



Cuadernos de Investigación

COLECCIÓN BIBLIOGRÁFICA

La democracia deliberativa a debate

LEONARDO GARCÍA JARAMILLO (Coordinador)

LUCAS ARRIMADA

ROBERTO GARGARELLA

CRISTINA LAFONT

JOSÉ LUIS MARTÍ

OSCAR MEJÍA QUINTANA

ANDRÉS PALACIOS LLERAS

MARÍA LUISA RODRÍGUEZ

ISBN 978-958-44-7682-1.

Medellín. Enero de 2011

Documento 85- 012011

ISBN 978-958-44-7682-1

© 2011, Leonardo García Jaramillo (Coord.)

© 2011, Universidad EAFIT
Investigación y Docencia

Primera edición

Enero de 2011

Fotografía de cubierta

Serment du Jeu de paume

(*El juramento del juego de pelota*) (1791)

de Jacques-Louis David –detalle–

Tiraje

200 ejemplares

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

Director

Félix Londoño González

Los contenidos de este documento son responsabilidad de los autores.

Se autoriza la reproducción total o parcial de este material para fines educativos siempre y cuando se cite la fuente.

SERIE CUADERNOS DE INVESTIGACIÓN

Colección Bibliográfica

UNIVERSIDAD EAFIT

Carrera 49 7 sur 50

Teléfono + (574) 261 95 40

Medellín, Colombia

www.eafit.edu.co/investigacion

TABLA DE CONTENIDO

AUTORES	5
PRESENTACIÓN.....	9
Leonardo García Jaramillo	
I - VERSIONES Y PROBLEMÁTICAS DE LA TEORÍA	19
¿ES COHERENTE EL IDEAL DE LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA?	21
Cristina Lafont	
LA PARADOJA DE LAS PRECONDICIONES DE LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA EN NINO ...	41
José Luis Martí	
EL DERECHO A LA PROTESTA Y LA TEORÍA DELIBERATIVA DE LA DEMOCRACIA EN GARGARELLA	55
Leonardo García Jaramillo	
SIN FRENOS NI CONTRAPESOS	75
Democracia deliberativa: mucho más allá del presidencialismo y parlamentarismo Lucas Arrimada	
MODELOS ALTERNATIVOS DE DEMOCRACIA DELIBERATIVA	97
Una aproximación al estado del arte Oscar Mejía Quintana	

II - LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA COMO IDEAL REGULATIVO Y CONCEPTO NORMATIVO	117
LAS PARADOJAS DE LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA..... Andrés Palacios Lleras	119
LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA Y SUS PRESUNTAS PARADOJAS..... Roberto Gargarella	137
DESAFÍOS DE LA DELIBERACIÓN CIUDADANA EN EL MARCO DE LA JUSTICIA..... María Luisa Rodríguez	149
LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA EN LAS SOCIEDADES SEMIPERIFÉRICAS	157
Una apología desde las críticas al Plan de Desarrollo (2006 – 2010) Leonardo García Jaramillo	
BIBLIOGRAFÍA GENERAL	199

AUTORES (en orden alfabético)

Lucas Arrimada. Profesor, Departamento de Derecho Público y Filosofía del Derecho e Investigador del Instituto de Investigaciones A. L. Gioja, Facultad de Derecho (UBA/CONICET). Abogado con estudios en ciencia política y sociología. Ha publicado capítulos de libros y artículos sobre instituciones políticas, derechos humanos y democracia deliberativa.

Roberto Gargarella. Profesor, universidades Torcuato Di Tella y de Buenos Aires. Doctor en Derecho, Universidad de Buenos Aires. Doctor en Derecho, Universidad de Chicago. Entre su obra: *Las teorías de la justicia después de Rawls* (1999), *La justicia frente al gobierno* (1996), *Democratization and the Judiciary* (coed., 2004) y *The Legal Foundations of Inequality* (2010).

Leonardo García Jaramillo. Profesor, Programa de Ciencias Políticas y editor, Departamento de Humanidades, Universidad EAFIT. Abogado con estudios en filosofía. Realiza estudios de maestría, Universidad EAFIT. Recientemente coordinó, con Miguel Carbonell, la edición académica de *El canon neoconstitucional* (2010), en donde participó también como autor y traductor.

Cristina Lafont. Profesora, Northwestern University. Doctora en Filosofía, bajo la dirección de J. Habermas, Universidad de Frankfurt. Autora de *Sprache und Welterschließung* (1994), *The Linguistic Turn in Hermeneutic Philosophy* (1999) y *Habermas Handbuch* (co-ed., 2010), entre otros.

José Luis Martí. Profesor, Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, de la cual es Doctor en Derecho. Entre su obra: *La república deliberativa: una teoría de la democracia* (2006), *Nuevas ideas republicanas* (coed., 2004), *Deliberative Democracy and Its Discontents* (coed., 2006) y *A Political Philosophy in Public Life* (con P. Pettit, 2010).

Oscar Mejía Quintana. Profesor Titular, Departamento de Ciencia Política, Universidad Nacional de Colombia. Doctor en Filosofía Política, Pacific Western University, Los Ángeles. Autor de, entre otros, *Justicia y democracia consensual* (1997), *Derecho, legitimidad y democracia deliberativa* (1998) y *Teoría política, democracia radical y filosofía del derecho* (2005).

Andrés Palacios Lleras. Abogado de la Universidad de los Andes, en la cual imparte un seminario en la Maestría en Derecho. Magíster en Derecho, Universidad de Harvard. Autor de artículos sobre análisis económico del derecho público y privado. Trabaja en el despacho del Superintendente de Industria y Comercio.

María Luisa Rodríguez. Profesora asociada, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Universidad Nacional de Colombia. Doctora en Derecho, Universidad Pompeu Fabra y autora del libro *Minorías, acción pública de inconstitucionalidad y democracia deliberativa* (2005).

“Una doctrina no puede juzgarse si no es en su mejor versión”.

JOHN S. MILL

Citado por Rawls en sus “Comentarios sobre mi docencia” (1993)

“La democracia genuina implica la participación en un proceso de autogobierno en el cual la ley trata a todos los ciudadanos con igual consideración y respeto, de modo que la propia democracia queda en peligro cuando cualquier gobierno, aún se trate de uno proveniente de elecciones justas, falla en corregir la injusticia profunda y manifiesta contra algún grupo”.

RONALD DWORKIN

Frase extractada de su contribución al reporte sobre la Comisión Nacional de los desaparecidos en Argentina (1986)

PRESENTACIÓN

Como sucedió con la ciencia de la política que hasta finales del siglo XVIII estuvo severamente controlada por la teología, pues se creía en el carácter divino del Estado y en el soberano como una autoridad investida por Dios, en Colombia la filosofía y la educación en general tuvieron hasta la última década del siglo pasado un marcado influjo por parte de la iglesia católica. Uno de los primeros actos políticos del gobierno de Rafael Núñez, luego de proclamada la Constitución regeneracionista de 1886, fue firmar un concordato con la Santa Sede (1887). La propia Constitución preceptuaba, en su artículo 41, que la educación pública sería organizada y dirigida en concordancia con la religión católica.

El concordato por su parte reguló que en las universidades, colegios, escuelas y demás centros de enseñanza, la educación y la instrucción pública se organizará y dirigirá en conformidad con los dogmas y la moral de la religión católica. Es decir, no sólo se consagraba la obligatoriedad de la enseñanza religiosa y la observancia de las “prácticas piadosas” de la religión católica (art. 12), sino que se establecía que: “El gobierno impedirá que en el desempeño de asignaturas literarias, científicas y, en general en todos los ramos de instrucción, se propaguen ideas contrarias al dogma católico y al respeto y la veneración debidos a la Iglesia” (art. 13). Y adicionalmente, “en caso

de que los maestros encargados de la enseñanza de la religión y la moral se alejaran de la doctrina católica, el obispo puede intervenir para retirarlos de sus puestos” (art. 14)¹.

La educación teocrática, reflejo del Estado teocrático, encadenó el pensamiento moderno en la medida en que la iglesia retardataria y muchas veces reaccionaria, tenía amplias prerrogativas para organizar los planes de estudio y determinar qué se leía y qué no, y quienes enseñaban y quienes dejaban de hacerlo. Ya lo decía Miguel Antonio Caro², el ideólogo de la Constitución regeneracionista y del régimen que se estableció a partir de ella, en sus *Escritos Políticos* “Las doctrinas políticas se derivan de principios morales y los principios morales de verdades religiosas”. La alianza entre el poder estatal y la moral cristiana³ configuró un tipo de sociedad y de ciudadano en

1 En 1993 se eliminó de nuestro ordenamiento jurídico dicho concordato cuando fue declarado inconstitucional gran parte de su articulado, en sentencia C-027 de 1993.

2 Dentro de los principales trabajos se cuenta el compilado por Rubén Sierra Mejía, *Miguel Antonio Caro y la cultura de su época* (2002) y, sobre la construcción de la nacionalidad, ver la contribución de Rodolfo Arango.

3 La ley 153 de 1887 dice en su artículo 13: “La costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva” y, si bien la Corte en examen de constitucionalidad lo declaró exequible, señaló que la expresión “moral cristiana” significa “moral general” o “moral social”. Cfr. sentencia C-224 de 1994.

donde la modernidad secular, en particular la laicidad, era vista como un enemigo. Así como la educación era educación católica, lo pecaminoso era necesariamente también delictivo.

La iniciación del filosofar se dio, en este contexto, por parte de quienes recibieron la influencia del movimiento teológico-filosófico escolástico (dominicos, franciscanos y tomasinos) y estuvo en particular determinada por el neotomismo católico contra-moderno⁴. Su función por tanto era exclusivamente ideológica. Religión, lengua y autoridad fueron los elementos a partir de los cuales la Constitución de Núñez y Caro pretendía construir la nacionalidad colombiana, por lo cual la enseñanza de la filosofía fue configurada por las doctrinas y “prácticas piadosas” de la religión católica.

Creo que sin exageración puede afirmarse que la génesis de la filosofía secular y universitaria, en sentido moderno, desempeñó un papel decisivo en la ruptura con esta tradición, lo cual tuvo hondas incidencias no sólo intelectuales sino también culturales. La filosofía nació en Colombia gracias al grupo de intelectuales, juristas en su mayoría, que decidieron darle forma a la idea de incorporar la academia colombiana en las nuevas corrientes de la filosofía occidental. Los primeros planes de estudio filosófico entonces nacieron en las viejas facultades de derecho. La fundación del Instituto de Filosofía y Letras de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional, en 1946, se considera el momento de “normalización” de la filosofía (Francisco Romero), es decir, cuando se convierte en una función normal de la cultura. Por su parte,

4 Por lo cual Rubén Jaramillo Vélez sostuvo, en su libro *Colombia: la modernidad postergada*, que de lo que se trataba con la fundación del Instituto de Filosofía de la Universidad Nacional (1946), es decir con la normalización de la filosofía, era superar la postergación de la modernidad en Colombia.

los ensayos y libros de sus primeros profesores se consideran la génesis de la filosofía moderna.

Por el ascendiente jurídico de los primeros profesores que se dedicaron profesionalmente a la filosofía, los temas y problemas iusfilosóficos ocuparon buena parte de la producción intelectual y de la agenda de investigación en ese entonces. Dos de las tres obras que marcaron decisivamente el inicio de la filosofía moderna en Colombia son iusfilosóficas: *Lógica, fenomenología y formalismo jurídico* (1942) de Luis Eduardo Nieto Arteta y *El ambiente axiológico de la teoría pura del derecho* (1947) de Rafael Carrillo⁵. El primer director del Instituto fue Carrillo, quien terminó estudios de derecho en la Universidad Nacional, aunque no se graduó. En 1945 publica *Filosofía del derecho como filosofía de la persona* en varios números de la Revista de dicha Universidad. Nieto Arteta se licenció en Derecho y posteriormente se dedicó a estudiar filosofía del derecho y las corrientes fenomenológicas; se le considera el primer difusor de la teoría pura de Kelsen en Colombia y escribió trabajos como *La interpretación de las normas jurídicas* (1994), así como numerosos artículos en revistas jurídicas antioqueñas.

Otras figuras importantes en la normalización de la filosofía en Colombia fueron Cayetano Betancur, abogado de la Universidad de Antioquia, se destacó por sus obras *Ensayo de una filosofía del derecho* (1937), *Introducción a la ciencia del derecho* (1953) y *Vida del derecho, manual del ciudadano* (1974); fundó en 1951 la que es considerada ahora la principal revista filosófica colombiana: *Ideas y valores*. El jurista Jaime Vélez Sáenz se doctoró en Filosofía en la Universidad

5 Ajuicio de Rubén Sierra en su libro *Ensayos filosóficos*. La otra obra es *Nueva imagen del hombre y de la cultura*, de Danilo Cruz Vélez (1948).

de Notre Dame, Estados Unidos, y dentro de sus investigaciones se destacan *El derecho como ciencia cultural* y su disertación *The Doctrine of the Common Good in the Works of St. Thomas Aquinas*. Abel Naranjo Villegas abogado de formación, estudió filosofía con García Morente en Buenos Aires, escribió entre otros, *Filosofía del derecho* (1947) y *Tradición y reforma constitucional* (1964). Jaime Sanín Greiffenstein impartió reputadas lecciones sobre filosofía jurídica en la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín, las cuales aparecieron en varios números, durante 1958, de la revista *Udem*. Danilo Cruz Vélez, abogado pero cuyos intereses en la filosofía se enfocaron rápidamente en la fenomenología y en 1951 viaja a Friburgo para asistir a las clases que recién volvía a impartir Heidegger luego de que en 1946 la comisión de desnazificación le prohibiera enseñar en la universidad.

Si bien dentro de lo que cabe en la filosofía del derecho en sentido lato⁶ la producción bibliográfica e intelectual en general que se ha venido desarrollando en Colombia desde entonces, propia y por traducciones, es cada vez mayor y de un nivel reconocido cada vez más por fuera de nuestras fronteras, la centralidad filosófica en Colombia se ha desplazado hacia otros campos y, sobre todo, se

6 En "Naturaleza y función de la filosofía del derecho" (1980) Bobbio distingue los tipos de investigación que se desarrollan dentro de la filosofía del derecho en sentido lato: una filosofía del derecho en sentido estricto que colinda con la filosofía política y consiste en elaborar sistemáticamente propuestas de reforma a la sociedad actual para adecuarla a ciertos valores de justicia. Una teoría general del derecho que se ocupa del concepto de derecho y de otras nociones jurídicas generales ("norma", "obligación", "sanción", "validez"). Una sociología jurídica que estudia las relaciones entre derecho y sociedad. Una metodología jurídica que indaga por la interpretación jurídica entendida como el conjunto de operaciones que realizan los juristas relacionadas con "el hallazgo, la interpretación y la formulación de las reglas jurídicas", así como de los estudios sobre el método y sobre la cientificidad de la ciencia jurídica ("la noción de ciencia jurídica y sus relaciones con las otras ciencias").

ha diversificado. Respecto de la filosofía política, dejando por fuera a los autores de la independencia (Rousseau, Montesquieu y los enciclopedistas franceses) y quienes tuvieron influencia en el siglo primero de la República (Destutt de Tracy, pero ante todo Jeremias Bentham, cuya lectura la hizo obligatoria el General Santander), podría afirmarse que la filosofía del siglo XX (después de la segunda República Liberal) tuvo mucha influencia del marxismo (de un Marx leído acomodaticamente que fue introducido por los sindicalistas y militantes, que en la academia primero fue receptado por los economistas y, tardíamente, por los filósofos). Ya en la década del 60 se abre el espectro con marxistas franceses, con Foucault⁷.

En la actualidad, y debido en parte al propio resurgimiento global del pensamiento político por la obra de John Rawls⁸, la filosofía moral y política ocupa en Colombia, sin duda, un lugar privilegiado. Tal inclinación constituye también un pronto reflejo de los desarrollos que esta rama ha mostrado en otros países iberoamericanos durante las décadas recientes. Los congresos y seminarios cada vez más numerosos, así como las publicaciones periódicas y monográficas⁹ sobre sus principales temas y problemas, han revitalizado y fortalecido las reflexiones –tan necesarias en nuestra región– sobre la legitimidad del poder político y de la autoridad del Estado, así como la imparcialidad de las leyes, los déficit de

7 Agradezco aquí la orientación de Delfín Ignacio Grueso.

8 Sobre Rawls se ha publicado en Colombia: García (2004), Grueso (1997; 2005; 2008), Mejía (1997; 2005: cap. 2), Cortés (1999: caps. I, II, III, VI; 2007: caps. I,3, III, VI,2) y Botero (2005). El primer artículo publicado en Colombia sobre Rawls es de Romero (1981), lo cual es significativo una vez que se sabe que el estudio que introdujo la teoría de Rawls en Latinoamérica es de Nino (1984).

9 Por ejemplo, se destacan las compilaciones: Hoyos – Uribe (1998), Grueso (2003), Cortés – Giusti (2007), Hoyos (2004) y Arango (2007).

representación política y principios como los de libertad e igualdad.

Las tesis presentadas y los argumentos defendidos por parte de los filósofos políticos colombianos, constituyen un valioso empeño por receptar y difundir las herramientas conceptuales surgidas en otras latitudes, gracias a lo cual nuestras propias preocupaciones se dilucidan y se contribuye a que teorías transnacionales se articulen en discusiones democráticas respecto de los sistemas institucionales, el pluralismo característico de las sociedades contemporáneas, la protección de los derechos de libertad así como de los sociales en el marco de una economía libre, pero solidaria de mercado, y la reivindicación del papel ciudadano en el diseño de las instituciones para la consecución de los ideales que, en tanto sociedad, procuramos alcanzar. De esta forma, se ha contribuido a fortalecer críticas hacia anormalidades democráticas como el uso exagerado de los medios de comunicación por parte de los mandatarios, los altos costos de ingreso y permanencia en la política y la falta de controles en las donaciones privadas a las campañas electorales, lo cual deriva en una indebida injerencia de intereses particulares en las decisiones públicas que, por ende, deben ser imparciales y cobijar al grueso de la población.

En otras palabras, los retos que enfrenta la democracia en escenarios enrarecidos como el nuestro, crecen en relación directamente proporcional con las reflexiones sobre sus características, posibilidades y amenazas. En un análisis sobre el estado actual de la democracia, no resulta en forma alguna temerario afirmar que los sistemas políticos de muchos países de la región pasan por malos momentos. Las clases políticas tradicionales y las instituciones públicas

en general, gozan de muy poca credibilidad y hay una extendida desconfianza popular en sus representantes porque actúan con independencia de las necesidades ciudadanas reales.

Dentro de la teoría política contemporánea uno de los planteamientos que mayor atención pública e interés académico ha recibido, es aquel en virtud del cual el proceso de toma de decisiones políticas debe ser democrático y deliberativo, es decir, debe tomarse contando con la deliberación pública entre los ciudadanos que serán afectados por dicha decisión. Los artículos publicados en reputadas revistas filosóficas, jurídicas y politológicas, las numerosas obras monográficas, así como las colectivas que están integradas por valiosos aportes dedicados a las principales cuestiones en la agenda de esta concepción normativa de la democracia, dan cuenta de un marcado interés de la academia colombiana por la misma. Este interés se vio reforzado durante la anterior campaña presidencial porque en los debates entre los candidatos, se hizo referencia en repetidas ocasiones al ideal deliberativo de la democracia como referente para la legitimidad de las decisiones y la justicia de las políticas públicas.

Tal interés local por la democracia deliberativa¹⁰ responde a su vez a una palmaria atención transnacional que ha recibido esta teoría (no exclusiva pero sí) fundamentalmente por el “giro deliberativo” en la teoría democrática (Dryzek), según el cual los avances teóricos recientes se han enfocado muy importantemente en las condiciones

10 Los estudios son: Mejía (1998), Cortés 1999: caps. III y VI), Hernández (2002), Murillo – Pizano (2003), Rodríguez (2005), Haddad (2006), Durango (2006), Sánchez – Rodríguez (2007: cap. 5) y Arango (2007). Sobre los aspectos deliberativistas de este último, cfr. con mi reseña publicada en el No. 25 de Praxis filosófica (jul.-dic., 2007).

y virtudes que al proceso democrático le aporta la deliberación. En general, podría subrayarse que los principales estudios se caracterizan por abandonar el restrictivo enfoque empírico que tradicionalmente han tenido los trabajos y las investigaciones en el terreno de la investigación democrática, demeritando así otros factores históricos, filosóficos y sociológicos relevantes. Esta teoría normativa de la democracia ha tenido un poderoso influjo en las principales discusiones actuales del derecho constitucional y la teoría jurídica¹¹, tanto a nivel transnacional como desde nuestro propio contexto, ya que el número y la calidad de análisis sobre las restricciones y posibilidades de esta teoría es cada vez mayor y más extendido disciplinalmente.

Este trabajo procura insertarse en (y contribuir con) el referido estado del arte nacional. Se describen y analizan los aspectos medulares de la teoría que ha sido expuesta y sustentada por diversos autores bien conocidos que, desde cuando Bessette acuñó el término en 1980, han forjado un canon transnacional perfectamente distinguible que igualmente es representativo de las principales exigencias normativas a la democracia. Al incorporar la deliberación se cuentan con más posibilidades de alcanzar la imparcialidad en las decisiones políticas, así como de respetar la oposición, honrar el control político y propender hacia la representación de amplios sectores sociales. Pero no obstante la popularidad de la teoría de la democracia deliberativa, en las siguientes aportaciones se observa también un cometido por depurar y contribuir a solidificar dicho canon a partir de

11 Desde Habermas la cuestión por la democracia normativa gira en torno a dos nociones centrales de su planteamiento, a saber, el discurso práctico y la ética comunicativa. Ver al respecto la contribución de Donald Moon a *The Cambridge Companion to Habermas* (White, 1995).

críticas, señalamiento de falencias y renovadas orientaciones y articulaciones con otros campos de trabajo.

Se divide en dos secciones. El ideal de la democracia deliberativa es defendido por Cristina Lafont en la primera contribución del libro. Considerando que no todos los procedimientos deliberativos son democráticos y que no todos los procedimientos democráticos son deliberativos, emerge la posibilidad de un choque entre estos dos componentes de dicho ideal. Puede resultar que el mejor procedimiento para la toma de decisiones políticas desde un punto de vista deliberativo, no sea particularmente democrático o también que, desde un punto de vista democrático, el procedimiento no sea especialmente deliberativo. Si ese fuera el caso, argumenta Lafont, incrementar la calidad deliberativa de las decisiones políticas exigiría sacrificar su calidad democrática, y viceversa.

La coherencia del ideal de la democracia deliberativa parece que depende mucho, a juicio de algunos, de la coincidencia de que resulten mutuamente compatibles las razones por las cuales las decisiones políticas tienen que ser deliberativas y las razones por las que deben ser democráticas. Pero considerando que las respuestas más convincentes a estas cuestiones podrían llegar a dirigirse en direcciones opuestas, no sirve cualquier defensa del ideal deliberativo sino una en virtud de la cual la deliberación pública y democrática cumpla tanto con las demandas deliberativas como con las democráticas. Lafont defiende el ideal de la democracia deliberativa proporcionando una respuesta recíprocamente consistente a la pregunta de por qué la democracia tiene que ser deliberativa y por qué la deliberación tiene que ser democrática.

El jurista argentino Carlos Santiago Nino ha sido uno de los académicos latinoamericanos que mayor influencia ha tenido en otras latitudes y, en particular, fue un distinguido representante en el escenario global de esta corriente democrática, como lo han sostenido no sólo autores latinoamericanos (Bohman, 1998: 403). Se destaca su obra póstuma sobre la democracia deliberativa y su libro *Ética y derechos humanos*, pero en realidad su trabajo es excepcional por la amplitud de temáticas que trató con igual grado de profundidad, al punto que es considerado un especialista en cada una de ellas.

Por las diversas formas en las que se ha presentado y justificado el modelo democrático basado en la deliberación, se cuentan con varias concepciones del mismo. Aquella que defendió Nino, entre otros como Estlund, Cohen, Barber, Habermas y Nelson, es la epistémica, en virtud de la cual el procedimiento político determinado por la deliberación otorga legitimidad a las decisiones que resultan del mismo porque es el más confiable en términos de probabilidad para alcanzar decisiones correctas. Lafont y José Luis Martí se ocupan de esta concepción particular de la democracia deliberativa que se caracteriza por sus atributos epistémicos.

Martí detecta con precisión uno de los problemas teóricos identificados por Nino, al cual denomina la *paradoja de las precondiciones de la democracia deliberativa*. La paradoja, o el “conflicto entre procedimiento y sustancia”, consiste en lo siguiente: dado que para que el proceso democrático funcione de forma apropiada, y correlativamente se realice el valor epistémico de la democracia, se deben cumplir una serie de prerequisites –derechos–, la garantía a esos derechos promueve el valor epistémico de la

democracia. Al contrario si esos derechos no se garantizan en las decisiones democráticas, una persona no tiene ninguna razón para esperar el resultado del proceso. Si se garantizan en efecto tales derechos –precondiciones de la democracia– para realizar el valor epistémico de la democracia, quedan muy pocas cosas a ser resueltas por la democracia. En otras palabras, las precondiciones de la deliberación democrática son la igualdad y la libertad en tanto deben presidir el debate político, pero proporcionalmente más se cumplan, menos espacio quedará a la decisión colectiva, y a la inversa.

Martí sustenta como inevitable e irresoluble el problema de la paradoja, el cual no sólo afecta a la democracia deliberativa sino también a cualquier procedimiento de toma de decisiones colectivas. La paradoja de las precondiciones forma parte de otras paradojas sobre la democracia que no han recibido suficiente atención académica. Otra podría ser la paradoja de la auto-destrucción de la democracia, es decir, si democráticamente es posible decidir acabar con la democracia; y la paradoja según la cual todas las generaciones aspiran atar de manos a las generaciones posteriores con las constituciones, mientras que a la vez se consideran libres de lo que hayan dicho las anteriores (Elster).

Desde la teoría constitucional, el diseño institucional y las justificaciones de la democracia, Lucas Arrimada analiza las instituciones propias de la democracia deliberativa, en particular, si la división de poderes y el sistema de frenos y contrapesos son mecanismos que fortalecen o empobrecen el carácter deliberativo de las decisiones políticas. Desde la democracia como la deliberativa se puede observar límites institucionales y serias deficiencias democráticas en la misma democracia presidencial. Se enfoca

en la experiencia argentina, en particular en los fallidos intentos de aplacar el presidencialismo con la reforma constitucional de 1994 que terminó instituyendo, de varias formas en el texto fundamental, lo que era una tendencia histórica (a revertir) en la práctica institucional: una democracia delegativa. Esto restringe y condiciona la aparición de espacios claves de decisión deliberativos en el marco del sistema político. Describe con brevedad el principio institucional de división de poderes y la génesis del sistema de frenos y contrapesos en las etapas fundacionales del constitucionalismo, explora las características de la tipología deliberativa de democracia para enfocarse en el debate sobre las alternativas, debilidades y posibilidades institucionales, articula finalmente algunas ideas propias del diseño institucional para proyectar los mundos institucionalmente posibles de la democracia deliberativa.

En *El derecho a la protesta y la teoría deliberativa de la democracia en Gargarella*, me propongo articular la teoría bajo análisis, siguiendo los rasgos centrales compartidos por los autores canónicos, con la defensa que en años recientes ha acometido el profesor argentino Roberto Gargarella de la protesta como uno de los primeros derechos, como el derecho a reclamar por la violación o falta de protección de otros derechos. Se trata de una reflexión donde se presenta y procura sustentar el derecho a la protesta como un mecanismo inclusivo democrático que cuenta no sólo con legitimidad política sino también con validez jurídica, cuando las severas condiciones de asimetría de poder y déficit de representación ante las instancias de decisión hacen de la reclamación pública el único y desesperado recurso de poblaciones plurales de personas a las cuales se les ven afectados

derechos mínimos. Se presentan las razones para conectar las ideas de deliberación e imparcialidad y se concluye con algunos de los aportes que dicha teoría puede realizar a sistemas democráticos como los latinoamericanos a partir del vínculo entre la protesta como derecho y la deliberación como medio para propender por el igualitarismo en política.

En contextos como los latinoamericanos caracterizados por la pobreza severa, la creciente desigualdad, las carencias radicales de expresión, la falta de representación y los déficit en la garantía de derechos mínimos, se argumenta que la protesta es un derecho válido jurídicamente y legítimo políticamente. Hay más de ideología en quienes invalidan las protestas porque “los derechos de uno terminan donde empiezan los derechos de los demás”, pues en las permanentes colisiones de derechos fundamentales que se dan en ordenamientos jurídicos constitucionalizados y con constituciones garantistas, con valor normativo y fuerza vinculante, hay que fundamentar una posición en la que se privilegia una u otra provisión iusconstitucional en el caso concreto. Gargarella ha sugerido reflexionar en cada caso para establecer la relación de precedencia condicionada entre los principios en colisión y establecer cuál debe determinar la solución, a partir de la pregunta por cuán cerca está del nervio democrático de la Constitución el derecho en conflicto, qué tan determinante es para seguir actuando como ciudadano, para permitir que la democracia siga existiendo.

La primera sección finaliza con un texto de Oscar Mejía Quintana en el que analiza los resultados que arrojan sus investigaciones sobre los modelos alternativos de democracia deliberativa.

Argumenta que se trata de un concepto proveniente de los modelos de democracia constitucional de Rawls y de democracia discursiva de Habermas, el cual se ve confrontado posteriormente por una serie de reacciones críticas que en sus proyecciones alternativas radicalizan la propuesta rawlsiano-habermasiana en las interpretaciones de la tercera Escuela de Frankfurt, la de Negri y Hardt y la del republicanismo. Presenta una aproximación al estado del arte cartografiando este debate en la perspectiva de sugerir sus diferencias, tensiones y encuentros, lo cual permite ubicarnos en lo que constituye uno de los debates teóricos y empíricos determinantes de la teoría política del siglo XXI.

