

CAPÍTULO 55

CONSTITUCIONALISMO VS. DEMOCRACIA

Roberto GARGARELLA*

SUMARIO. I. *Introducción.* II. *¿Puede resolverse el conflicto entre constitucionalismo y democracia?* III. *La igualdad como presupuesto común.* IV. *Igualitarismo y democracia.* V. *Conclusión.* VI. *Bibliografía utilizada.*

I. INTRODUCCIÓN

En este texto vamos a explorar la tensión que aparece entre los ideales del constitucionalismo y la democracia. En dicha tensión reside la principal potencia, y también la principal fuente de conflictos que encierra el derecho. En realidad, puede parecer extraño que exista un conflicto entre ambas ideas cuando es tan usual que hablemos de “democracias constitucionales,” o cuando es tan común que uno se proclame, al mismo tiempo, y por ejemplo, demócrata y defensor de los derechos humanos. Pero lo cierto es que tales ideas se llevan mal, y que dicho desacuerdo repercute finalmente en nuestras discusiones públicas.

El conflicto entre ambas ideas surge, ante todo, del hecho de que ellas apelan a principios opuestos. Nuestros compromisos democráticos apelan a un principio que a primera vista no reconoce límites, y según el cual no hay ninguna autoridad superior a la nuestra, actuando colectivamente. Mientras tanto, y por otro lado, ideas tales como las de Constitución o derechos humanos nos llevan a pensar, justamente, en límites infranqueables, capaces de resistir la presión de cualquier grupo y aun, y especialmente, las presiones de un grupo mayoritario.

En nuestras discusiones cotidianas, la tensión referida emerge de un modo especialmente gravoso. Ocurre que, por un lado, queremos y necesi-

* Profesor Titular de Derecho Constitucional. Universidad de Buenos Aires. Universidad Torcuato Di Tella.

tamos aferrarnos al derecho: queremos estar sujetos a reglas impersonales, antes que a la voluntad discrecional de algún personaje todopoderoso. Sin embargo, y por otro lado, vemos que explotan nuestros ímpetus democráticos que, muchas veces, encontramos encorsetados, prisioneros, dentro del derecho. La mala noticia es que dicha tensión no es ficticia ni tiene una obvia resolución, pero lo interesante es que reconociendo este problema quedamos forzados a plantearnos cuestiones de enorme importancia.

Los orígenes de dicha tensión pueden encontrarse, por caso, en algunos célebres escritos anti-conservadores de Thomas Paine, proclamando el “derecho de los que están vivos” por encima de “la autoridad de los muertos,” en su idea de que “cada generación tiene los mismos derechos que las generaciones que la precedieron, del mismo modo en que cada individuo tiene los mismos derechos que cualquiera de sus contemporáneos”.¹ A través de esta afirmación, Paine se oponía a la idea conservadora –típicamente, defendida por Edmund Burke– que venía a rebelarse frente al valor del autogobierno y, en particular, frente al ideario revolucionario que los franceses habían puesto de moda. Para Burke, las tradiciones de la comunidad guardaban mayor valor que las ambiciones de cualquier generación particular. Paine, mientras tanto, y como mucho de sus contemporáneos, pensaba lo contrario.

Un viejo conocido de Paine, Thomas Jefferson, supo retomar aquellos reclamos para incorporarlos a la historia norteamericana. Como Paine, Jefferson también sostuvo que nada era más importante que el autogobierno colectivo. De allí, por ejemplo, que en sus “Notas para el Estado de Virginia” se manifestara en contra de la idea de dictar una Constitución permanente. La misma debía ser, en todo caso, “flexible”: cada generación debía tener el derecho de rehacer el texto fundacional propio (de hecho, y calculando que las generaciones se recambiaban, más o menos, cada 20 años, Jefferson propuso la adopción de reformas constitucionales, al menos, con esa periodicidad). De este modo, tanto Paine como Jefferson mostraban la hostilidad que despertaban en los demócratas las ambiciones de los constitucionalistas.

¹ Paine, Thomas, *The Political and Miscellaneous Works of Thomas Paine* (edited by R. Carlile) vol. 1, pp. 8-9.

II. ¿PUEDE RESOLVERSE EL CONFLICTO ENTRE CONSTITUCIONALISMO Y DEMOCRACIA?

¿Es cierto, tal como lo sugiriéramos en las líneas anteriores, que no es posible resolver este dilema entre el constitucionalismo y la democracia? ¿Por qué es que no podemos afirmar, como lo hace una mayoría de juristas, la superioridad de la Constitución? ¿Por qué no podemos decir, simplemente, que la Constitución está “por encima de todo” y que, por tanto, ella se impone no sólo sobre la comunidad que la diseñó, sino también sobre las generaciones que la sucedieron? Los problemas en juego aparecen, según entiendo, por la “terquedad” del ideal del autogobierno. En efecto, a la hora de justificar cualquier solución que termine afirmando la primacía de la Constitución, el argumento del autogobierno reaparece firme, imbatible: ¿Qué puede haber por encima de tal derecho?

La fortaleza de este ideal es tal que aquellos interesados en defender la primacía de la Constitución han comenzado a dejar de lado su inclinación inicial –orientada a desplazar sin más el ideal democrático– para optar en cambio por una estrategia sustantivamente diferente, destinada a integrar al mismo o, al menos, a mostrar la compatibilidad de su propuesta con la afirmación del principio del autogobierno.

El primer argumento con el que nos encontramos, el más simple de todos, es el que nos dice que la comunidad debe sentirse sujeta a –limitada por– la Constitución porque esta última es el resultado de un acuerdo democrático. Aun asumiendo que siempre lo es –lo que no siempre es claro– el argumento no nos lleva demasiado lejos. Ello, en particular, cuando estamos hablando, como en este caso, del valor de una Constitución –un documento que, como tal, tiene la pretensión de perdurar con el correr de los años, y con el paso de las generaciones–. ¿Por qué es entonces que la comunidad que sucede a la nuestra debe sentirse limitada a partir de un acuerdo del que no ha tomado parte? Esta crítica es poderosa, y muestra el grado de conflicto que existe entre el valor del principio democrático y el valor de la Constitución. Sin embargo, los defensores del constitucionalismo tienen todavía varias réplicas a mano, que vamos a estudiar a continuación.

