pero si es verdad que los valores constitucionales son indeterminados, entonces se necesitará conceder que el razonamiento político atienda también a los fines. Sin embargo, no ya en el sentido de poder escoger con discrecionalidad los fines básicos de la vida pública, sino en el sentido de dar a ellos la interpretación más correcta. En este sentido más restringido se puede hablar de una deliberación concerniente a los fines o, mejor, de una deliberación sobre la interpretación de los fines ya dados.

Entonces existen dos modos de entender la democracia deliberativa en relación a los dos modelos: en el primero, la deliberación democrática no atiende a los fines, en cuanto estos están ya precisa-

parte misma de los fines más generales. Por ejemplo, Tomás de Aquino afirma: “La buena predisposición de un hombre respecto a los medios requiere la intervención directa de un hábito de la razón: porque deliberar y elegir, actos teniendo por objeto los medios, pertenece a la razón. Por ello es necesario que en la razón exista una virtud intelectual, que le confiera una predisposición recta en lo concerniente a los medios ordenados al fin. Y esta virtud es la prudencia”, (*Summa Theologiae*, I-II, 57, 5).

³⁵ Es lo que piensa Przeworski, A., “Deliberation and Ideological Domination”, en J. Elster (ed.), *Deliberative Democracy*, *cit.*, nota 20, p. 141.

dos completamente en la Constitución; en el segundo, se necesita interpretar estos fines, eligiendo el apropiado para el caso específico, determinarlos completamente y entonces dar una lectura moral de la Constitución. Me parece que esta segunda línea de pensamiento refleja mejor eso que de hecho sucede en la práctica de la democracia constitucional de nuestro tiempo.

La conjugación del constitucionalismo con la democracia ha producido el efecto de conectar la relación entre derecho y moral a aquella entre política y moral. Éste, y no otro, es el sentido del debate en torno a la democracia deliberativa. La deliberación es, de hecho, el signo de la presencia de la moral y del razonamiento moral.

IV. DEMOCRACIA Y PRINCIPIO MAYORITARIO

Si es verdad que la práctica de la interpretación constitucional tiene una naturaleza moral (en los principios y en el procedimiento), entonces surge el problema de si la democracia deliberativa sería compatible con el principio mayoritario.

Se observa, de hecho, que cuando ha llegado el momento de decidir, no se delibera más, sino que se vota. En un procedimiento deliberativo, en cambio,

lo que cuenta es el peso de las razones y no de los votos. La deliberación no puede aceptar la igualdad de los argumentos o de las razones, sino sólo aquella de los participantes en la deliberación.³⁶ Entonces, el principio de mayoría no parece apropiado a un modelo deliberativo. Sin embargo, en el sentido común, la democracia está ligada al principio de mayoría, y es difícil hacerla a un lado sin poner en peligro a la misma democracia. Votar da la impresión de un cierto fracaso del discurso público y de la imposibilidad de resolver la cuestión, o sobre bases sustanciales o sobre la base del acuerdo unánime. Parece que, si persiste el desacuerdo, la deliberación debería ser hecha a un lado.³⁷

Si me refiero aquí al principio de mayoría, es porque se trata de una regla fundamental de la democracia, que es el prototipo del puro procedimentalismo. No quiero decir ni que sea la única regla de la democracia, ni que sea exclusiva del régimen democrático.³⁸ De hecho, del principio de mayoría se

³⁶ La deliberación sobre cuestiones técnicas presupone la desigualdad de las informaciones.

³⁷ Waldron, J., "Deliberation, Disagreement, and Voting", *op. cit.*, nota 14, p. 212.

³⁸ Sobre este tema *cfr.* Bobbio, N. *et al.*, "La regola di maggioranza: limiti e aporie", en N. Bobbio *et al.*, *Democrazia, maggioranza e minoranze*, Bologna, Il Mulino, 1981, pp. 33-72.

sirven también órganos pertenecientes a regímenes no democráticos y también, entre las instituciones democráticas, órganos no representativos como los del poder judicial. El hecho es que el principio de mayoría es un método general para tomar decisiones colectivas.

De por sí el principio de mayoría está desprovisto de cualquier valor epistémico. El hecho que una resolución sea agradable a la mayoría de los votantes (y aun a todos), considerados en modo agregativo, no dice nada sobre su verdad o justicia. El sacrificio de las opiniones de la minoría es justificado sólo por una razón cuantitativa. Es el mal menor. La misma unanimidad (y, *a fortiori*, el principio de mayoría) es un modo cuantitativo de tomar decisiones colectivas que no da de por sí alguna garantía de imparcialidad. Las democracias totalitarias del siglo XX se encuentran muy cercanas a la meta de la unanimidad con los resultados que bien conocemos.

No es extraño que la tentativa más consecuente de atribuir al principio de mayoría un valor epistémico fuerte sea la de Rousseau, cuando escribe: "...cada uno, votando, expresa su propio parecer en el propósito; y del cálculo de los votos se recaba la declaración de la voluntad general. Cuando entonces prevalece el parecer contrario al mío, esto no significa sino que yo me he equivocado, y que aquello que creía era la voluntad general, no era

tal”.³⁹ La prevalencia cuantitativa de la mayoría implicaría, entonces, un valor epistémico fuerte con la consecuencia de que la minoría estaría por esto mismo en injusticia. Pero esta afirmación está más bien comprometida y preñada de consecuencias de la justificación meramente estratégica de la prevalencia del principio de mayoría. En todo caso no hay aquí ciertamente alguna deliberación.⁴⁰

En realidad, el carácter meramente procedimental del principio de mayoría hace que su justificación repose exclusivamente sobre la equidad del procedimiento mismo, y no ya sobre la imprescindible justeza de sus resultados. Pero cuando están en juego la libertad y la oportunidad fundamentales no se puede dejar la decisión a la pura y simple agregación de los votos. A diferencia de la democracia puramente procedimental, que da relieve a los derechos que vuelven equitativo el procedimiento, la democracia constitucional no puede descuidar aquellos resultados que protegen los intereses vitales de los individuos.

³⁹ Rousseau, J. J., *Contrat social* (1762), L. IV, cap. II.

⁴⁰ Cfr. Manin, B., “Volonté générale ou délibération?”, *Débat*, 33, 1985, pp. 72-93. Un intento de transformar y corregir la concepción de Rousseau en un *epistemic proceduralism* es efectuado por Estlund, D., “Beyond Fairness and Deliberation: The Epistemic Dimension of Democratic Authority”, en J. Bohman y W. Rehg (eds.), *op. cit.*, nota 17, pp. 173-204.

Ha sido también notado que eso que convierte el principio mayoritario en una regla democrática no es tanto su estructura interna, sino más bien la presencia del principio del sufragio universal, esto es, de la idea de igualdad política. El reconocimiento de que todos los individuos tienen igual valor político confiere al principio mayoritario aquel carácter democrático que de por sí no posee.⁴¹ Y entonces es evidente que eso que caracteriza la democracia respecto a las otras formas de gobierno no es tanto la presencia de una particular regla del juego para tomar decisiones colectivas, sino más bien, y más profundamente, el hecho que tales decisiones son tomadas por los “muchos” o por los “más”, según la conocida concepción de Aristóteles.

No se necesita entender la diferencia entre las tradicionales formas de gobierno sobre bases meramente cuantitativas. La cantidad de los gobernantes es, más bien, la consecuencia de principios diversos de legitimación. Si el principio de legitimación es la tutela de los propios intereses económicos o el haber contribuido a los gastos públicos, entonces estarán legitimados para gobernar (esto es para decidir) sólo aquellos que tienen estos intereses, o aquellos que sostienen en modo relevante las cargas

⁴¹ *Cfr.* Bobbio, N., “La regola di maggioranza: limiti e aporie”, *op. cit.*, nota 38, pp. 40 y 41.

públicas, y estos no son los “muchos” o los “más”. Si, en cambio, el principio es aquel de obedecer sólo a leyes que en posición de igualdad se ha contribuido a formular, entonces el número de los legitimados se extiende tendencialmente a todos los ciudadanos. Es este el sentido democrático de “mayoría”.

Sólo en esta óptica el principio de mayoría se impone, esto es, en virtud de la exigencia antipaternalista de autodeterminación por la que es la misma comunidad política la del juez del propio bien.

Debemos, entonces, probar la posibilidad de un sentido no meramente agregativo de “mayoría”, que será el presupuesto y el fundamento del uso del proceso mayoritario. Este debería abandonar una perspectiva atomística de formación del consenso político para explorar las formas intersubjetivas y cooperativas en la cual, al interior de una comunidad dada, se configura la búsqueda común de la interpretación de los valores fundamentales. No es extraño que Rousseau haya sido un decisivo adversario de las “asociaciones parciales”, afirmando que el ciudadano debe opinar sólo “por cuenta propia”. Estas asociaciones, de hecho, podrían entrar en competencia con la voluntad general del Estado. Entre el Estado y el individuo no debe existir nada.⁴²

⁴² Cfr. Viola, F., “Società civile e società politica. Tra cooperazione e conflitto”, *Nova et Vetera*, 1, 3-4, 1999, pp. 29-44.

En cambio las *éndoxa* de Aristóteles, esto es: las convicciones más difundidas y consolidadas son un ejemplo del modo en que maduran al interior de la sociedad orientaciones prácticas y formas específicas de vida común, que dan determinación y especificidad al concepto general de bien común.⁴³ La Constitución misma es, entonces, entendida en su complejidad como una práctica social del tipo interpretativo emanada de la Constitución histórica y de la exigencia conjunta de interpretarla y de determinarla en las situaciones concretas.⁴⁴ En tal modo, por “mayoría” ha de entenderse la amplitud del contexto intersubjetivo, comunicativo y participativo de la formación del consenso político.

Y entonces, la cuestión que estamos tratando se pone en estos términos: ¿en qué sentido los procedimientos deliberativos contribuyen y alimentan esta práctica social de tipo interpretativo? ¿No se trata quizá de una formación irreflexiva y espontánea, de por sí impermeable a la justificación práctica? ¿No deberíamos quizá plegarnos a las confrontaciones de la mera efectividad?

⁴³ Para la aplicación de este concepto *cfr.* Viola, F., *Il diritto come pratica sociale*, Milán, Jaca Book, 1990, pp. 196 y ss.

⁴⁴ La referencia a la “Constitución en sentido material” es aquí obligada. *Cfr.* Mortati, C., *La Costituzione in senso materiale*, Milán, Giuffrè, 1998, y también la premisa de Zagrebelsky, G., pp. VII-XXXVIII.