La segunda sección recoge una discusión suscitada por el texto *Las paradojas de la democracia deliberativa*, autoría de Andrés Palacios Lleras quien argumenta por qué a su juicio tal teoría es problemática y paradójica, y por lo tanto inadecuada para desarrollar las instituciones democráticas contemporáneas, o para reemplazarlas por otras. Es una teoría problemática porque parte de una postura epistemológica difícilmente sostenible. Es paradójica porque a pesar de ser presentada como incluyente a nivel social, la idea de deliberación que presenta y considera como deseable, es demasiado exigente como para ser realizada por toda clase de personas; y es de hecho, elitista en este aspecto. Pero también porque señala que las instancias que están mejor diseñadas para tomar decisiones sobre los temas fundamentales para una sociedad, son aquellas que son representativas, compuestas por miembros elegidos popularmente y cuyas dinámicas son abiertas al público; pero, al mismo tiempo, considera necesario que las decisiones que dichas instancias promulgan sean revisadas por otras instancias que no son ni representativas, ni compuestas por miembros elegidos popular-

mente ni cuyas dinámicas son abiertas al público. A pesar de ello, dicha teoría presenta una imagen –la del juez que, al llevar a cabo el control judicial de las leyes, se pregunta qué decisiones adoptarían las personas si deliberaran adecuadamente al respecto– que se complementa con otras imágenes contemporáneas sobre la decisión judicial y que tendrá mucha fuerza en el ordenamiento jurídico colombiano. Presenta al final algunos comentarios, en un *Post scriptum*, sobre las réplicas planteadas a sus argumentos.

Roberto Gargarella replica el texto antecedente precisando la vertiente que sigue de la democracia deliberativa, para destacar los puntos del texto de Palacios que le suscitan mayor inconformidad. Los puntos son básicamente la objeción por una reconstrucción superficial del canon deliberativo y la subsiguiente atribución de tesis que no ha sostenido, por canónicas que sean. De las escuelas que han desarrollado modelos deliberativos de democracia, Gargarella sintetiza los rasgos presentes en el canon de la teoría conforme a sus principales cultores: las decisiones públicas deben adoptarse luego de un amplio proceso de *discusión colectiva* en el cual deben intervenir de todos *aquellos que se verían afectados (así sea potencialmente)* por las decisiones en juego. Esta definición se relaciona con la concepción acuñada por Elster (1998: 8-9) para quien el concepto de la democracia deliberativa incluye el que la toma de decisiones colectivas “debe hacerse (directamente) con la participación de todos aquellos que serán afectados por la decisión, o por intermedio de sus representantes: esta es la parte democrática. Se concuerda en que dicho concepto incluye la toma de decisiones por medio de argumentos ofrecidos por y para los participantes que están comprometidos con los valores de la racionalidad y la imparcialidad: ésta es la parte deliberativa”.

Rescatando el esfuerzo adelantado por Palacios de discutir en torno a la deliberación como componente fundamental de la democracia, María Luisa Rodríguez reitera algunas de las ideas medulares que defendiera en su libro *Minorías, acción pública de inconstitucionalidad y democracia deliberativa* (2005), tales como la deliberación ciudadana en la toma de decisiones judiciales que justifica la implementación de la acción pública de inconstitucionalidad –que a su vez desafía la retórica central de la dificultad contra mayoritaria–. Para Rodríguez, la representativa es la teoría de la democracia con la que se siente comprometido el autor. Se sintetizan dos de las objeciones al ideal de la democracia deliberativa que presenta Palacios para replicarlas a su turno, aquellas según las cuales (1) “es imposible” que la democracia deliberativa promueva la deliberación sobre asuntos fundamentales de la sociedad porque ello conduciría a discusiones filosóficas y abstractas, lo cual derivaría en que unos pocos terminen dirigiendo el debate y las mayorías sean excluidas, y (2) que los defensores de la democracia deliberativa desde la perspectiva judicial avalan la deliberación, pero a riesgo de sacrificar la democracia.

El último texto, *La democracia deliberativa en las sociedades semiperiféricas: una apología desde las críticas al Plan de Desarrollo (2006- 2010)*, parte del análisis presentado por Palacios Lleras para desarrollar algunos puntos críticos y describir los elementos medulares de la teoría para sustentar que no resulta, en tanto ideal normativo, inconveniente para concebir los procesos de toma de decisiones imparciales. Se expone el antileticismo de la teoría y se fundamenta una implicación política y jurídica de su posición individualista, para articularla con la garantía constitucional supra-mayoritaria de los derechos fundamentales. Se

destacan los principales aspectos que retoma del liberalismo y el republicanismo. El compromiso de la Corte Constitucional con la deliberación se ejemplifica brevemente para procurar sustentar que la Constitución colombiana adopta un modelo deliberativo de democracia.

La base descriptiva general de las tesis centrales de la teoría se amplían respecto a la versión que Palacios presenta de ella, para defender –con una breve alusión a la perspectiva de Posner contra la democracia deliberativa– el ideal deliberativo contraponiéndolo a la *realpolitik* y con sustento en la conveniencia de fortalecer en el proceso legislativo colombiano la deliberación, a propósito de las críticas que recibió el modelo actual de aprobación de la ley del Plan Nacional de Desarrollo (por los vicios en los que se incurrió durante su trámite por el Congreso). Se ha llegado a sostener que se debe regresar al anterior modelo de aprobación el cual, al ser unilateralmente sancionado por el Ejecutivo, no contaba con proceso de deliberación parlamentaria. Desde las virtudes que al proceso legislativo le incorpora la deliberación, se sustentará que es democráticamente inadmisibles proponer la eliminación del modelo actual por cuenta de los vicios legislativos acaecidos en el proceso de aprobación del proyecto de ley.

El libro concluye con una selección bibliográfica que no sólo organiza los artículos y libros, citados y referenciados en los textos precedentes, sino que también agrega otros títulos importantes en el estado del arte local y extranjero sobre la democracia deliberativa. No resta más que agradecer al Decano de la Escuela de Ciencias y Humanidades de la Universidad EAFIT, Jorge Giraldo Ramírez, a la Jefe del Departamento de Humanidades, Liliana López Lopera, y al

coordinador del grupo de Investigación *Estudios sobre Política y Lenguaje* (Categoría A1 Colciencias), Jorge Iván Bonilla. Este trabajo existe gracias también a Félix Londoño G., Director de Investigación y Docencia.

La imagen de la carátula es un detalle de la famosa obra de David, pintor francés de estilo neoclásico, *El juramento del juego de pelota*. Representación épica del compromiso realizado el 20 de junio de 1789 entre los 577 diputados del tercer estado, para “no separarse jamás y reunirse en cualquier parte en que las circunstancias lo exigiesen hasta que la Constitución fuera promulgada”. El original está en el museo nacional del Castillo de Versalles, Francia. La composición

se caracteriza por la distribución ordenada de los personajes y la diafanidad de sus trazos, por lo cual se pueden identificar, entre otros, a Mirabeau, Guillotin, Treilhard, Robespierre y, en el centro de la imagen, a Jean Sylvain Bailly, alcalde de París, representante del tercer estado y presidente de la Asamblea Nacional. Simboliza al tiempo la deliberación en condiciones de libertad e igualdad, la inclusión social y la limitación del poder real; la génesis de que los hombres “nacen y permanecen libres e iguales en derechos”, así como la protesta frente al Rey por su intento de disolver los Estados Generales.

Leonardo García Jaramillo
Medellín, enero de 2011

I
**VERSIONES Y PROBLEMÁTICAS
DE LA TEORÍA**

**CRISTINA LAFONT
JOSÉ LUIS MARTÍ
LEONARDO GARCÍA JARAMILLO
LUCAS ARRIMADA
OSCAR MEJÍA QUINTANA**

¿ES COHERENTE EL IDEAL DE LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA?*

Cristina Lafont

Traducción de Leonardo García Jaramillo

En este ensayo quisiera contribuir con una defensa de la democracia deliberativa otorgándole una respuesta afirmativa a la pregunta consignada en el título. La verdad es que el objetivo es modesto, ya que para la coherencia de un ideal esto no dice nada respecto de su deseabilidad, viabilidad o conveniencia en general¹. Y, de hecho, aquí no voy a detenerme sobre estas cuestiones que deben ser abordadas posteriormente. Pero, aunque modesto, el objetivo de determinar la coherencia de un ideal parece tener prioridad sobre cualquiera de las otras cuestiones. Abordar tales cuestiones con respecto a un ideal incoherente, sería un sin sentido considerable. Obviamente todas ellas asumen que la coherencia de un ideal no es algo

obvio. No es difícil mostrar por qué esto es así. Conforme al ideal de la democracia deliberativa, las decisiones políticas deben ser tomadas sobre la base de un proceso de deliberación pública entre los ciudadanos. De esta forma, los procedimientos de toma de decisiones políticas deben ser tanto democráticos como deliberativos. Pero dado que no todos los procedimientos deliberativos son también democráticos y viceversa, la posibilidad de una colisión entre los componentes deliberativo y democrático del ideal no puede ser desestimada a priori. Es decir, dependiendo de la forma en la que se interprete y justifique cada componente, podría resultar que los mejores procedimientos para la toma de decisiones a partir de un punto de vista puramente deliberativo, no sean particularmente democráticos o que los mejores procedimientos de toma de decisiones desde un punto de vista democrático, no sean particularmente deliberativos².

* Este texto, cuya traducción se publica con la gentil y expresa autorización de la autora, apareció originalmente, en: José Luis Martí – Samantha Besson (eds.) *Deliberative Democracy and its Discontents. National and Post-national Challenges* (2006).

1 Es innecesario decir que defendiendo la coherencia del ideal deliberativo no se contribuye con la tarea central que debe cumplir cualquier concepción de la democracia deliberativa que esté bien articulada, a saber, explicar en detalle las formas en las cuales el ideal deliberativo debe ponerse en práctica para incrementar las calidades deliberativas de las instituciones democráticas existentes. Pero por importante que puede ser esta tarea, es poco probable que tenga éxito antes de tener claridad suficiente sobre las características básicas del mismo ideal deliberativo.

2 Para un ejemplo del dilema que presuntamente enfrenta el modelo deliberativo, véase, (Pettit, 2003). Encuentro muy interesante la discusión que plantea Pettit con, lo que denomina, "el dilema discursivo", pero en mi opinión lo que muestra el dilema en realidad es la incompatibilidad entre los modelos de democracia deliberativa y agregativa, en lugar que un genuino dilema que enfrenta el modelo deliberativo como tal.

Esto indica que, bajo algunas interpretaciones, el ideal deliberativo sería claramente incoherente. Además parece que su coherencia depende en gran medida de una feliz coincidencia, a saber, que las razones por las cuales las decisiones políticas deben ser deliberativas y las razones por las que deben ser democráticas, resultaran ser mutuamente compatibles. Pero tomando en cuenta que las respuestas verosímiles a cada una de estas cuestiones pueden jalar en direcciones opuestas, parece claro que no basta cualquier defensa del ideal deliberativo. Sólo una defensa *desde las razones correctas* puede de hecho sustentar la afirmación en virtud de la cual la deliberación democrática pública puede de manera simultánea satisfacer nuestras demandas deliberativas y nuestras demandas democráticas. En lo que sigue, sostendré que tal defensa es posible precisamente tratando de proveer una respuesta mutuamente consistente a las cuestiones mencionadas arriba, a saber, por qué la democracia tiene que ser deliberativa y por qué la deliberación tiene que ser democrática.

Tal como ya fue indicado, estas cuestiones señalan una tensión interna en el ideal mismo de la democracia deliberativa. Dado que “deliberativa” y “democrática” no parece de ninguna manera obvia que son co-extensivas, por no hablar de tener propiedades idénticas, no hay una garantía a priori de que un compromiso con una siempre será compatible con un compromiso con la otra. De esta forma, no puede descartarse que, si lo que está mal se vuelve peor, se tendría que llegar a elegir cuál compromiso triunfa sobre el otro. Sin embargo la mera posibilidad de enfrentar tal elección debilita considerablemente cualquier atractivo que pudiera tener el ideal. Por paradójico que suene parece que desarrollando una concepción plena de la democracia deliberativa,

uno puede terminar o bien no siendo un demócrata fuertemente comprometido ni siendo un fuerte defensor de la deliberación en la política.

Visto desde esta perspectiva el reto conceptual para cualquier intento de desarrollar el ideal de la democracia deliberativa dentro de una concepción completa (*fleshed out*), es respondiendo las cuestiones mencionadas atrás de forma internamente consistente y de una manera tal que no implique un debilitamiento de los compromisos con la democracia ni con la deliberación. En otras palabras, a partir del valor del doble compromiso que comporta el ideal de la democracia deliberativa, la tarea consistiría en explicar la fuente de cada uno de tales compromisos y mostrar cómo la deliberación democrática en particular puede contribuir con la satisfacción de *ambos* al mismo tiempo³.

Tal vez un indicio de cómo abordar la primera tarea se puede tomar de la idea general de democracia como un sistema de gobierno “para el pueblo y por el pueblo”. Este ideal parece que también expresa un doble compromiso. Aunque el elemento particularmente “democrático” se encuentra en la segunda propiedad, parece obvio que un sistema de gobierno difícilmente podría justificarse si no planteara (al menos) una exigencia para satisfacer también la primera propiedad. Así, un sistema democrático de gobierno es aquel que no está organizado sólo para beneficiar a todos los que se rigen por él, sino también en el cual los gobernados

3 El sentido preciso de esta afirmación es descartar que la deliberación democrática podría contribuir a uno de ellos sólo siendo perjudicial para los demás. Esto, sin embargo, de ninguna manera requiere defender la afirmación más fuerte (e implausible) en virtud de la cual la deliberación democrática sola es el mejor medio para lograr los dos. Sobre la falta de verosimilitud de una tesis de la exclusividad, véase [Christiano, 1997: 250].

son al mismo tiempo los que deciden qué es y qué no es aquello que los beneficia. En términos más familiares, los gobernados no sólo están sujetos al derecho, sino que también son sus autores. De acuerdo con este ideal de autogobierno, la validez de las decisiones legislativas no sólo depende de si son “para el pueblo”, es decir, sólo (eficientes, buenas, etc.) desde un punto de vista sustantivo, sino también de si son decididas “por el pueblo”, es decir, mediante un procedimiento que asegure el consentimiento voluntario de aquellos que tienen que cumplir con él. Lo anterior nos proporciona ya una respuesta esquemática a nuestra primera pregunta. Como mínimo, el ideal de la democracia implica un compromiso con un procedimiento de toma de decisiones políticas que debe asegurar el consentimiento voluntario de sus miembros (1) con resultados sustancialmente justos (2).

Sin embargo, el ideal democrático sugiere una conexión más fuerte entre los dos compromisos. Sugiere que la satisfacción de la primera condición contribuye intrínsecamente con la satisfacción del segundo⁴. Para que el *procedimiento* de toma de decisiones legislativas dependa del consentimiento voluntario de aquellos que tienen que cumplir con él, hay que tener en cuenta los intereses de todos y así se contribuye al mismo tiempo a alcanzar decisiones *sustantivamente* justas, es decir, decisiones por igual respecto de los intereses de todos. Un gobierno “por el pueblo” intrínsecamente contribuye a la consecución de un gobierno “para el pueblo”.

Sin embargo, es con la interpretación de esta conexión que surgen las dificultades que mencioné al principio. El intento de dar cuenta de

4 Recientes análisis de la relación compleja entre justicia y democracia se encuentran en la obra colectiva [Dowding – Goodin – Pateman, 2004].

la relación interna entre estas dos dimensiones de validez, invita a todos los tipos de estrategias de explicación reduccionistas, desde las estrategias fuertemente reductoras que intentan definir una dimensión en términos de la otra (por ejemplo, para ser un resultado justo debe ser un resultado democráticamente decidido) hasta las estrategias debilitadoras que consideran ya sea una dimensión de valor instrumental para el otro (por ejemplo, el valor de los procedimientos democráticos reside en su valor instrumental para alcanzar resultados sustancialmente justos) o ambos valores para, todavía, una tercera dimensión (por ejemplo, la justicia exige resultados sustancialmente correctos y procedimientos democráticos, pero por razones independientes entre sí)⁵. Por supuesto, el carácter reductivo de estas estrategias de ninguna manera les impide ser creíbles o incluso correctas. El problema se refiere específicamente al modelo de democracia deliberativa. Como ya se ha insinuado, una defensa del modelo de deliberación sobre la base de una estrategia reduccionista amenaza con llegar a ser, ya sea una fuerte defensa de la deliberación a expensas de la democracia, o una fuerte defensa de la democracia a costa de la deliberación. Sin embargo, por plausible que pueda ser alguna de estas estrategias, es difícil ver cómo se podían contar como defensas del modelo de democracia deliberativa en particular, en lugar que cualquier otra cosa.

Parece por tanto que una defensa del modelo de democracia deliberativa puede tener éxito sólo si puede dar una justificación coherente a los siguientes asuntos: que la deliberación democrática, por su misma naturaleza, contribuye a asegurar los mejores resultados posibles

5 Para una detallada perspectiva y un análisis de algunas de estas estrategias, véase [Christiano, 1999].

desde el punto de vista sustantivo, así como la aceptación razonada de quienes tienen que cumplir con ellos y que, en esa medida, puede explicar la relación interna en la satisfacción de ambas condiciones como lo sugiere el ideal democrático. Por otra parte, en la medida en que sea posible mostrar la contribución intrínseca que la deliberación democrática puede realizar para satisfacer cada uno de estos requisitos (o, con más cautela, en la medida en que no hay nada acerca de la deliberación democrática que imposibilite satisfacerlos al mismo tiempo), el modelo deliberativo puede ser considerado un ideal plausible y, por lo tanto, servir como una guía práctica para el diseño de las instituciones democráticas.

Ahora bien, afirmar que el modelo deliberativo requiere una estrategia no-reduccionista de justificación política, implica reconocer la independencia lógica de las restricciones o requisitos antes mencionados. En otras palabras, implica reconocer que, de acuerdo con el modelo deliberativo, asegurar el consentimiento voluntario de las decisiones políticas por todos aquellos que tienen que cumplir con ellas, tiene un valor intrínseco, con independencia de la probabilidad de que, al hacerlo, los resultados de estas decisiones puedan ser mejores o peores desde el punto de vista sustantivo. Suponiendo que al menos algunos resultados sean plausibles y viceversa, asegurar decisiones sustancialmente justas tiene en todo caso un valor intrínseco, independientemente de la probabilidad de que, al hacerlo, el consentimiento voluntario de los ciudadanos pueda ser más fácil o más difícil de asegurar⁶.

6 Esta afirmación es más débil de lo que parece. Aunque creo que el modelo deliberativo requiere que los participantes en la deliberación supongan que la corrección de fondo de (muchas de) sus decisiones es independiente de su (real) consentimiento

Diferentes concepciones de la democracia deliberativa ofrecen diferentes explicaciones de la naturaleza y la justificación de cada una de estas limitaciones y no voy a tratar de defender ninguna versión particular de estas justificaciones aquí⁷. Al asumir que al menos algunos de ellos son plausibles⁸, lo que importa en nuestro contexto es si su independencia lógica se puede defender también. Si ambas condiciones de la justificación política imponen limitaciones independientes para el diseño de las instituciones democráticas, un enfrentamiento entre ellos puede parecer inevitable, a menos que pueda mostrarse una determinada manera de hacerlos compatibles.

motivado, me refiero aquí a una cuestión mucho más débil, a saber, que para el modelo deliberativo no es suficiente llegar a un acuerdo voluntario, sino que debe ser un acuerdo razonado, es decir, un consentimiento basado en razones que todas las personas razonables pueden llegar a aceptar (o no podrían razonablemente rechazar). En ese sentido, las consideraciones sobre la corrección de fondo de los resultados no pueden ser excluidas de las deliberaciones en aras de llegar a un acuerdo.

7 Hacer esto sería necesario para argumentar a favor de la superioridad del modelo de democracia deliberativa vis-à-vis otros modelos (democráticos o no), mientras que aquí mi objetivo es sólo mostrar la coherencia interna del modelo deliberativo. Teniendo en cuenta este objetivo, mi enfoque pretende ser lo más ecuménico posible, es decir, voy a tratar de identificar el núcleo mínimo de afirmaciones necesarias para defender cualquier versión particular del modelo deliberativo, sin tomar partido sobre cualquier otra demanda o exigencia que se pueda considerar opcional o controversial entre las diferentes concepciones existentes de la democracia deliberativa.

8 La mayoría de estas justificaciones se basan en gran medida de las ideas contractualistas. El rasgo distintivo de las teorías del contrato social es el intento de explicar la validez de las normas sociales en términos de la noción de un posible acuerdo entre aquellos que lo tendrán que cumplir. Este es el núcleo normativo de la, en otro sentido, idea metafórica de un contrato social. Lo que varía entre las diferentes teorías contractualistas es el tipo de razones (morales, políticas, prudenciales, etc.) a las que se apela en justificación. Por lo general, las justificaciones del modelo de democracia deliberativa se inspiran en la tradición kantiana del contractualismo en su apelación a razones morales relacionadas con la autonomía de los agentes (es decir, la intuición de que forzar a alguien a actuar contra su propia razón es moralmente incorrecto, razón por la cual la validez de las decisiones políticas no puede recaer más allá del acuerdo motivado entre quienes deben cumplir con ellas).

En el modelo deliberativo esto se hace introduciendo un requisito adicional que posiblemente se puede decir que satisface a la vez ambas limitaciones, a saber, una condición de la *justificación mutua*⁹. Por un lado, tal condición está conectada internamente con la meta epistémica de llegar a resultados sustancialmente correctos (es decir, justos, eficientes, buenos, etc.)¹⁰. Para ello parece plausible afirmar que un procedimiento deliberativo diseñado convenientemente para rastrear (*track*) “la fuerza del mejor argumento” –para usar el término de Habermas– contribuye a

9 Tal como lo expresan Gutmann y Thompson en “Why deliberative democracy is different?”, el principio fundamental de la democracia deliberativa es que “los ciudadanos nos debemos unos a otros justificaciones por las leyes que colectivamente nos auto-imponemos” (161). Para su interpretación puntual del compromiso con la mutua justificación, véase también (Gutmann – Thompson, 1996: 52-94; 2004: 133-38).

10 Debido a mis propósitos ecuménicos dejo abierta la cuestión de cuántas dimensiones de validez podrían incluirse en la evaluación de las decisiones políticas y cuál criterio de corrección sería apropiado en cada caso, según las diferentes concepciones de la democracia deliberativa. Así, el uso que le doy a la expresión “resultados correctos” es sólo un parámetro que necesita ser complementado por cualquier explicación precisa que pueda ofrecer cada concepción de democracia deliberativa de lo que para cada una consista tal “corrección”. Según entiendo, la concepción de la democracia deliberativa que ofrece la explicación más elaborada de las diferentes dimensiones de validez de las decisiones políticas y su respectivo sentido de corrección, es la teoría del discurso de Habermas. Conforme a dicha concepción, los resultados de las decisiones políticas pueden evaluarse desde puntos de vista morales, pragmáticos y éticos. Lo que está en cuestión en cada caso es (en general) si estos resultados son justos, eficientes o “buenos para nosotros”, y si las formas apropiadas de deliberación son morales o pragmáticas, así como los discursos éticos, respectivamente. Estas dimensiones de validez son relevantes para evaluar los resultados de los procesos de negociación y también los compromisos, pero en tales casos lo que está en cuestión desde el punto de vista moral es la imparcialidad de los procedimientos en lugar que la justicia material de los propios resultados. Consúltese (Habermas, 1993; 1996). Un refinamiento posterior de este esquema ha sido presentado por algunos autores que simpatizan con la teoría discursiva, quienes distinguen, respecto de estos últimos procesos, entre procesos de negociación puramente estratégicos y compromisos con cuestiones morales y éticas. Véase (McCarthy, 1991; 1996), (Bohman, 2000).

aumentar la calidad epistémica de las decisiones. Por otra parte, una condición de la justificación mutua está conectada internamente con el objetivo de alcanzar decisiones democráticas legítimas al asegurar el asentimiento libre y razonado de quienes las tienen que cumplir. Parece igualmente plausible que un procedimiento deliberativo diseñado para rastrear la fuerza del mejor argumento puede contribuir a distinguir aquellas decisiones que pueden contar con el consentimiento libre y motivado de los participantes, y aquellas que no. Por otra parte, precisamente en virtud de su origen de dos dimensiones, la condición de la justificación mutua indica los límites adecuados de nuestros dos objetivos: el epistémico y el democrático. Con respecto a las virtudes epistémicas de un procedimiento de decisión política, la restricción de la justificación mutua implica que no basta con que sus resultados *sean* de hecho correctos, sino que también tienen que ser *manifiestamente correctos* ante sus miembros (Cohen, 1989: 73).

En consecuencia, nuestro objetivo consiste en seleccionar el procedimiento de decisión que sea capaz de asegurar no sólo los mejores resultados epistémicamente, sino también los mejores resultados entre aquellos que puede alcanzar el asentimiento libre y razonado de sus miembros. Con respecto a las virtudes democráticas de un procedimiento de decisión política, la restricción de la justificación mutua implica que no es suficiente que las decisiones políticas *sean* de hecho *acordadas*. Además de esto, la justificación de las razones que las sustentan tiene que estar presente ante sus miembros. En consecuencia, nuestro objetivo es seleccionar el procedimiento de decisión más adecuado para asegurar no sólo un acuerdo, sino también que el acuerdo sea públicamente justificado. Si esto es realmente una comprensión adecuada de

nuestros dos objetivos epistémico y democrático, la tesis central del modelo deliberativo, a saber, que la deliberación pública puede contribuir a alcanzar los dos, parece muy plausible. De esta forma, es necesario analizar los detalles de la interpretación deliberativa de cada uno de estos objetivos. Para esta tarea podemos tomar como guía nuestras preguntas iniciales, a saber, por qué la democracia debe ser deliberativa y la deliberación democrática, respectivamente.

I. Virtudes epistémicas del modelo deliberativo

Para algunos, la cuestión de por qué la democracia debe ser deliberativa puede sonar como otra forma de preguntar por qué es mejor tomar decisiones políticas sobre la base de la deliberación racional, en vez de hacerlo al azar o de forma caprichosa. Desde esta perspectiva, la respuesta parece obvia: la democracia debe ser deliberativa para aumentar la probabilidad de llegar a decisiones correctas o, como se suele decir, con el fin de conducir a la verdad (*track the truth*)¹¹. La corrección de nuestras decisiones depende de la consideración correcta de toda la información pertinente y esto, a su vez, requiere la deliberación racional. Esta respuesta, sin duda, expresa una fuerte intuición que se halla tras el ideal deliberativo, pero este carácter puramente epistémico plantea dos amenazas importantes a la defensa del modelo deliberativo.

Como se insinuó antes, una justificación puramente epistémica del ideal deliberativo no tiene recursos internos para explicar por qué la deliberación debe ser democrática. Si resulta

que la consideración correcta de la información pertinente podría ser mejor garantizada por medios no democráticos, digamos, por una élite de expertos en política y moral, ningún argumento quedaría para apoyar la afirmación de que la deliberación debe ser democrática. Una concepción puramente epistémica de la democracia está en esencia comprometida con la epistocracia (es decir, el gobierno de los que saben)¹² y sólo contingentemente comprometida con la democracia. O sea que éste compromiso depende de la verdad de la afirmación empírica de que la democracia es la mejor forma de epistocracia (es decir, que el conjunto de personas que más sabe, resulta que es toda la comunidad). En la medida en que el vínculo entre la deliberación democrática y la corrección sea contingente, no puede excluirse a priori que alguna forma de deliberación no democrática podría (supuestamente) ofrecer una mejor garantía para alcanzar decisiones sustancialmente correctas, en cuyo caso la democracia sería (y debiera ser) prescindible, de acuerdo con esta perspectiva. Por supuesto, una posible reacción a este argumento podría ser como morder la bala

12 Tomo este concepto de Estlund (1997: 183). En este artículo Estlund ofrece una defensa epistémica de la democracia, pero no se trata del tipo "puramente" epistémico que estoy criticando aquí. Defiende una estrategia articulada que comporta no sólo requisitos epistémicos sino también un requisito de equidad procedimental. Denomina esta estrategia "procedimentalismo epistémico". En contraposición, la estrategia articulada que, en mi opinión, subyace al modelo deliberativo comporta requisitos epistémicos y un requisito de deliberación, y no sólo equidad procedimental. (Como se verá más adelante, dado que el procedimiento deliberativo debe dar mejores razones y de mayor influencia en el resultado, su justicia no consiste en el otorgamiento a todos de iguales oportunidades de influencia sobre el resultado, sino en conceder las mismas oportunidades de participación en el proceso deliberativo de configurar o impugnar la justificación pública de los resultados). En consecuencia, el modelo deliberativo tiene algunas similitudes con el procedimentalismo epistémico de Estlund, pero tiene también algunas diferencias cruciales.

11 Para una defensa puramente epistémica del modelo deliberativo: (Nino, 1996: cap. 5).

(*bite the bullet*¹³). Si uno está real y seriamente comprometido con las virtudes de la deliberación y la razón en la política, tal vez uno no debe avergonzarse de recomendar el procedimiento de decisión que resulta ser epistémicamente mejor. Si un defensor de la democracia deliberativa tiene en realidad que elegir entre la deliberación y la democracia, tal vez la deliberación es en última instancia la elección correcta. Después de todo, si desarrollar el ideal deliberativo se entiende como el intento de dar contenido al concepto de deliberación ideal, tal vez el enfoque correcto consistiría sólo en explicar las características que el proceso de deliberación ideal debe tener desde el punto de vista normativo, y dejar abierta la cuestión empírica de la participación, es decir, de quién puede ser capaz o ser más idóneo para participar en dicho proceso. Sin embargo hay otra amenaza, potencialmente incluso más devastadora en el hecho de seguir esta estrategia argumentativa. Una justificación puramente epistémica del ideal deliberativo no sólo puede ser perjudicial para la democracia, sino que puede ser perjudicial inclusive también para la deliberación.