Ante todo, y por ejemplo, alguien podría sostener que las ambiciones del constitucionalismo –sobre todo, la de permanecer a lo largo del tiempo, generación tras generación– se justifican a partir de las circunstancias “peculiarmente democráticas” que rodearon a su nacimiento; léase, por caso,

la participación en su dictado de mayorías abrumadoras (o la existencia de un consenso extraordinario al momento de su escritura), un grado inalcanzado de reflexión en su diseño, o el puro ánimo público de quienes la redactaron. Este tipo de argumentos es muy habitual dentro del ámbito jurídico. Sin embargo, en una mayoría de casos, dicho relato enfrenta el serio inconveniente de basarse en dogmas o mitos que se disuelven apenas se los examina con un poco más de cuidado. Ocurre que la mayoría de los procesos constituyentes que conocemos tienen poco parecido con aquellas descripciones heroicas que suelen hacerse acerca de los momentos fundacionales de cualquier nación.² Aquellos tiempos fundacionales —típicamente, a fines del siglo XVIII o principios del XIX— tenían poco que ver con las referidas imágenes de consenso unánime y reflexiones desinteresadas. Más bien, ellos nos hablan de discriminaciones (hacia la mujer, hacia los pobres, hacia los esclavos), de presupuestos abiertamente elitistas (conforme a los cuales la mayor parte de la ciudadanía era vista como formando parte de una masa irreflexiva, más que como individuos con iguales capacidades que los constituyentes) y de decisiones con un claro componente de autointerés (lo que explica el status especial conferido a la propiedad privada, en todos los casos, incluyendo en muchos —como el norteamericano— el resguardo a la propiedad de los esclavos).

Admitido este hecho, esto es, el carácter originalmente poco democrático de una mayoría de constituciones, los abogados del constitucionalismo podrían apelar a una estrategia complementaria. Ellos podrían decir, por ejemplo, que la Constitución merece un respeto especial ya no a partir de la situación especial en la que tuvo origen, sino a partir del respaldo que fue obteniendo con el transcurrir del tiempo. Esto es, según esta postura, la Constitución —¿una mayoría de las constituciones que conocemos?— puede haber tenido un origen “dudoso”, pero aun así haberse “purificado” con el paso del tiempo, ganando legitimidad democrática a través de los años. Esta idea, asociada a la noción lockeana de *consenso tácito*, también resulta muy popular entre los defensores del constitucionalismo. Ella nos viene a decir, entre otras cosas, que aquellos eventuales vicios de origen han sido limpiados a partir del extraordinario consenso que el texto constitucional pudo conseguir en su avance. Este consenso aparecería reflejado en la implícita adhesión que uno acostumbra a detectar en la comunidad, hacia

² Beard, Charles A., *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*, New York, Macmillan, 1913.

la Constitución original y sus “padres fundadores”, tanto como en la permanencia o no reforma de los rasgos esenciales de aquel texto. Sin embargo, como es bien sabido, los argumentos en favor del consenso tácito tienen poca fuerza. Y es que nunca podemos saber si lo que algunos llaman consenso tácito no debiera ser llamado, en verdad, *mera resignación*, o tal vez una aceptación basada simplemente en el acostumbamiento, en la certeza acerca de lo difícil de cambiar radicalmente dicho texto, o en la perplejidad o ignorancia acerca de lo que es posible. Tampoco podemos saber si la falta de una reforma de la Constitución, en sus rasgos esenciales, se debe al consenso generado por la misma o, más bien, a las propias dificultades impuestas por sus creadores para modificarla (como la exigencia habitual de una mayoría calificada en ambas Cámaras para obtener la autorización para la convocatoria a una convención reformadora).

Una alternativa estrechamente vinculada con la anterior, pero igualmente fallida, sería la de sostener que la Constitución se encuentra ya enraizada en las tradiciones más profundas de nuestra comunidad. El argumento, en este caso, retomaría el ideal democrático afirmando que los principios constitucionales ya se han “decantado” hasta el punto de formar parte, en la actualidad, de aquel “núcleo duro” que hace que nuestra comunidad sea lo que es, que configura su identidad. En un punto, el argumento es más ambicioso que el anterior, ya que el mismo trasciende la idea del consenso —que, en última instancia, podría cambiar de un momento a otro— para decir que nuestra comunidad no puede abandonar aquel cúmulo de ideas sin dejar de ser lo que es. Sin embargo, claramente, dicho argumento es más vulnerable que el recién examinado. Y es que, por un lado, uno puede tomar algunas iniciativas destinadas a desentrañar la persistencia o no de aquel “consenso dormido”, ¿pero qué hacer en cambio frente a la apelación de las tradiciones? ¿Cómo demostrar lo que parece definitivamente indemostrable? Lo que es peor, aun en el hipotético caso en que pudiéramos demostrar el profundo arraigo de las ideas que distinguen a nuestra vida constitucional: ¿Qué razones tendríamos para defender la perdurabilidad de aquellos rasgos? Claramente, podría darse la situación de que nuestra comunidad, por ejemplo, insista en resolver sus conflictos de modo sangriento, y que dicha forma de acción represente ya una “marca de identidad” de nuestro ámbito. Pero, resulta claro, dicho hecho no nos proporciona ninguna razón para darle algún estatus especial a aquella indeseable práctica. Necesitamos criterios claramente independientes del mero hecho de que una práctica habitual sea una práctica habitual, para

definir si merece apoyarse o, por el contrario, disolverse, combatirse, aquella repetida forma de acción.