La concepción de la democracia deliberativa no puede ser reducida a la aceptación de que entre la práctica de formación de la decisión colectiva existe también aquella de la razonabilidad práctica, cosa que es ya evidente cuando se miran las decisiones de las cortes constitucionales.⁴⁵ Aún más, ella requiere que tal exigencia epistemológica esté en el corazón mismo del legislador democrático y constituya su signo distintivo. Esta demanda es más difícil de atender.

Bajo esta óptica Carlos Santiago Nino ha distinguido la Constitución histórica de “la ideal Constitución de derechos”, dejando en el razonamiento moral la justificación de la primera, de por si incapaz de proveer fundamentos racionales y, además, sosteniendo que este tribunal de la razón es plenamente conciliable con el principio mayoritario democrático.⁴⁶ Pero hay que preguntarse si esto sería posible sin una concepción deliberativa de la “mayoría”, en el sentido más radical del que se ha hablado, esto es, si sería posible sin colocar a la deliberación como procedimiento-base de la misma Constitución his-

⁴⁵ Cfr. Viola, F., “Costituzione e ragione pubblica: il principio di ragionevolezza tra diritto e politica”, *Persona y derecho*, 46, 1, 2002, pp. 35-71.

⁴⁶ Cfr. Nino, C. S., *The Constitution of Deliberative Democracy*, New Haven, Yale University Press, 1996.

tórica. ¿No es quizá este último paso muy irreal o utópico? No es de sorprenderse que los estudios actuales sobre la democracia deliberativa respecto de los del pasado, esto es, de los años ochenta, se hayan ido haciendo más atentos a su concreta realización y practicabilidad.⁴⁷

Establecer la relevancia del principio de mayoría y, sobre todo, del concepto democrático de “mayoría” es aún más necesario para la teoría de la sociedad multicultural. Parece, de hecho, que el multiculturalismo impone pensar el conflicto social no más en los términos de mayoría y minoría, sino en los de una pluralidad de grupos culturales en posición de igualdad.⁴⁸ El multiculturalismo obliga a ir más allá de la mera tolerancia, que es simplemente el respeto por eso que no compartimos y no comprendemos.⁴⁹ En cambio el principio mayoritario representa la relación entre mayoría y minoría, entre vencedores y vencidos en el debate político, y envía a algunos grupos culturales al ghetto de los excluidos. Entonces ¿se necesita concluir que una sociedad multicultural democrática debería hacer a un lado el principio de mayoría y de sus presupuestos

⁴⁷ Para una reseña de los estudios recientes *cfr.* Bohman, J., *op. cit.*, nota 19, pp. 400-425.

⁴⁸ Raz, J., *op. cit.*, nota 4, p. 197.

⁴⁹ *Ibidem*, pp. 204 y 205.

ideales? ¿Y puede hacerlo, conservando todos los efectos de un régimen democrático? ¿La heterogeneidad cultural permite referirse a un contexto común de discurso, que es el presupuesto de la estabilidad política y de la solidaridad cívica?

V. LA SOCIEDAD MULTICULTURAL TOMADA EN SERIO

Para responder a todas estas preguntas no basta explorar los variados modos de entender una Constitución, sino que se requiere también enfocarse sobre las diversas concepciones del multiculturalismo.⁵⁰

Antes que nada se necesita distinguir el multiculturalismo del pluralismo en general.⁵¹ Aunque el pluralismo —como apunta Barbano— indica ya un tomar distancia del individualismo para dar relieve a las agregaciones sociales y a los grupos so-

⁵⁰ Para un análisis de la crítica al multiculturalismo remitirse a Shachar, A., “Two Critiques of Multiculturalism”, *Cardozo Law Review*, 23, 1, 2001, pp. 253-297, y del mismo autor, *Multicultural Jurisdictions. Cultural Differences and Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.

⁵¹ Me parece que un ejemplo de esta confusión estaría en Willett, C. (ed.), *Theorizing Multiculturalism. A Guide to the Current Debate*, Oxford, Blackwell, 1998.

ciales, no por esto es necesariamente multicultural.⁵² También sociedades monoculturales pueden ser pluralistas en la medida en que la esfera política no sofoque la vitalidad del privado-social. El multiculturalismo es el pluralismo de las culturas al interior de una misma sociedad política. No se trata, pues, del pluralismo de los intereses, de las necesidades o de las preferencias, sino de las “culturas”, esto es, de los universos simbólicos que confieren significado a las elecciones y a los planes de vida de aquellos que la habitan.⁵³ En razón de la peculiaridad de este objeto nos encontramos de frente a una forma de pluralismo que no es parangonable a las otras, no es una especie de un género común.

Esto se comprende mejor cuando nos comprometemos a resolver los problemas derivados del pluralismo, porque esto, independientemente del modo de considerarlo: o como hecho o como valor, es en cada caso una fuente de conflictos sociales por administrar en cualquier forma. Así, los conflictos entre los intereses y las preferencias son negociables, pero

⁵² Barbano, F., *Pluralismo. Un lessico per la democrazia*, Turín, Bollati Boringhieri, 1999, p. 8.

⁵³ *Cfr.* por todos Pariotti, E., “Multiculturalismo, globalizzazione e universalità dei diritti umani”, *Ragion Pratica*, 9, núm.16, 2001, pp. 63-85.

no lo son aquellos entre las culturas.⁵⁴ Los primeros pueden ser de algún modo ajustados o domesticados y compuestos, mientras los segundos son resultado sólo del reconocimiento, esto es, del tránsito del hecho de la diversidad a su valor sociopolítico.⁵⁵ Los primeros requieren el cálculo y el actuar estratégico, mientras los segundos la comunicación y el actuar comunicativo. Y es por esto que el pluralismo de la cultura, mientras hace más compleja y confusa la sociedad civil, es un desafío directo de la sociedad política, que viene también designada como “comunidad política” propiamente, por el hecho de representar aquel único universo de significados dentro de los cuales se administran todas las otras formas de pluralismo no cultural. Cuando los ciudadanos atribuyen diferentes significados a los bienes objeto de su elección, es bien

⁵⁴ La razón fundamental de esto reside en el hecho de que la cultura forma parte de la naturaleza del hombre. Como ha dicho Geertz, “somos animales incompletos o no terminados que se complementan y se perfeccionan a través de la cultura y no a través de la cultura en general, sino a través de formas de cultura extremadamente particulares”. Geertz, C., *The Interpretation of Cultures*, Nueva York, Basic Books, 1973, p. 92. La particularidad de la cultura contribuye a determinar la individualidad. Esto vuelve a la identidad cultural algo tan irrenunciable como lo es el ser.

⁵⁵ Cfr. para todo Taylor, Ch., *Multiculturalism and “The Politics of Recognition”*, Princeton, Princeton University Press, 1992.

difícil, si no incluso imposible, negociar y contratar, interpretar y argumentar, y a fin de cuentas decidir en modo democrático.⁵⁶

Una sociedad multicultural, si queremos dar un sentido profundo a esta expresión, es una sociedad política en la cual no existe una identidad cultural dominante o mayoritaria, sino que existen al menos dos con iguales derechos de reconocimiento. El problema de las minorías, de hecho, se coloca específicamente al interior de las sociedades monoculturales o de aquellas pluriculturales en las cuales todas las culturas presentes no son reconocidas de igual modo. En este sentido, son sociedades multiculturales Libano, Suiza y Bélgica, pero no lo son ciertamente Italia o Alemania por el sólo hecho de la presencia de un elevado número de inmigrantes provenientes de otras culturas.

Se necesita, entonces, distinguir claramente dos tipos de sociedades multiculturales: aquellas en las que están presentes desde siempre culturas indígenas locales que aspiran a una plena equiparación saliendo del ghetto de la minoría, y aquellas en las que

⁵⁶ Para la relación entre la virtud del ciudadano y los caracteres del sistema político *cfr.* Murphy, W. F., “Per creare cittadini di una democrazia costituzionale”, en T. Bonazzi y M. Dunne (coords.), *Cittadinanza e diritti nelle società multiculturali*, Bologna, Il Mulino, 1994, pp. 15-52.

el fenómeno de la inmigración introduce nuevas entidades culturales que aspiran a conservar su identidad de origen y a participar en la vida política común.⁵⁷ Las problemáticas de una y otra son muy diversas, y es evidente que las segundas implican un impulso más dinámico de transformación política y ponen a discusiones más directamente la organización consolidada de la cultura dominante, también en razón del progresivo crecimiento numérico de los pertenecientes a culturas diferentes.

En estas sociedades (con las diferencias de cada caso) la cultura dominante, o aquella que en un tiempo se llamaba “nacional”, se va progresivamente retirando de la esfera, en sentido estricto, “política”, permaneciendo sobre el plano de la sociedad civil donde se encuentra con las otras culturas minoritarias. Por consiguiente, en esta fase de transición, la sociedad política resulta vaciada de una dimensión propiamente cultural y se concentra toda en una dimensión jurídico-institucional, que a su vez puede ser variadamente interpretada y conducida.

Para algunos la esfera institucional debe ser entendida en sentido meramente procedimental, esto es, neutral, respecto a los valores culturales, de forma que se deje libre juego a las diferencias cultura-

⁵⁷ Cfr. Shachar, A., *op. cit.*, nota 50, pp. 273 y 274.

les sobre el plano de la sociedad civil. Barry, por ejemplo, critica una política que introduce diferencias entre los ciudadanos, exceptuando a algunos del respeto de las leyes generales en consideración a su diversidad cultural o religiosa. Según la orientación liberal tradicional las diferencias culturales y religiosas deben ser privatizadas o depolitizadas. Se argumenta así en favor de una mayor sensibilidad y consideración de la vida privada de los ciudadanos y de sus más íntimas y personales elecciones religiosas, que serían expropiadas por la transformación de la cultura en una fuerza política.⁵⁸ Pero de esta forma es la misma vida pública la que resulta mortificada, porque los ciudadanos no participan con la aportación de sus convicciones más personales.

Para otros, en cambio, el procedimiento jurídico-institucional, y en modo particular los derechos constitucionales, tienen aún la huella indeleble de la cultura en la cual tuvieron origen y, consecuentemente, son un legado nacional, perdido en el cual, la sociedad política perdería toda su identidad y función. Sostener que sería posible separar los principios constitucionales esenciales de su interpretación

⁵⁸ Barry, B., *Culture and Equality: An Egalitarian Critique of Multiculturalism*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2001, p. 25.

histórica es signo de un universalismo abstracto y, a fin de cuentas, ideológico.