De acuerdo con una concepción puramente epistémica, el objetivo de un procedimiento deliberativo es asegurar la corrección sustancial de sus resultados. Teniendo en cuenta este objetivo, parece que un requisito previo para el ideal de la deliberación sería la disponibilidad de información completa. Nada fuera de esto permitiría lograr resultados correctos. Sin embargo, aceptar una condición tan estricta tendría consecuencias muy perjudiciales para

13 Expresión que significa, como en tiempos de guerra donde no había anestesia para las intervenciones quirúrgicas, la resignación de aceptar las dificultades inminentes y soportar con fortaleza, en consecuencia, el dolor que resulta [N. del T.].

una concepción de la democracia deliberativa. En primer lugar, tal requisito previo cortarí el vínculo entre la deliberación ideal y real hasta tal punto que podría invalidar la afirmación central de la concepción deliberativa, cual es, que la deliberación pública real importa para la validez de las decisiones políticas. En la medida en que la deliberación real debe tener lugar en condiciones que distan mucho de la posibilidad de contar con una información completa, no quedará claro cuál es su supuesta contribución a la validez de sus resultados. De hecho, como muchos autores han señalado, a partir de la deliberación pública real se pueden tomar peores decisiones desde un punto de vista sustancial¹⁴. Lo que indica esto es que una concepción puramente epistémica del ideal deliberativo puede estar esencialmente comprometida con la deliberación ideal, pero sólo contingentemente comprometida con la deliberación real.

Por lo tanto, dependiendo de las circunstancias, el ideal deliberativo podría no recomendar aumentar la deliberación democrática real. Pero, una vez más, tal vez esto es como debe ser. Por muy paradójico que pueda parecer que un defensor de la democracia deliberativa no termine comprometido con la democracia ni con la deliberación real, podría ser que el compromiso normativo tras el ideal deliberativo es sólo un compromiso con la deliberación ideal. Sin embargo, también hay una dificultad en seguir esta estrategia. Incluso en el plano de la deliberación ideal un requisito previo en virtud del cual se deba contar con toda la información, amenaza con invalidar la perspectiva de que la deliberación pública tiene un valor intrínseco para la corrección de las decisiones políticas. Porque una vez que la información completa está disponible, no es ya

14 Véase (Elster, 1986; 1998), (Sunstein, 2002) y (Shapiro, 1999).

claro cuál debe ser el papel de la deliberación interpersonal¹⁵. En rigor, la concepción puramente epistémica está comprometida con la valoración ideal de la información, pero no necesariamente con la *deliberación* ideal en sí misma. En vista de las perspectivas negativas de alcanzar una estrategia puramente epistémica para explicar las virtudes epistémicas del ideal deliberativo, tal vez sería mejor seguir la estrategia opuesta. En primer lugar, identificar algunas propiedades epistémicas que la deliberación pública, *por su misma naturaleza*, puede plausiblemente conseguir, y luego explicar por qué es importante para la validez de las decisiones políticas.

Teniendo en cuenta lo mencionado en la sección anterior, parece más prometedor afirmar que la deliberación pública conduce (*tracks*) a una *justificación mutua* o, para usar el concepto de Joshua Cohen “la justificación mediante la discusión pública” (Cohen, 1987: 72). Es difícil ver cómo puede cumplirse tal condición, en particular mediante la deliberación pública. Esto no quiere decir que la deliberación real no pueda dejar de conducir la justificación pública. La deliberación real puede ser más sensible a las presiones que no sean las de la fuerza del mejor argumento. En este sentido, la “justificación mutua” es un objetivo real de que la deliberación democrática real debe tratar de (y por tanto puede fallar en) lograr. La afirmación es sólo que la deliberación pública, es decir, el procedimiento deliberativo que incluye todas las perspectivas disponibles y los argumentos para determinar donde radica el balance del argumento, parece intrínsecamente bien adecuado para conducir a la justificación mutua. Y, dado que la justificación mutua, en contraposición a la verdad o a la corrección, no es el reconocimiento-trascendente, es decir, teniendo

en cuenta que “el mejor argumento” puede no llegar a ser el correcto, no hay nada que impida a priori que la deliberación real sea una emulación, un espejismo, de la deliberación ideal. La inclusión de todos los puntos de vista y argumentos disponibles en un momento determinado para una consideración de su fuerza relativa, de ninguna manera requiere información completa, infalibilidad o cualquier otra condición epistémica más allá de las capacidades humanas.

Ahora, la parte difícil de seguir esta estrategia reside en nuestra capacidad de dar una respuesta igualmente convincente a la segunda cuestión, a saber, de qué se trata la justificación pública que contribuye a la validez de las decisiones políticas. Nada se ganaría en el intento de alejarse de la estrategia puramente epistémica si la respuesta a la segunda cuestión fuera, a su vez, que la justificación pública es un indicador confiable de la verdad. Como vimos antes, esta medida haría que la verosimilitud del modelo de la democracia deliberativa dependiera de la verdad de dos afirmaciones muy controvertidas, a saber, que la democracia es la mejor forma de epistocracia y que la deliberación pública es el indicador más confiable de la verdad.

No pretendo sugerir que la defensa de estas afirmaciones no es posible. De hecho, tal defensa es fácil de encontrar dentro del amplio campo de justificaciones epistémicas de la democracia, por obvias razones. Dado que cualquier justificación epistémica de la democracia está comprometida con la afirmación de que las cuestiones políticas pueden tener respuestas sustancialmente correctas o incorrectas, parece difícil descartar la posibilidad de que algunos pueden saber tales respuestas mejor que otros. Si este es el caso y la corrección sustancial es la única meta, se debe concluir que estos expertos deben gobernar. Una

15 Véase (Sunstein, 2002) y (Estlund, 1993b).

conocida línea de argumentos que intentan evitar esta conclusión es la afirmación de que dada la naturaleza específica de las cuestiones políticas, es muy poco probable la existencia de expertos morales, es decir, una élite mucho más confiable para encontrar las respuestas correctas a las preguntas políticas que el resto de los ciudadanos. Dado que la corrección de las decisiones políticas depende esencialmente de su justicia, es decir, de si están igualmente dirigidas hacia el interés de todos, y dado que cada individuo conoce mejor sus intereses, es muy poco probable que algún supuesto experto moral pueda en realidad saber lo que constituye el mejor interés para todos, mejor que los miembros de la comunidad en conjunto¹⁶. Esta es la razón por la cual la democracia es en realidad la mejor forma de epistocracia.

Por supuesto, esta línea argumentativa se basa en varios supuestos empíricos cuya corrección es muy difícil de evaluar. Pero mi impresión es que este no es el problema principal. La verdadera dificultad de seguir una estrategia que se basa en estas afirmaciones no es tanto que puede llegar a ser falsa, es más bien que, incluso si fuera cierta, parece *irrelevante* para la defensa de la democracia. El supuesto problemático tras tal estrategia argumentativa es que su compromiso con la democracia se debe a razones puramente epistémicas. En consecuencia, una respuesta a la pregunta de si existen expertos morales, parece todo lo que se necesita para responder a la pregunta de si deben gobernar. Pero esto es un *non sequitur*. Esta última cuestión, a diferencia de la anterior, no es sobre conocimientos, sino sobre la autorización para tomar decisiones. Incluso si alguien pudiera llegar a saber mejor que yo cuáles decisiones políticas constituyen mi propio interés, esto no quiere decir que *cualquiera podría*

16 Para un argumento en esta línea, consúltese (Dahl, 1989: cap. 7) y también (Nino, 1996: cap. 5).

*ser mejor que yo para dar mi propia autorización para actuar respecto de tales decisiones*¹⁷. Nadie puede dar mi autorización por mí. Lo que hay de malo en defender el autoritarismo no es el optimismo de suponer que hay expertos que pueden tomar decisiones políticas mejor que otras personas, sino la ilegitimidad de suponer que esto los libera de la obligación de *pedir autorización* antes de tomar las decisiones *por ellos*¹⁸. El compromiso

17 El punto quizá se clarifica si cambiamos del contexto político al contexto práctico en el cual la existencia e incluso la autoridad de expertos no es cuestionada, por ejemplo, en la práctica de la medicina. Aunque claramente los doctores son expertos y su autoridad es reconocida ampliamente, todavía tenemos que autorizar las decisiones que tienen que ver con tratamientos que nos realizan. Pero esto no se debe a que su experiencia sea limitada o cuestionada después de todo, es sólo porque ningún grado de experiencia podría alguna vez permitirles tomar mis propios riesgos. Sólo yo puedo hacerlo. Obviamente lo mismo aplica a los riesgos y consecuencias de las decisiones políticas que tenemos que cumplir.

18 En este contexto es importante recordar que la obligación de obtener autorización antes de tomar decisiones en nombre de alguien más, no se cumple sólo asegurando el reconocimiento de su experiencia. En "Making Truth safe for Democracy" Estlund ofrece una defensa de la democracia epistémica contra la acusación de que implica comprometerse con la epistocracia que parece combinar ambas condiciones. Considera que su argumento ofrece una objeción meramente epistémica al autoritarismo (a saber, que "ningún conocedor es tan reconocible como para ser conocido por todas las personas razonables" ["no knower is so knowable as to be known by all reasonable people"]). En consecuencia, su línea oficial de defensa se supone que enfrenta al autoritarismo con razones puramente epistémicas, concretamente, con sus dificultades epistémicas para responder la pregunta ¿quién conocerá a los conocedores?" ["who will know the knowers?"]. Pero su argumento parece que entra por contrabando en la condición de legitimidad, disfrazado de condición epistémica. Asume que la fiabilidad de cualquier presunto candidato de ser un experto moral, tendría que ser demostrada más allá de toda duda razonable a todos los miembros razonables de la comunidad política. Sobre la base de esta suposición aduce varias razones epistémicas que ponen en duda las posibilidades de tal demostración, y concluye que es poco probable que todos los ciudadanos estarían de acuerdo en la presunta experiencia del candidato. Sin embargo, no ofrece razones epistémicas para motivar el fundamento de imponer tal condición peculiar en primer lugar. En general, la experiencia de un presunto candidato en cualquier ámbito (desde la medicina a la física y la ciencia jurídica, etc.) por lo general es juzgada por otros expertos en la materia y no por referendo democrático.

con la democracia se basa en el reconocimiento de esta obligación, como condición de la legitimidad política¹⁹.

Conforme al modelo deliberativo, esta dimensión intrínseca de la validez de las decisiones políticas requiere que los participantes en la deliberación puedan convencer a otros de la supuesta corrección de una propuesta política a partir de razones que pueden aceptar (es decir, razones que sería irrazonable para ellos rechazar)²⁰. Por consiguiente, en la consecución de la “justificación mutua” de las propuestas políticas, la deliberación

Esto tiene mucho sentido desde el punto de vista epistémico precisamente porque hipotéticamente no todos los miembros de la comunidad califican como expertos. Al pedir que la fiabilidad de los supuestos expertos sea demostrada a todos los miembros razonables de la comunidad política, Estlund está pidiendo una condición de autorización, es decir, de asegurar la legitimidad de la delegación a la autoridad del experto. Sin embargo, tal condición es lógicamente independiente e irreductible a cualquier condición meramente epistémica. En otras palabras, parece que Estlund identifica erróneamente la pregunta que es en realidad la que direccionaría su crítica del autoritarismo. La pregunta relevante no es qué sabrán los conocedores, sino quién los deberá autorizar. Sólo una preocupación por la última cuestión justifica la exigencia de que la fiabilidad de los supuestos expertos morales se demuestre más allá de toda duda razonable, a todos los miembros de una comunidad política. Pero una vez que se reconoce esto, queda claro que lo que está haciendo el trabajo en el argumento de Estlund, si es que algo, no es la restricción epistémica a la demostración exigida “más allá de toda duda razonable”, sino la restricción democrática de exigir la demostración “a todos los miembros de la comunidad”. Una vez que se reconoce que toda la comunidad es la sede apropiada para la autorización de cualquier tipo de delegación a supuestos expertos, queda claro que el punto de “demostración” no es epistémico (es decir, garantizar certeza o más allá de toda duda razonable), sino político (es decir, asegurar la autorización legítima). Lo que parece más problemático en la interpretación puramente epistemológica de la objeción de Estlund es que parece compartir la premisa básica del autoritarismo, cual es que un conocedor tan bien informado como para ser conocido por todas las personas razonables puede tomar decisiones por ellos, sin pedir su permiso.

19 Por supuesto, una vez que esta obligación se reconoce, la democracia promete ganar por defecto.

20 Esta es la interpretación deliberativa de la exigencia democrática en virtud de la cual quienes deben cumplir con las leyes deben poder verse a sí mismos no sólo como sujetos bajo ellas, sino también como sus autores.

no sólo contribuye a la consecución de su corrección sino que de forma más importante, rastrea al mismo tiempo la medida en la que se puede lograr el consentimiento razonado de quienes deben cumplir con ella. Este es un valor intrínseco del proceso de *deliberación* pública como tal. Teniendo en cuenta que la validez de las decisiones políticas no depende sólo de su corrección sustancial (es decir, la justicia, la eficiencia, etc.), sino también de la legitimidad de su aplicación, es posible ver lo que está mal con una explicación puramente epistémica de la contribución que realiza la deliberación pública a la validez de las decisiones políticas.

Aunque una restricción de justificación mutua es de hecho una restricción epistemológica, no se debe simplemente a razones epistémicas. No es sólo porque la justificación puede ser un indicador de verdad de que los participantes en la deliberación política tienen que justificar sus puntos de vista con razones que otros pueden aceptar, como en cualquier otro discurso epistémico (común o científico). La deliberación política debe ser democrática porque estamos obligados a *convencerlos* antes de tomar decisiones que deberán cumplir. En otras palabras, estamos comprometidos de manera independiente con justificarles nuestras decisiones políticas con razones que pueden llegar razonablemente a aceptar, ya que hacer esto aumenta la probabilidad de tomar las decisiones correctas o no en cada ocasión. Lo que está mal con la defensa puramente epistémica del ideal deliberativo, es el supuesto de que dicha defensa depende de si la justificación mutua es o no es el mejor medio para alcanzar el objetivo de tomar decisiones sustantivamente correctas. Esto ignora que un elemento intrínseco de nuestro objetivo es llegar a decisiones mutuamente justificables y no sólo a decisiones supuestamente correctas.

En este contexto, es muy importante destacar la diferencia precisa entre una justificación puramente epistémica y una deliberativa de la democracia. La diferencia no estriba en que esta última carezca de una dimensión epistémica. Una exitosa defensa del ideal deliberativo de hecho requiere una defensa de las virtudes epistémicas de la deliberación pública y, de este modo, de su contribución al aumento de la calidad de sus resultados desde el punto de vista sustancial. Pero la contribución intrínseca de la deliberación pública a la legitimidad de las decisiones políticas plantea una diferencia crucial en el sentido y en las implicaciones de esa defensa. En contraposición a la visión puramente epistémica, el éxito de esta última no acontece si la deliberación pública sólo es el indicador más fiable de la verdad. Esto depende de si es el indicador más confiable de la verdad *entre los indicadores fiables de la justificación mutua*. Esto implica que, mientras no haya alguna alternativa mejor al ideal de la deliberación pública que se pueda ofrecer para lograr el objetivo de la justificación mutua, la deliberación pública sigue siendo no negociable.

En consecuencia, las preocupaciones por las deficiencias epistémicas de los procesos *reales* de deliberación no tienen automáticamente el estatus de objeciones al modelo deliberativo, como las tendrían para el punto de vista puramente epistémico. Al contrario, se pueden tomar como imperativos prácticos que indican cuáles características de las instituciones existentes de la deliberación pública, necesitan ser transformadas para maximizar su contribución al objetivo de lograr los mejores resultados posibles desde el punto de vista sustancial²¹. Esto seguirá

21 Como ya se indicó, esta es sin duda la mayor parte del trabajo que una concepción completamente articulada de la democracia deliberativa debe lograr al abordar las cuestiones empíricas

siendo así hasta que no se puedan ofrecer objeciones epistémicas a la deliberación *ideal*, es decir, mientras no haya razones para suponer que a partir de la fuerza del mejor argumento se disminuye en lugar que se aumenta la probabilidad de corrección sustancial²². Siempre y cuando no tengamos razones para cuestionar el valor general epistémico de la justificación razonada por el conocimiento, a partir de la fuerza del mejor argumento se puede contribuir intrínsecamente a aumentar la corrección sustancial de las decisiones políticas. Esta es una virtud genuinamente epistémica del modelo deliberativo.

II. Las virtudes democráticas del modelo deliberativo

En la medida en que la deliberación pública pueda entenderse como un procedimiento que tiene como objetivo incluir todos los puntos de vista y los argumentos disponibles con el fin de determinar dónde radica el balance del argumento, parece intrínsecamente muy apropiado para rastrear la justificación mutua. Pero si un compromiso con la justificación mutua se interpreta sólo como si fuese derivado de una condición general creíble para el conocimiento, es decir, de un compromiso con la justificación razonada o la máxima coherencia racional, no tendría implicaciones democráticas obvias. Como vimos antes, el sentido democrático del compromiso con la justificación mutua se deriva de la obligación

sobre el diseño institucional que les permitiría a las democracias reales reflejar el ideal deliberativo.

22 Lo mismo se aplica, por supuesto, con el objetivo de la mutua justificación. Las preocupaciones con el efecto de que la deliberación real puede fallar en articular la justificación mutua, pueden ser tomadas como imperativos prácticos para transformar las prácticas deliberativas existentes así como para maximizar la aceptación de la fuerza del mejor argumento (en lugar que otro tipo de fuerzas).

de tomar decisiones legítimas asegurando el libre y razonado asentimiento de *quienes deben cumplir con ellos*. Es decir, la obligación no es sólo asegurar la justificación de las razones antes de tomar decisiones políticas, en lugar de tomarlas irracionalmente, sino asegurar el consentimiento razonado de los ciudadanos de una comunidad política particular. En otras palabras, lo que hay que mostrar es cómo las características epistémicas de un procedimiento de deliberación pública realmente pueden contribuir al objetivo democrático de garantizar el consentimiento real motivado de personas reales.

II.1 Deliberación y consenso

Una respuesta sencilla a esta pregunta podría ser la siguiente: en el proceso de rastrear la fuerza del mejor argumento, la deliberación pública puede contribuir a conseguir el consentimiento razonado de los miembros de una comunidad política particular, precisamente logrando un consenso unánime sobre los puntos de vista que son apoyados por la fuerza del mejor argumento. Aunque las decisiones post-deliberativas sobre las que hay un acuerdo unánime podrían ser incorrectas desde el punto de vista sustancial²³, su justificación pública de ninguna manera disminuye la posibilidad de su corrección y, ciertamente, asegura la legitimidad de su aplicación, al menos mientras no surjan nuevas

evidencias de lo contrario con nuevos contra-argumentos. Esta es una virtud genuinamente democrática del modelo deliberativo. Los defensores del modelo deliberativo por lo general lo expresan en la forma del “principio democrático”. La versión de Joshua Cohen del principio es que “los resultados son legítimos democráticamente si y sólo si pueden ser el objeto de un acuerdo libre y razonado entre iguales” (Cohen, 1989: 73). La versión teórico-discursiva del principio de Habermas es que “sólo pueden reclamar legitimidad aquellas leyes que puedan cumplir con el asentimiento de todos los ciudadanos en un proceso discursivo de la legislación que, a su vez, ha sido constituido legalmente” (Habermas, 1996: 110).

Es innecesario decir que el consenso post-deliberativo unánime es una forma segura de satisfacer tal condición de legitimidad democrática como puede llegar a ser. Sin embargo, como a menudo se ha señalado, el consenso unánime casi nunca es posible en las sociedades pluralistas. Por lo tanto, a menos que alguna respuesta adicional se pueda dar, no parece haber ninguna contribución genuina que la deliberación pública como tal realice al proceso democrático en todas aquellas situaciones en las cuales no se logra un consenso unánime. Si este es el caso, la fuerza del modelo deliberativo parece muy limitada. Sin embargo, la deliberación pública puede ser valiosa desde un punto de vista epistémico, desde un punto de vista estrictamente democrático parece en gran medida inútil (si es que no incluso perjudicial) como procedimiento colectivo de toma de decisiones. Como los críticos del modelo deliberativo suelen señalar, la democracia comienza precisamente cuando termina la deliberación y se han tomado las respectivas acciones (por lo general mediante el voto). Si la única característica democráticamente

23 En mi opinión, las interpretaciones anti-realistas del ideal deliberativo resultan insostenibles al fin y al cabo, pero no pretendo descartarlas aquí. Incluso los autores que, siguiendo una estrategia anti-realista, identifican la corrección sustancial con el consenso racional ideal, reconocen la posibilidad de que nueva evidencia o nuevos contra-argumentos puedan poner en peligro un consenso previo sin menoscabo de la racionalidad del procedimiento deliberativo que se produjo. Véase, por ejemplo, (Habermas, 2003: 258). Dudo mucho que tal afirmación pueda defenderse exitosamente desde de un enfoque anti-realista, pero no discutiré este asunto aquí. Lo he discutido en profundidad, en (Lafont, 1999; 2003; 2004).

significativa del procedimiento de rastrear la fuerza del mejor argumento se deriva de su capacidad para generar un consenso unánime, la deliberación pública se puede considerar prácticamente irrelevante desde el punto de vista democrático, al menos para las modernas sociedades pluralistas²⁴.

En vista de estas dificultades, muchos autores que simpatizan con el ideal deliberativo han sugerido que el modelo deliberativo debe eliminar el requisito del consenso a fin de aumentar la credibilidad y la utilidad del modelo para la teoría democrática. Sin embargo, es importante notar que las dificultades que acabamos de mencionar no se derivan de la exigencia de consenso, sino de la exigencia del consentimiento. Es decir, las dificultades se originan por el requisito de alcanzar *el acuerdo de todos* los participantes en el proceso democrático. Esto, sin embargo, no es un requisito particular de los modelos de democracia deliberativa, ya que es el criterio democrático mismo de legitimidad. Difícilmente podría ayudar al modelo deliberativo debilitar la condición de la legitimidad democrática a fin de exigir sólo el acuerdo razonado de *algunos* de los ciudadanos. Esto convertiría al modelo deliberativo no en un modelo de democracia, sino en otra cosa. Dado que esta no es una opción viable, la única forma diferente de debilitar la exigencia de un consenso razonado sería exigir el *acuerdo de todos* los ciudadanos, pero *por diferentes razones*²⁵. Sin

24 Consúltense (Elster, 1986). Para alguna evidencia empírica en contrario, cfr.: (Steiner et al., 2004).

25 Véase (McCarthy, 1991; 1996). Conforme a su propuesta pluralista, los ciudadanos podrían acordar en la implementación de aquello que consideran una mala política desde un punto de vista sustancial por otras razones distintas a sus méritos reales (razones como equidad procedimental, necesidad de cooperación, acuerdos mutuos, estabilidad, etc.). El modelo deliberativo ciertamente puede reconocer la legitimidad de estos débiles requisitos para algunos tipos de cuestiones. Los ejemplos paradigmáticos son asuntos sensibles a la elección

embargo, un modelo sólo con este débil requisito apenas podría considerarse un modelo de democracia deliberativa²⁶. Este requisito sin duda puede ser satisfecho sin deliberación.

Además la deliberación parece que no desempeña ningún papel en el cumplimiento de tal requisito. El débil requisito parece describir con precisión

que requieren compromisos (por ejemplo, si se utilizan fondos públicos para construir un centro deportivo o un nuevo sistema de carreteras, para usar el ejemplo de Dworkin (1987)). Asumiendo que para tales asuntos los mismos participantes en la deliberación consideran razones como equidad procedimental, acuerdos mutuos, etc., las razones *correctas*, como requisito para alcanzar el acuerdo razonado entre todos los participantes, sería de hecho cumplido en tales casos en tanto se satisfagan las condiciones de equidad democrática. Sin embargo, la propuesta de abandonar el "consenso razonado" como un requisito comporta aceptar su legitimidad para todos los tipos de casos, especialmente casos de profundos desacuerdos morales (por ejemplo, para cuestiones insensibles a la elección tales como pena de muerte, eutanasia, aborto, etc.). Pero es precisamente con respecto a estos últimos casos que la propuesta pluralista parece enfrentar una dificultad adicional. Aunque la razón más fuerte que aducen los críticos del consenso en favor de su propuesta es el hecho de los profundos desacuerdos morales en sociedades pluralistas, parece que el modelo consensual está en una mejor posición de explicar este hecho respecto de lo que está el modelo pluralista. El profundo desacuerdo moral sólo puede ser una característica constante en sociedades pluralistas, en la medida en que el objetivo de todos los interesados en la solución de profundos conflictos morales es el consenso sobre la política que es sustantivamente correcta. Si algo fuera de tal consenso resulta de hecho aceptable para los miembros de una comunidad política como solución definitiva a su conflicto, no habría razones subsistentes para que persistiera el desacuerdo.

Discuto en detalle las dificultades de la propuesta de McCarthy sobre estos puntos, en (Lafont, 2005).

26 Algunos autores parecen recomendar el requisito más débil simplemente como una posibilidad adicional. En consecuencia, su recomendación no sería eliminar totalmente el requisito del consenso, sino limitarlo a algunos casos y reconocer los compromisos morales como aceptables en otros casos. Por ejemplo, véase (Bohman, 2000). La dificultad con esta propuesta radica en la determinación de su significado conceptual preciso. En términos de una caracterización del objetivo de la deliberación, la propuesta parece coincidir con el modelo consensual estándar. Dado que los participantes en la deliberación no pueden saber de antemano a cuáles desacuerdos morales se van a enfrentar en el consenso post-deliberativo y a cuáles no, parece que el objetivo del consenso debe estar siempre en el lugar del proceso deliberativo y, en consecuencia, un compromiso moral es necesariamente el segundo mejor resultado temporal. Este es especialmente el caso si, como insiste Bohman (2000: 101), siempre debe permanecer abierta la posibilidad de una futura

la situación en la cual *fracasa* la deliberación pública en su tarea de identificar las perspectivas apoyadas por la fuerza del mejor argumento para otorgarles una mayor influencia sobre el resultado. Sin embargo, si esto no fuera un fracaso sino el objetivo mismo, como lo tendría el débil requisito, un mecanismo deliberativo de rastrear la fuerza del mejor argumento parecería especialmente inadecuado para igualar la influencia sobre el resultado de las diferentes razones. Al declarar las razones de fondo de las decisiones políticas *irrelevantes* para asegurar el acuerdo de los ciudadanos, el modelo deliberativo sólo admitiría su derrota con el modelo agregativo de la democracia y reconocería que el procedimiento deliberativo de rastrear la fuerza del mejor argumento no tiene ninguna contribución intrínseca para hacer en la *determinación de los resultados* del proceso de toma de decisiones. Y si este es el caso, el modelo deliberativo no tiene nada con que contribuir a la comprensión de la democracia, si requiere consenso o no. En la medida en que se trate de una condición para la legitimidad democrática que todos los participantes en el proceso democrático deben ser capaces de conferir su asentimiento libre a los

revisión del compromiso alcanzado (presumiblemente a la vista de contra-argumentos en contra de sus méritos sustantivos). Sin embargo, si la relevancia de la propuesta radica en la sugerencia revisionista en virtud de la cual los participantes en la deliberación deben considerar el compromiso moral, no como la segunda mejor opción temporal sino como un objetivo perfectamente aceptable, termina amenazando con colapsar dentro de la sugerencia más fuerte de abandonar el requisito del consenso en todos los casos. Si no hay nada malo con el compromiso moral ¿por qué se requiere en definitiva un consenso unánime? Además, si no existe un criterio para distinguir de antemano cuáles casos de profundos desacuerdos morales caen bajo tal categoría, ¿cómo pueden los participantes en la deliberación aplicar la propuesta? ¿Cómo pueden saber en qué casos y en qué momento se abandona el objetivo de un acuerdo consensual sobre la política sustantiva correcta? Si la respuesta es sólo “cada vez que los intentos de llegar a un consenso deliberativo ya han fracasado”, la propuesta se derrumba en el modelo consensual estándar.

resultados, si quienes en la minoría —que dan su asentimiento libre a los resultados mayoritarios a pesar de su desacuerdo de fondo— lo hacen por razones procedimentales *que no tienen relación con ninguna de las características epistémicas del proceso deliberativo*, el modelo deliberativo no hace ninguna contribución esencial a la teoría de la democracia.

Desde esta perspectiva, parece que el modelo deliberativo sólo puede ser defendido si se puede demostrar que la deliberación pública, en virtud del seguimiento de la fuerza del mejor argumento (asumiendo que lo hace), puede contribuir intrínsecamente a lograr el asentimiento libre de todos los participantes en el proceso democrático, incluso en casos de desacuerdo de fondo. En otras palabras, lo que se necesita es una interpretación genuinamente deliberativa (en oposición a una mera agregación) de la legitimidad del gobierno de la mayoría.