El propio James Madison –tal vez la cabeza más notable en el desarrollo moderno del constitucionalismo– se vio acorralado, en su momento, frente a un dilema semejante. A él también le interesaba reafirmar el valor de la Constitución frente a quienes insistían en la importancia del valor del autogobierno. Madison estaba interesado en mostrar que las voces más críticas del constitucionalismo –en especial, su amigo Thomas Jefferson– se equivocaban al insistir con la idea del autogobierno colectivo. En su opinión, los propios demócratas debían advertir que, en ocasiones, el argumento democrático no podía ser defendido en su extrema radicalidad y ello, finalmente, en honor de una última preocupación por el valor de la democracia. La disputa entre Madison y Jefferson apareció frente a la sugerencia del último, portavoz de los sectores más democráticos de la comunidad, de resolver los problemas constitucionales más básicos –en especial, las situaciones de conflicto entre los diversos poderes– haciendo uso de la regla mayoritaria. Madison, particularmente preocupado por asegurar la estabilidad de un sistema político al que consideraba fundamentalmente frágil, pareció indignarse frente a la sugerencia del autor de las “Notas para el Estado de Virginia”. Contra este último, y en lo que hoy se conoce como el escrito n. 49 de los papeles de “El Federalista”, Madison presentó tres argumentos principales.

En primer lugar, Madison sostuvo que si los principales conflictos entre poderes tuvieran que ser resueltos a partir de una convocatoria popular, los mismos iban a tener un final previsible. En su opinión, dado que la Cámara legislativa era la rama del gobierno “más popular”, resultaba obvio que cualquier convocatoria al pueblo contaba ya con una respuesta fija de antemano: el pueblo siempre tendería a inclinarse a favor de la rama que veía más cercana a sus intereses. Por lo tanto, sostenía Madison, la insistencia en el recurso al pueblo, para estos casos, era irrazonable. En segundo lugar, Madison afirmaba que la obsesión con la convocatoria al pueblo debía dejarse de lado si la misma podía poner en riesgo –como él presumía– a la propia estabilidad del gobierno democrático. En su opinión, las convocatorias frecuentes a la ciudadanía iban a socavar la legitimidad del gobierno –de cualquier gobierno. Finalmente, él alegaba que un reclamo como el formulado por Jefferson era irrazonable porque conlleva el riesgo de “encender las pasiones populares”. Nuevamente, el argumento era que, en momentos de debilidad institucional como los que se vivían –y, podríamos agregar, como los que todavía se viven en una multiplicidad de naciones–

argumentos democráticos como los referidos se tornaban inaceptables, porque favorecían el surgimiento de nuevos conflictos, tensiones y divisiones dentro de la sociedad. Ello, cuando lo que más se precisaba era lo contrario, esto es, insistir con aquellas medidas capaces de amalgamar a la sociedad.

Como resulta habitual, las sugerencias de Madison guardan mucho del mejor sentido común, y son —como lo fueron— capaces de ganar la adhesión de sectores importantes de la población. Pero la pregunta es si las razones que daba en aquel momento son lo suficientemente poderosas como para desplazar posibles argumentos en su contra. Y la respuesta no parece nada clara. El atractivo de los argumentos de Madison resulta a partir de que extreman los de su contrario. Pero, ¿por qué pensar que una iniciativa como la de Jefferson, destinada a reafirmar la autoridad soberana del pueblo, implica un desgastante proceso de convocatorias populares? ¿Por qué esa desconfianza en las virtudes del debate público y, finalmente, en las capacidades reflexivas de la ciudadanía? ¿Por qué decantarse naturalmente por las decisiones del gobierno, en caso de tensiones entre este último y la ciudadanía? En definitiva, la estabilidad no es valiosa a cualquier precio, y aun si fuera cierto que alguna convocatoria ciudadana estimula los conflictos sociales, ¿por qué no pensar —como sostuviera Jefferson— que el estallido de determinados conflictos puede resultar valioso para la salud cívica de la comunidad, y preferible a un estado de tensión latente?

Habiendo llegado hasta aquí, de todos modos, conviene explorar un último y prometedor argumento a favor de la prioridad del constitucionalismo. El argumento en cuestión es especialmente interesante porque se orienta directamente a reafirmar lo que los críticos del constitucionalismo más valoran, esto es, el principio democrático. Lo que este argumento señala, entonces, es que la misma preocupación por el valor de la democracia debe llevarnos directamente a reconocer la primacía del constitucionalismo. Ello, fundamentalmente, en la medida en que la Constitución establezca las condiciones que permitan que la democracia funcione como tal.

El argumento es importante y vale la pena examinarlo con algún detalle. Lo que aquí se hace es poner cabeza abajo una mayoría de las críticas democráticas examinadas hasta ahora. En efecto, lo que nos ocurría hasta aquí es que, cada vez que invocábamos un argumento en favor del constitucionalismo, nos encontrábamos frente a alguna variante del argumento democrático que venía a preguntarnos cuál es la razón para quitarle libertad a la comunidad, para impedirle que sea ella misma la que decida como

quiere organizar su vida futura. Si usted valora el autogobierno, se nos decía, no tiene alternativa a la de reconocer el carácter subordinado, dependiente, de la Constitución. Lo que se nos dice ahora, en cambio, parece realmente novedoso. Aquí se nos sugiere que, *justamente porque nos interesa defender el valor del autogobierno*, es que tenemos razones para defender la primacía de la Constitución. Más precisamente, se afirma aquí que el constitucionalismo no debe verse –como lo veíamos hasta aquí– como una forma de “atarle las manos” a la sociedad –una forma de quitarle libertad, de ahogar el autogobierno–. Más bien, y por el contrario, se nos dice en este caso que el constitucionalismo debe ser visto como una forma de *ganar o potenciar* nuestra libertad como comunidad.