Resta el hecho que en ninguno de los dos casos sería correcto hablar de una “sociedad multicultural”: no ya en el primero, porque la neutralidad estatal tiene alejadas a las culturas de la esfera propiamente política; no ya, aún más claramente, en el segundo, porque la interpretación valorativa del procedimiento implica que en cierto modo la cultura dominante hace aún sentir su voz en la esfera propiamente política.

El desafío de la sociedad multicultural se refiere a los unos y a los otros. Está directamente contra la neutralidad de la política y contra la desigualdad de las culturas en el ámbito de la vida política. Es evidente que para contrastar eficazmente estos dos ataques opuestos se necesita aceptar que la cultura de la política no se identifica con ninguna de las vertientes culturales, y que ella vendría edificada a través de la comunicación y el discurso de las “culturas”, las cuales, por tanto, no pueden ser concebidas como universos simbólicos totalmente inconmensurables.⁵⁹ Estas condiciones son difi-

⁵⁹ Me he ocupado de las diferencias entre comunidad en sentido cultural, en sentido moral y en sentido político en mi *Identità e comunità. Il senso morale della politica*, Milán, Vita e Pensiero, 1999, pp. 3-28.

cilmente conciliables con las aguerridas pretensiones de las identidades culturales y con la resistencia de las culturas dominantes. No obstante, sin estos presupuestos sería vano o erróneo hablar de “sociedad multicultural” en modo significativo sobre el plano político.

Todo esto significa que la problemática de la sociedad multicultural tiene más bien un carácter normativo y constructivo que un carácter descriptivo o sociológico. Es un orden para edificar conscientemente, más que una situación pura y simplemente factual. ¿Es posible que universos culturales diferentes construyan juntos una cultura política unitaria, o es necesario mantenerlos en el ámbito de la sociedad civil, preservando la neutralidad del Estado? Si se responde que no a la primera alternativa, entonces se necesita renunciar a una sociedad política multicultural. Sería “multicultural” pero no sería “política” y quizá ni siquiera en sentido propio “sociedad”.

Regresando a nuestro tema, se encuentra la cuestión de si, y en qué modo, la democracia deliberativa podría ser útil y necesaria a la construcción de la cultura política común como base para una sociedad multicultural, dado que aquí nos encontramos de frente a instancias no negociables.

VI. CONCEPCIONES INADECUADAS DE LA DELIBERACIÓN POLÍTICA

En donde falta la posibilidad de negociar⁶⁰ permanece solamente —como se ha dicho— aquella de votar y aquella de argumentar. Pero se ha dicho también que fiarse exclusivamente al voto significa reforzar la separación entre mayoría y minoría que la sociedad multicultural querría superar. No queda más, entonces, que regresar a la argumentación como base fundamental de la democracia en el régimen del pluralismo cultural. Sin embargo, sería irreal concebir la deliberación política de los ciudadanos del mismo modo que aquella de un consenso de sabios o de una corte de justicia. Los argumentos más fuertes deben abrirse camino a través de un entramado de intereses, pasiones, pulsiones que tiendan a orientarlos y ha condicionarlos, y que son de hecho inseparables. La democracia deliberativa debe demostrar que las instituciones políticas (y en particular modo, los parlamentos) pueden ser organizadas en modo tal que la fuerza del mejor argumento

⁶⁰ Hay también que precisar que la misma negociación tiende a respetar reglas éticas que la vuelven similar a la deliberación para evitar la verificación continua de la fuerza contractual. *Cfr.* Habermas, J., *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt a. M., Suhrkamp Verlag, 1992, caps. VII y VIII.

tendría una elevada posibilidad de transformarse en una fuerza política real.⁶¹ ¿Cómo millones de personas pueden razonar juntas?

No es mi intención detenerme aquí sobre la reforma de las instituciones políticas a la luz de la democracia deliberativa. Ella presupone un repensamiento general de la vida pública y también el desarrollo de específicas virtudes del ciudadano democrático.⁶² Sin embargo, más adelante será necesario explorar mejor cómo debería entenderse propiamente la deliberación política y su concreto contexto de ejercicio.

En un pasaje del libro III de la *Política*, Aristóteles defiende la tesis de la sabiduría de la multitud respecto de la de un solo hombre. El argumento principal reside en el hecho de que más personas están en condiciones de abordar un mayor número de aspectos del problema y, por tanto, de alcanzar una comprensión más completa. La sabiduría popular dice que cuatro ojos ven mejor que dos.

Hoy se discute sobre la oportunidad de confiar a una elite judicial, admitiendo que sería sabia, la de-

⁶¹ Propuestas innovadoras (y a veces fantasiosas) en este sentido han sido formuladas por J. Fishkin, *Democracy and Deliberation: New Distinctions for Democratic Reform*, New Haven, Yale University Press, 1991.

⁶² Para esto remito a Forst, R., "The Rule of Reasons. Three Models of Deliberative Democracy", *Ratio Juris*, 14, 4, 2001, pp. 345-378.

cisión sobre cuestiones ético-políticas capitales, y de consolidar aquello que Taylor llama polémicamente una *politics-as-judicial review*, y Sandel una *procedural republic*.⁶³ Muchos se preguntan si esto no significaría el fin de la democracia,⁶⁴ y esta preocupación no es infundada. ¿Quiénes son estos jueces de la Corte Suprema para decidir lo que es moral e inmoral para la nación entera?

Para defender a la democracia, Aristóteles usa una metáfora culinaria: un banquete es mucho más variado y rico en platillos si cada comensal lleva uno, y es mucho más pobre si es organizado solamente por uno de los comensales. La experiencia de vida de cada ciudadano es un bien esencial para la democracia. Y consecuentemente, el juicio de muchos es más atendible que aquel de uno solo también en las cuestiones de valor. Esto que Aristóteles tiene en mente es un proceso dialéctico en el cual se llega a la verdad, o al menos nos acercamos mayormente a ella, a través de una confrontación de las diferentes opiniones, como ha reafirmado J. S. Mill

⁶³ Cfr. Taylor, Ch., *The Ethics of Authenticity*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1992, p. 114, y Sandel, M., "The Procedural Republic and the Unencumbered Self", *Political Theory*, 12, 1984, pp. 81-96.

⁶⁴ Cfr. para esto AA.VV., *The End of Democracy? The Judicial Usurpation of Politics*, Dallas, Spence Publishing Company, 1997.

(*government by discussion*). El consenso emerge de la discusión más que ser orquestado de lo alto.⁶⁵

No basta, sin embargo, ajustarse a la democracia deliberativa, porque existen muchos modos de entender y de practicar la deliberación política. Es significativo que Rawls, aun propugnando una democracia deliberativa, no teorice jamás sobre la deliberación pública, sino sólo aquella solitaria bajo el velo de la ignorancia. Esto depende de la enraizada convicción de que la deliberación no pertenece en sentido estricto a la dimensión política en general, donde avanzar una opinión significa propiamente hacer uso del poder en una cierta dirección.⁶⁶ De la opinión escapa la capacidad veritativa (o la pretensión de verdad) y se evidencia exclusivamente su fuerza de presión sobre las políticas de elección. Esto significa que las opiniones vienen concebidas como inmodificables. Detrás de las opiniones religiosas se asoma amenazante la Iglesia. Exactamente por estas razones Rousseau —como hemos ya recordado— combatía el asociacionismo de los ciudadanos y consideraba preferible que en

⁶⁵ Para estas referencias al pensamiento de Aristóteles *cf.* Waldron, J., *The Dignity of Legislation*, Cambridge, Mass., Cambridge University Press, 1999, pp. 93 y ss.

⁶⁶ “La deliberación en sí no es una actividad para el *de-mos*”. Walzer, M., *The Exclusions of Liberal Theory*, *cit.*, nota 21, p. 59.

las decisiones públicas ellos no se comunicaran por grupos.⁶⁷ Si la política es poder y nada más, entonces la deliberación no tiene lugar y se transforma en el brazo de hierro.

Las concepciones de la deliberación democrática oscilan entre dos extremos opuestos: por una parte, aquella puramente lógica que considera la deliberación como un proceso silogístico de deducción de premisas ya compartidas por los ciudadanos o establecidas por una teoría de la justicia política;⁶⁸ por la otra, aquella fuertemente pragmática para la cual de la riqueza y variedad de la vida pública emerge la verdad por una suerte de proceso guiado por una “mano invisible”.⁶⁹ Ambas concepciones son inaceptables por razones fácilmente intuibles después de todo lo que ya hemos dicho.

La concepción logicista presupone que todo está ya contenido en las premisas del discurso político, esto es, en la cultura política nacional o en los elementos constitucionales esenciales, y transforma a la deliberación en una mera aplicación de eso que está ya establecido. Los partidarios del patrimonio cultural nacional, independientemente de su afilia-

⁶⁷ Rousseau, J. J., *Contrat social*, L. II, cap. III.

⁶⁸ Aquí nos referimos obviamente al grupo de teorías emanadas del *input* rawlsiano.

⁶⁹ Mill, J. S., *On Liberty*, ed. por G. Himmelfarb, Londres, Penguin, 1974, cap. II.

ción y por consiguiente de sus interpretaciones de tal cultura política (secular o religiosa, de derecha o de izquierda), defienden una identidad ya plenamente formada con el temor de que se volatilice en el impacto con el multiculturalismo, porque es evidente que una sociedad multicultural está inclinada a reducir al mínimo las indiscutibles premisas de fondo. Consecuentemente, se ocuparán de excluir la legitimidad de ingreso en el debate político de posiciones que juzgan extrañas.

Como se ha visto, también el neutralismo de Rawls debe ser encuadrado en esta concepción logicista de la deliberación política. El criterio rawlsiano, por el cual en la esfera pública podrían sólo ser admitidas las razones que puedan ser aceptadas por ciudadanos libres e iguales, significa en sustancia una vez más desconocer el rol del discurso público. ¿Cuáles razones pueden aceptar ciudadanos libres e iguales? Quizá deberían ser ellos mismos quienes lo digan.⁷⁰ No se respetaría su libertad, codificando los criterios de la razonabilidad. La única cosa cierta es que no pueden aceptar aquellas razones que excluirían el concepto general de libertad y de igualdad. ¿Pero cuál concepción de la libertad? ¿Y cuál concepción de la igualdad? Es obvio que en

⁷⁰ McCarthy, T., "Kantian Constructivism and Reconstructivism: Rawls and Habermas", *Ethics*, 105, 1, 1994, p. 61.

este punto, al menos en las cuestiones dudosas, nos encontramos con concepciones controvertidas. Por otra parte, no se pueden eliminar las cuestiones dudosas de la agenda pública sin proveerles, por eso mismo, una solución.