II.II Una interpretación deliberativa de la regla de mayorías (o por qué obedecer leyes erróneas)

Ofrecer una interpretación deliberativa de la regla de mayoría es quizás la tarea más difícil para cualquier defensa del ideal deliberativo. Las dificultades no son sólo las que se derivan de los desfases o desajustes (*mismatches*) habituales entre los modelos ideales y las realidades de la política. Es a nivel conceptual del ideal mismo que parece difícil dar una respuesta convincente. Precisamente en vista del propósito epistémico de la deliberación, parece especialmente implausible que puedan encontrarse las razones genuinamente deliberativas para explicar por qué quienes no están de acuerdo con la corrección sustancial de los resultados, no deben *nunca* dar

su consentimiento a las decisiones que consideran erróneas. Es importante tener presente lo que está en cuestión aquí. No se trata de si las minorías *siempre* deben dar su consentimiento. Está por demás decir que dependiendo de lo erróneas que sean estas decisiones políticas, probablemente no deberían hacerlo. La cuestión tampoco es escoger una *razón única* que explicaría o justificaría la legitimidad de la regla de mayoría para todos los casos posibles. Por diversas consideraciones (desde la equidad procesal a la estabilidad y el mutuo acuerdo, etc.) podrían todas jugar algún papel en algunos casos y un papel diferente en los demás (o ninguno), dependiendo de las particularidades de la situación. Lo que está en cuestión aquí respecto del modelo deliberativo es sólo si las razones internas del proceso de deliberación, podrían alguna vez formar parte de estas consideraciones y, en caso afirmativo, qué tipo de razones serían.

A mi juicio la respuesta más convincente que los defensores de la democracia deliberativa han ofrecido a dicha cuestión, es que la deliberación pública, rastreando la fuerza del mejor argumento, puede contribuir al mismo tiempo a determinar *dónde radican las cargas de la prueba* en el proceso deliberativo. Si la democracia deliberativa es entendida como un proceso en curso de deliberación pública puntuado por elecciones, las perspectivas post-deliberativas mayoritarias pueden interpretarse como indicadores de dónde radica la responsabilidad de argumentar en un momento particular del proceso deliberativo²⁷. Este es un rasgo genuinamente epistémico que debe estar presente en cualquier proceso de deliberación razonada. Si es posible rastrear la fuerza del mejor argumento a través de la

27 Para una detallada defensa de esta interpretación de la regla de mayorías, véase, (Habermas, 1988; 1996: 179-186).

deliberación, determinar dónde radica el balance del argumento en un momento dado debe ser posible también para que el proceso pueda tener una orientación. Sin embargo, teniendo en cuenta las especificidades del compromiso con la justificación pública que subyace a la deliberación democrática en particular, esta característica epistémica intrínseca a cualquier proceso deliberativo de justificación se vuelve democráticamente significativa. Para determinar cuál lado de la discusión falla en esgrimir argumentos convincentes en apoyo de una decisión particular en un momento dado, hay que saber quién no cumplió con el compromiso de justificación pública en el momento en el que la decisión se tenía que haber tomado.

Reconocer este fracaso deliberativo puede por lo tanto proporcionar una razón para que la minoría acoja el resultado mayoritario del proceso deliberativo, el cual es interno al proceso deliberativo y no depende de la renuncia a sus propios juicios sobre la corrección de fondo de la decisión²⁸. Ofrece una genuina explicación deliberativa de por qué lo que la mayoría encuentra más convincente después de la deliberación, puede²⁹ dar legitimidad a su aplicación, incluso desde las propias perspectivas de la minoría. De acuerdo con este punto de vista, el demócrata minoritario acepta la decisión de la mayoría no porque sea correcta (por hipótesis no es el caso) ni debido a que las opiniones post-

28 Tampoco depende del sacrificio de la corrección de fondo en aras de la equidad procesal en general, sobre lo que me ocupo más adelante.

29 Obviamente si lo hace o no en un caso particular es, según el ideal deliberativo, precisamente en función de si el proceso de deliberación es genuino (es decir, si realmente muestra las características de la deliberación genuina: la inclusión total de puntos de vista y argumentos disponibles, la igualdad de oportunidades de participación, la receptividad con la fuerza del mejor argumento, etc.).

deliberativas de la mayoría tengan, en general, más probabilidades de ser correctas (aunque bien puede ser, como dicen muchos demócratas epistémicos³⁰). Es sólo porque (y en la medida en que) es más probable que las perspectivas mayoritarias post-deliberativas reflejen la fuerza del mejor argumento disponible en un momento dado. Por supuesto, incluso si lo hacen, esto no indica que la minoría esté equivocada desde el punto de vista sustantivo, pero sí indica que tiene la carga de la argumentación para satisfacer la exigencia de justificación pública.

Bajo el supuesto de que el compromiso con la justificación pública está motivado independientemente de su capacidad para garantizar la corrección de fondo, es comprensible que en casos de desacuerdo razonable la minoría puede dar su consentimiento voluntario a los resultados mayoritarios del proceso de deliberación, sin por ello tener que renunciar a sus propias ideas sobre la corrección de fondo de la decisión. Tales participantes en un proceso de deliberación que en una ocasión determinada discrepan con el acuerdo alcanzado por la mayoría, todavía pueden darle su consentimiento voluntario al resultado de dicho acuerdo por la razón *deliberativa* de que sus argumentos no convencieron a la mayor parte de los miembros de la comunidad de que la decisión era realmente incorrecta (injusta, ineficiente, etc.), y no sólo supuestamente incorrecta. Precisamente en la medida en que los participantes en la deliberación democrática consideran la justificación pública como condición para la legitimidad, el fracaso de la minoría en proporcionar argumentos convincentes aquí y ahora les obliga a aceptar el resultado mayoritario del proceso de deliberación, incluso por sus propias perspectivas y de manera voluntaria.

Sin embargo, reconocer que la justificación pública puede quedarse corta de corrección sustancial implica reconocer que el acuerdo condicional de la minoría de ninguna manera hace que la decisión política sea, de este modo, más o menos correcta desde lo sustancial (justa, eficiente, etc.) respecto de lo que realmente es. Así, el éxito de la minoría en encontrar argumentos convincentes en el futuro para mostrar la forma específica en la que la norma es realmente incorrecta (injusta, ineficiente, etc.), socavaría en principio el acuerdo previo mayoritario, incluso desde las propias perspectivas de la mayoría. Esto implica que, inclusive en el plano puramente conceptual que estamos considerando aquí, la regla de mayorías no puede ser el único mecanismo para garantizar que se cumpla el compromiso con la justificación pública.

II.III Deliberación e impugnación (contestation)

Dado que la deliberación pública no garantiza la corrección de fondo, si una minoría razonable no se siente obligada a cambiar de opinión sobre la corrección de fondo de la decisión mayoritaria, la carga de la argumentación puede recaer sobre ella, pero esto no significa que por esta razón el compromiso democrático con la justificación pública ha sido satisfecho por todos los interesados. En tal caso, la mayoría *por hipótesis* ha fallado en justificar su decisión post-deliberativa a la minoría con razones que puedan aceptar de manera razonable, y la minoría sin embargo tiene que cumplir con ella. Como ya vimos, el compromiso democrático con la justificación pública es mucho más específico que el compromiso epistémico con la justificación intrínseca de cualquier proceso deliberativo en general. Se trata de un compromiso con la *mutua* justificación en particular.

30 Para explicaciones epistémicas de la votación y de la regla de mayorías, véase (Coleman – Ferejohn, 1986), (Estlund, 1997).

En este punto, sin embargo, el modelo deliberativo parece enfrentar una tarea imposible. ¿Cómo puede cumplirse el compromiso con la justificación mutua entre los miembros particulares de una comunidad política en los casos de desacuerdo deliberativo, si dicho desacuerdo no es otra cosa que la falta de justificación mutua? La clave para la solución está en la misma característica del modelo deliberativo que hizo posible una interpretación deliberativa de la regla de mayorías. El modelo deliberativo concibe a la deliberación democrática como un *proceso continuo* que está puntuado por las elecciones³¹. En consecuencia, la legitimidad de una decisión mayoritaria está supeditada al fracaso en la deliberación por parte de quienes defienden la perspectiva minoritaria en la realización de un movimiento exitoso en el proceso argumentativo en un momento dado. En la medida en que la minoría pueda reconocer, incluso si su perspectiva resulta ser correcta,

31 Como intentaré mostrar en lo que sigue, la consecuencia de concebir la deliberación democrática como un proceso en curso es muy importante teniendo en cuenta el hecho de los continuos desacuerdos en las sociedades pluralistas. Según esta opinión, que el compromiso de justificación mutua pueda cumplirse en casos de desacuerdo no depende de asumir que para cada decisión democrática en particular la minoría siempre estará de acuerdo con la mayoría en que falló en proporcionar argumentos convincentes. Si hay desacuerdos persistentes entre ellos es probable que discrepen también en esta cuestión. De acuerdo con este punto de vista, la razón por la que todos los ciudadanos pueden considerar que el compromiso de justificación mutua puede ser cumplido en una democracia deliberativa, a pesar de los desacuerdos persistentes, es porque reconocen que los procedimientos institucionales de la regla deliberativa mayoritaria y las posibilidades deliberativas de impugnación, reflejan su compromiso compartido de asegurar la justificación mutua. Así, aunque diferentes grupos pueden estar en desacuerdo sobre cómo interpretar los resultados de los procedimientos en ocasiones particulares, pueden acordar en la validez de tener tales procedimientos en marcha para asegurar la justificación mutua. Aunque estos procedimientos no garantizan que el compromiso de mutua justificación se cumplirá de forma permanente, en el sentido de ser cumplido por cada una de las decisiones democráticas y de acuerdo con todas las personas (ningún procedimiento parece en condiciones de garantizarlo), garantizan de hecho que cumplirá permanentemente en el sentido de que estos procedimientos constituyen una característica permanente de sus instituciones democráticas y están abiertos a todo el mundo.

que no obstante han fallado en mostrar por qué esto es así con razones que puedan aceptar la mayor parte de los miembros de una comunidad, tendría una razón deliberativa para obedecer las decisiones que consideran equivocadas. Pero por la paridad del argumento si tuvieron éxito en hacer el movimiento argumentativo necesario, la decisión debe ser la contraria, de acuerdo con esta opinión.

Esto indica que la posibilidad de desacuerdo deliberativo no tiene por qué debilitar el compromiso con la justificación mutua. Lo que requiere es un compromiso adicional con la libre competencia (*contestability*)³², es decir, la

32 Tomo este concepto de Pettit (2003). En general, concuerdo con la interpretación que hace Pettit en ese artículo del compromiso con la posibilidad de impugnación, pero extraigo una conclusión diferente con respecto a sus implicaciones para la democracia. Precisamente en la medida en que tal compromiso requiere favorecer la racionalidad colectiva sobre la consideración de las perspectivas individuales, como Pettit muestra de manera convincente, uno ya no tiene que aceptar, como Pettit todavía parece hacer, que hay un "dilema discursivo" genuino o, en otras palabras, que incrementar el componente deliberativo necesariamente implica reducir el componente democrático (Pettit, 2003: 148). Conforme al modelo deliberativo, el componente democrático no necesita ser identificado con atención a las perspectivas individuales, como en el modelo agregativo, sino con la consideración a las posibilidades (abiertas, no forzadas y basadas en razones) de impugnación. Cumplir esta condición exige incrementar en lugar de reducir el componente deliberativo. Si este es el caso, los defensores de la democracia deliberativa no tienen por qué aceptar la afirmación de que incrementar el componente deliberativo implica necesariamente sacrificar el componente democrático. Dentro del modelo deliberativo la inclusión democrática de quienes cuyas perspectivas individuales sobre un asunto dado no están en la mayoría, no es medida por sus justas posibilidades de estar en la mayoría en otras ocasiones (como en el modelo agregativo), sino por sus justas oportunidades de impugnación en todas las ocasiones (es decir, sus oportunidades justas de desafiar la conclusión con argumentos posteriores que pueden conducir a una revisión de la decisión mayoritaria). En consecuencia, de acuerdo con el modelo deliberativo, las decisiones mayoritarias no deben ser consideradas decisiones sobre cuáles perspectivas quedan excluidas (lo cual inevitablemente reduciría el componente democrático), sino como decisiones sobre cuáles perspectivas tienen la responsabilidad de argumentar o tienen la carga de la prueba para la posible revisión de la decisión colectiva tomada en un momento dado.

posibilidad permanente de impugnación efectiva de las deliberaciones que conducen a las decisiones colectivas. Cuál posibilidad puede ser mejor asegurada a través de las instituciones democráticas reales, es una cuestión abierta que diferentes concepciones de la democracia deliberativa pueden responder de diversas maneras³³. La única limitación que parece inherente al modelo deliberativo como tal, es que las posibilidades de impugnación efectiva deben ser de alguna forma deliberativas. Esto puede parecer una limitación relativamente débil³⁴, pero no es vacía ni polémica. A diferencia de otros modelos democráticos, tal limitación impide que el modelo deliberativo suministre cualquier tipo de fundamento para respaldar los derechos de veto, por ejemplo³⁵.

33 Para una propuesta en detalle al respecto, véase, Pettit (1997; 1999; 2000).

34 Esta limitación deja indeterminadas muchas cuestiones controversiales. Por ejemplo, no descarta la inclusión de posibilidades deliberativas que no son constituidas de forma democrática, tal como la posibilidad de revisión judicial de constitucionalidad (o cualquier otro medio institucional de impugnación que se fíe en funcionarios nombrados por mandato legal, como los jueces, en lugar de ser elegidos democráticamente).

35 Que el modelo deliberativo no proporciona ninguna base para aprobar (individual o grupalmente) los derechos de veto no significa que introducir tales derechos como medidas temporales para compensar las consecuencias de la existencia de minorías, resulte necesariamente incompatible con el modelo deliberativo. Dado que la existencia de las minorías es ciertamente incompatible con el ideal deliberativo (es decir, con el requisito de que la calidad de las razones y no la identidad de quienes las defienden determina las decisiones políticas), el ideal mismo no da una respuesta a la pregunta de cuáles son las mejores medidas temporales que podrían servir para eliminar las condiciones sociales existentes que son hostiles a tal ideal. Sin embargo, los autores que argumentan a favor de los derechos de veto pueden encontrar insuficiente la débil interpretación "temporal" que es compatible con el ideal deliberativo, y aprobar en cambio una estrategia más fuerte sobre la base de conceder "autoridad epistémica" a minorías específicas para las cuestiones que les afectan directamente. Esta estrategia, sin embargo, parece claramente incompatible con el modelo deliberativo. Sobre las complejidades de esta cuestión, véase (Young, 1989; 1997; 2000: cap 4).

De acuerdo con el ideal deliberativo, el resultado de la deliberación pública debe ser sensible a la calidad de las razones que sustentan las decisiones y no a la autoridad de las perspectivas o de algunos individuos o grupos. Por otro lado, el carácter deliberativo de las posibilidades que tienen las garantías a la impugnación no son convertidas por el compromiso con la impugnación, en un elemento exógeno en el modelo deliberativo. De hecho, la necesidad de un compromiso con la *libre competencia deliberativa* parece sobre-determinada, por decirlo así. Es necesaria tanto por razones democráticas como epistémicas.

Un compromiso con la libre competencia deliberativa sirve al objetivo epistémico de asegurar el carácter revisable y razonado de las decisiones (Habermas, 1988), lo cual garantiza la inclusión permanente de todas las consideraciones pertinentes disponibles (pruebas, argumentos, objeciones, etc.) en cualquier momento dado. Al hacerlo así, ayuda a asegurar los mejores resultados posibles desde el punto de vista de su corrección de fondo. Al mismo tiempo, un compromiso con la libre competencia deliberativa sirve al objetivo democrático de garantizar el asentimiento libre y razonado de todos los ciudadanos. Seguramente lo hace por garantizar el valor imparcial de la igualdad de oportunidades de participación en el proceso deliberativo de toma de decisiones. Pero esta no es su única contribución.

Asegurar que la consideración con la calidad de las razones es una característica *permanente* del procedimiento deliberativo de toma de decisiones, también otorga la seguridad necesaria a los ciudadanos de que su consentimiento no requerirá el sacrificio de los objetivos epistémicos por los

objetivos democráticos. En la medida en que el ideal deliberativo no les exija a los ciudadanos sacrificar la corrección de fondo en aras de la legitimidad democrática, o viceversa, podrán de una manera reflexiva apoyar la adecuación de los ideales de una democracia deliberativa.

Sólo la deliberación democrática, en virtud de la consecución de justificación mutua de las decisiones políticas, puede prometer asegurar los mejores resultados sustanciales entre aquellos que puede lograr el libre y razonado asentimiento de sus miembros.

LA PARADOJA DE LAS PRECONDICIONES DE LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA EN NINO

José Luis Martí*

De Nino se puede afirmar, creo que sin atisbo de exageración, que ha sido uno de los filósofos del derecho en lengua castellana que han logrado un equilibrio más perfecto entre versatilidad y amplitud de materias de trabajo, por una parte, y profundidad en el análisis y sagacidad para detectar los problemas, por la otra. En este trabajo he querido abordar uno de esos problemas sagazmente identificados por Nino, al de que denominaré paradoja de las precondiciones de la democracia deliberativa, y que Nino enunció en *La constitución de la democracia deliberativa*¹.

* Quiero agradecer a Jorge Rodríguez, Jordi Ferrer y Roberto Gargarella por su lectura inteligente de este trabajo, y por haberme salvado en no pocas ocasiones del error, sin que los problemas subsistentes sean imputables a ellos en ningún sentido. Aquí desarrollo y modifico parcialmente un análisis de esta paradoja que ya había realizado en Martí (2004: capítulo 4; 2005b: 386-388).

1 Uno de los dos manuscritos en inglés que dejó inéditos a su muerte y que fueron publicados en 1996. De hecho, el problema se encontraba implícito ya en algunas de sus obras anteriores, como en (Nino, 1989a; 1989b: especialmente 128 y ss.) que fueron un precedente directo a las ideas que después sistematizaría en el libro de 1996. Es curioso constatar que tanto en esas obras previas como en algunas de las discusiones que se generaron al respecto (véase, por ejemplo, (Bayón, 1991: nota 591), (Rosenkrantz, 1991), (Ródenas, 1991) y el propio Nino (1991), en respuesta a los dos últimos), el problema de la paradoja aparece involuntariamente a raíz de la discusión de otra paradoja con la

Aunque se han dado justificaciones diversas a este modelo democrático que dan lugar a diversas concepciones del mismo, la justificación y concepción de la que Nino predicó la paradoja de las precondiciones es la epistémica, que sostiene que el procedimiento deliberativo confiere legitimidad a las decisiones que resultan del mismo porque dicho procedimiento es el más confiable en términos de probabilidad para alcanzar decisiones políticas correctas².

Tal problema se trata de uno de esos problemas filosóficos que operan como agujeros negros que atraen a una gran cantidad de materia diversa, en el sentido de que aquello a lo que apunta dicha paradoja no es más que una dificultad filosófica general de algunos de nuestros planteamientos de racionalidad, y que como problema general lo encontramos representado en multitud de

que guarda estrecha relación, la de la superfluidad del derecho respecto de la moral. No obstante, no es hasta 1996 que la presenta de forma explícita.

2 Entre los que han sostenido esta concepción epistémica con mayor rotundidad, además del propio Nino, se encuentran (Cohen, 1986; 1989a), (Estlund, 1993a; 1993b; 1997), y (Habermas, 1992), aunque la mayoría de los deliberativistas se han adherido explícita o implícitamente a esta tesis.

discusiones concretas en ámbitos distintos. En otras palabras, el núcleo del problema que voy a analizar a continuación se encuentra también en muchas otras discusiones de filosofía política, y constituye lo que Bayón ha calificado como “un problema capital”³.

Anticipo ahora, para que la decepción del lector no sea mayor más adelante, que mi conclusión será que la paradoja de las precondiciones es inevitable y no tiene, al menos por el momento, solución alguna. Lo significativo de esta paradoja, sin embargo, además de su propio interés intrínseco, es que supone un grave problema para todos aquellos que, como el propio Nino, defiendan la democracia deliberativa y, en general, cualquier otro procedimiento de toma de decisiones colectivas que valore la autonomía del decisor⁴. No obstante, pocos defensores de este modelo habían identificado el problema, y ello aunque la democracia deliberativa se hubiera convertido en una de las propuestas centrales de la teoría democrática contemporánea y en el punto de mira de casi todos los autores de este ámbito⁵. Y Nino fue, de todos ellos, el que con

mayor claridad lo hizo e intuyó sus potenciales efectos devastadores. Esta no fue la única, pero tal vez sí una de las más singulares y relevantes aportaciones de Nino al debate mundial sobre la democracia deliberativa⁶.

El callejón: la paradoja de las precondiciones

Veamos en qué consiste, en palabras del propio Nino, la paradoja de las precondiciones de la democracia deliberativa:

“El valor epistémico de una democracia requiere que se cumpla con ciertos prerequisites sin los cuales no existiría una razón para diferenciar los resultados de la democracia. (...). Estos derechos, prerequisites para el apropiado funcionamiento del proceso democrático, pueden ser considerados ‘derechos a priori’. El respeto por estos derechos a priori promueve y provee el valor epistémico de la democracia. A la inversa, si estos derechos no fueran respetados, por

3 Bayón analiza las repercusiones de la paradoja aunque referido a la democracia en general, en el marco de sus relaciones con los derechos, y no a la democracia deliberativa. Sin embargo, no incorpora un necesario análisis de la estructura de la propia paradoja, que es lo que se intentará hacer aquí. [Bayón, 2010].

4 Si en el título de este artículo he mantenido entre paréntesis “de la democracia deliberativa” es precisamente porque aunque Nino predicó la paradoja de dicho modelo democrático y, más concretamente, de una concepción epistémica del mismo, en realidad la paradoja puede también predicarse, como he dicho, de otros tipos de democracia y de cualquier otro procedimiento de toma de decisiones en el que se valore la autonomía del decisor.

5 De los que sí se refieren a este problema, casi todos lo han hecho con posterioridad a Nino. Véase, por ejemplo, [Gutmann – Thompson, 1996: 349-357; 2004: 42 y 43], [Bohman, 1996: 109; 1998: 403 y 404], [Knight – Johnson, 1997: 286]. Para una visión panorámica de la democracia deliberativa, pueden consultarse

las siguientes compilaciones: [Bohman – Rehg, 1997], [Elster, 1998a], [Macedo, 1999], [Fishkin – Laslett, 2003] y [Besson – Martí, 2006]. Para una exposición sintética de los principios básicos del modelo democrático deliberativo y de la importancia de esta corriente teórica, véase [Martí, 2004: capítulos 1 y 2].

6 Véase el “Survey Article” de James Bohman sobre la democracia deliberativa (en Bohman, 1998: 403 y 404) atribuyendo a Nino este hallazgo de la paradoja y en el que se refiere a él como uno de los principales impulsores a nivel internacional del modelo deliberativo. Efectivamente, Nino contribuyó de manera decisiva en el desarrollo de este modelo democrático, y lo hizo de forma muy temprana, teniendo en cuenta que su libro central sobre este tema en inglés, que fue el que más ha influido al resto de autores a nivel internacional, no apareció hasta 1996 pero había sido redactado en 1992 y 1993, y considerando además que contaba con otros trabajos anteriores en los que, sin utilizar esta expresión, ya comenzaba a perfilar su concepción, como en [Nino, 1989a] (que también contaba con una edición en inglés, pero cuya primera edición castellana se remontaba a 1984) y sobre todo 1989b.

ejemplo, por las decisiones democráticas, una persona guiada por el razonamiento práctico no tiene ninguna razón para esperar el resultado del proceso” (Nino, 1996: 192).

“Si cubrimos todas estas precondiciones para otorgar valor epistémico de la democracia, quedan muy pocas cuestiones a ser resueltas por la democracia. La mayoría de las decisiones políticas consisten en la apropiada distribución de este tipo de recursos. Si los derechos son interpretados en un sentido amplio, al reconocer que ellos pueden ser violados por omisiones, la democracia es privada de la mayoría de sus posibles temas de debate. Aquí nos enfrentamos una vez más con el conflicto entre procedimiento y sustancia (...)”. (Nino, 1996: 193).

Efectivamente, para cumplir por una parte con (1) los principios estructurales (o constitutivos) del proceso democrático deliberativo, como por ejemplo que todos los potencialmente afectados por una decisión tengan ocasión de defender públicamente y con argumentos sus preferencias políticas como ciudadanos libres e iguales en un contexto discursivo de intercambio de razones, así como por otra parte para cumplir con (2) las precondiciones del propio proceso, es decir, con las condiciones necesarias de sus principios estructurales, como por ejemplo el que todo ciudadano tenga cubiertas las necesidades básicas que le permitan defender sus preferencias de manera libre, pública y racional, y que garanticen, en la medida de lo posible, que todo ciudadano disfruta de una igual capacidad de influencia material en la decisión final, para cumplir, repito, con 1 y 2, debemos asegurar previamente el cumplimiento de un conjunto bastante amplio de

condiciones políticas y sociales⁷. Nótese no sólo que el cumplimiento total de estas precondiciones puede ser en muchos casos imposible, como el de la igualdad de influencia política material, sino también que las políticas necesarias para asegurar dichas condiciones son precisamente aquellas que caen bajo el fuego de la controversia política. De modo que, tratando de asegurar el cumplimiento de las precondiciones de la democracia deliberativa (en adelante utilizaré el término ‘precondiciones’ para referirme a la vez a 1 y 2), en realidad lo que hacemos es precluir el debate sobre las cuestiones más controvertidas, y por esta misma razón también las más interesantes.

Si asumimos, como Nino, la concepción epistémica de la democracia deliberativa, la paradoja de las precondiciones se convierte en una paradoja de las precondiciones epistémicas. Así, asumiendo que el procedimiento democrático deliberativo funciona como un mecanismo de justicia procesal imperfecta,⁸ y aceptando que la propiedad del valor epistémico de un procedimiento es gradual y no de todo-o-nada, diremos que en la medida en que satisfacemos las condiciones que aseguran un mayor valor epistémico al procedimiento democrático deliberativo, nos quedan menos cuestiones y menos importantes sobre las que deliberar. Es decir, cuanto más potente (en términos de rentabilidad epistémica) es un procedimiento deliberativo menor es el rango de decisiones en el que podremos aplicarlo. Inversamente, en la medida en que dejemos de

7 Véase, (Cohen, 1989b), (Bohman, 1996: capítulo 3), (Christiano, 1996: 47-104 y 265-298), (Gutmann – Thompson, 1996: 273-306) y (Knight – Johnson, 1997).

8 Y que, por lo tanto, a diferencia de los mecanismos de justicia procesal perfecta y de justicia procesal pura, puede generar resultados sustantivamente erróneos. Sobre esta distinción, véase (Rawls, 1971: 74 y 75).

satisfacer las condiciones que aseguran un mayor valor epistémico al procedimiento democrático deliberativo, más serán las cuestiones sobre las que podremos deliberar, pero menor será el valor de dicha deliberación. Es decir, cuanto más abierto dejemos el rango de cuestiones sobre las que vamos a deliberar, menor será la fiabilidad del procedimiento democrático deliberativo.

La paradoja consiste entonces en que podemos tener un excelente y poderoso procedimiento de toma de decisiones democráticas que se aplique a un rango de decisiones muy reducido, o un pobre y poco fiable procedimiento que se aplique a un rango casi total de decisiones. Contrariamente a lo que podría parecer, la garantía de las precondiciones tiene una fuerza expansiva. Es decir, prácticamente todas las decisiones políticas tienen alguna repercusión sobre las precondiciones del procedimiento democrático, especialmente si se trata de un procedimiento tan exigente como el deliberativo. Ésta es la razón por la que Nino pensaba que únicamente las cuestiones de mera coordinación social como las relacionadas con el tráfico, cuya única virtud consiste en encontrar una clave coordinativa a un problema de acción colectiva puramente cooperativo y sin relevancia moral, quedaban libres de dicha paradoja (Nino, 1996: 193)⁹.

Otros callejones, otras paradojas

Como ya he dicho antes, las versiones no epistémicas de la democracia deliberativa padecen

⁹ Pensemos que entre las precondiciones más claras están la de que los ciudadanos se mantengan con vida, con buena salud, que reciban educación suficiente, que dispongan de tiempo suficiente para poder deliberar sin distorsiones, etc. Es evidente que casi todas las decisiones políticas sustantivas guardan alguna relación, más o menos directa, con este tipo de precondiciones, en el sentido de que tales decisiones producen algún tipo de impacto sobre ellas.

igualmente la paradoja de las precondiciones, y ello porque lo que restringe el rango de decisiones posibles no es únicamente la garantía de las condiciones epistémicas, sino de las propias precondiciones del procedimiento deliberativo en general. Del mismo modo, la paradoja afecta también de forma más general a todos los modelos democráticos en la medida en que se basen en el valor de tomar las decisiones colectivas autónomamente por parte de la ciudadanía. Se puede decir de forma general que cuanto mejor se promuevan las precondiciones del procedimiento con el fin de conferir una mayor legitimidad a las decisiones resultantes, menor será el rango de decisiones al que podremos aplicar tal procedimiento. Y, a la inversa, cuantos más temas queramos dejar abiertos a la decisión democrática, peor se garantizarán sus precondiciones y menor legitimidad podremos esperar del resultado del procedimiento. De hecho, la garantía de las precondiciones del procedimiento democrático suele ser concebida, al menos en las democracias liberales contemporáneas, mediante el reconocimiento de determinados derechos. Por lo tanto, como señala Bayón, podemos encontrar una instancia de la misma paradoja en la célebre tensión entre democracia y derechos, o entre democracia y constitucionalismo¹⁰.

En mi opinión, la paradoja de las precondiciones forma parte de una clase general de paradojas relativas a la democracia, la autoridad y la autonomía, una clase que no ha recibido suficiente atención por parte de aquellos que han estudiado

¹⁰ Esta es la estrategia principal seguida en (Bayón, 2010) aunque, como él mismo reconoce, no todos los derechos ni todas las provisiones constitucionales que pueden entrar en conflicto con la democracia se justifican por razones democráticas procedimentales, y en ese sentido no toda reconstrucción de dicha tensión obedecería a esta paradoja.

las paradojas en general.¹¹ En realidad, muchas de las paradojas de la democracia poseen su equivalente en el nivel individual, porque en realidad apuntan a un problema general vinculado con la noción de autonomía, un problema que puede predicarse de ésta tanto de su versión pública como de la privada. Así, del mismo modo que la paradoja de la auto-destrucción de la democracia es equivalente a la paradoja del individuo que se convierte autónomamente en esclavo, la paradoja de las precondiciones de la democracia tiene su equivalente en la paradoja de las precondiciones de la libertad individual¹².