El argumento en cuestión reconoce una presentación elegante y muy sugerente a través de la metáfora de “Ulises y las sirenas”.³ En el relato tradicional, Ulises, como capitán de su navío, les exige a sus marineros que lo aten al mástil de la embarcación, porque temía perder el control de la misma una vez enfrentado al canto de las sirenas. Al dar aquella orden, Ulises sabía que iba a perder control sobre sus impulsos más inmediatos –esperablemente, él se vería tentado a desviar su embarcación, e incapacitado así de llegar al destino que se había fijado inicialmente–, pero ello no lo llevo a desdecirse. Ulises tomó su decisión de modo consciente, convencido de que de ese modo –atado al mástil, inmovilizado– podría conseguir el objetivo que se había propuesto en un principio. Por lo dicho, cualquier descripción de tal situación que pretendiera presentar dicho acto como una “pérdida de libertad” por parte de Ulises resultaría insensata. Ulises, podríamos decir, ganó libertad en lugar de perderla, cuando se ató al mástil: fue así, en definitiva, cómo consiguió llegar al destino prefijado. La moraleja parece clara: contra lo que nos sugiere consistentemente el sentido común –atarse las manos es sinónimo de perder libertad–, lo que el ejemplo nos demuestra es lo contrario: en ocasiones, ganamos en libertad cuando nos limitamos. O, para decirlo de otro modo, hay limitaciones que liberan, ataduras que nos capacitan.

El traslado de esta metáfora al campo constitucional parece obvio: del mismo modo en que Ulises pudo ganar libertad, en lugar de perderla, al incapacitarse para ciertas acciones, una sociedad también puede expandir

³ Ver Elster, John, *Ulysses and the Sirens. Studies in Rationality and Irrationality*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979. Ver también Holmes, Stephen, “Precommitments and the Paradox of Democracy,” en Elster, John y Slagstad, Rune (ed.), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press. 1998.

sus capacidades auto-imponiéndose determinados límites. Este sería el rol de la Constitución —el poner límites “capacitadores” sobre las facultades de autogobierno de la sociedad—. Reconociendo los riesgos de caer en tentaciones inadmisibles (oprimir a grupos minoritarios, censurar a la oposición), una comunidad actuaría tan racionalmente como lo hiciera Ulises si decidiera fijar, de una vez, ciertos límites irrenunciables, capaces de potenciar la propia libertad futura.

La propuesta es atractiva, al menos en un punto importante: ella nos ayuda a dejar de lado la visión habitual conforme a la cual toda limitación, aun auto-impuesta, debe ser vista como una afrenta al autogobierno. Se nos dice aquí, con razón, que cierto tipo de limitaciones puede ser compatible con, y aun necesario para, asegurar el autogobierno. Ahora bien, admitido este punto, corresponde preguntarse hasta dónde es que este argumento permite afirmar la victoria del bando del constitucionalismo por sobre el bando de los demócratas. Lo cierto es que, pese a la espectacularidad del ejemplo de Ulises, el mismo termina probando menos de lo que pretendía.

En efecto, enfrentados a consideraciones semejantes, los defensores del autogobierno podrían replicar que, en verdad, dicha metáfora sugiere bastante poco: en definitiva, los demócratas no objetan la posibilidad de que una comunidad se auto-imponga determinados límites, tal como lo hiciera Ulises. Lo que objetan es la posibilidad de que una comunidad exija que los límites que se auto-impuso se preserven firmes frente a las generaciones futuras —algo tan inaceptable como que Ulises le exija a su hijo que se ate al mástil como él lo ha hecho—. Esto es lo que rechazan los demócratas, y lo que el ejemplo de Ulises es incapaz de probar. Dicho ejemplo, en todo caso, prueba lo obvio: la racionalidad del auto-paternalismo, pero no avanza en lo que más les interesa a los constitucionalistas, esto es, la justificación de una comunidad para imponer sus normas sobre otras comunidades diferentes.

La comparación entre la situación de Ulises y la que enfrenta una comunidad que quiere dictar su Constitución también registra otro tipo de diferencia notable. Las sociedades son cuerpos numerosos —compuestos, muchas veces, por millones de personas— y, lo que es más grave, no es para nada esperable que todos ellos participen del dictado de su propia Constitución. De allí que merece guardarse una mayor prudencia cuando se quiere comparar la situación de Ulises, auto-imponiéndose normas, con la de la sociedad, queriendo hacer lo propio: en este último caso, lo esperable es que un (muy pequeño) sector de la sociedad determine cuáles son las nor-

mas que van a regir para todo el resto. De allí que, en este caso, ni siquiera tiene sentido hablar de auto-paternalismo. En prácticamente ningún caso es cierto que “la sociedad se dicta su propia Constitución”: lo que allí llamamos “la sociedad” no son sus millones de habitantes, actuando de modo conjunto, sino una pequeña elite, por mas representativa y honesta que sea. Este hecho abre, entre otros, algunos riesgos notables, ausentes en el caso de Ulises. Bien puede ocurrir, por ejemplo, que dicho sector encargado de dictar la Constitución se incline por dictar normas más favorables para sí mismo que para todo el resto. Esto es, para continuar con la metáfora ya empleada, puede ocurrir que los encargados de dictar la Constitución atenen las manos de toda la comunidad, dejando desatadas las propias –una posibilidad inimaginable para el caso de Ulises, pero bastante habitual, de hecho, en la historia del constitucionalismo moderno–.⁴

III. LA IGUALDAD COMO PRESUPUESTO COMÚN

Una manera de moderar los devastadores efectos de esta tensión entre constitucionalismo y democracia puede ser la siguiente: explorar las notas que reúnen a ambas ideas, antes que aquellas que las diferencian. En este sentido, creo que existe un camino atractivo que transitar, a través del recorrido por lo que aparece como uno (tal vez el principal) de los presupuestos comunes de ambas nociones, y que se vincula con la idea de igualdad. En efecto, no es difícil llegar a la conclusión de que si nos interesa el constitucionalismo y si nos preocupa la democracia, ello se debe, ante todo, a que le asignamos un lugar importante a la idea de igualdad. Ello, en el sentido de que asumimos que todas las personas poseen una misma dignidad moral, y son iguales en cuanto a sus capacidades más básicas. Aprobamos el compromiso con el sistema democrático, justamente, porque rechazamos la idea de que existen clases de personas situadas –en sus conocimientos, en su intrínseca dignidad- por encima de todas las demás. Contra dicha propuesta, afirmamos que cada individuo tiene un igual derecho a intervenir en la resolución de los asuntos que afectan a su propia comunidad: todos merecen participar de dicho proceso decisorio en un pie de igualdad. Nuestro