Al criticar la concepción logiscista de la deliberación pública no quiero decir que el patrimonio de valores recolectados en el tiempo de la convivencia civil no deba ser el punto de referencia obligado sobre el cual construir la evolución de la vida sociopolítica.⁷¹ Esto es aún más necesario en la fase de transición del monoculturalismo al multiculturalismo. En Europa, la presencia de identidades culturales diferentes a la nacional es en buena parte debida al fenómeno de la migración. Esto significa que las identidades culturales hospedadas se encuentran por cooperar con un universo de valores ya consolidado, que es la base de la comunidad política. Su aportación contribuirá ciertamente a un desarrollo ulterior de los valores de la convivencia civil, pero sería gravemente erróneo pensar que cada cambio de la composición cultural de la socie-

⁷¹ Para el aspecto jurídico de esta exigencia *cfr.* Ferrari, S., “Diritto e religione tra multiculturalità e identità. La questione dello statuto giuridico dell’islam in Europa”, en C. Vigna y S. Zamagni (coords.), *Multiculturalismo e identità*, Milán, Vita e Pensiero, 2002, pp. 273-291.

dad implique una anulación del patrimonio común. Habitualmente las sociedades se desarrollan por asimilación o por estratificación, y no por mutaciones culturales radicales. Precisamente por esto la base de la comunidad, para mantenerse vital, debe ser cultivada o fecundada por la aportación de la diversidad y no debe ser entendida como un bloque cerrado e impermeable que deja en los márgenes de la vida sociopolítica a las culturas agregadas.

La concepción pragmatista de la deliberación política es criticable precisamente porque descuida excesivamente la importancia del patrimonio común ya existente. La idea milliana es la de que la libre concurrencia en el mercado de las ideas tiene un efecto a fin de cuentas benéfico, porque del *melting-pot* derivan mezclas e hibridaciones que pueden abrir nuevas perspectivas y consolidar nuevos puntos de vista.⁷² Y aquí se repiten las claras anotaciones de Mill: cada opinión esta constreñida al silencio de un acto de intolerancia y de pretendida infalibilidad; cada opinión, en cuanto errada, tiene un espíritu de verdad; cada opinión comúnmente aceptada, sólo cuando es vigorosamente discutida y se debe defender, puede devenir consciente y bien

⁷² Es ésta a fin de cuentas la tesis de Waldron, "Religious Contributions in Public Deliberation", *San Diego Law Review*, 30, 1993, pp. 841 y 842.

fundada, de otra manera se transforma en un prejuicio y en un dogma para sus sostenedores. Sólo con estas condiciones se debe sostener que la decisión final tendría la mayor posibilidad de ser el resultado del examen de una rica cantidad de posibles soluciones y, entonces, la mayor posibilidad de ser justa.

A parte del hecho de que las uniones de las doctrinas y de las opiniones pueden no raramente generar deformidades, no creo que el mercado de las ideas se comporte de la misma forma que el mercado de los bienes y del dinero. Si bien es verdad que la moneda buena aleja la mala, no está dicho que las opiniones verdaderas puedan llegar a prevalecer sobre las erradas. La experiencia histórica nos dice lo contrario. También si la verdad a fin de cuentas termina por vencer, eso a menudo sucede después de que muchas lágrimas y sangre han sido vertidas. Pero eso que hace aun más inaceptable este modelo de deliberación pública es la completa desarticulación de la sociedad política que ello sugiere. La primacía de la diversidad y la profusión de opiniones provenientes de todas partes impiden que se forme una identidad política, sin la cual no existe sociedad. Habrá multiculturalismo, pero no una sociedad política multicultural. Las religiones en toda la gama de su expresión, desde las grandes religiones de la humanidad a la más pequeña de ellas, serían

todas admitidas en el discurso político, pero sus opiniones serían inconmensurables, las experiencias existenciales subjetivas tendrían la preeminencia sobre las argumentaciones y sobre el uso de la razonabilidad, transformando la deliberación pública en un discontinuo flujo de emociones administrado hábilmente por los medios de comunicación.⁷³ La última de ellas es siempre aquella que vence.

En realidad la deliberación es un procedimiento cognoscitivo específico que debe ser cuidadosamente distinguido de la demostración por una parte, y de la persuasión retórica por la otra. No parece que los teóricos de la democracia deliberativa hayan prestado la debida atención al estatuto cognoscitivo de la deliberación y a su finalidad típica. Algunas veces van a la búsqueda de reglas lógicas obligatorias para todos, otras veces se detienen sobre posiciones minimalistas, para las cuales los argumentos aceptables son aquellos que ninguno podría razonablemente refutar (*not reasonable to reject*) desde la óptica de la reciprocidad.⁷⁴ Pero con esto se está

⁷³ Una imagen negativa de las culturas entendidas como mundos cerrados violentos y totalitarios es ofrecido por Levy, J. T., *Multiculturalism of Fear*, Oxford, Oxford University Press, 2000.

⁷⁴ Cfr. Scanlon, T., "Contractualism and Utilitarianism", en A. Sen y B. Williams (eds.), *Utilitarianism and Beyond*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982, pp. 103-128.

muy lejos de proveer una idea precisa y distintiva de la deliberación.

Como ya se ha dicho, se delibera para actuar, esto es para saber cuál acción debe ser realizada aquí y ahora.⁷⁵ En el caso de la deliberación colectiva, la acción en cuestión es una decisión práctica, de la cual deriva una regla para casos concretos. El objeto primario de la deliberación es la operación humana en cuanto tal, esto es, en toda su contingencia, variabilidad y particularidad. Deliberar sobre ella significa reconocer que también esta materia, así circunstanciada, es susceptible de ser guiada por reglas de la razón, pero en modo diverso del procedimiento demostrativo, dialéctico y retórico. Del demostrativo porque el objeto no es universal y necesario; del dialéctico porque el conocimiento no es teórico sino práctico; del retórico porque la deliberación no mira a persuadir sino a conocer la verdad práctica. La deliberación implica un análisis cognoscitivo,⁷⁶ una confrontación de los puntos de vis-

⁷⁵ La concreción de la acción es susceptible de gradaciones diversas: la regla específica es más concreta que el principio general, el caso particular es más concreto que la regla. En este sentido, la actividad legislativa opera a un nivel de concreción que no es el mismo que el propio de la actividad judicial.

⁷⁶ Cuando se trata de cuestiones empíricas, se debe remitir a los métodos de indagación comúnmente aceptados. Este es el vínculo de la verdad proposicional.

ta y una ponderación del pro y del contra con el objetivo de individualizar los medios más adecuados para la realización de un fin en el orden individual o colectivo. Como sabemos, esta forma de conocimiento pertenece, según Aristóteles, a la *phronesis*, que es muy distinta de la *episteme* y de la *techne*, porque se trata de saber conjugar lo universal con lo particular, la abstracción de los principios con la concreción de los casos particulares.⁷⁷

Porque —como se ha dicho— en la deliberación se va a la búsqueda de los principios universales apropiados para guiar el caso concreto, entonces en su interior se coloca el problema de su interpretación y de la elección entre interpretaciones concurrentes. En este sentido, se puede también decir —como es usual entre teóricos de la democracia deliberativa— que deliberar significa buscar las bases para principios comunes que se apoyen sobre razones mutuamente aceptables,⁷⁸ pero no es sólo esto y ni siquiera es principalmente esto. Se entiende así también porque los teóricos de la democracia deliberativa insisten sobre la centralidad de la reciprocidad, aunque no siempre la entiendan del mismo

⁷⁷ Cfr. Massini, C. I., *La prudencia jurídica. Introducción a la gnoseología del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983.

⁷⁸ Gutmann, A. y Thompson, D., *op. cit.*, nota 27, p. 55.

modo.⁷⁹ En cada caso el principio de reciprocidad⁸⁰ implica el no pretender que los otros ciudadanos acepten un argumento que está ligado a un modo de vida sectario que no todos comparten, o bien, el buscar los términos equitativos de una cooperación social, pero a condición de precisar que esto no suceda jamás en un espacio vacío de valores.

Por una parte existen valores elementales comunes a cada ser humano en tanto humano,⁸¹ por la otra existe respaldo de la praxis específica de una comunidad histórica que da incesantemente determinación a los principios constitucionales básicos.

⁷⁹ Para las diversas formas como es entendida la reciprocidad *cfr.* mi “Ragionevolezza, cooperazione e regola d’oro”, *Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica*, 7, 2002, pp. 109-129.

⁸⁰ La reciprocidad es una pálida imitación de la *phronesis* aristotélica, buscando de recorrer la vía intermedia entre el método prudencial de la negociación y aquel universal y demostrativo de la imparcialidad, al menos si se quiere entender esta última en tal modo. *Cfr.* Gutmann, A. y Thompson, D., *op. cit.*, nota 27, p. 53.

⁸¹ La tesis de la inconmensurabilidad de las culturas no puede ser llevada hasta el punto de negar la existencia de valores comunes a toda la humanidad, por cuanto vagos e indeterminados. Los mismos derechos humanos, su difusión actual y su innegabilidad de principio son una prueba. La misma regla de oro sostiene la posibilidad de la comunicación de las perspectivas en el ámbito de los valores de la comunidad humana. *Cfr.* para lo último Toulmin, S., *Return to Reason*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2001, p. 184.

Las “buenas razones” de la democracia deliberativa no pueden ser identificadas en un vacío ético, sino que siempre y necesariamente presuponen aquello que Taylor ha llamado una *evaluative space*, aunque esto debe entenderse en un sentido abierto y no ciertamente comunitarista.

Si la deliberación individual es difícil, la pública lo es aún más por la coordinación de una multitud de personas y por la complejidad de los problemas. La vía justa —es fácil decirlo desde el escritorio— es aquella intermedia entre el logicismo y el pragmatismo. Una sociedad política no es —como ha anotado Aristóteles— el lugar en el cual los animales pastan cada uno por cuenta propia, y ni siquiera el lugar de una convivencia utilitarista. La cooperación demandada no se limita a ponerse de acuerdo sobre los elementos constitucionales esenciales y sobre la coordinación de las acciones sociales. A través de la práctica de la vida común, a partir de la herencia del pasado, en el fervor de las obras de la sociedad civil se va edificando una identidad nueva, un estilo de comunidad, que Maritain ha llamado una *philosophy of life*, ciertamente marcada de un cierto pragmatismo, pero sin olvidarse de la razonabilidad.⁸² Hombres provenientes de culturas diversas, y seguramente no deseosos de

⁸² Maritain, J., “Introduction aux textes réunis par L’ UNESCO (1948)”, *Oeuvres Complètes*, Fribourg, Éditions universitaires, 1990, vol. IX, p. 1215. Es superfluo precisar que la prudencia

abandonar su identidad originaria, pueden encontrar y desarrollar juntos un modo de vida común que tenga una propia caracterización valorativa, en cuanto abierta a la recepción de la diversidad.⁸³

Si la deliberación pública es entendida en este modo, entonces no habrá necesidad de purificarse de la pasión política, y ni siquiera de abandonar las exigencias de la razón práctica; al contrario, el procedimiento deliberativo está necesariamente impregnado de una y de otra, estando dirigida no a establecer verdades teóricas, sino a construir comunidades humanas. “La democracia exige deliberación, o bien una cultura de la argumentación, y exige también un cuerpo de ciudadanos sensibles, al menos en teoría (y a veces también en la práctica), a los mejores argumentos. Pero la argumentación no puede ser aislada de todas las otras cosas que los ciudadanos hacen”.⁸⁴

aristotélica es muy diversa del método prudencial basado sobre el *self-interest* de Gauthier.