Para garantizar mi autonomía individual es necesario tomar una serie de medidas previas que funcionan como precondiciones de dicha autonomía, y que se dirigen, por ejemplo, a proporcionarme información lo más completa posible, a eliminar distorsiones externas, a esquivar las disonancias cognitivas o la formación de

11 Podemos mencionar, por ejemplo, la paradoja de la auto-destrucción de la democracia, acerca de si es posible acabar con la democracia mediante una decisión democrática; la paradoja de la formación del demos, sobre cómo se puede delimitar legítimamente el demos si el único procedimiento legítimo de toma de decisiones ya lo presupone; la "paradoja de la democracia de Elster", que pone de manifiesto que todas las generaciones aspiran a "atar de manos" a las generaciones posteriores y a verse libres de lo que hayan dicho las anteriores; la "paradoja de la democracia de Wollheim", que cuestiona hasta qué punto el votante que quedó en minoría en una votación tiene que dar crédito a lo que decidió la mayoría; la paradoja liberal de Sen, respecto a la posibilidad de gozar de una completa libertad en la toma de decisiones a la luz de la corrección o incorrección de las mismas, etc. Todas ellas están ausentes, por ejemplo, en estudios como el de (Sainsbury, 1995), o incluso en el de (Koons, 1992), aunque se trate de un trabajo dedicado especialmente a las paradojas en los modelos de la decisión racional, en los que se presupone la autonomía. Sobre algunas de estas paradojas y la asunción de su inevitabilidad, véase (Elster, 1979; 2000). Y para un análisis de las ideas de Elster en este punto, véase (Martí, 2001: 171-179).

12 Nino ya estableció algún vínculo con esta otra paradoja en su formulación previa en (1989b: 132 y 133). Explicaré mejor en qué consiste dicha paradoja en el último apartado de este trabajo.

preferencias adaptativas, etc. Es decir, puedo ser más o menos autónomo, en la medida en que garantice en mayor o menor medida las precondiciones de dicha autonomía. Y, al igual que sucede en el caso de la democracia, el ideal de la autonomía es probablemente imposible de alcanzar por completo. La paradoja consiste en que todas aquellas medidas que debo tomar para garantizar mi autonomía en un grado determinado reducen necesariamente el rango de decisiones posibles sobre las que aspiro a pronunciarme autónomamente¹³. Más adelante volveré sobre este caso, pero ahora convendría reconstruir de manera más precisa la estructura de la paradoja.

El callejón es un círculo

Según la definición de R.M. Sainsbury, una paradoja es

“una conclusión aparentemente inaceptable derivada de un razonamiento aparentemente aceptable con unas premisas aparentemente aceptables. Las apariencias deben entonces engañarnos, ya que lo aceptable no puede conducirnos a través de lo aceptable hacia lo inaceptable. De modo que generalmente se nos plantea una elección: o bien la conclusión no era realmente inaceptable, o bien el punto de partida o el propio razonamiento tenían alguna deficiencia oculta” (Sainsbury, 1995: 1).

Así, podemos reconstruir el problema de las precondiciones en forma estricta de paradoja de la siguiente manera:

13 El resultado, además, es equivalente tanto si el que toma la decisión de garantizar esas precondiciones soy yo mismo, como si es el estado o un tercero actuando de forma paternalista (justificadamente o no).

- 1) las decisiones políticas, al menos como regla general, deben ser el resultado de un proceso democrático deliberativo para ser legítimas, lo cual presupone entimemáticamente que las decisiones políticas deben ser legítimas;
- 2) para que un procedimiento sea suficientemente democrático y deliberativo deben garantizarse determinadas precondiciones;
- 3) para garantizar dichas precondiciones es necesario implementar un conjunto determinado de políticas públicas que son al menos una parte sustancial del objeto de controversia política que pretendíamos zanjar mediante la toma de decisiones democráticas;¹⁴ de lo que se deriva que
- 4) las decisiones de implementar estas políticas públicas, que tendencialmente agotan el rango de decisiones políticas, no pueden ser legítimas porque no pueden ser el fruto de un procedimiento democrático deliberativo por razones conceptuales, puesto que están destinadas a hacer posible el propio procedimiento.

De modo que 4, dado 2 y 3, es incompatible con 1⁵. Sólo las decisiones que se han deliberado

14 En realidad, garantizar estas precondiciones puede ser en algunos casos sólo una cuestión de grado, puesto que algunas de ellas cobran la forma de ideales imposibles o muy difíciles de alcanzar.

15 La incompatibilidad es cuanto menos pragmática. Y si aceptamos la cláusula kantiana del "debe implica puede", también lo es lógicamente. La razón de ello es que la premisa 1 es normativa (en virtud de que el concepto de legitimidad es normativo, que de hecho es el motivo por el cuál la premisa 1, tal y como ha sido definida aquí, presupone entimemáticamente que las decisiones políticas deben ser legítimas) y la conclusión 4 es una proposición, así que no hay contradicción lógica a menos que presupongamos la premisa kantiana. Nótese que aunque digo que las decisiones no pueden ser legítimas por razones

democráticamente son legítimas pero para poder obtener decisiones deliberadas democráticamente necesito tomar determinadas decisiones previas que, a su vez, para ser legítimas deberán ser deliberadas democráticamente. Lo cual nos introduce en un círculo vicioso del que resulta difícil salir. Como sucede con otras paradojas, su estructura básica no consiste en un problema de auto-referencia, como podría parecer a primera vista, sino en un problema de circularidad¹⁶.

Pero este callejón circular posee otra particularidad, y es que parece conducirnos a una situación de dilema. Si aceptamos la paradoja, debemos entonces elegir entre (1) sacrificar una parte mayor o menor de la legitimidad del procedimiento de toma de decisiones (y por lo tanto de la legitimidad resultante de sus decisiones) en aras de una mayor apertura del rango de decisiones posibles y (2) sacrificar una parte del uso del procedimiento democrático, vetando determinadas cuestiones a la decisión democrática, en aras de proteger la legitimidad y el propio valor del procedimiento, en donde 1 y 2 parecen constituir los dos cuernos del dilema. No obstante, no podemos hablar propiamente de un dilema, ya que la elección no es entre dos valores intrínsecos y lógicamente independientes, sino entre un valor intrínseco (la democracia) y un valor instrumental que es condición necesaria del primero (las precondiciones de la democracia), de modo que los dos cuernos del dilema no son lógicamente independientes. Al contrario,

conceptuales, la incompatibilidad entre 1 y 4 es en principio sólo pragmática porque se da entre una prescripción y una proposición. De todos modos, una incompatibilidad pragmática es suficiente en este caso para mostrar la existencia de una paradoja.

16 Así lo advierte Sainsbury respecto a la paradoja del mentiroso refiriéndose a la circularidad indexical que remite en última instancia a la idea de Russell del principio del círculo vicioso. Véase (Sainsbury, 1995: 121-126).

valoramos la satisfacción de las precondiciones porque valoramos la democracia, pero a su vez la democracia requiere de la satisfacción de las precondiciones para ser también valiosa. Ninguno de los cuernos del dilema posee valor sin el otro, y ambos son incompatibles entre sí¹⁷. Así que, a diferencia de lo que ocurre típicamente en los dilemas, no es únicamente que la elección de un cuerno frente al otro implique siempre algún tipo de pérdida, sino que cualquier elección supone la pérdida del único valor que se halla detrás del problema, el democrático. Por ello este aparente dilema nos retorna a una conclusión paradójica. Se trata, a lo sumo, de un dilema atípico, sobre el que volveré más adelante.

Buscando salidas al callejón circular

Una paradoja es, como ya he dicho, una conclusión inaceptable porque parece entrar en contradicción con las premisas aparentemente verdaderas que aparentemente la implican. Ante una paradoja caben, pues, dos actitudes distintas.

17 Planteada de este modo, la paradoja de las precondiciones se acerca mucho a otro problema fundamental para la teoría democrática contemporánea, el que hace poco he denominado dilema paradójico entre los valores procedimentales y sustantivos de la legitimidad, esto es, la inevitable tensión entre los requisitos de legitimidad procedimentales (por ejemplo, estrictamente democráticos) en una toma de decisiones, y los requisitos sustantivos (la correspondencia de las decisiones resultantes a un estándar o conjunto de estándares -al menos parcialmente- independientes del propio procedimiento) a los que tampoco estamos dispuestos a renunciar. Se trata, de forma más general aún, de una paradoja entre forma y sustancia, o entre legitimidad procedimental y sustantiva, que tampoco parece tener solución. Véase (Martí, 2004: capítulo 4; 2005a). En una línea similar, (Bayón, 2010). La razón por la que utilizaba la expresión dilema paradójico en aquella ocasión es porque identificaba, igual que ahora, la presencia de una paradoja que a su vez parecía conducirnos a un dilema, sin estar ninguno de los dos completamente definidos. Ahora en cambio, como se verá a continuación, me parece más útil reconstruir ambos problemas simplemente como un tipo peculiar de paradojas, ya que el dilema al que parecen remitirnos no es tal dilema, al menos en sentido estricto.

O bien asumimos que al menos algunas paradojas son irresolubles, lo cuál supone violentar alguno de los axiomas clásicos de la lógica, como el de no-contradicción, o bien afirmamos que toda paradoja encubre un error oculto en el razonamiento o en las premisas que permite explicar la aparente contradicción, de modo que no existen verdaderas paradojas, y nuestro reto consistirá entonces en descifrar cuál es dicho error. Una paradoja, a su vez, se puede disolver de tres formas: o la conclusión no es realmente inaceptable en el sentido de que no es “realmente” incompatible con las premisas, o las premisas no son verdaderas, como parecen, o bien el razonamiento lógico es incorrecto, de modo que la conclusión no se sigue de dichas premisas.

En la reconstrucción que yo he hecho de la paradoja de las precondiciones, me parece claro que la conclusión 4 es incompatible con la premisa 1. Y, a su vez, las premisas 2 y 3 me parecen indiscutibles, de modo que la única premisa que podríamos desafiar es la 1, esto es, la que otorga valor a la democracia deliberativa como procedimiento legítimo de toma de decisiones y aspira a que todas las decisiones posean legitimidad. Sin embargo, no voy a tomar en consideración esta posibilidad en este trabajo, dado que es necesario presuponer 1 entre otras cosas porque es el valor de 1 precisamente lo que la paradoja trata de menoscabar. Es decir, la paradoja se convierte en un problema para aquellos que aceptan que la democracia deliberativa ofrece el criterio de legitimidad de las decisiones políticas, no para aquellos que lo niegan. De modo que las dos primeras opciones de disolución de la paradoja no son muy prometedoras. La tercera posibilidad consiste en desafiar el razonamiento, esto es, en sostener que de 1, 2 y 3 no se deriva necesariamente 4. Y esta es la estrategia seguida por la mayoría de los autores que han abordado

este problema, entre ellos el propio Nino. A continuación presentaré lo que llamo la estrategia del equilibrio gradual, señalando a su vez los diversos problemas que encuentro en la misma y que me llevan a descartarla como solución de la paradoja.

Algunos deliberativistas han intentado superar la paradoja convirtiendo el círculo vicioso de las precondiciones en un círculo virtuoso, apelando en primer lugar a la auto-referencia (self-reflection) y el carácter continuo (ongoing) del procedimiento democrático deliberativo, esto es, a la posibilidad de que cambiemos de opinión respecto a las precondiciones de la democracia y revisemos así, mediante el propio procedimiento democrático, las políticas públicas que intentaban garantizar dichas precondiciones¹⁸. Podemos revisar mediante el procedimiento democrático uno a uno los principios que le sostienen y sus precondiciones, siempre y cuando no desafiamos todos a la vez. De este modo, aunque las premisas 1, 2 y 3 de nuestro razonamiento se mantienen, no se da 4, ya que no es cierto que la decisión última respecto a la implementación de las precondiciones sea necesariamente no-democrática. Al contrario, cualquier precondición del procedimiento es susceptible de revisión democrática en cualquier momento, de modo que la garantía de determinados principios sustantivos no tiene por qué ser un problema necesariamente en términos de valor democrático.

Sin embargo, así planteada la estrategia, lejos de ser una solución para el círculo vicioso o para la paradoja, los acrecenta y los muestra todavía con mayor nitidez. Si en t_1 creemos que los principios

constitutivos de la democracia son A, B y C, y con la intención de establecer un sistema democrático nos aseguramos de garantizar todas las precondiciones de A, B y C, cuando en un momento posterior t_2 intentamos desafiar el principio C porque estamos persuadidos de que en realidad la democracia se constituye por A, B y D, sucederá una de estas dos cosas (si presuponemos, para simplificar el argumento, que una de las dos concepciones es "la correcta"): o bien la concepción 1 de la democracia (como A+B+C) es preferible desde el punto de vista normativo, y entonces nuestra revisión en t_2 del principio C será democrática (porque se tomó siguiendo el procedimiento A+B+C), pero incorrecta porque destruirá la democracia, al menos tal y como se entiende desde dicha concepción preferible; o bien es preferible la concepción 2 (A+B+D), con lo cual la decisión de revisión en t_2 será correcta sustantivamente, pero no democrática (puesto que se siguió un procedimiento al menos parcialmente distinto al democrático).

Por ello la estrategia va más allá y sostiene que el ideal de democracia es gradual, y que más que pretender implementarlo completamente desde el principio (algo que probablemente resulte imposible), nuestra aspiración debe limitarse a alcanzar un umbral mínimo de democracia que pueda ser superado progresivamente con el paso del tiempo. Es decir, que podemos buscar un equilibrio alcanzando ciertas precondiciones en un grado mínimo suficiente como para poder hablar de democracia en dicho grado mínimo, y utilizar entonces ese mismo procedimiento democrático mínimo ya alcanzado para tomar decisiones acerca de cuáles son los caminos por los que debemos continuar en nuestra búsqueda del ideal y, en su caso, cuáles son los que debemos desandar. En otras palabras, se trata de un equilibrio gradual que permite una implementación

18 Así lo entiende Habermas con respecto a las condiciones de la acción comunicativa [1981: 15-96]. Con respecto a la democracia deliberativa, véase (Gutmann – Thompson, 1996: 1, 26 y 52-94; 2004: 21-26 y 40-45).

progresiva del ideal democrático a la vez que la restricción que imponen las precondiciones sobre el rango de decisión democrática se atenúa o incluso deja de ser relevante, en la medida en que el propio procedimiento democrático es el que progresivamente genera las pautas de garantía de las precondiciones que deben respetarse en el futuro. Así lo planteaba con total claridad el propio Nino:

“Sin embargo, la paradoja puede evitarse debido a que la concepción epistémica de la democracia provee un modo de alcanzar un equilibrio entre sus prerequisites y su funcionamiento real. No debemos tratar de perfeccionar al máximo el procedimiento democrático por medio del fortalecimiento extremo de sus precondiciones, de modo que el alcance de su acción se reduzca a punto tal que éste sólo se refiera a cuestiones de coordinación como la de la dirección del tránsito. (...).

De este modo, debemos basarnos en el supuesto de que el valor epistémico de la democracia no es todo o nada, sino gradual. La falta de la satisfacción completa de las condiciones a priori puede privar a la democracia de algún grado de valor epistémico aunque no de su totalidad. Sin embargo, el sistema puede aún gozar de un considerable valor epistémico. Mientras que el punto exacto de medida puede ser difícil de determinar, la línea divisoria debería trazarse a partir de comparar la democracia con otros procedimientos de toma de decisiones colectivas. (...) Hay una cierta línea por debajo de la cual el proceso democrático pierde toda capacidad de mejorarse a sí mismo. Por sobre esa línea, la democracia

se realimenta a sí misma, trabajando por el logro de sus propias precondiciones. La línea, repito, es fijada por comparación con métodos alternativos de toma de decisiones, incluyendo nuestra propia reflexión”. (Nino, 1996: 193 y 194).

Por supuesto que esta respuesta deja abiertos algunos interrogantes. Por ejemplo, ¿qué significa exactamente que el punto exacto en el que se debe trazar la “línea divisoria” depende de la comparación de la democracia con otros procedimientos de toma de decisiones colectivas? ¿Cuál es el criterio concreto para identificar el punto de equilibrio?¹⁹. Pero no voy a ocuparme de ellos aquí. En cambio, me interesa comprobar si dicha estrategia consigue disolver efectivamente la paradoja o si, como sospecho, sólo consigue encubrir la persistencia de la misma.

El callejón no tiene salida

Como he dicho, considero que la estrategia del equilibrio gradual no disuelve en ningún sentido la paradoja de las precondiciones. Para comprender exactamente la razón de este fracaso, debemos recurrir a un planteamiento más fino del funcionamiento de dicha propuesta, como el siguiente²⁰. Supongamos que el procedimiento

¹⁹ Interpreto que el criterio de comparación entre sistemas debe ser el valor epistémico, es decir, que deben asegurarse las precondiciones en grado tal que permita que la democracia deliberativa siga poseyendo mayor valor epistémico que los demás procedimientos. Pero esto es muy problemático, porque presupone que contamos con algún criterio no sólo cualitativo sino cuantitativo del valor epistémico de cada procedimiento, cosa que parece ciertamente difícil. Además, lo que Nino no advirtió es que la paradoja de las precondiciones afecta no sólo a la concepción epistémica de la democracia deliberativa, sino a cualquier otro modelo de toma de decisiones colectivas. De modo que la comparación entre unos y otros no puede darme en ningún caso el criterio de equilibrio entre la garantía de precondiciones y la operatividad del procedimiento mismo.

²⁰ Daré por supuesto que podemos medir con exactitud el grado de consecución de las precondiciones de la democracia

democrático (PD) se define por $A + B + C^{21}$, que el umbral mínimo exigible para afirmar que un procedimiento es democrático en grado suficiente es de un 60% para las tres propiedades, y que en un momento t_1 hemos logrado establecer un procedimiento democrático que justo alcanza dicho umbral, que denominaré PD1. Esto significa que las decisiones tomadas mediante dicho procedimiento tendrán también una legitimidad del 60%. Supongamos ahora que en un momento t_2 , y siguiendo el procedimiento PD1, tomamos una primera decisión política, a la que podemos llamar L1, que posee también una legitimidad del 60%, ya que es el resultado de PD1.

Ahora bien, supongamos que la decisión L1, tras un intenso debate en torno al funcionamiento del propio PD1 que permite el hecho de que este tipo de procedimientos sean auto-referentes, consiste precisamente en tomar todas aquellas medidas políticas que eleven el umbral mínimo al 65%, porque los ciudadanos se han dado cuenta de que aceptar un grado de consecución del ideal democrático inferior a éste resulta inaceptable desde el punto de vista normativo. Esto es, L1 establece un nuevo procedimiento democrático, PD2, con un grado de legitimidad del 65%, y

(deliberativa), algo que en realidad es empíricamente imposible, ya que presupondría entre otras cosas un conocimiento completo de las circunstancias que harían posible la implementación completa del ideal, es decir, de las condiciones que permiten afirmar que se ha implementado un modelo ideal en un 100%, además de contar con instrumentos altamente sofisticados y complejos para medir con precisión los grados de consecución de cada propiedad. Supondré también que conocemos cuáles son dichas precondiciones y que contamos con un criterio de identificación del grado mínimo de consecución de las precondiciones que establece el umbral de legitimidad política. Presupondré ambas cosas con finalidades únicamente teóricas.

21 Recordemos que cuando hablo de consecución de las precondiciones en realidad me refiero tanto a la realización de las propiedades constitutivas de la democracia, como a las precondiciones en sentido estricto de cada una de estas propiedades.

ciertamente distinto y más ambicioso que PD1. Lo que sucede entonces es que L1 no es una decisión democrática, o no lo es al menos en un grado suficientemente aceptable según la creencia de los propios ciudadanos que han participado en tomarla, debido a que su grado de legitimidad era del 60%, mientras que el nuevo umbral mínimo se sitúa en el 65%. Y lo que es más importante, el hecho de que el umbral mínimo de consecución de las precondiciones sea del 65% hace que el rango de las decisiones admisibles sea necesariamente menor, ya que el tipo de políticas que permiten pasar de una implementación del ideal al 60% a una al 65% se han convertido en precondiciones de la legitimidad del procedimiento.

Y esto nos remite a la paradoja de la auto-destrucción de la democracia. O admitimos que las decisiones democráticas que destruyen el fundamento de la apropiada democracia son admisibles, y que por lo tanto puede ser legítima una decisión que establezca la disolución permanente de los procedimientos democráticos, o admitimos que el rango de decisiones admisibles en t_2 es menor que en t_1 , y que ese es el precio que debemos pagar por incrementar la legitimidad del procedimiento de toma de decisiones. En definitiva, o aceptamos la tesis contraintuitiva de que alguien puede autónomamente decidir convertirse en esclavo, o aceptamos la inevitabilidad de la paradoja de las precondiciones.

El defensor de la estrategia del equilibrio dirá que el umbral mínimo no tiene por qué desplazarse, que puede limitarse a establecer la frontera de lo democrático, y que aparece un segundo umbral referido únicamente al incremento de legitimidad de los procedimientos democráticos. De modo que el 65% es la nueva cota de legitimidad aceptable, si bien una decisión seguirá siendo democrática

cuando el procedimiento utilizado para tomarla haya cumplido con sus precondiciones al menos en un 60% (el umbral mínimo). Se trata de algo así como de mantener unos requisitos mínimos de democracia razonablemente bajos a la vez que nos mostramos ambiciosos con el grado de legitimidad exigible, siempre que entendamos este último como una especie de lujo. Pero la paradoja persiste respecto a este nuevo umbral, ya que la decisión democrática que incrementa la legitimidad del propio sistema democrático (L1) siempre tendrá menor legitimidad que cualquier otra decisión futura tomada ya mediante el procedimiento PD2. La paradoja de las precondiciones de la democracia se convierte entonces en la paradoja de las precondiciones de la democracia más legítima.

Lo que resulta inevitable en cualquier caso es que poner en práctica las medidas pertinentes para garantizar el cumplimiento de unas determinadas precondiciones, o de un grado determinado de las mismas, implica necesariamente anticipar algunas de las decisiones que podrían tomarse en un momento posterior. Si en dicho momento posterior se considera que efectivamente estas decisiones estaban encaminadas a cumplir mejor algunas precondiciones del procedimiento democrático, entonces resultarán intocables y el rango de decisiones posibles quedará reducido. Si en cambio se da marcha atrás a estas medidas concretas, estaremos sacrificando una parte de la legitimidad democrática del sistema²². O

22 En realidad, cualquier decisión política correcta precluye en algún sentido decisiones futuras, porque si realmente era correcta cualquier otra decisión posterior debe ser incorrecta, y por lo tanto resulta inaceptable. Y esto nos conduce a otra paradoja de la autonomía, la paradoja liberal de Sen. Nótese, no obstante, que no es esto a lo que apunta la paradoja de las precondiciones. Lo que se afirma es que para poder afirmar que un procedimiento de toma de decisiones es democrático, o bien que un procedimiento democrático es legítimo en un grado aceptable, deben cumplirse con determinadas precondiciones

negamos que exista una paradoja en el hecho de que la democracia pueda destruirse a sí misma (o pueda socavar su legitimidad), o asumimos que no hay solución a la paradoja de las precondiciones.

Todo apunta entonces a que no hemos logrado encontrar una solución a la paradoja. De modo que nos hallamos en lo que parece un callejón sin salida.

¿Y qué hacemos entonces?

Que la estrategia del equilibrio gradual no consiga disolver la paradoja no quiere decir que no tenga ningún valor. Al contrario, creo que nos proporciona el mejor criterio para afrontar las consecuencias de la paradoja. Si admitimos, al menos provisionalmente, que la paradoja no tiene solución, entonces nos encontraremos aparentemente ante una situación de dilema. Si no puedo evitar la conclusión de la paradoja, y dado que sigo valorando la democracia como procedimiento de toma de decisiones, deberé elegir entre una mayor realización de las precondiciones de la democracia y un mayor rango de decisiones democráticas admisibles, en una especie de dilema atípico. Y es en este punto en el que la tesis del equilibrio de Nino puede ser de gran utilidad. Antes he mencionado que la paradoja de las precondiciones de la democracia tiene un equivalente referido a la autonomía individual. Pongamos un ejemplo en este último ámbito que tal vez ayude a clarificar lo que creo que la tesis del equilibrio puede conseguir, así como a desdramatizar las conclusiones de este trabajo.

que, por definición, si no las cumplimos, lesionan la legitimidad del procedimiento. Así que estamos constreñidos a cumplirlas y cualquier decisión en contrario resulta inaceptable.

Yo sé que una condición necesaria del ejercicio de mi libertad es estar vivo. Si quiero ser libre, debo asegurar en la medida de lo posible un conjunto de precondiciones entre las que se encuentra sin duda la conservación de mi vida. A su vez, soy consciente de que muchos cursos de acción presentes ponen en grave peligro algunas de estas condiciones. Por ejemplo, sé que competir en carreras de motociclismo o fumar un paquete de cigarrillos diarios son dos actividades que incrementan el riesgo de morir a corto o mediano plazo. Por otra parte, sé que no practicar ningún deporte con regularidad y no llevar una dieta equilibrada son dos factores que muy probablemente acortan mi vida²³. Para maximizar las condiciones del ejercicio de mi libertad futura, yo debería dejar de competir en carreras, de fumar, y comenzar a hacer deporte y comer equilibradamente. Pero esto significa limitar drásticamente mi libertad presente, porque descarta algunos planes de vida posibles.

Este es un problema evidente e inevitable en todo ejercicio de la autonomía. Sin embargo, no por ello dejamos de otorgar valor a la autonomía ni nos vemos paralizados a la hora de tomar decisiones. Lo que la mayoría de nosotros hacemos en nuestras vidas es, en efectivo, buscar un cierto equilibrio entre la satisfacción de determinadas precondiciones de nuestra autonomía y la satisfacción de nuestros planes de vida presentes. Por supuesto que en el caso de la democracia y las decisiones políticas, la pregunta clave vuelve a ser quién y con qué criterio debe establecer el punto de equilibrio que debemos seguir. Y me inclino a pensar que la respuesta no

23 En el caso de fumar, además, sé que la decisión de seguir fumando es probablemente menos autónoma que lo fue la de comenzar a hacerlo, que la opción de dejar de fumar es muy difícil de poner en práctica, y que la opción de fumar moderadamente no está ya disponible, en los tres casos por culpa de la akrasia que rodea mi consumo de tabaco.

puede ser otra que la del conjunto de la ciudadanía a través de un procedimiento democrático. Esto puede parecer paradójico pero el argumento para preferir esta solución es sencillo: si la cuestión de la determinación del punto de equilibrio también tiene una respuesta correcta para cada contexto determinado, entonces asumiendo que el procedimiento deliberativo posee valor epistémico, también debe tenerlo respecto a este tipo de cuestiones. Además, cualquier otra alternativa supone dejar en manos de unos pocos la imposición de dichos límites al procedimiento y ofrece, en general, menos garantías de que la solución finalmente adoptada respete los propios valores que subyacen al proceso. El propio procedimiento democrático deliberativo debe ser el que trace sus propios límites, el que busque el punto de equilibrio entre la garantía de las precondiciones del proceso y el espacio de deliberación. Es cierto que esto nos devuelve al callejón circular. Pero no debemos engañarnos al respecto. El círculo es inevitable. Lo que debemos procurar es que dicho círculo sea lo más virtuoso posible.

La existencia de la paradoja no implica ninguna tragedia para la forma en que pensamos acerca de la democracia o de la autonomía en general (sea pública o privada). Tal vez la paradoja sea sólo aparente, y en algún momento logremos descifrarla. Tal vez los dialeteístas racionales que sostienen que algunas paradojas no tienen solución y que por lo tanto es racional creer que algunas contradicciones son verdaderas tengan razón²⁴, de modo que cualquier intento de superar estas paradojas sea vano.

24 Sobre las tesis del dialeteísmo racional, véase (Sainsbury, 1995: 135-144). Como el mismo Sainsbury advierte, no hemos encontrado todavía ningún argumento concluyente contra esta posición que, por otra parte, parece desafiar tan fuertemente nuestras intuiciones generales.

No hay duda de que las paradojas muestran un fracaso (puntual) de nuestro entendimiento y de nuestro lenguaje. Y ciertamente, la paradoja de las precondiciones de la democracia representa lo que Bayón, tomando prestada la expresión de Isaiah Berlin, califica como un “hecho intelectualmente incómodo” (Bayón, 2010). Carlos Nino supo identificar la presencia de este hecho intelectualmente incómodo, y lo afrontó con honestidad, realizando como dije una de sus principales aportaciones a la teoría de la democracia deliberativa. Aun cuando su solución no consiga disolver la paradoja, no debemos olvidar que, como señaló Robert Koons, “el

descubrimiento de paradojas es una de las tareas más importantes para el filósofo, ya que a través de ellas nos hacemos conscientes de algunas deficiencias de nuestra concepción ingenua de un concepto relevante (...)” (Koons, 1992: 8). En este trabajo no he pretendido dar una solución a la paradoja de las precondiciones de la democracia, sino destacar la contribución de Carlos Nino en este punto y proporcionar un primer análisis más minucioso de la misma, que está ausente en toda la literatura de la democracia deliberativa. Por el momento, la paradoja seguirá siendo un callejón sin salida.

EL DERECHO A LA PROTESTA Y LA TEORÍA DELIBERATIVA DE LA DEMOCRACIA EN GARGARELLA*

Leonardo García Jaramillo



El filósofo, premio Nobel de Literatura, Bertrand Russell encabezando una protesta, en la entrada del Ministerio de Defensa de Londres, por la política nuclear británica.