⁴ Años después de haber escrito *Ulises y las sirenas*, Elster advirtió la importancia y gravedad de esta posibilidad. Ver, por ejemplo, Elster, John, *Ulysses Unbound*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

compromiso con el constitucionalismo, del mismo modo, se desprende de este tipo de presupuesto igualitario. En efecto, queremos preservar ciertos derechos fundamentales que permitan a cada uno llevar adelante su vida conforme a sus propios ideales; y queremos preservar una estructura de decisión democrática en donde la opinión de cada uno valga lo mismo que la de los demás. La idea de igualdad, entonces, resultaría el fundamento último del constitucionalismo y la democracia.⁵ La apreciación, cabe aclararlo, no parece descabellada cuando leemos algunos de los documentos esenciales en la materia, tales como la “Declaración de la Independencia” norteamericana –que reconoce en su primera línea la afirmación de que “los hombres son creados iguales”–; o la “Declaración de Derechos” francesa, que comienza haciendo una referencia a la libertad e igualdad que une a las personas.

La noción de igualdad presentada en las líneas anteriores responde, sin dudas, a una interpretación de entre las muchas posibles, de la idea de igualdad. Por ello, es importante que desde un comienzo especifique qué tipo de idea de igualdad es la que voy a tomar en cuenta de aquí en adelante. Ante todo, la noción de igualdad que tomo en cuenta se distingue por tener ciertos rasgos individualistas, en un sentido modesto del término: cada persona en sí misma nos resulta importante, a cada una de ellas merece asignársele un valor idéntico. Por otra parte, dicho compromiso con la suerte de cada persona implica, según entiendo, tratar a cada persona *como* un igual, más que tratar a cada persona igual: lo que se pretende es afirmar nuestra preocupación por la igual consideración y respeto que nos merece cada uno.⁶ Uno fallaría en su compromiso con la igualdad, en tal sentido, y por ejemplo, si no proveyera un tratamiento especial a la mujer en el ámbito del trabajo, en consideración de su embarazo; o no tomara medidas especiales para asegurar la protección de los intereses de la comunidad negra, luego de siglos de una indebida postergación alentada y mantenida por el Estado.

⁵ Esta posición resulta obviamente tributaria de la sostenida por Dworkin. Ver Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Londres, Duckworth, 1977; Nagel, Thomas, *Mortal Questions*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979; o Kymlicka, Will, *Contemporary Political Philosophy: An Introduction*, Oxford, Oxford University Press, 2001, en cuanto a que todas las teorías políticas plausibles reconocen como valor último el valor de la igualdad.

⁶ Dworkin, Ronald, *op. cit.*, nota 5; Dworkin, Ronald, *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985; y Dworkin, Ronald, *Sovereign Virtue*, Cambridge, Harvard University Press, 2000.

Aunque son, evidentemente, muchas las formas posibles en las que pensar la idea de igualdad, en lo que sigue asumiré a la misma como vinculada con la perspectiva desarrollada en las últimas décadas por la filosofía política liberal igualitaria. Conforme a una lectura posible de dicha tradición, tratar a cada individuo como un igual conlleva una preocupación por asegurar que la vida de cada individuo dependa de las *elecciones* que cada individuo realiza, y no de las meras *circunstancias* en las que le toca nacer.⁷ La vida de alguien resulta inapropiadamente definida por las circunstancias en las que le toca nacer cuando, por ejemplo, el sistema institucional permite que algunos reciban beneficios y otros resulten perjudicados por hechos que son ajenos a su responsabilidad (por ejemplo, por el hecho de que hayan nacido en condiciones de pobreza o riqueza; por el hecho de que hayan nacido con ventajas o desventajas intelectuales o físicas; o por el hecho de que pertenezcan a tal o cual género o grupo racial). Por ello, la debida preocupación por la igual dignidad de cada una —una preocupación que debe ser constitutiva de todo sistema institucional equitativo— resulta entonces violada cuando el Estado, por ejemplo, legítima o refuerza, en lugar de confrontar, aquellas injusticias “naturales” — injusticias que son producto, como dice Rawls, del “azar de la naturaleza.” El objeto final de la acción pública debe ser, entonces, el de asegurar que nadie tenga acceso a un peor sistema educativo, a un peor servicio sanitario, o a un peor proceso educacional, por razones que son ajenas a su control. El objetivo final, en definitiva, es que el sistema institucional no distribuya “premios y castigos” en razón de factores *arbitrarios desde un punto de vista moral*, sino en razón de las elecciones que cada uno realiza.

Esta posición —conforme a la cual la vida de cada uno depende fundamentalmente de las decisiones de cada uno— aparecerá en lo que sigue como “ideal regulativo,” o “punto de reposo” de muchas de las consideraciones que presente. Dicho ideal, conforme iré dejando en claro, será interpretado de un modo particular, asumiendo lo siguiente. En primer lugar, que tal ideal puede resultar violado tanto por acciones como por omisiones del Estado o, en ciertos casos, de otros particulares. En tal sentido, y por ejemplo, asumiré que el Estado no cumple con sus deberes de asegurar a todos un igual trato cuando meramente se abstiene de actuar, en una situación en donde algunos gozan de ventajas frente a los demás, y las

⁷ Rawls, John, *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1971; y Dworkin, Ronald, *A Matter of Principle*, *op. cit.*, nota 5.