⁸³ Cfr. en general AA.VV., *Identità nazionale, democrazia e bene comune* (42a Settimana sociale dei cattolici italiani), Roma, Ave, 1994.

⁸⁴ Walzer, M., *op. cit.*, nota 21, p. 57. Por esto algunos prefieren hablar de *discursive democracy* más que de *deliberative democracy*. La deliberación, de hecho, puede ser conducida por cuenta propia sin llamar necesariamente a un proceso social colectivo. Cfr. Dryzek, J. S., *Deliberative Democracy and Beyond. Liberals, Critics, Contestations*, Oxford, Oxford University Press, 2000.

VII. LA DEMOCRACIA COSTITUCIONAL DELIBERATIVA

¿Cuál forma de democracia deliberativa será, entonces, capaz de afrontar los problemas de una sociedad multicultural?

Para orientarse en este campo se requiere dar mejor cuenta de qué cosa debe entenderse por “decisión colectiva”. No se trata, de hecho, de deliberar por sí mismo sobre eso que se debe o no se debe hacer, sino de deliberar junto a otros sobre eso que una comunidad o un grupo político debe decidir hacer o no hacer. Hasta ahora no hemos distinguido fehacientemente la deliberación privada de la pública.

Una decisión colectiva puede ser entendida en modo agregativo, esto es, como el resultado de la suma de la acción de los individuos que componen el grupo, pero no del grupo como tal. Esta es una concepción de la democracia que Dworkin eficazmente llama “estadística” (*statistical democracy*).⁸⁵ Ésta, conduce a una visión mecánica del concepto democrático de mayoría, entendido como la fuerza cuantitativamente prevalente que empuja

⁸⁵ Dworkin, R., *op. cit.*, nota 14, pp. 94 y ss.

el grupo en una cierta dirección.⁸⁶ En esta óptica el constitucionalismo (aquel que hemos llamado “constitucionalismo-custodio”) es visto como la tentativa de sustraer poder a la voluntad de la mayoría, transfiriéndolo a los jueces que no son representantes del pueblo. Consecuentemente habrá mucha desconfianza en las confrontaciones de la lectura moral de la Constitución.

Una decisión colectiva puede también ser entendida como propia de todo el grupo o de toda la comunidad política en modo irreductible a la mera suma de las voluntades individuales. Las acciones individuales en razón del contexto intersubjetivo entran a formar parte de un *performance* común que las unifica en una acción del grupo en cuanto tal. Es

⁸⁶ Locke entiende esta fuerza literalmente en sentido físico. Un cuerpo se mueve en razón del impulso más fuerte. ¿Qué hay más fuerte que la mayoría en un cuerpo político? Pero —nota Waldron—, el principio de la prevalencia del grupo más fuerte presupone la compatibilidad y unidad del cuerpo social, presupone la exclusión de que el movimiento final sea el resultado de una combinación de las fuerzas, presupone, finalmente, la igual intensidad del empeño e influencia de cada uno. En general, la explicación naturalista del principio de mayoría es infeliz, porque no puede presumir la igualdad formal. En la naturaleza, las fuerzas no son iguales y una batalla se gana no sólo por el número sino también sobre la base del valor, del coraje y de la habilidad de los combatientes. *Cfr.* Waldron, J., *The Dignity of Legislation*, *cit.*, nota 65, pp. 130 y ss.

esto lo que sucede en una orquesta en la que sus ejecuciones musicales son cualitativamente diversas de la aportación individual de cada uno de sus componentes. En este caso, frente al otro, es conveniente notar que cada uno es responsable de la acción común en su complejidad, como en una escuadra en la cual victorias y derrotas pertenecen a todos independientemente de su real contribución. En este sentido consideramos a un pueblo como algo diverso de un mero agregado de individuos.⁸⁷ A la luz de este segundo modo de entender la decisión colectiva es dudoso, sin embargo, cuál rol tendría el principio de mayoría y el mismo procedimiento deliberativo. Parece que ambos no serían idóneos para una decisión colectiva así entendida.

El procedimiento deliberativo, de hecho, presupone que los participantes se encuentren en una posición de igualdad y sean todos formalmente competentes para expresar su propia opinión sobre la decisión final. Pero este no es el caso de los ejemplos dados de la orquesta y de la escuadra deporti-

⁸⁷ Dworkin da el ejemplo de la responsabilidad del pueblo alemán en relación a los crímenes nazis. También aquellos que no han participado directamente y nada menos que las generaciones sucesivas se sienten envueltas en esta responsabilidad. *Cfr.* Dworkin, R., "The Moral Reading and the Majoritarian Premise", *op. cit.*, nota 14, p. 99.

va, en los que está presente una autoridad que organiza la aportación de los participantes a la empresa común y existe una división de roles. En general, en donde la aportación de cada uno está diferenciada, es necesaria una autoridad que guíe la coordinación de las acciones sociales. Consiguientemente, no tendría ningún sentido usar el principio de mayoría, que presupone —así como la deliberación— la ausencia de una autoridad directiva del grupo. Cada ciudadano es una autoridad para los fines de la decisión colectiva democrática. Parecería, entonces, que nos debemos resignar a una concepción estadística de la democracia. Pero no es así.

Viendo bien el ejemplo del pueblo, no es del todo análogo a aquel de la orquesta o de la escuadra deportiva. La diferencia principal consiste en el hecho de que la empresa común a la cual está llamado no consiste en una obra de cumplimiento conjunto, sino en determinar los fines comunes al grupo o a la comunidad política, fines que son al mismo tiempo del grupo como tal y de los individuos que a él pertenecen, y en la elección de los medios más idóneos para realizarlos. Cada uno debe contribuir a determinar estos fines en posición de libertad y de igualdad. No se trata de hacer valer las propias preferencias individuales, sino de mostrar que la propia concepción del bien común es la mejor también para los otros, y que éstos deberían acep-

tarla y compartirla. Tenemos así, un tercer tipo de decisión colectiva, aquel relativo al bien común de un pueblo.

Resulta, por tanto, aún más evidente la diferencia entre la concepción estadística de la democracia y aquella que podríamos llamar la “concepción constitucional” de la democracia. Esta diferencia reside sobre todo en la manera de entender la naturaleza de la aportación individual a la decisión común.

Según la democracia estadística cada uno aporta las propias preferencias y los propios intereses que mecánicamente vienen agregados sobre la base del principio de mayoría. Esto —como se ha dicho— es puro procedimentalismo, porque el resultado será siempre correcto en ausencia de un criterio de valoración independiente. Pero es claro que no podemos atribuir a este método democrático ningún valor epistémico relativo al conocimiento e individuación de la solución “justa”. Esta democracia no apunta a la verdad por definición.

Según la concepción constitucional de la democracia cada uno aporta la propia concepción del bien común y no la propone revestida de una preferencia o de un interés personal, sino con el de una visión de la vida pública que se piensa debería valer independientemente de una particular fe religiosa o

doctrina ética o plan de vida.⁸⁸ Además, esta concepción del bien común debe ser presentada como una interpretación de los valores constitucionales fundamentales. Es este el aspecto propiamente “constitucional” de este modelo.

Ha llegado entonces el momento de preguntarse cómo en esta óptica vendría entendido el concepto de “mayoría” que es fundamento del uso del principio mayoritario como procedimiento decisonal democrático. ¿Cuál es la diferencia entre argumentar sobre el bien común de la sociedad política y argumentar en defensa de las propias preferencias? ¿Y cuál es la consecuencia de esta diferencia sobre el modo de concebir la democracia deliberativa?

Antes de continuar recordemos una vez más que la democracia deliberativa, si quiere ser significativa, no puede aceptar que la deliberación no tenga un cierto valor epistémico sin autocontradecirse, esto es, no puede aceptar una democracia sin verdad. En perspectiva escéptica la deliberación no tendría sentido.

Examinemos ahora, como ejemplo emblemático, un importante intento de defender el valor epistémico del principio de mayoría en una óptica en la

⁸⁸ Con esto no quiere decir que no se pueda argumentar a favor de la imparcialidad, partiendo de un interés personal. *Cfr.* Elster, J., *op. cit.*, nota 6, p. 59.

cual la aportación de los participantes en la deliberación común es aún vista como fundamentalmente ligada a las preferencias y a los intereses individuales. Me refiero a la tesis de Carlos Santiago Nino, que he mencionado anteriormente.

El propósito de Nino es el de transformar la democracia estadística de modo que adquiriera un valor epistémico. La premisa preliminar es aquella de Mill, por la cual cada uno es el mejor juez de sus propias preferencias y de sus propios intereses. Se trata —como he apuntado— del principio antipaternalístico, que conecta la verdad moral al consenso. La solución justa es aquella que rescata el consenso de todos. Pero la unanimidad es un ideal a menudo inalcanzable y, entonces, a causa de la necesidad de decidir, se requiere recurrir al sucedáneo de la mayoría. La misma democracia puede ser definida como una discusión moral con un límite de tiempo.⁸⁹ Si no existiera tal límite, se podría siempre esperar alcanzar la unanimidad antes o después. Esto, sin embargo, no significa que el principio de mayoría esté justificado por razones cuantitativas, esto es, en cuanto es más cercano a la unanimidad y sacrifica los intereses de un menor número de personas.⁹⁰

⁸⁹ Nino, C. S., *op. cit.*, nota 46, p. 118.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 119.