Foto tomada de Bryan Magee, *Story of Philosophy*. New York: DK Publishing, 1998.

“El derecho acostumbra a hacer lo que no debe:
maltrata a quienes debe cuidar,
persigue a quienes debe proteger,
ignora a quienes debe mayor atención,
y sirve a quienes debe controlar”.

Roberto Gargarella

* Antecedentes de este ensayo aparecieron en el No. 8 de la Revista *Co-herencia* (enero – junio, 2008) y en el No. 147 de la Revista *Aleph* (oct. – dic., 2008). Igualmente se presentó una versión anterior, con el título “El derecho a la protesta como mecanismo inclusivo democrático en condiciones de asimetría de poder”, en el III Congreso Iberoamericano de Filosofía (Universidad de Antioquia – Sociedad de la Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, julio de 2008), el cual recibió valiosas observaciones de Rodolfo Vázquez. Agradezco también a Roberto Gargarella por sus impresiones y observaciones al texto. Esta versión se expuso en una sesión del Grupo de Investigación de Filosofía Política (GIFP) de la Universidad de Antioquia, dirigido por Francisco Cortés Rodas.

Contextualización: pobreza, desigualdad, protesta

El pesimismo de la razón impide sentir una satisfacción duradera por el relativo crecimiento de la economía, la inversión extranjera (por la “confianza inversionista”) y la disminución de la inflación, pues los resultados en términos de reducción de pobreza y disminución de la desigualdad son muy desalentadores. Hay más pobres que antes y cada día más personas tienen dificultades para satisfacer sus necesidades básicas mínimas. Se ha agudizado la (ya enorme) brecha de la separación social: los pobres se han hundido en un abismo de miseria e insuficiencia en la realización de sus derechos, mientras que un pequeño grupo, como en la Francia pre-revolucionaria, es el que se beneficia realmente del progreso.

La economía va bien, pero los países van mal. Si bien pareciera muchas veces que los pobres no son una realidad sino una estadística¹, conviene al menos no perder de vista algunas desalentadoras cifras, por aproximadas que sean. En el mundo 6 de cada 100 niños no llegan al primer año de vida y 8 no sobreviven a los 5 años²; se estima que globalmente 150 millones de niños sufren desnutrición; la cifra de personas que murieron durante la Segunda Guerra Mundial es igualada cada tres años por las muertes globales relacionadas con las condiciones de pobreza (Pogge, 2007: 34 y 35). Según un nuevo índice para medir la pobreza mundial que presentaron en junio de 2010 la Universidad de Oxford y la ONU,

1 Thomas Pogge por ejemplo ha criticado con fundada preocupación la estimación que el Banco Mundial hace, en su World Development Reports, de la magnitud, distribución y tendencias de la pobreza global respecto del ingreso. Véase en concreto (Pogge – Reddy, 2010) y (Pogge, 2009).

2 Banco Mundial. World Development Report (2000/2001). Oxford University Press, 2001.

hay 400 millones más de pobres de lo que se estimaba hasta el momento y, por ejemplo, en 8 estados de la India hay más pobres (421 millones) que en todos los 26 países africanos más pobres (410 millones). Según el informe del PNUD de 2009, de los 6.400 millones de habitantes del mundo, alrededor de 2.600 millones viven con menos de US\$2 al día.

En Estados Unidos, la elite se enriquece, los pobres se empobrecen más y la clase media se acaba³. En América latina, el 10% más rico obtiene el 48% del ingreso⁴. Entre América Latina y el Caribe, la pobreza en 2009 aumentó en 1,1% y la indigencia en 0,8%, como también lo corroboró la Cepal. 10 de los 15 países más desiguales del mundo se encuentran en la región⁵. Hablando de desigualdad, en Hong Kong durante 2010 ha aumentado el número de pobres así como el de multimillonarios: 1,26 millones de habitantes son pobres (según su Consejo de Servicios Sociales) mientras que 76.000 son súper ricos (estudio de las firmas Merrill Lynch y Capgemini). Nick Stern, jefe del Banco Mundial, sostuvo que en muchos países las vacas reciben subsidios anuales que superan el ingreso de la mayoría de seres humanos (Pogge, 2007: 39).

En Bolivia 6 de cada 10 personas viven en la pobreza y en Colombia la mitad de ciudadanos siguen estando bajo la línea de pobreza; quienes padecen condiciones de miseria ascienden a los 11 millones⁶. En 2008 la pobreza en Colombia era de 46% y la indigencia, o pobreza extrema, de 17,8%,

3 The Economic Collapse. Sep. 5 de 2010.

4 El mismo porcentaje es del 29% en los países desarrollados y del 37% en Asia. Cfr.: Informe del Banco Mundial cit. en: (Ferranti, 2005).

5 “Colombia: entre la pobreza y la indigencia”. Editorial del periódico El Espectador, julio 25 de 2010.

6 Artículo de Rodrigo Uprimny en Revista Semana.com, julio 21 de 2007.

y a pesar del crecimiento, en 2009 la primera registró 45,5% mientras que la segunda, 16,4F%. En 2009 el ingreso per cápita de los hogares cayó 2% respecto de 2008⁷ (y las condiciones más severas se encuentran donde menos oportunidades hay: el campo).

Decir entonces que vivimos en un mundo manifiestamente injusto y cuyas realidades alcanzan condiciones de desigualdad cada vez más indignantes, son sin duda dos de las afirmaciones menos controversiales que pueden plantearse en la actualidad. No hay que ser un experto en ciencia política o en tema jurídico alguno para advertir el estado actual de déficit en la realización de los derechos y la falta de acceso efectivo, por parte del grueso de la población, a los poderes que toman las decisiones con alto impacto social⁸.

Debido a las difíciles situaciones que deben padecer diversos sectores como consecuencia de la pobreza que los aqueja y la falta de respuesta institucional ante sus demandas, en Colombia se registran protestas a diario. Ciudadanos caleños de un barrio estrato 1 se ven abocados a obstruir las calles como medio de presión debido a que, por meses, la empresa prestadora de un servicio público esencial no les atendió los reclamos por un alza en la tarifa de 200% que amenazaba la suspensión de la prestación del servicio, en la medida en que nadie en tales condiciones estaba en capacidad de sufragar el nuevo monto por la prestación del servicio. Protestan ciudadanos de todo el país en procura de obtener un servicio

7 Portafolio, noviembre 8 de 2010. "Colombia tiene 20 millones de pobres. Desempleo y miseria tampoco dan tregua". En: El Espectador, abril 30 de 2010. "Menos pobres y más indigentes en Colombia". En: Revista Cambio, agosto 27 de 2009.

8 A este respecto los trabajos sobre inclusión e igualitarismo merecen cada vez mayor atención académica. Ver, por ejemplo, Cortés Rodas (2007), Gargarella (2008: 7-22 "El contenido igualitario del constitucionalismo").

público de salud subsidiado que sea eficiente, para que los pobres no se sigan muriendo en las puertas de los hospitales.

El sector del agro protesta por el potencial perjuicio que padecerán debido a los tratados de libre comercio, el de los militares retirados por sus desfavorables condiciones pensionales, el de los desplazados por ser los grandes olvidados de los (mal llamados) procesos de paz, y el de los corteros de caña de azúcar en el Valle por sus injustas condiciones laborales. Los repetidos reclamos de los indígenas caucanos, que marchan y obstruyen vías, por una política de redistribución de tierras, son uno de los ejemplos más elocuentes sobre el tema en Colombia. Decenas de padres de familia en la Costa protestan por la imposición de un "pico y placa escolar" que regula los días en los que pueden asistir a clase sus hijos, debido a la falta de profesores para atender la demanda por cupos escolares; los camioneros en los puertos protestan por los altos costos de los fletes; los conductores de moto-taxis por la prohibición de ejercer la única actividad que encuentran para sostener a sus familias; los hinchas de los equipos de fútbol por la falta de oportunidades laborales; los desmovilizados por el incumplimiento gubernamental en el proceso de reinserción; los presos realizan huelgas de hambre por las inhumanas condiciones de presidio, y millones de ciudadanos colombianos protestan en diversas latitudes del globo contra la guerrilla. También protestó aguantando hambre el gobernador del Departamento de Nariño para presionar al gobierno nacional por una política de crédito condonable para los estafados en las pirámides.

Los vendedores ambulantes protestan, primero, para impedir que los desalojen de los sitios en los cuales han desarrollado por años su

actividad comercial, y luego por los atropellos de la policía al desalojarlos por la fuerza; protestan también porque debido al lugar en el que se les ha reubicado han desmejorado sus ventas y, así, los ingresos para sostener sus hogares. Cientos de familiares de víctimas de ejecuciones extrajudiciales, marchan en Bogotá entre las sedes de la Fiscalía y el Ministerio de Defensa protestando por sus seres queridos asesinados por las Fuerzas Militares para engrosar las cifras de guerrilleros dados de baja en combate.

Se protestó cuando vino Clinton, y se volvió a protestar, con delincuencia vehemencia, cuando vino Bush. Por falta de trabajo se protesta siempre el día del trabajo⁹. Protestan incluso sectores no particularmente desfavorecidos como la Registraduría Nacional del Estado Civil, la Dirección Nacional de Impuestos y Aduanas Nacionales y el poder judicial, por lo cual el gobierno Uribe decretó Estado de Conmoción Interior (Decreto 3929 de 2008¹⁰) que generó la reprobación acérrima de profesores y columnistas.

Y esto por no dar moción de “suficiente ilustración” ampliando el espectro para incluir las protestas que se registran a diario en distintos lugares del mundo. Para sólo mencionar algunos casos recientes de nuestra región, recuérdense las enérgicas peticiones públicas por el mejoramiento de las condiciones de seguridad en los estados mejicanos que limitan con Estados

Unidos por el vertiginoso aumento de la guerra narcotraficante; en Venezuela, el radicalismo político hace que los oficialistas protesten por el imperialismo yanqui y los opositores por, entre otras cosas, las autoritarias restricciones a la libertad de expresión –razón por la que también se registraron protestas no hace mucho en Ecuador. En Bolivia hasta el presidente salió a las carreteras para encabezar una movilización que pretendía presionar al Congreso para agilizar el trámite de la reforma constitucional, y recientemente volvió a protestar, aguantando hambre, para volver a presionar al Congreso. Los campesinos paraguayos se tomaron cientos de hectáreas para exigir a las autoridades que expulsara a los colonos brasileños que estaban acaparando el trabajo. En Argentina también los campesinos protestan frecuentemente por los altos impuestos y por las amenazas de mayores alzas. Presenció hace poco, en varias ocasiones, que en Buenos Aires aun se toman las principales calles los familiares de los desaparecidos (“¡Vivos se los llevaron y vivos los esperamos!”), exclaman con enérgica indignación) y los estudiantes ondean banderas comunistas ante el Congreso.

Para complementar este panorama, vale la pena referirse brevemente a uno de los ejemplos mayormente citados en estudios sobre la protesta social, ya que acarrió la intermediación del Mercosur y una demanda de Uruguay en contra de Argentina. Los pobladores de la provincia argentina fronteriza de Gualeguaychú adelantaron unas protestas –en la forma de obstrucciones a los puentes que comunican ambos países– provocadas por la alta probabilidad de que el proceso de producción de una recién construida planta papelera en el lado uruguayo de la frontera, contaminara las aguas del principal río de dicha población argentina. Sus pobladores, en consecuencia, procedieron a obstruir los puentes,

9 La protesta no vincula y, es más, repudia (al menos en las versiones institucionales que se siguen en esta reflexión) la perpetración de delitos y la provocación de actos violentos contra personas o bienes. Por lo facineroso de la protesta el día del trabajo de 2008, por ejemplo, muchos pequeños comerciantes perdieron meses de trabajo por considerables daños y cuantiosos saqueos en la Av. Jiménez de Bogotá. Actos como hurtos y saqueos deben ser sancionados puntualmente sin condenar por ello el acto de la protesta como tal.

10 El cual fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-070/09.

normalmente uno o dos, y en algunas ocasiones todos, en señal de protesta.

Por este hecho y el subsiguiente reclamo de los perjudicados en Uruguay, así como por la criticada reacción del gobierno argentino, aquel país presentó una demanda al tribunal arbitral del Mercosur en la cual se reclama por una supuesta omisión de actuación –puntualmente, por no haber usado la fuerza pública para reestablecer la circulación– frente a las protestas del grupo de ambientalistas y assembleístas que bloquearon los importantes puentes. En su defensa, el gobierno argentino por intermedio de la Cancillería, sostuvo que no podía reprimir el derecho de los pobladores a manifestarse libremente.

Sobre algunas de las tesis de Gargarella respecto del derecho a la protesta versó en parte la defensa de la Cancillería argentina. Se citó puntualmente, y validando las protestas suscitadas por el incumplimiento en la protección de derechos, el concepto de Gargarella con el que intituló su libro sobre el particular, a saber, el derecho a la protesta como primer derecho. En una entrevista concedida a Página 12¹¹, Gargarella manifestó que por el modo como fue utilizado el argumento de la expresión puede hablarse de una trivialización del mismo, en la medida en que el gobierno argentino, limitándose a reconocer la protesta como libertad de expresión, se equivocó al no rechazar tajantemente el reclamo uruguayo que sostenía que la represión era la única forma válida de enfrentar una obstrucción de vías como forma de protesta. Gargarella considera que la cuestión de los derechos humanos se llevó a un plano secundario, y juzga al Gobierno por medir todo en términos de costos políticos y no de justicia. En este punto, no obstante, resulta

11 Cft.: www.pagina12.com.ar, visitada en XII-07

interesante señalar que el Gobierno argentino primero circunscribió las protestas como forma de ejercicio de la libertad de expresión (que como derecho humano debe prevalecer), pero luego siguió en parte planteamientos como los expuestos por Gargarella¹², negando una actitud pasiva ante la protesta y arguyendo que se había procurado persuadir de manera “razonable” y “eficaz”.

El argumento de la libertad de expresión se trivializa “cuando se lo quiere usar para justificar todo tipo de cortes de ruta”, mientras que gana peso “cuando los cortes son protagonizados por grupos desaventajados que vienen sufriendo violaciones a sus derechos fundamentales de modo sistemático y sostenido”. En cambio, considera que “pierde importancia ante quienes cuentan con mayores chances de acceder al foro público por otros medios”. Así pues, dentro de la perspectiva de Gargarella, no toda protesta necesariamente merece el mismo nivel de protección ni cuenta con la misma justificación, ya que debe observarse qué grupo es el que la lleva a cabo. Puede presentarse una protesta de algún sector con recursos que les permiten contar con mayores capacidades expresivas para llevar sus mensajes más lejos y a más personas, y que potencialmente cuenta con mayores probabilidades de ejercer influencia sobre el poder ejecutivo o legislativo; condiciones determinantes en nuestras democracias al momento de discutir cuestiones de interés general (Gargarella, 2005: 31 y 142)¹³.

12 La concepción dworkiniana de los derechos como cartas de triunfo, es analizada por Gargarella en el capítulo II de El derecho a la protesta, donde se ocupa con detenimiento del derecho ante los “cortes de ruta” respecto de la crisis social y los conflictos entre derechos.

13 Gargarella propone cuatro criterios para evaluar la labor histórica de la Corte Suprema argentina, los cuales sirven como marco para realizar un seguimiento a nuestra Corte Constitucional: 1) Consistencia en las decisiones que implique un respeto a la igualdad y obligue a seguir los auto-precedentes,

Además de señalar la precariedad de los equipos técnicos del gobierno (debido sobre todo al uso de términos incomprensibles, citas inconexas e impertinentes de fallos judiciales anteriores o de autores), Gargarella consideró absurdo que en su defensa el gobierno argentino hubiera apelado al argumento de la necesidad de proteger el derecho a la libertad de expresión de quienes tienen motivos de queja frente al poder, ya que tal argumento exige proteger sobremanera la expresión de quienes son marginados y silenciados por el gobierno. El hecho de invocar tal argumento, a sabiendas de que no se está dispuesto a avalar todas sus manifestaciones, evidencia oportunismo y cinismo del gobierno que se defendió, en parte, con un argumento fundado en atropellos cometidos por el propio gobierno. La posición crítica de Gargarella también se dirige hacia la política exterior argentina, la cual fue inactiva respecto de los cortes de ruta a causa del costo que le significaría al gobierno enfrentar una población entera; de igual forma, sustenta, no se mostraron esfuerzos para impedir una probable contaminación fluvial, se toleraron las afectaciones a los uruguayos y no hizo nada para evitar que se produjeran daños del lado argentino.

La protesta como primer derecho

El vínculo entre deliberación y protesta es uno de los principales aspectos, sino el más, que marcan la diferencia entre la postura deliberativa

debiendo justificar argumentada y razonadamente los casos, máxime si representan variaciones de líneas jurisprudenciales. 2) La preservación de la democracia; 3) la protección a los Derechos Humanos, particularmente en situaciones político-sociales difíciles en la cuales los más necesitados requieren especial protección. 4) La labor judicial que involucra grupos desaventajados, en virtud de lo cual debe velar por los intereses de aquellos que no hacen parte de la mayoría. Para experiencias latinoamericanas sobre la protesta (Bertoni, 2010).

de Gargarella y la defensa epistémica de la democracia deliberativa de Nino.

El derecho a la protesta puede sustentarse desde la perspectiva deliberativa como un mecanismo inclusivo democrático en condiciones de asimetría de poder y de déficit de representación. La protesta social constituye una demanda concreta de la ciudadanía cuando a causa de la marginalización social se deja de garantizar la protección de sus derechos mínimos, se atropellan directamente o, incluso, no se promueven iniciativas que, en términos de discriminación positiva, compensen a los grupos minoritarios por el hecho de haber sido históricamente dejados a un lado respecto de la protección y garantía de sus derechos¹⁴. La protesta versa menos sobre fraternidad o solidaridad, que sobre justicia constitucional. Señala con ironía Gargarella (2008c) que los actos de protesta “no nacieron como un modo divertidísimo de festejar la disputa sobre un derecho, sino como un recurso último y desesperado para llamar la atención de autoridades que cerraban las puertas, las ventanas, los ojos y los oídos a quienes venían a reclamar de rodillas por la protección de derechos arrasados por el poder”.

En cualquiera de sus manifestaciones (huelgas, toma de tierras, obstrucciones en vías públicas o a la entrada de fábricas...), la protesta no es una lamentación pública de los paupérrimos abandonados por el sistema (“los humildes hijos de la oscuridad y de la ingrata fortuna”, como diría Madison¹⁵) que esperan recibir solidaridad o misericordia de los bienaventurados, sino que

14 Sobre este punto, véase, Gargarella (2005: VIII; 1999: “Introducción”). La cuestión sobre cómo proteger los intereses minoritarios en sociedades modernas, se analiza en (Gargarella, 2005: cap. IX).

15 En el No. 57 de The Federalist Papers (Hamilton – Madison – Jay, 1961).

se justifica como la oportunidad legítima de numerosos grupos sociales –aunque minoritarios políticamente– de ser considerados como actores políticos relevantes al momento de influir en la configuración del Estado, según las promesas que, en tanto derechos, se han formulado en leyes o, más comúnmente, en textos constitucionales. Pero incluso a un nivel local y de menor dimensión institucional, la protesta se puede presentar cuando quejas y reclamos puntuales sobre asuntos de significativa importancia no son atendidos (ni siquiera oportunamente sino) en algún momento.

En “Un diálogo sobre la ley y la protesta social”, escrito en la atractiva forma de diálogo entre quienes sostienen argumentos y contra-argumentos favorables u hostiles a los intereses de los manifestantes, Gargarella retoma algunas de sus tesis sobre el derecho a la protesta (2005) y, a partir del caso *Adderley vs. Florida* (385 U.S. 39, 1966), ilustra uno de los principios que acuña para respaldar el punto de vista de los manifestantes, el cual denomina principio de imparcialidad deliberativa. El grado de marginación del debate público que padece un grupo debe ser directamente proporcional a la sensibilidad con la cual se juzgan las protestas que llevan a cabo por sus demandas. Los jueces, sustenta Gargarella, se equivocan al juzgar a los protestantes como si fueran miembros plenamente integrados de la comunidad deliberativa. Después de admitir la posibilidad de contar con protestas al interior de las democracias, se debería considerar si las demandas sociales expresadas por su intermedio merecen protección constitucional. El principio no implica que, debido a la difícil situación de ciertos grupos, se deba simplemente aceptar sus demandas o no considerar la manera como se presentan, pues la decisión judicial, advierte

Gargarella, depende de las particularidades del caso.

El caso *Adderley* resulta especialmente interesante porque implicó la presencia de “acciones directas” y la participación de grupos que enfrentaban una situación socio-económica precaria. La Corte tuvo que decidir si revocaba o confirmaba la condena a unos manifestantes, después de haber bloqueado la entrada de una prisión donde algunos de sus compañeros estaban arrestados por participar en una protesta por los derechos civiles. Aunque se confirmó el arresto (en una votación de 5 contra 4) es interesante observar la opinión disidente, la cual es citada por Gargarella:

“el derecho a peticionar por la reparación de agravios tiene una larga historia y no está limitado a escribir una carta o enviar un telegrama a un congresista; tampoco se reduce a presentarse ante el consejo local de la ciudad, o a escribir cartas al presidente, gobernador o alcalde. Los métodos [convencionales] de petición pueden ser, y frecuentemente han sido, inaccesibles para grandes grupos de nuestros ciudadanos. [Aquellos] que no hacen circular panfletos elaborados sólo pueden tener un tipo de acceso más limitado a las autoridades públicas. Sus métodos no deberían ser considerados como tácticas de obstrucción o acoso mientras la manifestación y la petición sean pacíficas, como de hecho eran éstas”¹⁶.

16 Argumento del Magistrado de la Corte Suprema, William Brennan, presentado en su disidencia del caso *Adderley vs. Florida*, 385 U.S. 39 (1966). En este caso se resolvió una protesta que consistió en la obstrucción del paso en una cárcel por parte de los parientes y de quienes se solidarizaron con la situación de los internos por las circunstancias en las que estaban viviendo.

El otro principio (de las violaciones sistemáticas) sustenta que las autoridades deberían prestar atención a las protestas porque son consecuencia de la violación sistemática de derechos básicos, considerándolas justificadas cuando la injusticia es grave y persistente. Los jueces no deberían ser indiferentes a las situaciones extremadamente difíciles que enfrentan los manifestantes. Como efecto de acciones, omisiones o ambas, el Estado puede ser considerado responsable de privaciones que sufren grupos desfavorecidos, por lo cual es razonable pedirle a los jueces (dispuestos a obrar con justicia) que toleren las protestas que en otros casos podrían ser inadmisibles, advierte Gargarella. Situaciones extremas (particularmente cuando son provocadas y/o mantenidas por el Estado) pueden requerir medios extremos de protesta.

La protesta, al evidenciar la existencia de graves deficiencias en sistemas jurídico-políticos que se muestran incapaces de corregir los males existentes, puede concebirse como una caja de resonancia para que se escuchen las demandas de quienes no cuentan con otros medios para hacerse oír. El que existan grupos excluidos de forma sistemática del disfrute de derechos es un indicio de las falencias en los procedimientos políticos existentes. No es un asunto de menor importancia dentro de las características actuales de nuestras democracias y no es por ello fortuito que en Colombia una de sus manifestaciones más elocuentes, como la huelga, se hubiera consagrado como un derecho fundamental en la Constitución de 1991.

Las continuas manifestaciones públicas que se registran en todo el mundo, a las que se les conoce genéricamente como “protestas”, se constituyen por tanto en un termómetro apropiado para medir

el grado en el cual los estados constitucionales están honrando tal modelo ideológico que los apremia a realizar los derechos de forma que se protejan los fundamentales mientras se garanticen los sociales¹⁷, en función del alcance y significado de una Constitución democrática y en el marco de una economía de mercado globalizada y libre, pero solidaria.

El que existan entonces grupos excluidos de forma sistemática de la garantía de derechos que les están reconocidos en los catálogos constitucionales, es indicio de las graves falencias en los procedimientos políticos existentes; escenario en el cual la protesta se convierte en un recurso legítimo para insertarse en las dinámicas deliberativas que procuran igualar en la realidad a las personas, a partir de la exigencia por la justiciabilidad de los derechos consignados en la Constitución. En contextos de cada vez más indignante desigualdad, el derecho a la protesta se debe garantizar a quienes no tienen más medios para hacer conocer su punto de vista y exteriorizar peticiones a nivel institucional. Es decir: quienes no tienen posibilidad económica o poder (en nuestro precario arreglo institucional la disyuntiva casi nunca se presenta porque la primera garantiza el acceso al segundo y el segundo permite conseguir la primera) carecen de acceso a los medios de comunicación, por lo que consecuentemente están privados de la posibilidad de contar con algún medio efectivo para expresar sus demandas más acuciantes.

17 Hay que registrar aquí un avance en nuestro sistema de consagración y garantía normativas. El derecho a la salud se consagró en la Constitución de 1991 como un derecho social, razón por la cual para protegerlo mediante la acción de tutela, tenía que sustentarse en el caso concreto la conexidad con un derecho fundamental, a la vida por ejemplo. Conforme a la más reciente jurisprudencia de la Corte Constitucional (Sentencia T-760/08) el derecho a la salud es un “derecho constitucional fundamental”.

La protesta: ¿derecho o tipo penal?

“Antes de castigar penalmente a alguien por la comisión de un crimen, deberíamos asegurarnos de que esa persona tuvo una posibilidad equitativa de no cometerlo”.

Thomas Hill Green

Hay más de ideología, e incluso de pereza argumentativa, en el juez que decide o en quien opina, respecto de una protesta afirmando que “los derechos de uno terminan donde empiezan los derechos de los demás”, pues en las permanentes colisiones de derechos fundamentales que se dan en ordenamientos jurídicos constitucionalizados y con constituciones garantistas, con valor normativo y fuerza vinculante, hay que ponderar, es decir, fundamentar una posición en la que se privilegia una u otra provisión iusconstitucional en el caso concreto. Si bien en este como en todos los casos difíciles resulta complejo el razonamiento, Gargarella ha sugerido reflexionar en cada caso para establecer la relación de precedencia condicionada entre los principios en colisión (lo que Alexy explica con la ley de colisión) y establecer cuál debe determinar la solución, a partir de la pregunta por cuán cerca está del nervio democrático de la Constitución el derecho en conflicto, qué tan determinante es ese derecho para poder seguir actuando como ciudadano, para permitir que la democracia siga existiendo.

Después de admitir la posibilidad de contar con protestas al interior de las democracias, se debería considerar si las demandas sociales expresadas por medio de la protesta merecen protección constitucional. El razonamiento que debe orientar el criterio general, pero particularmente el de las autoridades, respecto a las restricciones impuestas a las diversas formas de ejercer actos

de protesta, es resultante de la ponderación entre la medida restrictiva y la situación particular de quienes (en la realidad, más no sólo en la formalidad) son los que resultan más afectados por normas como la de impedir la repartir panfletos. No todo desafío al derecho amerita una respuesta penal.

Si bien es difícil distinguir entre expresiones de un grupo movido por intereses legítimos y algunos vándalos que integran las protestas, debe preservarse el “componente expresivo” de estas acciones que se transmiten de diferentes formas que pueden trascender las escritas o las propias del lenguaje verbal, e individualizar las conductas criminales sin que por ello se comprometa la legitimidad del acto en general. Si las autoridades públicas ante tales situaciones, por acción u omisión, perpetúan los padecimientos que sufren los ciudadanos a causa de la pobreza –entendida contemporáneamente como violación de un derecho humano fundamental¹⁸– debe admitirse institucionalmente el derecho a protestar por la garantía de los derechos que son tomados en serio por la Constitución, pero que las autoridades que deben realizar las actuaciones tendientes a propender por su realización, tradicionalmente les han dado la espalda a los desfavorecidos. Amplísimos grupos sociales son acogidos por el ordenamiento jurídico, pero despreciados por el sistema político.

La defensa de tal derecho puede acometerse tanto desde la filosofía política como desde la teoría constitucional. Considerando que se trata de uno de los más acuciantes temas con los que nos encontramos casi a diario por las condiciones

¹⁸ Sobre este punto, sin duda, resulta particularmente aleccionadora la obra de Thomas Pogge, de quien puede consultarse sobre el tema, entre otros, (2002; 2005; 2007; 2009).

de desigualdad, déficit en la representación y carencia de efectividad de mecanismos establecidos para que ciertas voces tengan eco en donde se pueda hacer efectiva la demanda que comporta, puede priorizarse el enfoque teórico-constitucional en la medida en que parte necesariamente de remisiones al derecho constitucional propiamente, pues los argumentos y contra-argumentos respecto a la protesta surgen de las interpretaciones que del texto fundamental, y demás disposiciones y normativas constitucionales, hacen quienes se ubican a uno u otro lado de la discusión (pro o contra-protesta).

Constitucionalmente el derecho a la protesta vincula la discusión por cómo actúan los jueces y las autoridades públicas cuando deben resolver casos que, si bien involucran actos de protesta, comportan también situaciones de graves privaciones y padecimientos; casos que caen fácilmente dentro de la categoría ya bien conocida de los “casos difíciles”¹⁹, es decir aquellos casos en donde existe más de una alternativa razonable aplicable que se presentan cuando en la situación concreta a examinar existe más de una norma pertinente aplicable (como cuando se da una colisión entre principios), hay una laguna, los hechos y las normas relevantes permiten más de una solución (norma aplicable lingüísticamente ambigua, o como dice Hart, de “textura abierta” (1994: 124-136), de haberse establecido un precedente, debe ser modificado, o cuando, no obstante existir una sola norma pertinente y su enunciado es claro, su aplicación puede ser perjudicial. Los casos que involucran protestas por derechos legítimos como los sociales, son buenos ejemplos de casos difíciles debido a la gran prolijidad de reglas que se enfrentan y principios que entran en colisión²⁰.