mismas resultan ya sea de su buena fortuna, ya sea de previas acciones indebidas del Estado (por ejemplo, una indebida concesión de derechos, como la que podría resultar de una asignación de tierras que se hiciera sin consideración de los reclamos igualmente legítimos que otros individuos pudieron haber tenido en ese momento; o la concesión de licencias realizada sin atención a los intereses fundamentales de los demás). En segundo lugar, la idea de “respetar las decisiones de cada uno” la tomo como incompatible con la de asumir como “dadas” las pretensiones de cada uno. Para decirlo de otro modo, considero aquí que es muy habitual que nuestras pretensiones sean simplemente un reflejo de una estructura cultural conformada a partir de prejuicios, abusos y privilegios injustificados, por lo que el respeto por las decisiones de cada uno requiere, al menos, de un previo proceso de información y reflexión crítica sobre la propia situación de cada uno, y sobre sus relaciones con los demás y con el Estado. En tercer lugar, considero que el ideal de respetar a todos por igual, a pesar de su contenido individualista, no implica negar la posibilidad de tomar acciones en favor de colectivos determinados. Típicamente (y conforme a los mismos ejemplos arriba citados), en una sociedad en donde el estatus de la mujer o de alguna minoría racial se encuentra perjudicado por previas acciones u omisiones del Estado (como quien impidió a través de las leyes que dictaba que aquellos accedieran a estudios adecuados o a posiciones públicas de poder), el compromiso con el trato igual requiere de la toma de decisiones orientadas a remediar la situación de los colectivos indebidamente perjudicados. En tal sentido, el Estado no actuaría de un modo “debidamente neutral” frente a todos, si permitiera que la suerte de determinados individuos empeorara en razón de su pertenencia a determinados grupos previamente perjudicados por el activismo estatal.

IV. IGUALITARISMO Y DEMOCRACIA

Una vez que reconocemos el valor último de la idea de igualdad, nos encontramos en mejores condiciones para proseguir nuestros estudios. En particular, y en lo que sigue, quisiera dedicarme a aclarar algunas ideas vinculadas con el compromiso democrático. Al respecto, y en primer lugar, me interesa *afirmar que la superioridad moral de la democracia no significa que debemos situar en el mismo plano a toda expresión de la voluntad ciudadana*. En efecto, para quienes asumimos que todos somos fundamentalmente iguales –y que nadie tiene, por tanto, el derecho de arrogarse el poder de decidir en nom-

bre de otro u otros— las *expresiones más directas* de la voluntad ciudadana tienen más valor que aquellas otras que se encuentren más mediadas institucionalmente. En tal sentido, y por ejemplo, tenemos razones para adjudicar mayor legitimidad democrática a la decisión de una legislatura que a la decisión de un juez; o a la decisión del Presidente que a otra tomada por un funcionario ministerial nombrado por él (lo cual no niega, por supuesto, que coyunturalmente podamos estar “más de acuerdo” con las últimas que con las primeras). Del mismo modo, las decisiones tomadas directamente por la ciudadanía merecen ser jerarquizadas por encima de las que pueda adoptar la misma legislatura que la represente (ello, contra lo que pudieron decir los propios “padres fundadores” en la Argentina o en los Estados Unidos).

Por otra parte, cuando reconocemos que nuestra racionalidad es limitada, no podemos sino asumir que todos y cualquiera de nosotros puede equivocarse en sus juicios y razonamientos, y que habitualmente no alcanzamos a manejar toda la información que necesitaríamos para decidir bien. De allí que no podamos considerar que todas las decisiones tomadas en respeto de la regla mayoritaria sean idénticas.

Porque respetamos a todos por igual, y *porque* asumimos que nadie tiene el conocimiento suficiente como para decidir en nuestro nombre (es decir, porque asumimos que todos podemos equivocarnos), es que necesitamos escuchar a todos los demás, y corregir nuestros juicios mutuamente. Cuanto menos oportunidades nos demos para llevar adelante este proceso de mutua clarificación, más riesgos correremos de decidir mal, esto es, a partir de *errores, prejuicios o falta de información*. Esto parece explicar por qué los gobernantes más autoritarios suelen ser los que más se entusiasman con las invocaciones a las mayorías; por qué Pinochet en los 80, o Fujimori en los 90 convocaron alegremente a la celebración de plebiscitos destinados a ratificar su presencia en la cúspide del poder (como lo hiciera, también, el ex gobernador Eduardo Duhalde en la provincia de Buenos Aires). Ocurre que, si se restringe la circulación de información y opiniones críticas, mientras se insiste con la propaganda en favor de quien está en el poder (como hicieran cada uno de los nombrados); si se prohíbe la existencia de sindicatos o partidos políticos (como ocurriera durante el régimen de Pinochet); o se permite que el debate público esté controlado por el poder y el dinero, luego, las posibilidades de que el convocante obtenga una victoria en la compulsa electoral se incrementan de un modo obvio. Así, quedamos sujetos a la peor situación posible: la autoridad de turno puede mostrar al mundo su autoridad reluciente, y fortalecida por la legitimación popular.

Por advertir lo anterior, es que quienes defienden un compromiso radical con la democracia tienen la especial responsabilidad de tomarse en serio el diseño de las reglas capaces de darle sentido al mismo.

Lo dicho lleva implícito una reflexión de teoría de la democracia, orientada a distinguir entre distintas formas en que es posible concebir a la misma. En particular, las consideraciones recién avanzadas implican el rechazo a una idea que tiene mucho predicamento dentro de los estudios de la democracia (vinculada con lo que se ha dado en llamar la concepción *pluralista* de la democracia⁸), y que sostiene o simplemente asume que el sistema político debe encargarse, fundamentalmente, de agregar las diferentes preferencias existentes dentro de la sociedad, para poner en práctica aquellas que cuentan con mayor respaldo. Contra dicha visión, aquí se procura distinguir —como ya sugiriéramos— entre la *agregación* y la *transformación* de preferencias.⁹ Lo que se afirma es que, justamente a partir de la señalada necesidad de no tomar como dados los errores, prejuicios o falta de información de cada uno, la democracia debe ser concebida como un ámbito destinado primordialmente a facilitar la reflexión crítica. Esta afirmación merece entenderse en un sentido fundamentalmente modesto: lo que se quiere significar es que el *status quo* no merece un tratamiento deferencial, por el hecho de serlo. Ello, en particular, cuando —tal como ocurre en una mayoría de sociedades modernas— las condiciones iniciales en las que se desarrolla la política no parecen especialmente justificadas.