En realidad cada uno tiene interés en encontrar un apoyo por parte de los otros para sacar adelante sus propias preferencias. Precisamente por esto es inducido a tomar en cuenta también las preferencias y los intereses de los otros. No puede limitarse a adelantar los propios sin alguna justificación, sino que debe aceptar la posibilidad de modificar sus propias exigencias e intentar modificar las de los otros con argumentos imparciales. Esto significa que el horizonte de la intersubjetividad y el de una decisión común sería el procedimiento más confiable para acceder a la verdad moral. Este procedimiento consiste en el intercambio de las ideas, en la justificación de las propias y en la atención imparcial de los intereses de cada uno. La imparcialidad está garantizada sólo si están satisfechas todas las condiciones que son presupuesto del procedimiento democrático: participan en la decisión todos aquellos que están interesados en ella, tienen igual oportunidad de expresar sus opiniones, de justificar su solución del conflicto, etcétera. Todo esto confiere valor epistémico a los procedimientos democráticos, esto es, capacidad de acceder a la verdad moral con imparcialidad.

Nino defiende una concepción de la verdad moral definida en relación a los presupuestos del discurso práctico y no a sus actuales resultados. Tales presupuestos incluyen principios sustanciales, como el de

autonomía, mientras reglas formales, como la de la imparcialidad, sirven de filtro para los principios. Si estos presupuestos de la deliberación son asegurados, la decisión mayoritaria tendrá mayores probabilidades de ser la justa.

Muchas observaciones críticas pueden ser avanzadas en las confrontaciones de esta concepción de la democracia deliberativa. Se puede decir, por ejemplo, que no es verdad que ella se interese sólo en los presupuestos de la deliberación, porque también el resultado está ligado al respeto del valor fundamental de la autonomía individual, que deviene la esencia misma de la democracia. Pero sobre esta base, resulta más difícil comprender cómo la minoría puede aceptar el sacrificio de sus propias preferencias. Además, ya se sabe en que consiste la verdad moral, en el valor de la autonomía individual apuntada, y ésta es ya una fuerte limitación a los resultados de la deliberación. Deseo, sin embargo, aquí concentrarme a otros tipos de objeciones.

La concepción de Nino descuida mucho el hecho que en una democracia constitucional el contenido de las deliberaciones más importantes no atiende a las preferencias de los individuos, sino a sus concepciones generales del bien común, de la cual depende su orientación en el marco de la decisión colectiva. En estos casos el discurso público registra una competencia entre una pluralidad de concep-

ciones del bien común que pretenden todas ser imparciales,⁹¹ en caso contrario no se respetaría la condición democrática del igual tratamiento de los ciudadanos. Mientras en la concepción de Nino, una sola es la concepción imparcial, aquella que resulta del procedimiento deliberativo, aquí tenemos una pluralidad de concepciones imparciales y, entonces, la imparcialidad misma no basta⁹² y debe ser sometida a un escrutinio ulterior.

La diferencia entre deliberar en torno a las preferencias y deliberar en torno a las concepciones del bien común es muy profunda. No se pueden tratar tales concepciones como si fueran preferencias. Sin duda también las preferencias son modificables y, como las concepciones del bien común, pueden formarse en el curso del discurso público. Ambas tienen necesidad de la interacción y de la intersubjetividad para constituirse como tales. Se puede presumir que cada ciudadano tendría sus propias preferencias, creencias, planes de vida, pero su concepción del bien común y del sentido de la decisión colectiva no se puede reducir a esto. La deliberación pública induce a formarse las preferencias que conciernen no sólo a sí mismas, sino a la sociedad

⁹¹ Se ha hablado de “fuerza civilizadora de la hipocresía” y del uso estratégico del argumentar. *Cfr.* Elster, J., *op. cit.*, nota 6, p. 127.

⁹² Esto es notado por Waldron, J., *op. cit.*, nota 37, p. 213.

en su conjunto, preferencias colectivas y no simplemente individuales. Los ciudadanos se forman una idea de la buena sociedad, así como se forman una idea de la vida buena.⁹³ Esto significa que estas “preferencias comunitarias” no están solamente en el orden del bien subjetivo, sino también en el del justo, y esto cambia su estatuto epistemológico y su pretensión de validez.

Sin duda ellas son, de hecho, derivadas o influenciadas por la propia concepción general del bien, pero no se trata de la misma cosa, porque una concepción del bien común debe demostrar ser valiosa para todos y no solamente para aquellos que comparten la misma fe o la misma ética. Por esto, en el momento en el cual el ciudadano participa en un discurso político-deliberativo, esta obligado a dialogar con la diversidad y, entonces, en cierto modo a tenerla en cuenta. Esto significa que la concepción personal del bien común varía sobre la base de la diversidad de los interlocutores, esto es, de la estructura concreta de una comunidad política, y que depende estrictamente del contexto en el cual se forma.

Esta diferente situación deliberativa pone en discusión el principio milliano de que cada uno es el

⁹³ Los utilitaristas en cambio tratan todos los valores como preferencias individuales.

mejor juez de sus propios intereses. Cuando se trata de los intereses comunes, de la decisión colectiva sobre el bien común, el mejor juez es la comunidad entera o, mejor, el proceso de formación, de confrontación, de compenetración y de mutua influencia de las diferentes concepciones del bien común. El principio de la autonomía individual no basta ya, y se requiere retornar a la autonomía de la misma comunidad política. Esto que confiere un cierto valor epistémico a la “mayoría” es el contexto deliberativo en el cual toma cuerpo su orientación sobre el bien común y los controles preventivos y sucesivos a los que está subordinada una decisión colectiva así deliberada. Cada ciudadano posee así un derecho a la justificación argumentada⁹⁴ y un deber de justificar, o bien, un derecho-deber a la razonabilidad.

Esta última consideración nos permite evidenciar otra característica de la democracia deliberativa en referencia a las concepciones del bien común. El ciudadano participe en el discurso público no está solamente obligado por las exigencias de la comunicabilidad de sus propias convicciones en las confrontaciones con aquellos que piensan de mane-

⁹⁴ Este *basic moral right to justification* es considerado por Forst como la virtud moral propia del ciudadano democrático. Cfr. Forst, R., “The Basic Right to Justification: Toward a Constructivist Conception of Human Rights”, trad. al inglés de J. Caver, en *Constellations*, 6, 1999, pp. 35-60.

ra diversa, sino también obligado por los valores constitucionales comunes. Es más, podríamos decir que en estas condiciones el debate público es sustancialmente un debate en torno a la mejor, más conveniente, y más adecuada interpretación de la Constitución. Lo hemos ya mencionado antes: si discutimos para llegar a decidir sobre cómo debe ser tratada la pornografía, estaríamos comprometidos a interpretar de la mejor manera la libertad constitucional de expresión del pensamiento y la prohibición de censura. Entonces, el discurso público sobre las diferentes concepciones imparciales del bien común, es fundamentalmente un discurso interpretativo sobre los valores comunes de la vida pública.

Esto no significa que las diferentes doctrinas “comprensivas” (como las llamaría Rawls) deban necesariamente acreditarse en cuanto tales como “razonables” y constitucionalmente admisibles; no es éste el objeto del debate público. No es ni siquiera verdad que en una sociedad democrática multicultural no sería posible del todo un acuerdo moral. Existe por ejemplo en torno de la esclavitud o de la tolerancia religiosa.⁹⁵ En el discurso público no está en juego la validez de una concepción comprensiva del bien respecto de las otras, sino la apli-

⁹⁵ Cohen, J., “Democracy and Liberty”, en J. Elester (ed.), *op. cit.*, nota 20, p. 191.

cación de los principios constitucionales a problemas ético-sociales específicos. Esta instancia modifica necesariamente el comportamiento de los interlocutores, ahora no sólo interesados en la pura y simple fidelidad a la doctrina, sino en demostrar la corrección en sí de la solución propuesta y su aceptabilidad también por aquellos que no comparten la misma fe. De tal forma las múltiples concepciones comprensivas del bien son inducidas a dialogar, no tanto directamente entre ellas, sino en relación a problemas determinados, y sus partidarios a dialogar, prescindiendo de las pertenencias. Con esto mismo viene promovido un comportamiento auténticamente deliberativo que se fundamenta en la prevalencia de la argumentación respecto al predominio de la identidad y que configura la tensión sobre una imparcialidad de segundo grado, esto es, la imparcialidad en las confrontaciones de las concepciones “imparciales” del bien común.

Esto es diferente de decir —como hace Rawls— que las concepciones comprensivas deben ser puestas entre paréntesis por su especificidad.⁹⁶ Si lo fueran vendría al menos un recurso necesario de ali-

⁹⁶ Éste es llamado el método de evitar o esquivar (*avoidance*) eso que podría dividir. *Cfr.* Greenawalt, K., *Private Consciences and Public Reasons*, Oxford, Oxford University Press, 1995.

mentar la búsqueda común del bien público. No es, pues, el caso de pedir a los ciudadanos una suerte de *self-restraint* epistemológico o de autotrascendencia respecto de sus propias convicciones más íntimas,⁹⁷ al contrario, ellos son obligados a mostrar que sus argumentos valen también para aquellos que no comparten su concepción comprensiva del bien, esto es, se pide a ellos un esfuerzo epistemológico ulterior. Falta, sin embargo, el hecho de que el objeto del discurso público son precisamente estos argumentos imparciales y no ya su proveniencia o su fuente originaria.

Una sociedad política multicultural se encuentra frente a la encrucijada del pluralismo de los ordenamientos jurídicos,⁹⁸ que destruyen la unidad de la comunidad política en cuanto tal, y la constitución de una unidad política intercultural, que está habilitada por culturas deseosas de dialogar y de fecundarse mutuamente. Para una cultura política común, no es necesaria una religión común, ni la común pertenencia al mismo grupo étnico o racial y ni siquiera un lenguaje común, aunque todo esto es sin duda útil.⁹⁹ Las culturas no pueden ser entendi-

⁹⁷ Cfr. por ejemplo Ackerman, B., "Why Dialogue?", *The Journal of Philosophy*, 86, 1989, p. 16.

⁹⁸ Cfr. por ejemplo Tie, W., *Legal Pluralism. Toward a Multicultural Conception of Law*, Dartmouth, Ashgate, 1999.

⁹⁹ Raz, J., *op. cit.*, nota 4, p. 202.

das como una comunidad de intereses, y el diálogo intercultural requiere hoy del diálogo también de los sentimientos.¹⁰⁰

VIII. LA DELIBERACIÓN COMO PRAXIS DE LA MAYORÍA

En el campo de la verdad práctica el más competente para juzgar sobre un fin y los medios para conseguirlo es aquel que tiene dicho fin como propio.¹⁰¹ Así, se requiere que exista alguien para quien el fin propio sea el mismo bien común. En una democracia la ciudadanía es el título legítimo para juzgar sobre el bien común de la sociedad política. Los muchos son mejores jueces no sólo en materia de hecho, esto es, de utilidad social, sino también en materia de valor. Además, porque la política —como lo ha apuntado Aristóteles— es una de aquellas artes (como el construir una casa o cocinar un platillo) de las cuales son jueces los consumidores y no solamente los creadores, se puede decir que

¹⁰⁰ Cfr. Jaggar, A. M., “Multicultural Democracy”, *The Journal of Political Philosophy*, 7, 3, 1999, pp. 308-329, y Gagnon, V. P., “Imagined Frontiers: Notions of borders and groupness”, en B. Jaksic (ed.), *Frontiers: The Challenge of Interculturality*, Belgrade, Forum za etnicke odnose, 1997, p. 56.