19 Ver, puntualmente, Ronald Dworkin “Hard Cases” (reimpreso en, 2005: cap. 4).

20 Debido a que muchas de las protestas que se registran tienen que ver, más que con la violación directa de derechos, con el

Gargarella presenta unos argumentos en sustento de la (podríamos decir) validez jurídica y la legitimidad política de la protesta. Las personas hoy –que serán los padres del mañana cuando, respecto del caso Gualeguaychú, el río (de no hacer nada) va a estar contaminado debido a los residuos producidos por la empresa papelera en las riveras uruguayas del Paraná– protestan para evitar que algo malo suceda con el principal río que asiste a dicha población, en lugar de protestar mañana (ellos mismos o sus hijos) para quejarse y lamentarse del hecho ya sucedido. En ese probable escenario de contaminación y subsiguiente perjuicio para miles de pobladores, resulta claro que el hecho de no turbar ni molestar a los otros hoy con la obstrucción de los puentes fronterizos, no corresponde a falta de infligir perjuicio, ya que si otros (en este caso, la papelera y, también,

déficit en su protección, es decir se protesta mayoritariamente no por la acción sino por inacción estatal que implica desamparo de derechos mínimos, y que se trata también casi siempre de protestas que involucran derechos sociales, debe precisarse un punto sobre el progresismo judicial tratándose de estos derechos. Gargarella califica de particular modo su posición sobre el asunto. En el sentido de sus conocidas críticas a la *Judicial Review* (1996; 1997), me interesa destacar algunas de las reformas que ha propuesto para vincular el ideal de la democracia deliberativa con el control de las leyes, ya que a su juicio, quienes defienden dicho ideal consideran que, dentro de la clásica división de poderes, la rama del poder público más importante es la legislativa debido a la pluralidad de su integración, al hecho de que periódicamente deben someterse ante el electorado, y porque está orientado a la discusión colectiva, a la búsqueda del consenso. Los jueces deberían no poder pronunciarse sobre cuestiones sustantivas, que deciden en países como Colombia los magistrados de la Corte Constitucional (piénsese por ejemplo en temas que a juicio de Gargarella corresponde decidir democráticamente a las mayorías, tales como los planes económicos a adoptar. La función judicial al respecto debe concentrarse en garantizar la realización y sobre todo el tipo de discusión democrática que se desarrolla en el parlamento, invalidando leyes por omitir la realización de un debate calificado debido a la exclusión de determinados grupos. Las cortes también deben propiciar la difusión libre de la información, garantizar el derecho de reunión. El sistema judicial desde las posturas cercanas al deliberativismo democrático se restringiría tratándose de cuestiones respecto de las cuales tienen el poder que confiere la última palabra.

el gobierno uruguayo) continúan involucrados en actividades que generarán daños graves, la inactividad de la parte afectada es la que en efecto ocasionará un daño futuro.

La protesta, incluida por el constitucionalismo desde su génesis como un elemento básico²¹, es un derecho que es, al tiempo, válido dentro de un ordenamiento jurídico y natural manifestación debido a las muy precarias condiciones que viven cientos de miles de ciudadanos por la gravedad de las violaciones de derechos que sufren, debido a las cuales, entonces, se puede entender y justificar, excepcionalmente, que ciertos grupos recurran a vías de expresión no tradicionales que involucren la afectación de los derechos de otros.

De un lado (legal) muchos actos de protesta son sencillamente actuaciones punibles que deben ser sometidos por la fuerza pública y castigados bajo el régimen penal, pero del otro (constitucional y democrático) debido a la motivación que lleva a las personas a protestar, se pone de presente que la protesta es un ejemplo de casos difíciles en los que se contraponen e incluso se enfrentan leyes penales y principios constitucionales. Cuando hay otros derechos en juego, además del de las personas para movilizarse libremente por las calles, se deberían considerar dos criterios al momento de juzgar un acto de protesta, a saber, la gravedad del derecho afectado que

21 Sobre este punto consúltese (Gargarella, 2005c). La principal contribución de Gargarella a este libro: "El derecho de resistencia en situaciones de carencia extrema" (ya que igualmente escribe la Introducción y la Conclusión: "Comentarios y respuestas finales: pensar y repensar el derecho de resistencia") fue publicada también en Astrolabio. Revista internacional de filosofía (No. 4, 2007); en inglés ("The Right of Resistance in Situations of Severe Deprivation") acompañó el libro *Freedom from Poverty as a Human Right: Who Owes What to the Very Poor?* (T. Pogge (ed.)).

motiva la protesta, y las alternativas posibles que tiene el grupo que protesta para exteriorizar –particularmente ante las autoridades públicas– dicha afectación y favorecer así el remedio de la situación que se padece. ¿Cuáles son los grupos que protestan y por qué lo hacen?²².

La cuestión del derecho a la protesta es fácil de tratar legalmente pero difícil política, e incluso, jurídicamente. Desde una interpretación literal y restringida de la ley penal quienes cometen actos de protesta sencillamente son merecedores del rigor de la ley. Pero la cuestión se torna singularmente compleja una vez que se observa el problema social en su verdadera dimensión –esto es, como una actuación desesperada de los menos favorecidos en la sociedad para ser escuchados– y que se considera el hecho de que se trata de un reclamo por la carencia en la prestación de derechos mínimos por parte de quienes, históricamente, han sido excluidos y les han sido cerradas todas las puertas institucionales y las vías legales para dirigir sus reclamos "debidamente".

Una de las preguntas típicas que surgen desde el derecho penal en contra de quienes protestan es por qué no ejercen su acto en un lugar donde no perturben a nadie (tal como al lado de la vía) o en zonas alejadas, o por qué no se limitan a utilizar los canales institucionales, tal como el voto en época de elecciones para elegir a quienes presenten dentro de su plan de gobierno la defensa de políticas como las que se demandan con el acto de protesta. Gargarella señala que la democracia

22 (Gargarella, 2008a). En este volumen, un texto aleccionador para nuestro contexto es el de Helen Fenwick & Gavin Phillipson ("The Human Rights Act, Public Protest and Judicial Activism") ya que relaciona el debate con erudita jurisprudencia y análisis desde lo que deben hacer los jueces en casos de examen a situaciones de protesta.

contemporánea debe admitir formas “semi-directas” de ejercerla por parte de los ciudadanos a quienes se les están vulnerando derechos, ya que si la protesta se desplaza a otros lugares se termina por socavar la posibilidad expresiva de ciertos grupos²³.

Colocar a los assembleístas al lado de la vía es colocar sus derechos al margen de su protección. Además, la restricción en las posibilidades de materializar y exteriorizar reclamos legítimos, implica la discriminación de ciertos puntos de vista de quienes, precisamente, han sido históricamente marginados por el sistema. Desconocer la transmisión de mensajes políticos por otros medios y enfocarse exclusivamente en la sanción de tales actos, es darle la espalda a una parte crucial del asunto en la medida en que tales actos que alteran el transcurrir normal de la sociedad son en su mayoría recursos desesperados que tienen como objetivo llamar la atención al resto de la sociedad en general, y las autoridades públicas en particular, sobre una cuestión importante para un amplio sector que ha sido descuidada y, por tanto, vulnerada.

El respeto a la voluntad de las mayorías no implica en forma alguna el desamparo a los intereses minoritarios, por lo que las razones producto de un proceso deliberativo son más justas en la medida en que toman en consideración, tanto los intereses ampliamente respaldados, como los de quienes no cuentan con poder político o representatividad parlamentaria²⁴. Antes bien, y en contra de posturas pluralistas de la democracia (que no enfatizan la importancia de la deliberación

y sólo procuran ampliar el número de intereses divergentes participantes en el proceso de toma de decisiones), la concepción deliberativa tiene un presupuesto individualista que considera a las personas como unidades fundamentales del proceso democrático como dice Gargarella en su contribución a este volumen, por lo cual puede decirse que es anti-elitista al rechazar la idea de que una persona o grupo de personas es más competente para decidir los asuntos públicos de manera imparcial.

Nino, siguiendo a Mill, sostuvo que los ciudadanos son mejores jueces para decidir lo que les conviene. Tal presupuesto se expresa en la defensa de los derechos subjetivos sobre políticas que benefician a las mayorías que no consideran los intereses legítimos minoritarios, en virtud de la cual (a partir de Rawls y pasando por Dworkin²⁵) la maximización de los beneficios para la comunidad en su totalidad no puede menoscabar los intereses que no están ampliamente respaldados. En este sentido, la Corte Constitucional colombiana sostuvo que “Condicionar la validez de un derecho constitucional a los criterios de las mayorías es quitarle toda su eficacia específica puesto que, en una gran medida, los derechos constitucionales fundamentales son las promesas que formulan las mayorías a las minorías –y a esas minorías radicales que son las personas– de que su dignidad e igualdad será respetadas”²⁶.

El hecho de que las protestas se lleven a cabo en espacios públicos es una razón adicional para valorar los componentes expresivos de estos actos y protegerlos. Conforme a la jurisprudencia

23 Este argumento, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lo retoma Gargarella para fundamentar el punto.

24 En torno a las restricciones a la deliberación en lo concerniente a decisiones que, siendo producto de un amplio proceso de discusión, oponen sobre alguna minoría un cierto modo de vida, ver, Gargarella (1996: 164-172).

25 La crítica de Rawls al utilitarismo se encuentra desde las primeras páginas de Teoría de la justicia (1995). Para la concepción de los derechos como cartas de triunfo, véase, Dworkin (1995).

26 Sentencia C-350/94.

norteamericana, e incluso a algunas sentencias de tribunales europeos, los ciudadanos tienen el derecho a utilizar los espacios públicos para presentar sus quejas y reclamos al público. Una sentencia de dicho Tribunal inauguró la doctrina del “foro público” al reconocer (en la opinión del Magistrado Roberts de la Corte Suprema de Estados Unidos) un derecho amparado por la Constitución para utilizar “calles y parques para la comunicación de opiniones”, que fundamentó en el hecho que tales lugares, entre otros utilizados tradicionalmente para la protesta, “han sido siempre destinados para el uso del público y, a través del tiempo, han sido utilizados para la realización de asambleas, la comunicación de pensamientos entre los ciudadanos y la discusión de cuestiones públicas”, razón por la cual debe preservarse tal componente²⁷. En los casos de protestas hay que reflexionar entonces sobre las oportunidades de los grupos desfavorecidos de las sociedades que cuentan con menores posibilidades de acceder a espacios que les permitan presentar sus reclamos. “En muchos casos, el medio puede ser bien el mensaje”, como se dijo en otra sentencia²⁸.

Protesta como forma institucional de desobediencia civil

Los planteamientos descriptivos y configurativos que presenta Gargarella para sustentar la protesta como derecho, coinciden en lo fundamental con la defensa que Rawls planteara de una versión institucional de la desobediencia civil (Rawls, 1971)²⁹. Gargarella ha insistido que la protesta no puede entenderse como una reivindicación

de la violencia o como una apología al delito, por legítimos que sean los fines. La legitimidad de la desobediencia civil radica, entre otros aspectos, en que se trate de un acto no violento, y al respecto escribe que “el herir y lastimar es incompatible con la desobediencia civil como un modo de proceder” porque se interferiría con las libertades civiles y se oscurecería la “calidad de civilmente desobediente” la cual, aunque “puede advertir y amonestar, no es en sí misma una amenaza” (Rawls, 1995a: 366)³⁰.

El acto de protesta es además público (Rawls la compara con el discurso público y con la expresión de las convicciones políticas que toman lugar en el escenario de lo público) y político, desde dos puntos de vista, porque va dirigido a la mayoría que detenta el poder político y porque está guiado y justificado por los principios de justicia, que son políticos en el sentido en que definen una concepción de la sociedad civil y del bien público, y se aplican para regular la estructura básica de la política pública, la Constitución y las instituciones sociales (Rawls, 1995a: 333; 1971:

27 *Hague vs. CIO*, 307 U.S. 501-18 (1939).

28 *FCC vs. Pacifica Found.*, 438 U.S. 726 (1978).

29 Sobre el tema en general, puede consultarse, (Malem, 1990), (Singer, 1973), (Walzer, 1970), (Cohen, 1969), (Estévez, 1994) y (Mejía Quintana, 2002; 2009).

30 El ensayo “The Justification of Civil Disobedience” fue presentado originalmente, con el título “Civil Disobedience”, en el encuentro de la Asociación Americana de Ciencias Políticas, en sept. de 1966. La versión publicada en el libro *Civil Disobedience: Theory and Practice* (pp. 240-255) editado por Hugo A. Bedau, contiene revisiones del texto original y la adición de dos párrafos en la última sección. Rawls planteó por primera vez dicha noción en una conferencia presentada en 1966, y pasó luego a ocupar un lugar central en la segunda parte de *Teoría de la justicia* (“Instituciones”). Rawls expone su teoría de la desobediencia civil en tres partes, a saber, la definición: la teoría debe explicar el lugar que ocupa dentro de un espectro de formas de oposición; la justificación: las circunstancias bajo las cuales debe ser tolerada por la ciudadanía y por los tribunales; y el rol: su función dentro de un sistema constitucional, así como su conexión con la política democrática. Además de no violento, la desobediencia civil se concibe como un acto público y político; contrario a la ley, habitualmente cometido con el propósito de ocasionar un cambio en la ley o en las políticas de gobierno (Rawls, 1971: 364 -§55-59-). En la edición castellana (1995a: 332). Ver también (Rawls, 1977: 90).

§55-59; 1977: 91). No obstante, el acto civilmente desobediente es pensado para ser contrario a la ley, “la fidelidad a la ley queda expresada por la naturaleza pública y no violenta del acto, por la voluntad de aceptar las consecuencias legales de la propia conducta” (Rawls, 1995a: 334), inclusive el arresto y el castigo (Rawls, 1986: 95) al que se hagan acreedores por la ejecución del acto de protesta. La desobediencia a la ley se expresa dentro de los límites de la fidelidad a la ley (Rawls, 1995a: 334). Esta condición permite probarle a las mayorías que el acto desobediente es sincero, legítimo y en conciencia, que procura dirigirse al concepto comunitario de justicia (Rawls, 1986: 95).

La versión institucional de la desobediencia civil y la protesta entendida como un derecho, resultan legítimas ante una autoridad democrática válidamente elegida, encontrándose plenamente justificado por los principios de justicia que regulan la Constitución. Ambos autores apelan a la importancia de contar con un sentido comunitario de justicia al suponer que la sociedad es casi justa y que, por tanto, existe una concepción de justicia públicamente reconocida por sus ciudadanos a quienes les es legítimo argumentar la violación del acuerdo entre personas libres e iguales y, por tanto, protestar debido a que los principios de cooperación social no se están respetando, pudiendo así ejercer su acto de desobediencia pero sin cuestionar el Estado de Derecho. La ley es trasgredida pero la lealtad al orden constitucional se encuentra asegurada por el carácter público y no violento del acto.

La desobediencia civil es justificable solamente en una democracia constitucional más o menos justa (aunque no perfectamente justa) cuya sociedad es en su mayor parte bien ordenada, pero que no está exenta de cometer injusticias contra alguna

minoría que cuenta con este último recurso en ser utilizado, pero que no puede alcanzar dimensiones que pongan en peligro el funcionamiento del orden constitucional. Debe ejercerse una vez han sido agotadas todas las vías legales para defenderse de la mayoría que es indiferente a sus reclamos y exigencias y que promulga leyes que les resultan perjudiciales.

Se entiende entonces como una “acción política dirigida hacia el sentido de justicia de la mayoría para impulsar una reconsideración de las medidas protestadas y para advertir que, en la firme opinión de los disidentes, las condiciones de la cooperación social no están siendo respetadas” (Rawls, 1971: 292). Incluso bajo una Constitución justa puede que se aprueben leyes injustas y que se pongan en vigor políticas injustas (Rawls, 1986: 93), perspectiva dentro de la que Rawls puede afirmar que “La justicia de la Constitución no garantiza la justicia de las leyes estatuidas bajo ella” (Rawls, 1986: 94). Así, la injusticia de una ley es razón necesaria, pero no suficiente, para no observarla³¹, y en este sentido, la desobediencia civil se encuentra justificada cuando, además de la grave injusticia, ha habido una negativa para corregirla (Rawls, 1986: 96), (Gargarella, 2005).

Tanto desde la academia como desde alguna vertiente comprometida de la opinión pública, se le ha venido prestando cada vez mayor atención a parte de la agenda de investigación del canon filosófico-político contemporáneo. Tal marcado interés en Colombia responde al interés dispensado hacia la filosofía política que se ha presenciado en Occidente en años recientes. De tal canon los estudios sobre desobediencia civil

31 “[I]gual que la validez jurídica de la legislación no es siempre suficiente para exigir su obediencia. A veces oímos afirmar estos extremos, pero creo que no es necesario que los tomemos en serio”. (Rawls, 1986: 92).

merecen atención cuidadosa por académicos que procuran influir en la opinión y en las autoridades públicas ya que cuando las identidades se multiplican, las pasiones se dividen, como escribió Walzer. Desde otros autores teórico-políticos como Rawls, Dworkin y Waldron la idea de la complejidad propia de las sociedades plurales en lo político, lo religioso y lo moral, se posiciona como un presupuesto central en las discusiones que van desde lo más elevado de la abstracción filosófica hasta lo más dramático de la realidad social.

Siguiendo esta idea parece estar otra importante fuente en las investigaciones de Gargarella: Ronald Dworkin, quien en su poco conocida contribución al reporte sobre la Comisión Nacional de los Desaparecidos en Argentina (1986), expresó,

“La desobediencia civil no es necesariamente errada [cuando acontece] una historia de injusticia que creó gran pobreza para millones (...) y proporcionó poder político vasto e injusto para los grandes propietarios que hoy lo utilizan evitar o retardar reformas (...) Habiendo evidencias (...) para demostrar que un grupo no es tratado como participante en igualdad de condiciones en la ventura política de una nación, la democracia falló y, en esa medida, hasta que cambie la actitud del gobierno los actos no violentos deben ser comprendidos dentro de la honrosa tradición de la desobediencia civil”.

Aunque en algunos casos de protesta existen formas distintas que resultan idóneas y, digamos, “institucionalmente admisibles”, en otros casos los repetitivos actos de protesta corresponden a demandas legítimas de la ciudadanía marginada

que ha padecido una especie de situación de humillación extrema que implica que no se percibe a sí misma como destinataria ni como merecedora de derechos mínimos (como los sociales) y el Estado no propende por su garantía o no promueve iniciativas que, en términos de discriminación positiva, compensen a los grupos minoritarios por el hecho de haber sido históricamente dejados a un lado respecto de la protección y garantía de sus derechos, desde los mínimos hasta los liberales clásicos³².

Sin embargo, la respuesta usual del derecho ante casos de protestas sociales llevadas a cabo por sectores desfavorecidos, es siempre la de sacar la caballería policial a la calle, arrojar gases lacrimógenos, lanzar chorros de agua a presión, realizar arrestos aleatorios y, posteriormente, movilizar a los fiscales. De manera regular las autoridades públicas no han abordado adecuadamente la cuestión del derecho a la protesta, en la medida en que ni siquiera se consideran las condiciones de quienes se ven urgidos a obstruir las vías de comunicación por ejemplo.

En muchos casos la respuesta usual del derecho es siempre la criminalización y, de la opinión pública, la condena. Tradicionalmente se ha tendido a reducir las protestas a actos punibles cualquiera que deben ser sometidos y juzgados como tales. Se criminaliza a los asambleístas como a un delincuente cualquiera y así como el ladrón famélico no merece el mismo trato legal que el raponero que asalta para conseguir droga, quien hace algo “ilegal” con una motivación poderosa, así sea la mismísima desesperación,

32 Sobre este punto, (Gargarella, 2005a: cap. VIII; 1999, “Introducción”). La cuestión –relacionada con esta– por cómo proteger los intereses minoritarios en sociedades modernas, se analiza en (Gargarella, 2005a: cap. IX).

no amerita el trato de quien le levanta contra el Estado por capricho o interés ilegítimo. Los actos violentos en las protestas deben individualizarse y sancionarse, pero no por ello criminalizar ni estigmatizar el motivo de protesta o sus participantes.

En cualquiera de sus expresiones la protesta no debe entenderse como una lamentación pública de los abandonados por el sistema que esperan la solidaridad y las monedas de los otros. Desde las versiones institucionales de la desobediencia civil como las de Rawls, Habermas y Dworkin, así como dentro de la postura defendida por Gargarella, la protesta se justifica como la oportunidad legítima de numerosos grupos sociales –aunque minoritarios políticamente– de ser considerados como actores políticos relevantes al momento de influir en la configuración del Estado según las promesas que, en tanto derechos, se han formulado en leyes o, más comúnmente, en textos constitucionales.

Deliberación, protesta y democracia

“Los lugares más calientes en el infierno están reservados para quienes, en tiempos de grandes crisis morales, mantienen su neutralidad”.

Dante

El derecho a la protesta debe respaldarse porque también en el disenso se apoya la democracia. Como manifestación extrema de quienes tienen dificultades económicas o políticas para expresarse, la protesta debe ser protegida por los poderes públicos y la sociedad civil, y en cualquier caso no deben reducirse a meros actos criminales que deben ser sometidos y juzgados como tales. Una democracia representativa precaria como la

colombiana con dificultades enormes para que la real voluntad popular llegue a debatirse en el foro público debido a las coyunturas que impone el cabildeo y a los intereses privados que dominan la “representación” parlamentaria, debe responder de otra forma a quienes no contaron con la “suerte social” de la que hablara Rawls que les permitiera dejar de ser prisioneros de su extracción social. El derecho a la protesta es, entonces, el derecho que sirve para reclamar otros derechos o, en palabras del citado constitucionalista, “el primer derecho: el derecho a exigir la recuperación de los demás derechos” (Gargarella, 2005: 19); protestar es reafirmar públicamente el derecho a tener derechos.

Los grupos que protestan por la salvaguarda o la recuperación de sus derechos no sólo están en una difícil situación en la medida en que se les afectan derechos mínimos (como los sociales) que hacen parte, precisamente, de aquellas condiciones mínimas sin las cuales no es posible desarrollar proyecto de vida alguno, sino que al carecer de oportunidades para acceder a espacios de difusión que les permitan exteriorizar sus demandas y presentárselas a quienes están en el poder, recurren a la protesta como un último recurso.

La frecuencia e intensidad de las protestas pone de presente la dramática cuestión de su legitimidad de las políticas públicas y, en últimas, de la gestión de los “padres de la patria” que en no pocos aspectos pueden muchos ser considerados apátridas. Hay una gran responsabilidad institucional en los casos de bloqueos a las vías, porque históricamente las instituciones han bloqueado las vías de comunicación que lo vinculan con la ciudadanía. En muchas ocasiones los representantes del pueblo se han encargado

de socavar los derechos expresivos esenciales (organizar manifestaciones y asambleas, y protestar) de quienes los eligen, cuando la expresión política en tales situaciones requiere de protección pública. De ahí, es decir, de los déficit institucionales en los sistemas jurídicos contemporáneos, es de donde han partido reputados autores como Rawls, Dworkin y Habermas³³, y en el contexto latinoamericano, Gargarella, para defender formas de protesta y, genéricamente, de desobediencia civil en determinados contextos y apegadas a puntuales condiciones.

La capacidad económica determina la oportunidad de acceder a la difusión pública de un mensaje, y si tal mensaje tiene que ver, por ejemplo, con niños que se mueren de hambre en el Chocó, y otros muchos que a causa de esta deben abandonar su estudios en Córdoba, con presidiarios que protestan con huelgas de hambre por sus inhumanas condiciones de vida, o con padres de familia que protestan por un “pico y placa” escolar que impide que sus hijos reciban educación todos los días debido a un alto número de niños y un escaso número de planteles para atender la población, así como de miles de ciudadanos, a lo largo y ancho del país, a quienes no se les atienden sus reclamos por las alzas desproporcionadas en la tarifa de los servicios públicos esenciales, la protesta se convierte en un recurso legítimo para insertarse en las dinámicas deliberativas que procuran igualar en la realidad a las personas a partir del cumplimiento del amplio catálogo de derechos como el consignado en la Constitución³⁴.

33 Para una presentación de los modelos, véase, (Mejía, 2001).

34 Sobre el ideal de la democracia deliberativa en torno a la representación plena de la ciudadanía, ver la contribución de Gargarella (“Full Representation, Deliberation, and Impartiality”) en (Elster, 1998: cap. 10).

Considerando que los jueces en sus análisis sobre el rol de las protestas usualmente toman parte en discusiones sobre teorías de la democracia, y que la estudiada concepción deliberativa contribuye a que se cuente con una democracia más robusta e incluyente (por lo que los movería a tomar decisiones diferentes a las que de hecho toman actualmente), recientemente se ha observado una interesante apertura ideológica en los desarrollos de las teorías deliberativas de la democracia, las cuales reconocen y validan expresiones enérgicas que alteran el normal transcurrir la sociedad, así como otras formas de comunicación como la retórica y la estratégica –protestas callejeras, por ejemplo.

Jane Mansbridge e Iris Young³⁵ sustentan que dentro de las teorías deliberativas se deben considerar actos no discursivos, como la protesta, por su componente expresivo. Critican algunas de las concepciones predominantes dentro de esta teoría (Habermas) por omitir tales formas de expresión en procura de enfatizar exclusivamente el consenso y el intercambio de argumentos y razones. En particular, la objeción de Mansbridge radica en que de manera frecuente la deliberación ha sido percibida solamente como un medio dirigido a alcanzar un entendimiento que produce un consenso sustantivo, relegándose indebidamente el conflicto. “La buena deliberación también debería iluminar el conflicto. Debería conducir a los participantes a un entendimiento más matizado de sí mismos y de sus intereses, idealmente menos influenciados por ideas hegemónicas, de manera que pueda situarlos en conflicto abierto con otros participantes” (Mansbridge, 2005: 1-2). Para Young, las formas alternativas de expresión deberían ser consi-

35 Gargarella se refiere, puntualmente, a (Young, 2000; 2001), (Mansbridge, 2005), (Estlund, 2006).

deradas formas valiosas de discurso ya que muchos de tales actos están orientados a conseguir la inclusión social. “[En] una sociedad profundamente democrática la presunción debería estar a favor de los manifestantes cuyo propósito es persuadir” (Young, 2000: 48)³⁶. Segunda igualmente la importancia de abrir espacios teóricos para el reconocimiento de acciones que desafían directamente las formas dominantes o más aceptadas de comunicación política.

Desde un enfoque epistémico de la democracia deliberativa, Estlund considera que “una actividad política muy aguda, disruptiva e incluso informalmente represiva [puede ser incorporada] en una aproximación deliberativa de la política democrática, recuperándose así una parte crucial de la promesa moral de la democracia según la conocemos por las experiencias históricas” (Estlund, 2006: 12 y 19). Ciertos actos que irrumpen en el orden público pueden ser vías justificadas para remediar ciertas desviaciones respecto de un acuerdo deliberativo ideal que es sumamente valioso para la estabilidad y la armonía sociales.

En contextos de desigualdad el derecho a la protesta se reserva a quienes no tienen otros medios (directos) para hacer conocer su punto de vista y exteriorizar así mediante foros en la plaza pública peticiones a nivel institucional. Es decir –fundamentalmente– quienes no tienen acceso a los medios de comunicación no cuentan con capacidad económica que se traduzca en representación política a partir de la cual se puedan materializar demandas acuciantes de amplios sectores, e incluyan al grueso de la población que

no cuentan con medios para difundir sus mensajes ni acceso ante quienes toman las decisiones que, directa o indirectamente, los afectan.

Si bien la protección a la disidencia comporta la admisibilidad de la protesta, se debe advertir que la defensa a tal derecho no se presenta como un argumento abierto y sin restricciones que legitime cualquier toma de vías u obstaculización de entrada a fábricas o entidades públicas, por ejemplo, sino que está plenamente contenido en la consideración de dos circunstancias fundamentales en las que ha insistido Gargarella³⁷ ligadas con la situación real de desprotección en la que se encuentran determinados grupos sociales, a saber, el grado de vulneración del derecho reclamando mediante el acto de protesta y las posibilidades efectivas de expresión del grupo, tanto para poder manifestar su reclamo por otro medio, como para acceder a quienes toman las decisiones. La salvaguarda del derecho a la protesta está, entonces, condicionada al miramiento de estas dos circunstancias.

Las únicas medidas admisibles en la reglamentación del ejercicio de tales derechos, son aquellas relacionadas con el tiempo, lugar y modo en el cual se ejercen, más no en su contenido. El ejercicio de tales derechos expresivos sólo puede limitarse si dicha limitación (1) no implica, en los hechos, discriminaciones entre puntos de vista diferentes, (2) es diseñada del modo más “estrecho” posible; y (3) deja abiertos canales expresivos igualmente significativos para que pueda alcanzarse a la audiencia a la que el discurso del caso quería alcanzar. Ejemplifica al respecto Gargarella con la jurisprudencia extranjera que invalidó una norma que impedía a los grupos protestantes repartir panfletos y colgar carteles en

36 Sobre su punto de vista en torno a la articulación de formas de protesta como mecanismos inclusivos democráticos, ver su ensayo “Activist Challenges to Deliberative Democracy” (2001).

37 (Gargarella, 2005).

las calles, pues en la realidad tales restricciones sólo afectaban a los grupos integrados por los ciudadanos más desaventajados que tienen mucho menor acceso a los diversos medios para hacer conocer sus mensajes. Procedimientos equitativos (tales como impedirles protestar “a todos”) producen resultados injustos en la medida en la que quienes pueden costear otras formas de hacer conocer sus mensajes, en efecto lo harán.