La posición anterior, favorable a concebir la democracia como un proceso orientado a la “transformación” de preferencias, se ve reforzada por una multitud de estudios psicológicos que muestran de qué modo las decisiones y acciones de las personas resultan moldeadas a partir de las normas (jurídicas, sociales) que enmarcan la vida de cada uno.¹⁰ Sin necesidad de abrir juicios acerca del grado de justicia e injusticia de las instituciones actuales resulta claro, al menos, que las sociedades modernas se han edificado sobre la base de múltiples e inaceptables injusticias, que incluyeron medidas racistas, sexistas y xenóforas, entre otras. De allí que haya razones adi-

⁸ Ver Dahl, Robert A., *A Preface to Democratic Theory*, Chicago, The University of Chicago Press, 1956.

⁹ Sunstein, Cass, “Preferences and Politics”, *Philosophy and Public Affairs*, año 1991, vol. 20, núm 1, pp. 3-34.

¹⁰ Ver, por ejemplo, Sunstein, Cass, *Free Markets and Social Justice*, Oxford, Oxford University Press, 1997, p. 38. Una buena colección de textos al respecto en Sunstein, Cass (ed.), *Behavioral Law and Economics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

cionales para someter a un proceso de examen crítico las posiciones iniciales de cada uno. Ocurre que, por ejemplo, es dable esperar que luego de largas décadas o siglos de racismo, muchas personas de color hayan desarrollado una visión muy degradada acerca de sus propias capacidades. Del mismo modo, es esperable que luego de una larga época en que se les privaba del voto o del mismo derecho a trabajar, muchas mujeres hayan comenzado a verse a sí mismas como incapaces de desarrollar tareas para las que están perfectamente calificadas. Así también, en contextos como los citados, es dable esperar que muchos empleadores o dirigentes políticos desarrollen visiones prejuiciadas acerca de aquellos grupos, y acerca de los derechos y obligaciones que pueden corresponderles. En definitiva, en una mayoría de casos, y muy especialmente frente a situaciones como las descritas, caracterizadas por largos años de injusticia, tiene sentido poner en tela de juicio al *status quo*, y organizar conforme a dicho criterio a las instituciones democráticas. En otros términos, en situaciones como las citadas la democracia no merece ser pensada, meramente, como un instrumento orientado a la agregación de preferencias —un instrumento encargado en convertir las injusticias históricas en injusticias legítimas—.

Del mismo modo, consideraciones como las anteriores, que asumen el igual valor de cada individuo, tienden a reafirmar el presupuesto milliano conforme al cual cada individuo es “soberano sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y mente”.¹¹ Con Mill, reconocen entonces que cada persona es el mejor juez de sus propios intereses. Conviene aclarar que, al afirmar una idea como la citada, uno no queda comprometido con ninguna de las dos ideas siguientes: que uno siempre está en lo cierto, en lo que concierne a su propia vida (por ejemplo, que uno siempre escoge el mejor camino alternativo posible, cuando se encuentra en una encrucijada vital); y que los demás no pueden tener razón (y aun, ocasionalmente, más razones que nosotros mismos) al pronunciarse acerca de nuestras elecciones personales. Lo que se quiere afirmar, más bien, es que cada persona se encuentra excepcionalmente bien situada para reconocer cuáles son sus propios intereses, cuáles son sus deseos y temores, cuál es la intensidad con la que abraza o rechaza ciertas opciones. Esa posición privilegiada convierte a cada uno en el “mejor juez” de su propio destino, y hace presumir que, tendencialmente, nadie vaya a saber sopesar mejor que uno los propios intereses.

¹¹ Mill, John Stuart, *On Liberty*, Indianápolis, Bobbs-Merrill Co., 1956, p.13.

Dicho presupuesto tiene implicaciones muy significativas en materia de filosofía política. Fundamentalmente, el mismo nos sugiere que los problemas colectivos deben ser discutidos colectivamente, si lo que se pretende es adoptar decisiones que traten a todos imparcialmente, esto es, según voy a asumir aquí, decisiones que sepan balancear adecuadamente los intereses de todos. Afirmar esto implica rechazar, por ejemplo, una postura muy habitual entre quienes se ocupan del estudio y diseño de sistemas institucionales, conforme a la cual la mejor garantía para la adopción de decisiones imparciales está dada por la reflexión individual, aislada, de algunas personas bien instruidas (típicamente, los jueces). Esta posición *monológica* –epistémicamente elitista, según el lenguaje de Carlos Nino–¹² es desplazada aquí en favor de una diferente, *colectivista*, que vincula la imparcialidad con procesos de reflexión colectiva.¹³

Esta posición es fundamentalmente *inclusiva* en cuanto sostiene que el mejor método para garantizar que ningún punto de vista sea ignorado o supra o sub-valorado consiste en asegurar la intervención –y en definitiva, la *presencia*–¹⁴ de todos los *potencialmente afectados* por la decisión en juego¹⁵ en el proceso de toma de decisiones. Esto es decir, se afirma aquí que en la medida en que el proceso de toma de decisiones tenga menos que ver con un proceso inclusivo, del que toman parte todos aquellos interesados en la decisión, y desde un lugar igual, menos razones va a haber para pensar que la decisión finalmente adoptada sea una decisión imparcial.

Por supuesto, no se afirma aquí que nadie puede ni debe hacer el esfuerzo para situarse en el lugar de los demás. Es claro que todos tenemos cierta capacidad para la empatía, y que es muy valioso hacer ese esfuerzo por reconocer y entender el punto de vista de los demás. Lo que se dice aquí es que una comunidad mejora las chances de adoptar una decisión imparcial en la medida en que escucha efectivamente a aquellas personas o grupos que pueden ser afectados por la decisión en juego.¹⁶ O, en otros

¹² Nino, Carlos Santiago, *The Ethics of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1991.

¹³ Habermas, Jürgen, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory on Law and Democracy*, Cambridge, MIT Press, 1996.