¹⁰¹ *Summa Theologiae*, I-II, 90, 3.

los ciudadanos tienen una doble legitimación atendiendo al juicio sobre el bien común.

En el campo de la verdad práctica —como se sabe— el juicio de conciencia es normativo, porque pertenece al contenido mismo del bien que es consciente y libremente elegido por aquel que cumple la acción. Y es por esto que el modo auténtico de practicar la benevolencia no exige hacer propios los fines de los otros, sino hacer valer su posibilidad de ser ellos mismos en una sociedad justa.¹⁰² La ambición de la democracia es la de transferir esta primacía del juicio personal de la ética a la política, de la decisión personal a la decisión colectiva. Este es, de hecho, el noble fundamento de la teoría del consenso, sin embargo, este consenso puede ser entendido como una mera convergencia de las opiniones personales (*overlapping consensus*) sin interacción comunicativa, o como una comunidad de convicciones y de orientaciones sobre la interpretación de los valores fundamentales, un *idem sentire*. La comunidad política en sí misma no está obligada a aceptar ciertas prácticas culturales que son consideradas por la amplia mayoría de los ciudadanos como repugnantes en cuanto contrarias a la dignidad humana. Cuando el diálogo se interrumpe pre-

¹⁰² Spaemann, R., *Glück und Wohlwollen: Versuch über Ethik*, Stuttgart, Ernst Klett Verlag, 1989, p. 172.

valecen los valores más ampliamente difundidos en la sociedad (*the operative public values of the wider society*).¹⁰³ En consecuencia —como ya se ha anotado— tendremos dos conceptos de “mayoría”.

En el campo de la verdad práctica, en fin, se necesita entender el concepto de “argumento más fuerte” en modo específico y distinto. No se trata de una fuerza exclusiva y puramente lógica, esto es, de una absoluta irrefutabilidad. Se trata frecuentemente de equilibrar valores y de ordenarlos en relación a situaciones concretas, de sopesar los pros y los contras.¹⁰⁴ Se dan a menudo casos en los cuales existen argumentos plausibles para soluciones diferentes, y entonces la elección final está confiada a otros factores respecto a aquellos meramente racionales (la historia de las interpretaciones del pasado, la cultura de fondo y, no menos importante, el mismo recurso a la mayoría numérica calificada). La deliberación sirve para excluir los argumentos

¹⁰³ Esta consideración es compartida por un notable estudioso y defensor del multiculturalismo. *Cfr.* Parekh, B., *Rethinking Multiculturalism. Cultural Diversity and Political Theory*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2000, p. 272.

¹⁰⁴ Existen también los “casos trágicos” en los cuales hay un conflicto insalvable entre valores fundamentales. *Cfr.* Atienza, M., “I limiti dell’interpretazione costituzionale. Di nuovo sui casi tragici”, trad. de S. Sanavio, en *Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica*, 4, 1999, pp. 293-320.

inaceptables y para circunscribir aquellos sensatos y plausibles. Existe inevitablemente un factor cultural que induce a ser sensibles, más a la bondad de ciertas razones que a la de otras. Por otra parte, se ha ya insistido sobre el hecho de que la deliberación política está siempre “en situaciones”.

En suma, la democracia deliberativa no puede y no debe desatender estas tres dimensiones de la verdad práctica, concernientes al problema de la competencia, del juicio y de la fuerza de los argumentos que sustancian el debate público. No creo que exista algo de autoritario en buscar la verdad práctica, pero se necesita hacerlo en el respeto de su estatuto epistemológico.¹⁰⁵

Lo importante no es el acuerdo preexistente, sino la comunicación siempre abierta. Aristóteles no sostiene de hecho —como cree MacIntyre— que la comunidad política esté conformada por una visión compartida del bien.¹⁰⁶ También los *éndoxa* no son comunes a todos, sino algunos a la gente ordinaria, otros a los filósofos, otros aun a una elite restringida. La cooperación debe ser vista dinámicamente como el resultado de la deliberación co-

¹⁰⁵ Sobre la necesaria confianza en la búsqueda de la verdad *cfr.* Estlund, D., “The Insularity of Reasonable: Why Political Liberalism must admit the Truth?”, *Ethics*, 108, 1998, pp. 252-275.

¹⁰⁶ Waldron, J., *op. cit.*, nota 65, p. 119.

mún. Si arribamos a resultados comunes, ello no significa que partimos de premisas comunes.

En estas condiciones es esencial que la decisión sea tomada por aquellos que participan en la deliberación, esto es, por el conjunto de los ciudadanos. No tendría sentido confiarla a una élite de sabios que, en cuanto en abstracto más competentes, no estarían directamente implicados en la decisión en cuestión. Y entonces, el principio de mayoría resulta aún necesario para asegurar la autonomía del cuerpo político en su conjunto, sin excluir con esto que existan otros modos de arribar a la decisión común que tutelan igualmente esta autonomía.¹⁰⁷ Porque —como se ha visto— garantizar la autodeterminación significa custodiar aquel modo de deliberar que es el más adecuado para las decisiones colectivas sobre el bien común, entonces se puede afirmar que el principio mayoritario contribuye en modo indirecto al valor epistémico del procedimiento democrático.¹⁰⁸

Esta defensa del carácter epistémico de la democracia no se refiere más —como en el pensamiento

¹⁰⁷ También sigue esta línea de pensamiento Benhabib, S., “Toward a Deliberative Model of Democratic Legitimacy”, ahora en F. D’Agostino y G. F. Gaus (eds.), *Public Reason*, Aldershot, Ashgate, 1998, p. 102.

¹⁰⁸ Hurley, S., *Natural Reasons. Personality and Polity*, Nueva York, Oxford University Press, 1989, cap. 15.

de Nino— a la satisfacción armónica de una pluralidad de intereses individuales. No es más la autonomía individual el valor directivo. Junto a ello existe el valor de la autonomía de la práctica deliberativa. La autonomía individual justifica la participación en la decisión, pero esto implica que es necesario tutelar también la autonomía del contexto participativo sin la cual la misma participación individual no sería posible. Al mismo tiempo no es el principio mayoritario de por sí lo que da valor epistémico a la democracia, sino el contexto deliberativo en el cual está inmersa y la función que desempeña en sus confrontaciones. Se puede afirmar que, si son respetadas todas las condiciones preliminares para la deliberación política de una multitud de ciudadanos,¹⁰⁹ la adopción del principio mayoritario, en razón de la protección de la autonomía decisional, sería de ayuda en la búsqueda de soluciones correctas y justas. Pero esta consideración final tiene sus *caveat*, que me limitare a enunciar en forma sintética.

La primera advertencia atiende a la interpretación de la definición de la democracia como un proceso decisonal condicionado por límites de tiempo. Esta definición no es bien interpretada por razones

¹⁰⁹ Es inútil recordar cuanto es aún más difícil hoy que tales condiciones sean respetadas en razón del incontenible poder de los medios de comunicación. *Cfr.* por ejemplo Sartori, G., *Homo videns: televisione e post-pensiero*, Roma, Laterza, 1997.

puramente pragmáticas para las cuales el ideal sería esperar reunir la unanimidad. La decisión es parte integral de la deliberación, porque es su fin. Se delibera para decidir y no para discutir. No decidir o decidir en retardo es un error del procedimiento deliberativo.

En realidad la acción humana, sea individual o colectiva, opera en lo contingente, es eso que debe cumplirse aquí y ahora. El límite del tiempo es una condición estructural de la acción humana y no ya su defecto. Esto significa que es impropio considerar el principio mayoritario como un sustituto de la unanimidad.

Una segunda advertencia atiende más directamente al valor epistémico de las decisiones democráticas. No se trata de arribar a una solución justa de una vez por todas. Ella vale en relación a contextos dados, a determinadas circunstancias y tiene siempre un carácter provisorio, también porque está siempre abierta a la corrección y a la autocorrección.¹¹⁰ Las mismas instituciones democráticas son *self-correcting institutions*.¹¹¹ En este sentido, la deliberación tiene un carácter “infinito”, como es propio de la búsqueda de la verdad. “In democratic politics all destinations are temporary. No citizen

¹¹⁰ Existen causas de desacuerdo deliberativo insuperables, aun no siendo “casos trágicos”. *Cfr.* Gutmann, A. y Thompson, D., *op. cit.*, nota 27, pp. 73-79.

¹¹¹ Forst, R., *op. cit.*, nota 62, p. 374.

can ever claim to have persuaded his fellow once and for all".¹¹²

La tercera advertencia, la más importante (y por otra parte conectada con las dos precedentes), atiende al carácter procedimental de la democracia deliberativa constitucional. Afrontaremos más directamente este problema en el próximo párrafo, pero desde ahora se requiere precisar que la deliberación política comprende en sí una compleja multiplicidad de procedimientos, que se extiende también a aquel momento en el cual la decisión colectiva es tomada. No basta que sean puestas todas las premisas para una auténtica deliberación y no basta tampoco que se establezca cómo tomar la decisión final, se requiere también que ella sea una interpretación correcta de los valores constitucionales fundamentales y que existan ulteriores controles en tal sentido. Esta última exigencia es propia del carácter deliberativo del procedimiento y de sus pretensiones epistémicas. Sabemos que este control es completado por los jueces constitucionales que se encuentran en una posición bien diversa de la de los ciudadanos que deliberan, porque no están directamente involucrados en la decisión, sino la juzgan en un cierto modo desde el exterior. Se trata no ya de probar si la deliberación

¹¹² Walzer, M., *Spheres of Justice: A Defense of Pluralism and Equality*, Nueva York, Basic Books, 1983, p. 310.

adoptada sería la “justa”, sino de controlar si pertenece a aquellas plausibles y razonablemente fundadas, esto es, si sería “correcta”.

Esto significa que existen diversos grados de imparcialidad: la de los participantes en la decisión y la, de segundo nivel, de aquellos que tienen una posición de terceros. Este control es necesario por múltiples razones. Una de ellas es la de proteger los derechos individuales de la tiranía de la mayoría y al ciudadano del poder político. Y sin embargo, ha sido justamente anotado¹¹³ que también las cortes constitucionales no pueden hacer a un lado el principio de mayoría cuando deliberan. Esto significa que el valor epistémico de la democracia no está ligado y resuelto en el ámbito de un único lugar de deliberación, sino que es el resultado de la sobreposición de una multiplicidad de sedes en las que la misma cuestión es objeto de deliberación: la opinión pública, la sociedad civil, los medios de comunicación, los comicios electorales, los programas de los partidos, las asambleas parlamentarias y las cortes de justicia, cada una de las cuales tienen sus características propias, su propia modalidad de discusión y específicos procedimientos decisionales.¹¹⁴

¹¹³ Waldron, J., *op. cit.*, nota 37, p. 215.

¹¹⁴ Aquí se puede recordar el principio de la inclusión deliberativa (*cfr.* Cohen, J., “Democracy and Liberty”, en J. Elester,

La concepción constitucional de la democracia deliberativa no se agota, entonces, ni en el texto constitucional, ni en la asamblea parlamentaria, sino que se presenta como una poliarquía de sedes deliberantes que —como la tela de Penélope— incesantemente elaboran interpretaciones de los valores fundamentales y las reelaboran, las corrigen, las transforman mediante una mutua influencia. Cuanto más rica y multiforme es la actividad deliberativa de una comunidad política y del mismo orden internacional, tanto mayor es la posibilidad de alcanzar decisiones justas atendiendo al bien común nacional e internacional.¹¹⁵

IX. LAS FORMAS DE PROCEDIMENTALISMO Y LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

Ha llegado el momento de intentar dar una respuesta a nuestra pregunta inicial: ¿a la luz de las exigencias conjuntas del constitucionalismo y del mul-

op. cit., nota 20, p. 202) y el *principio de la inclusión ciudadana* (cfr. Walzer, M., “Exclusion, Injustice, and the Democratic State”, *Dissent*, 40, 1993, p. 64), ambos particularmente importantes para la sociedad multicultural.

¹¹⁵ Held, D., *Democracy and the Global Order. From the Modern State to Cosmopolitan Governance*, Cambridge, Polity Press, 1995, y también Dryzek, J. S., *Transnational Democracy*, ahora en *Deliberative Democracy and Beyond*, *cit.*, pp. 115-139.

ticulturalismo es satisfactoria una concepción puramente procedimental de la democracia?

Se necesita recordar que existen diversos modos de entender un procedimiento y, consiguientemente, existen concepciones diversas de “procedimentalismo”. Rawls ha distinguido tres formas de procedimentalismo en el tema de la justicia, y nos serviremos de esta compilación para responder a nuestra pregunta.¹¹⁶

El *procedimentalismo puro* se basa en el supuesto de que no existe un criterio independiente del procedimiento para valorar sus resultados. No se sabe *a priori*, por ejemplo, cuando los resultados de una distribución son justos, sino que existe un procedimiento equitativo y razonable, que si se sigue correctamente, conduce a resultados *ipso facto* equitativos y justos. Pero cuáles deben ser estos resultados se podrá decir sólo después de la aplicación del procedimiento y no antes. El ejemplo de escuela es el de la lotería, que es un procedimiento en el cual todos tienen la misma oportunidad de ganar el premio. Si las operaciones del sorteo son seguidas sin engaños, el afortunado gana justamente, pero, ¿se puede decir de aquel que es quien debería de haber ganado? En el procedimentalismo puro queda duda

¹¹⁶ Rawls, J., *A Theory of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 74 y 75.

si el resultado correcto se puede considerar el “justo” o bien el no injusto. Esto depende de la capacidad epistémica que se atribuye al procedimiento mismo.

En el *procedimentalismo perfecto* existe un criterio independiente que dice cual resultado es justo, y existe un procedimiento que conduce infaliblemente a este resultado. El ejemplo aportado por Rawls es el de la división de un pastel; asumiendo que es justa la división en partes iguales, entonces bastará seguir el procedimiento por el cual aquel que reparte debe tomar el último pedazo. Obviamente estará constreñido a dividir el pastel en partes iguales, de otro modo, le tocaría la parte más pequeña.

Para volver a nuestro tema, podemos agregar que la concepción rousseuniana de la democracia puede ser considerada como una forma de procedimentalismo perfecto. El criterio independiente de justicia es la voluntad general y existe —según Rousseau— un procedimiento democrático, aquel del principio de mayoría que “garantiza” cual sería el contenido de esta voluntad. En este caso —como ya se ha dicho— el procedimiento tiene un valor epistémico, esto es, el principio de mayoría es el modo para alcanzar la verdad práctica de la decisión colectiva.

En el *procedimentalismo imperfecto* existe un criterio independiente que dice cuál resultado es

justo, y existe un procedimiento que, sin embargo, no conduce siempre e infaliblemente a dicho resultado. El ejemplo de escuela es el del proceso penal, que está construido con la finalidad de condenar al culpable y absolver al inocente, pero el resultado no está asegurado en modo infalible por el procedimiento previsto, aun con todos los cuidados del caso. El procedimiento dispuesto es aquel que con el más alto grado de probabilidad puede alcanzar la verdad práctica, pero esto no está asegurado.

Si ahora nos preguntamos cuál de estas formas de procedimentalismo sería apropiada para aquella deliberación colectiva que es propia de la democracia constitucional deliberativa, así como ha sido por nosotros configurada, a primera vista parece que la candidata más propicia sería precisamente la última, esto es, el procedimentalismo imperfecto.¹¹⁷ De hecho, en una democracia constitucional deliberativa existen criterios independientes de la deliberación colectiva, que consisten en los valores constitucionales y en los derechos fundamentales. La deliberación legislativa, en tanto sujeta a vínculos de diversos géneros, no se puede decir que al-

¹¹⁷ Es esta, de hecho, la orientación seguida por algunos teóricos de la democracia deliberativa. *Cfr.* por ejemplo Gutmann, A. y Thompson, D., *Democracy and Disagreement*, *cit.*, nota 27, núm. 34, p. 368.

cance infaliblemente resultados conforme a tales valores y derechos, como es ampliamente mostrado por las sentencias de las cortes constitucionales, que, por otro lado, a menudo no son ellas mismas infalibles.

Esto que no convence en esta reconducción de la deliberación democrática en el ámbito del procedimentalismo imperfecto, es el considerar los valores constitucionales y los derechos fundamentales como un criterio independiente del procedimiento deliberativo. Es así, sin duda, en el modelo de la Constitución-custodio, para el cual tales valores y derechos están ya completos y bien individualizados, pero no ya en el modelo de la Constitución-simiente, para el cual ellos están en un estado embrionario y son determinados y desarrollados por el procedimiento mismo. Hemos dicho, de hecho, que ésta tiene por objeto estos valores y derechos, que por tanto no son totalmente “independientes”, sino que adquieren forma y determinación precisamente después de la aplicación del procedimiento deliberativo.

Con base en esta consideración debemos concluir que ninguna de las tres formas de procedimentalismo es aplicable a la deliberación democrática. Ella tiene características propias, que no son en rigor compatibles con la noción misma de “procedimentalismo”: existe un criterio externo al proce-

dimiento (a diferencia del procedimentalismo puro); no existe un criterio externo totalmente independiente del procedimiento (a diferencia del procedimentalismo imperfecto), sino que éste es interno e inmanente al procedimiento mismo;¹¹⁸ el resultado tiene un cierto valor epistémico, pero no ya en virtud del principio de mayoría (como en el procedimentalismo perfecto), sino en la medida en la que el criterio interno es hecho valer en lo mejor de su potencialidad.

He dicho que la deliberación democrática no es “en rigor” una forma de procedimentalismo, porque creo que es esencial en esto que el criterio de justicia, el que sea, sea independiente del procedimiento en cuanto esto asegura el formalismo del procedimiento mismo y su invariable y correcta aplicación. Pero ahora, más allá del procedimentalismo puro, que minimiza un criterio independiente, y del imperfecto y perfecto, que en cada caso distinguen tal criterio del procedimiento adoptado, se presenta también la posibilidad de que no exista una nítida separación entre el procedimiento y el criterio de valoración de sus resultados. Se da el caso

¹¹⁸ Esta constatación es compartida en cierta medida por Forst cuando señala que “*the normative standards that transcend existing procedures and results of democratic justification are at the same time standards immanent to these procedures*”. Forst, R., “The Rule of Reasons”, *op. cit.*, nota 62, p. 374.

que la determinación y la especificación del criterio sean el objeto mismo del procedimiento y que éste tenga una función interpretativa. El criterio de valoración conserva una cierta independencia, porque de otro modo el procedimiento no sería en sentido propio “interpretativo”, pero, por otra parte, no hay forma de capturar el criterio y de aplicarlo sino a través de una interpretación del mismo, esto es, siempre al interior del mismo procedimiento deliberativo. En suma, cada uso de los valores constitucionales se hace siempre al interior de un procedimiento deliberativo de tipo interpretativo. Y, sin embargo, sus resultados no son automáticamente justos, ni sus interpretaciones necesariamente correctas, porque los valores internos son al mismo tiempo trascendentes y excedentes respecto del procedimiento mismo. En suma, el procedimiento deliberativo, si se considera en toda su complejidad y extensión, es un *self-critical enterprise*.

En otra parte he designado esta modalidad de juicio y de decisión como “procedimentalismo razonable”, porque la razonabilidad es la forma de la elección práctica.¹¹⁹ Pero en rigor estamos frente a una práctica social, que ha sido bien definida como “cualquier forma coherente y compleja de actividad humana cooperativa socialmente establecida, me-

¹¹⁹ Cfr. Viola, F. y Zaccaria, G., *op. cit.*, nota 10, pp. 38-44.

dian­te la cual los valores innatos en tal forma de actividad vienen realizados en el curso del intento por alcanzar aquellos paradigmas que pertenecen a ella y parcialmente la definen”.¹²⁰ Además, se necesita agregar que la deliberación de la democracia constitucional deliberativa es una práctica social de tipo interpretativo, en la cual la razonabilidad opera al interior de valores presupuestos. Estas son las bases de la comunidad para una sociedad pluralista, no ya en virtud de una formulación abstracta, sino sólo en cuanto que, a través de esta práctica social, se generen comportamientos y conceptos interpretativos compartidos.¹²¹

¹²⁰ MacIntyre, A., *After Virtue. A Study in Moral Theory*, Notre Dame, Indiana, University of Notre Dame Press, 1984, p. 225.

¹²¹ Para un desarrollo de esta concepción hermenéutica de la deliberación social y política, remitirse a Viola, Francesco, *op. cit.*, nota 43, pp. 154-178.