¹⁴ Phillips, Anne, *The Politics of Presence*, Oxford, Clarendon Press, 1995; y Williams, Melissa S., *Voice, Trust and Memory*, Princeton, Princeton University Press, 1999.

¹⁵ Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 13.

¹⁶ Phillips, Anne, *op. cit.*, nota 14; Kymlicka, Will, *Multicultural Citizenship*, Oxford, Clarendon Press, 1995.

términos, se dice aquí que una comunidad reduce los riesgos de ignorar o pasar por alto la consideración de ciertos intereses relevantes, dejando que los propios afectados tengan la oportunidad de hacer uso de la palabra, y explicar a los demás por qué sostienen la posición que sostienen.

Llegamos así, entonces, a otra consideración clave para caracterizar a la posición que aquí tomaremos como punto de referencia. Y ésta es la importancia de la *deliberación colectiva* a la hora de determinar de qué modo deben tomarse las decisiones frente a problemas de índole colectiva. La deliberación se defiende aquí, ante todo, en razón de que los procedimientos de discusión resultan, en principio, adecuadamente respetuosos del principio según el cual todos merecemos un igual respeto —el principio que nos dice que nadie tiene el derecho de arrogarse el poder de tomar decisiones sobre todos los demás miembros de la sociedad—. Pero concurren varias otras razones en defensa de un procedimiento dialógico. Por una parte, dicho procedimiento nos ayuda a conocer alternativas que de otro modo podríamos tener dificultades en conocer; nos ayuda, así, a corregir nuestras propias posturas; nos permite entender por qué los demás están de acuerdo o no con nosotros; contribuye a que conozcamos puntos de vista que podríamos haber ignorado simplemente en razón de prejuicios; favorece la consolidación de una práctica conforme a la cual las decisiones se toman por consenso, y no como resultado de la imposición arbitraria de algún grupo. Finalmente, los procedimientos de discusión nos fuerzan a dar razones acerca de por qué defendemos una posición u otra. Si no lo hacemos —si decimos simplemente— “defiendo esta posición porque sí,” o “porque me conviene a mí,” seguramente tendremos dificultades en ver nuestra propuesta aprobada. Por supuesto, la discusión no hace un llamado a la hipocresía —a que cada uno indague, estratégicamente, de qué modo puede agradar o persuadir a los demás— aunque algunos vayan a hacer un uso meramente manipulativo de los argumentos. De lo que se trata es de reducir ciertos riesgos finalmente presentes en cualquier procedimiento de toma de decisiones, a la vez que proveer de mayores incentivos y posibilidades a alternativas que se consideran valiosas.

Lo dicho no implica entonces una defensa dogmática ni incondicional de la discusión: un debate del que algunos sectores se encuentren sistemáticamente excluidos; en donde la distribución de la palabra depende del dinero o capacidad de influencia de cada uno; en donde el uso de la palabra queda disociado de la toma final de decisiones, no es un debate que merezca mayor atención. Del mismo modo, defender la deliberación no implica sostener que la misma implica —o debe implicar, para tener senti-

do— el logro de un consenso unánime entre los participantes; o creer que un previo proceso deliberativo garantiza la imparcialidad final de la decisión en juego: lo que se mantiene, más bien, es que la deliberación es un procedimiento justificado, y capaz de favorecer una dinámica colectiva valiosa. Finalmente, la defensa de la deliberación no implica sostener la idea de que la deliberación va a llevar al logro de acuerdos armónicos, más que a la revelación o estallido de conflictos.¹⁷ La deliberación puede generar tanto como disolver conflictos, y su sostenimiento se basa, en todo caso, en razones independientes, como las citadas más arriba.

V. CONCLUSIÓN

En este trabajo, exploramos el conflicto entre constitucionalismo y democracia, y analizamos también una posible salida en torno al mismo, a través del valor de la igualdad. Ambos ideales —el del constitucionalismo y el de la democracia— encuentran allí su fundamento último, y la razón que les da sustento.

VI. BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

- BREAD, Charles A., *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*, New York, Macmillan. 1913.
- DAHL, Robert A., *A Preface to Democratic Theory*, Chicago, The University of Chicago Press, 1956.
- DWORKIN, Ronald, *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985.
- _____, *Sovereign Virtue*, Cambridge, Harvard University Press, 2000.
- _____, *Taking Rights Seriously*, Londres, Duckworth, 1977.
- ELSTER, John, *Ulysses and the Sirens. Studies in Rationality and Irrationality*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979.
- _____, *Ulysses Unbound*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

¹⁷ Przeworski, Adam, “Deliberation and Ideological Domination”, en Elster, John (ed.), *Deliberative Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998.

- HABERMAS, Jürgen, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory on Law and Democracy*, Cambridge, MIT Press, 1996.
- HOLMES, Stephen, "Precommitments and the Paradox of Democracy," in Elster, John and SLAGSTAD, Rune (ed.), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press. 1998.
- KYMLICKA, Will, *Contemporary Political Philosophy: An Introduction*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
- _____, *Multicultural Citizenship*, Oxford, Clarendon Press, 1995.
- MILL, John Stuart, *On Liberty*, Indianápolis, Bobbs-Merrill Co., 1956.
- NAGEL, Thomas, *Mortal Questions*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979.
- NINO, Carlos Santiago, *The Ethics of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1991.
- PHILLIPS, Anne, *The Politics of Presence*, Oxford, Clarendon Press, 1995; y Williams, WILLIAMS, Melissa S., *Voice, Trust and Memory*, Princeton, Princeton University Press, 1999.
- RAWLS, John, *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1971.
- SUNSTEIN, Cass, "Preferences and Politics", *Philosophy and Public Affairs*, año 1991, volumen 20, núm 1.
- _____, (ed.), *Behavioral Law and Economics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.
- _____, *Free Markets and Social Justice*, Oxford, Oxford University Press, 1997.
- WILLIAMS, Melissa S., *Voice, Trust and Memory*, Princeton, Princeton University Press, 1999.