Por concluir volviendo con una de las protestas más comunes en Colombia, como es la llevada a cabo por los indígenas que obstruyen vías de comunicación importantes, hay que enfatizar varias cosas. Es muy positivo registrar el activismo de los movimientos sociales, y particularmente de estos cuyos miembros llegaron a tener alma desde hace pocas décadas y cuya forma de disertación con quienes tenían que civilizarlos era estar de acuerdo o morir. En este desencuentro entre los indígenas y el gobierno –o mejor decir, y la sociedad en general– revela aspectos de una fuertemente adherida herencia española arrogante, patrimonialista y racista, por lo cual la protesta debe también concebirse, entonces, como una alarma (además de los grupos puntuales que padecen condiciones de extrema desfavorabilidad) del sistema institucional de que algo no está funcionando como debiera.

Al negar y distorsionar la realidad de la otra cultura se le encasilla para que sea más fácilmente desestimada y difamada. Como ha advertido Rodolfo Arango “Una manera de dominar a otra persona (individual o colectiva) es presentarla erróneamente de forma intencional. El control psicológico sobre otro es la mejor manera de interferir su libertad. Basta asociarlo con lo odiado o temido para anularlo frente a la opinión general. (...) Resulta por cierto sospechoso el cuadro surrealista que nos plantean cuando nos

presentan la minga indígena como una operación estratégica de adinerados terratenientes disfrazados de necesitados, o de subversivos o revoltosos soterrados cuya intención final es destruir la democracia mayoritaria mediante la imposición de una dictadura violenta de minorías recalcitrantes”.

Cuando el presupuesto es que el antagonista es un criminal, tal como antes era un salvaje que debía ser civilizado en el caso indígena, el diálogo queda reducido al poder. Como han insistido muchos autores³⁸, el reconocimiento exige como parte del proceso político un deseo sincero de comunicarse para comprender las necesidades del otro, máxime se trata de quienes son sus representantes. El diálogo se paraliza por insinuaciones (el movimiento está infiltrado), por afirmaciones sesgadas (los indígenas son grandes terratenientes) o por tesis insostenibles (nuestra democracia es mayoritaria, no constitucional) (Arango, 2008a; 2008b).

Hay que enfatizar en que el grado de legitimidad de la protesta no se puede medir por el número de personas que intervienen en el acto: es tan legítimo el derecho a protestar de miles de indígenas que hacen ir al presidente a una reunión y le obligan a conformar una comisión con ministros, viceministros y jefes de departamentos, como el derecho de los habitantes de un populoso barrio a quienes no se les atienden los reclamos por alzas injustificadas en los servicios públicos.

La protesta en este escenario revela con diáfana claridad cortedades y precariedades de nuestros sistemas institucional y democrático. En tal sentido, quisiera concluir glosando una aleccionadora

38 Ver por ejemplo las contribuciones a los textos colectivos, (Gutmann, 1993), (Cortés - Monsalve, 1999).

frase de quien fuera magistrado de la Corte Suprema norteamericana, Robert Jackson:

“Quienes comienzan por eliminar por la fuerza la discrepancia, terminan pronto por eliminar por la fuerza a los discrepantes. La unificación obligatoria del pensamiento y de la opinión sólo obtiene unanimidad en los cementerios (...) El poder público es el que debe ser controlado por la opinión de los ciudadanos, y no al contrario (...) Si hay alguna estrella inamovible en nuestro firmamento constitucional, es que ninguna autoridad pública, tenga la jerarquía que tenga, puede prescribir lo

ortodoxo en política, religión, nacionalismo u otros posibles ámbitos de la opinión de los ciudadanos, ni obligarles en forma alguna a manifestar su fe o creencia en dicha ortodoxia. No conocemos ninguna circunstancia que pueda ser considerada una excepción a esta regla”³⁹.

³⁹ West Virginia Board of Education vs. Barnette, 319, U.S. 624 (1943). Traducción propia.

SIN FRENOS NI CONTRAPESOS. Democracia deliberativa: Mucho más allá del presidencialismo y parlamentarismo*

Lucas Arrimada

Introducción: las instituciones de la democracia deliberativa en serio

¿Cuáles son las instituciones propias de una democracia deliberativa? ¿Resultan la división de poderes o el sistema de frenos y contrapesos mecanismos que fortalecen o empobrecen (el carácter deliberativo de) las decisiones del proceso democrático? ¿Cómo se institucionaliza en las diferentes esferas y niveles de los procesos de decisión política (desde lo macro hasta lo micro) una democracia deliberativa? En última instancia: ¿Cuáles pueden ser las implicaciones

institucionales de adoptar una concepción deliberativa de la democracia?

Estos interrogantes se explorarán en el presente trabajo, en general desde la perspectiva de la teoría constitucional, el diseño institucional y las justificaciones de la democracia y, en especial, desde un modelo de democracia deliberativa en las cercanías al propuesto por Carlos Nino (Nino, 1997). Las justificaciones epistémicas, como la propuesta por Nino, pueden exigirle al procedimiento democrático y a su diseño institucional cualidades distintivas sustanciales, y al mismo tiempo, estas exigencias tener severas restricciones o resistencias (tanto sustantivas como procedimentales) con las instituciones existentes.

Ahora, podrían plantearnos: ¿Qué puede aportar a la realidad institucional argentina el debate en torno al diseño institucional y a una forma tan “exigente” de democracia como la deliberativa? En efecto, podemos creer que la teoría de la democracia deliberativa nos permite observar límites institucionales y serias deficiencias demo-

* El presente trabajo tuvo como precedente el ensayo presentado, con el seudónimo de Publius, en el concurso en Homenaje a Carlos S. Nino organizado en 2003 por la Revista Lecciones y Ensayos, la Universidad de Buenos Aires (UBA), la Universidad de Palermo (UP) y la Sociedad Argentina de Análisis Filosófico (SADAF). Aprovecho la oportunidad para incorporar contrapuntos, desarrollar nuevas líneas de trabajo y ampliar mis argumentos. Agradezco los comentarios de Pablo Rossi, Alexis Hueller, Guido Herzovich, Andrés Cantarelli, Gustavo Atta, Mary Piqué, Vicky Ricciardi, Pedro Caminos, Marcelo Alegre, Martín Böhmer, Diana Kapiszewski, Roberto Gargarella, José Ipohorski, María Cristina Girotti, Marcela Villarazo, Gustavo Maurino y Mariano Fernández Valle, los cuales me permitieron repensar, reforzar y/o matizar ciertas observaciones en su versión final.

cráticas en la misma democracia presidencial. En el caso puntual de Argentina, la reforma constitucional de 1994 y sus intentos de “atenuación del presidencialismo” resultaron escasamente efectivos al momento de incrementar la calidad del proceso democrático y de reducir la rigidez del sistema institucional, especialmente en momentos críticos, lo que atentó de diversas formas contra la misma estabilidad, continuidad o calidad del proceso democrático y de las instituciones políticas en nuestra historia política contemporánea. Ello lleva a preguntarse: ¿Qué tipo de democracia permite el diagrama institucional actual de la Constitución Nacional: una Democracia Delegativa o una Democracia Deliberativa?

En nuestros días alguien puede señalar que la reforma constitucional consolidó y, mucho más grave todavía, constitucionalizó una pésima práctica histórica de hipertrofia presidencialista, retroalimentando sus ya excesivas facultades. La reforma reforzó la tragedia constitucional de nuestra constitución histórica y de la más contra-ejemplares prácticas institucionales, confiéndole poderes hasta ese momentos no explicitados en la Constitución, al mismo tiempo que, bajo un intento de instituir algunas (débiles) barreras y (retóricos) sistemas de control, pudo haber provocado un vaciamiento institucional (Gargarella, 1996: 14-15). Instituyéndose así, de varias formas en el texto fundamental, lo que era una tendencia histórica en la práctica institucional: una democracia delegativa. Esto restringe y condiciona fuertemente la aparición de espacios claves de decisión -no meramente-deliberativos en el marco del sistema político a la vez de observarse como una preocupante concentración constitucional del poder.

Con todos estos interrogantes por delante comenzaré describiendo someramente la génesis

del sistema de frenos y contrapesos y del principio institucional de división de poderes en las etapas fundacionales del constitucionalismo. Seguidamente exploraré las características de la tipología deliberativa de democracia para luego focalizar el análisis en el debate en torno a las alternativas, debilidades y posibilidades institucionales. Finalmente trataré de articular algunas ideas propias del diseño institucional para proyectar los mundos institucionalmente posibles de la democracia deliberativa.

1. Constitucionalismo y diseño institucional: El miedo a la democracia

Posiblemente el sistema representativo y la idea de división de poderes¹ puedan identificarse como los pilares fundamentales –conjuntamente con la declaración de derechos– del constitucionalismo moderno. En los momentos constitucionales del siglo XVIII fue cuando lógicamente la discusión sobre los contornos del sistema institucional tuvo su apogeo y materialización política. Se concretó, en esos tiempos, un diseño institucional contramayoritario. Los debates entre los fede-

1 Propongo que se entienda división de poderes simplemente como un mecanismo de control del poder perteneciente, en la modernidad, al ideario republicano (aristocrático o democrático, podremos indeterminado). Mecanismo por el cual se intenta dividir al gobierno en tres poderes con funciones más o menos determinadas, y se pretende mantener esa fragmentación de alguna manera bajo cierto equilibrio de fuerzas. Esto “indiferentemente” de la configuración institucional. Esta básica descripción, propia de la educación cívica más elemental, puede identificarse como el núcleo de todo conflicto interpretativo en torno a la temática.

Se asimilará, al sólo efecto enunciativo del trabajo, el concepto de división de poderes (que puede ser ubicado en proximidades al sistema de frenos y contrapesos) a separación de poderes (siempre relacionada con la perspectiva funcionalista o de separación funcional). También mencionaré relacionados a conceptos como: gobierno mixto, equilibrio de poderes, gobierno dividido, frenos y contrapesos del poder, etcétera; pudiendo reconocer los matices que existen entre dichos modelos.

ralistas y los antifederalistas, en la convención constituyente norteamericana y al momento de la ratificación de la Constitución de 1787, brindan un amplio y demostrativo espectro de argumentos y contra-argumentos en torno a la configuración de la división de poderes y a los principios sobre los que se establece el sistema representativo. Éstos quedarán como ejemplos históricos de los reparos y temores a la democracia (Manin, 1994) y (Manin, 1998: 119).

Los sistemas institucionales fueron pensados y desarrollados con pobres concepciones democráticas cuando no fueron creados en clara oposición a la concreción institucional del ideal democrático. Consecuentemente los sistemas, mecanismos y arreglos institucionales no fueron inicialmente ideados para canalizar, aunque si tal vez para impedir, la participación ciudadana y la deliberación colectiva en una inclusiva república democrática (Gargarella, 2000). Aun advirtiendo que no nació estrictamente con robusto compromiso, sino con fuertes reparos (Dahl, 2003: 24), podemos entender que -el constitucionalismo- puede ser, con esos límites que capacitan, con esas ataduras que paradójicamente liberan, precondition y base para el desarrollo de una democracia sustantiva (Holmes, 1999: 260) y (Nino, 1997: 26-27).

Por ello se suele hablar de una unión paradójica que produce tensiones en las actuales democracias constitucionales, ignorándose muchas veces sus nexos internos. No se señala frecuentemente que cualquier nexo o interdependencia entre estos principios no impide el nacimiento de contradicciones. Vemos en retrospectiva que el constitucionalismo desequilibró la tensión inicial. Históricamente el radicalismo igualitarista, que proyectaba un constitucionalismo más demo-

crático, o una democracia menos constitucional, fue excepcional. Lo que hace hiperproductiva la tensión entre ambos ideales es su continuo conflicto, no su resolución. Identificar la tensión no debe dar pie a hacer un intento por equilibrar constitucionalismo y democracia. La tensión es constante y su resolución es una aporía. Es el carácter abierto (Habermas, 2004: 153) del juego interactivo de dicha tensión en acción lo que la hace tan productiva. No podemos predecir qué desequilibrada ecuación de los elementos constitucionales y democráticos su resolución (siempre contingente) tomará².

Sabemos que el constitucionalismo desarrolló un sistema institucional y una idea de división de poderes claramente elitistas, con gran desconfianza al debate público, a la participación ciudadana y a las decisiones mayoritarias, limitando a sus representantes en el poder legislativo (dividiendo soberanías) con institutos contramayoritarios (como el veto presidencial) e instituciones contramayoritarias (como el poder judicial o un juicio por jurados -escabinado

2 Para explorar el argumento de Habermas que resalta el carácter abierto de la tensión entre ambos ideales podemos citarlo: "Lo que yo propongo es entender este regreso mismo como la expresión comprensible del carácter abierto hacia el futuro de la Constitución de un Estado democrático de derecho: una Constitución que es democrática no sólo por su contenido sino también por su fuente de legitimación significa para mí un proyecto creador de tradición y que tiene un comienzo claramente marcado en el tiempo. Todas las generaciones posteriores tendrán que afrontar la tarea de actualizar una sustancia normativa no agotada, la del sistema de derechos fijado en la Carta Fundacional" (ibid.). Se puede pensar que la tensión aumenta su productividad histórica y su aporte teórico-práctico cualitativamente se potencia cuando menos definida se encuentra. En ese escenario el matrimonio de opuestos que son llamados a convivir en la democracia constitucional y sus constantes conflictos se expanden. Cuando menos agotadas estén las fuerzas de la tensión más abierto está el futuro. La tensión, así, se reproduce, aumentando su capacidad de incentivar nuevas configuraciones e innovar sus elementos, simultáneamente.

aristocrático-) y por último, con (frecuentemente) un poder ejecutivo que (si bien “reducido” en comparación a su antecesor monarca absoluto) cuenta con facultades que lo hacen temible y pasible de ser considerado un seudo monarca constitucional (cuando no un tirano o dictador constitucionales³).

A lo largo de más de doscientos años de constitucionalismo global, el poder estatal y su separación de poderes debieron aprender a cohabitar en la arena política con nuevos actores del poder, institucionales y extra-institucionales. El constitucionalismo clásico configuró la división de poderes en un marco histórico en el cual el estado era el actor principal de poder, el minotauro de quién defenderse (en especial cuando la voluntad del todopoderoso era generada, supuestamente, por los representantes virtuales de las mayorías inestables, autointeresadas y apasionadas). Gradualmente el sistema vio surgir nuevos protagonistas dentro de la división clásica, como satélites de otros poderes o directamente fuera de su estructura.

Se encuentran rastros de sus orígenes, y no tan incipientes esbozos, en el gobierno mixto de Platón, Aristóteles y Cicerón, pasando por los esquemas híbridos de Polibio, los estudios del medioevo de Marsilius, para arribar hacia el contingente de escritos modernos de Hunton, Harrington, Hobbes, Bodin, Locke, Bolingbroke, Montesquieu, Kant, Rousseau, Sieyès, del viejo continente, en sólo un arbitrario repaso.

3 Es necesario explorar en la historia cuánto de las amenazas del constitucionalismo (Gargarella, 2002), principalmente, hacia los derechos humanos y la democracia (o sea, hacia los principios que hacen posible el autogobierno privado y público, individual y colectivo) fueron anomalías y deformaciones de un sistema configurado para protegerlos, para garantizarlos o, por otro lado, cuán compatible (histórica y teóricamente) el constitucionalismo se presenta frente a sistemas dictatoriales (Rossiter, 1948).

Conjuntamente con los antes mencionados federalistas y antifederalistas confluyen para formar un complejísimo cuerpo teórico con paradigmáticas e históricas experiencias institucionales de relevancia (Vile, 1967: 21-52). Desarrollos teóricos que podrían observarse como parte de un relato común que percibimos, aunque tal vez contradictorio, siempre incompleto en términos democráticos.

En el siglo XXI vemos que esas ideas no operaron, con el transcurrir del tiempo, como inicialmente fueron pensadas y adquirieron una dinámica propia⁴. El panorama institucional actual es radicalmente distinto a las condiciones vividas y hasta imaginadas originalmente por las figuras políticas de los principales momentos constitucionales (Vile, 1967: 89) y (Dahl, 2003: 149). En efecto “la separación de poderes ha sido pensada y articulada para una sociedad todavía aristocrática y con un régimen político monárquico”. Actualmente “la dirección política no nace de la articulación de distintos órganos internos institucionales” (Bobbio et al, 1996: 342) sino que debe ser canalizada (aunque en la realidad se encuentre con severas “dificultades”) también por otras vías institucionales abiertas, mecanismos de participación, partidos políticos e instituciones intermedias, o sea, en la misma arena democrática.

Parece clave intentar explorar cuáles son las posibilidades de reformular la división de poderes como un ideal, ya no sólo tímidamente republicano y liberal, sino plenamente democrático e igualitario.

4 Esa interacción actual puede distar de ser funcional a los principios democráticos (Goldwin-Kaufman, 1986). Disfuncionalidades que han intentado ser corregidas con meras prácticas constitucionales determinantes, pero también carentes de diseño a la luz del ideal democrático y más distante aún de su versión deliberativa.

1.1 Temor y exclusión: La desconfianza institucionalizada

Sabemos que la democracia en los proyectos constitucionales usualmente nació congénitamente condicionada. Los federalistas señalaban que: “La acumulación de todos los poderes, legislativos, ejecutivos y judiciales, en las mismas manos, sean éstas de uno, de pocos o de muchos, hereditarias, autonómicas o electivas puede decirse con exactitud que constituye la definición misma de la tiranía” (Epstein, 1987: 179). Lo transcrito puede ser leído como una advertencia destacable para diagramar las bases de toda configuración institucional ideal. A pesar de ello, podemos asegurar que los “padres fundadores” tuvieron particular y principalmente (por no decir únicamente) temor a la tiranía mayoritaria (Gargarella, 2000: 79). Por eso mismo “un amplio número de los framers creía que debían levantar barreras constitucionales al poder popular, puesto que el pueblo no sería sino una turba indisciplinada, una continua amenaza a la ley, al gobierno ordenado y a los derechos de propiedad” (Dahl, 2003: 35).

Se enfatiza en El Federalista No. 63: “La verdadera diferencia entre estos gobiernos [democráticos de la antigua Grecia] y el americano reside en la exclusión total del pueblo en su carácter colectivo de toda participación en éste, no en la exclusión total de los representantes del pueblo de la administración de aquéllos” (Hamilton – Madison – Jay, 1994: 270). A partir de configurarse como representativa la misma (palabra) democracia fue perdiendo sus fantasmas y la carga emotiva peyorativa que se le atribuía en los debates políticos (Wood, 1995: 98). Adquiere sentido en ese contexto identificar que obviamente el modelo de deliberación triunfante en los esquemas institucionales no haya sido el

democrático radical sino el elitista conservador; usualmente restringido a los (hombres) “ricos y bien nacidos” (Gargarella, 2000: 98-111).

El principio de desconfianza al debate colectivo y a las decisiones mayoritarias fue causa del surgimiento de un sistema institucional con débiles, neutralizados (o neutralizables) y hasta inexistentes controles exógenos. Esto hizo que usualmente, salvo en las experiencias radicales –reales excepciones– (Vile, 1967: 119-176) y (Wood, 1992, 229), se concretasen sistemas de representación donde los controles fuesen nulos y el sistematizado naturalmente a la autonomización pudiendo establecerse o transformarse, directa o indirectamente, ciertas instituciones en (inofensivos) placebos institucionales.

Podemos entender a un placebo institucional como un mecanismo de acción política -individual o colectiva- con objetivos establecidos en un texto regulador en el marco de una estructura institucional y un sistema político. Los objetivos son acompañados con atribuciones, una distribución de competencias determinada. En definitiva, es una institución con facultades establecidas en un texto constituyente (Constitución, ley, resolución, decreto, etcétera). Ahora todas ellas pueden ser observadas como meras capacidades retóricas, a lo sumo, capacidades discursivas del derecho o del poder. Dicha institución en el marco global, en la interacción, de poderes y de los actores constitucionales no tiene poder sino por sugestión. Es una ficción, una institución que pertenece al imaginario proto-republicano, pero no a su realidad. Expresa su poder de diversas maneras pero empíricamente, existe un vacío de capacidad institucional en la dinámica sistémica. Una incapacidad para imponerse institucionalmente. Su fuerza es falsa dado que el único efecto que puede llegar a

obtener es un efecto placebo. Cuando los demás actores institucionales son (de alguna manera) conscientes de la fragilidad, debilidad o ineficacia de la acción -autónoma o asistida- de dicho actor institucional, sus acciones, efectos e incidencias pasan al campo de la retórica carente de capacidad institucional para actuar, contrapesar, controlar, frenar o proteger derechos. Un ejemplo tal vez nos aproxime a la idea que intento explorar.

El juicio político como institución endógena al sistema político republicano en consonancia con el principio de responsabilidad política es parte del núcleo de cualquier estado republicano (no sabemos si plenamente democrático) de derecho. A pesar de ello, dicha institución puede haber operado en la historia con un efecto placebo, por sugestión, como una amenaza espectral de sanción política, como un fusible que no se activa, que no se ejecuta (salvo selectivamente y en casos muy excepcionales) a los miembros del (mismo) sistema político autónomo. Asegurando la impunidad o permitiendo válvulas de escapes que vacían de contenido dicha institución, extirpan su carácter republicano, impiden su supuesto control y la vuelven una garantía retórica e inoperativa. En definitiva, lo transforman en un mecanismo absolutamente inofensivo, inútil para ejercer el autogobierno y el respectivo control democrático, como dijimos, un placebo institucional.

Al respecto podemos identificar que los controles endógenos obviamente se transforman en placebos cuando el sistema institucional, una tendencia corroborada, se autonomiza del sistema social. Por otro lado, el Jefe de Gabinete podría ser un placebo institucional, en el caso constitucional de Argentina, dado que su performance (tal vez su diseño, a priori) institucional fue efímero e irrelevante a la hora de

cumplir con la pretendida “parlamentarización del sistema presidencial” argentino (Nohlen, 1998). Finalmente, podría vincular la intuición sobre placebos institucionales con lo planteado por Roberto Gargarella (2002) cuando sostiene que el sufragio puede observarse hoy más como “piedras de papel”, como un voto torpe, ineficaz, como una herramienta precaria para ejercer incidencia y “control” sobre el sistema político, como un mecanismo institucionalmente insuficiente para generar una comunicación y un diálogo con los representantes, establecerles “premios” y “castigos” a éstos, en definitiva, ejercer algún tipo de accountability y intercambio democrático con ellos. Para concluir, en lo referente al tema de nuestro ensayo, cualquiera podría comentar que la misma idea de expandir la deliberación y los procesos de participación popular en diferentes espacios sociales podría ser en efecto, un placebo institucional sino se accede a esferas de decisión política sustantiva.

La autonomía del sistema institucional comúnmente puede elevar la sensación de alienación política en la ciudadanía. Lo que en la actualidad estimula formas de acción comunicativa, como las de los movimientos sociales, fuera de las instituciones y de los espacios formalmente reconocidos como públicos, en un sistema con carentes controles exógenos. Algunos observan que en gran medida los sistemas institucionales que fueron creados, al menos retóricamente, con el horizonte de construir institucionalmente el ideario del autogobierno republicano pueden terminar gobernando, en la actualidad, inconsultamente. A pesar de que observemos cierto imaginario republicano, tanto en la experiencia internacional (norteamericana o francesa, prototípicamente) como en la nacional, la democracia fue claramente relegada por el liberalismo económico y el elitismo

político (aristocrático u oligárquico, aunque se reconozca que las elites pudiesen tener un proyecto).

2. Democracia deliberativa y diseño institucional: Los frenos

Actualmente, muchos de los estudios más interesantes de filosofía política⁵ hacen referencia al ideal de la democracia deliberativa pero, a pesar de ello, aún se están realizando esfuerzos iniciales para desarrollar un corpus sólido que se aproxime a explicarnos profundamente en qué consiste. Ella es una concepción relativamente novedosa, aunque podamos encontrar rasgos comunes con tipologías clásicas de democracia.

La concepción de la democracia pensada por Carlos Nino⁶ difiere sustantivamente de la mayoría de las posibles alternativas observables en el catálogo de teorías de la democracia⁷. Su original justificación epistémica de la democracia se conecta con su elemento deliberativo, poten-

5 Tal como afirma Gargarella en su contribución a este volumen.

6 Muchos trabajos intentan introducirse en la teoría del derecho de Carlos Nino, pero pocos lo hacen en su teoría política, en su teoría democrática o en su teoría constitucional. Los dos libros que se enfocan en el pensamiento de Nino orientaron la investigación a su filosofía del derecho. Estos son Roca Pérez (2003) y Blanco Migueles (2002).

En el acotado universo de trabajos enfocados en su filosofía política y constitucional resalta el trabajo de Robert Alexy (2003) en el que explora la justificación de los derechos humanos en Nino. Algunos ensayos, como el de Menéndez (1999) sobre la precursora labor de Nino con la concepción deliberativa y los de Stolarz (2000; 2001) sobre la representación en Nino, van hacia esa zona poco explorada. En (Hongju – Slye, 2004) se encuentran artículos en tributo a Nino, donde sobresalen los de Gutmann, Williams, Holmes, Waldron, Stotsky y Rosenkrantz, que junto a Oquendo (2000), en dos destacables ensayos, se debaten en torno a diversas aristas de su filosofía política.

7 Enfrentada habitualmente con los modelos elitistas y pluralistas representados por autores como J. Schumpeter y R. Dahl respectivamente, entre otros modelos. Una renovada confrontación crítica y directa del modelo deliberativo desde una perspectiva abiertamente elitista en Posner (2003).

ciándose considerablemente, lo que es reconocido por David Estlund (1995: 203). Cabe mencionar, en este punto, que aparentemente Nino estuvo a la vanguardia de sus contemporáneos en la formulación de una justificación epistémica. Casi simultáneamente en los años ochenta a los desarrollos del profesor Nino (1984; 1989) Joshua Cohen (1986: 26-38) sondeará en la misma dirección una justificación radical epistémica de la democracia⁸.

Centrándonos en la teoría de la democracia podemos separar el concepto de democracia deliberativa, al efecto de realizar una definición conciliatoria, destacando que al decir que el modelo “incluye la toma colectiva de decisiones con la participación de todos los que han de ser afectados por la decisión o por sus representantes: ésta es la parte democrática”. Asimismo al describir “la toma de decisiones por medio de argumentos por y para los participantes que están comprometidos con los valores de la racionalidad e imparcialidad: ésta es la parte deliberativa” (Elster, 2001: 25). Agregaremos que puede ser reconocida por no tomar las preferencias de los ciudadanos como dadas, reforzar la autonomía individual y tener una impronta marcadamente antielitista.

El modelo deliberativo, especialmente el propuesto por Nino, tiene virtudes inherentes que permitirían relativizar ciertas paradojas y tensiones del constitucionalismo (y de las actuales constituciones complejas) que el mismo Nino ayudó a identificar⁹.

8 En otras áreas aunque relacionadas con su teoría de la democracia, los esfuerzos de Nino serán equiparados por Pablo De Greiff a los transitados por Philip Pettit. Desde la perspectiva de De Greiff en ambos existe una fuerte relación entre una teoría de la democracia (deliberativa o republicana) y una teoría de la pena, cuando usualmente vemos un notable desconexión (De Greiff, 2000).

9 Bajo la perspectiva de Nino, que “la constitución histórica sufre, a pesar de los indicios que parecen señalar lo contrario,

Entonces, ¿Qué diferencia a la democracia deliberativa? Para Nino “la concepción deliberativa de la democracia ve” a la teoría consensual “como profundamente interrelacionada con la moral y se apoya sobre su poder para transformar preferencias moralmente aceptables. A diferencia de la doctrina de la soberanía popular, del perfeccionismo o de las concepciones dialógicas que no se apoyan en el valor epistémico del proceso democrático, la concepción de la democracia defendida (...) trata de respetar un conjunto de presupuestos liberales” –e igualitarios– “fuertes” (Nino, 1997: 197-198). “La concepción deliberativa de la democracia apoyada sobre su valor epistémico emerge a partir de confrontarla con el problema del conocimiento moral y de tratar de evitar los extremos de la reflexión individual de Rawls y el populismo de Habermas”. Esta posición, continua Nino, “implica que el consenso alcanzado después de un ejercicio de discusión colectiva debe ser de algún modo confiable en el proceso de conocimiento de asuntos morales. Pero esta confiabilidad no puede excluir completamente la confianza en nuestra propia reflexión individual para expresar argumentos en la discusión” (Nino, 1997: 199). Así mismo tomaba, como muchos, la representación política como un “mal necesario”. A pesar de ello, parecía ser muy exigente con el sistema representativo que proyectaba para la democracia deliberativa.

Por otro lado, su constructivismo epistemológico se vincula con el racionalismo crítico. El mismo Nino sostiene que a partir del racionalismo crítico de Karl Popper, y conectándolo con

de una indeterminación radical para su interpretación” y que “la dimensión histórica es aparentemente superflua para la justificación de acciones o decisiones respecto de temas supuestamente regulados por ella” (Nino, 1997: 30). Las virtudes y defectos de la deliberación colectiva y de la discusión pública pueden verse analizadas extensamente en Elster (2001).

una disputa entre los autores Hans Albert y Karl Otto Apel –que versaba sobre la fundamentación de la razón y su elección como decisión moral–, podemos adoptar a la razón como herramienta para tomar “actitud práctica que puede caracterizarse a partir de la disposición a tomar en cuenta argumentos críticos y a aprender de la experiencia: él presupone una búsqueda cooperativa de la verdad¹⁰ y la idea de que todo aquél con quien nos comunicamos es un fuente potencial de argumentación” (Nino, 2004: 335). De hecho a pesar esto, el debate deberá incluir a aquellos¹¹ que apuntan que la concepción deliberativa resulta muy estrecha. Dado que se concentra en un tipo de interacción, la deliberación, mientras en la democracia se observan muchos más.

La empresa de Nino continua (y toma curso propio tras) los pasos de Rawls, Apel o Habermas¹².

10 Martín Farrell junto Juan Rodríguez Larreta enfrentaron los planteos de la justificación epistémica de Carlos Nino en un número histórico de *Análisis Filosófico* VI (1986) que fue reformulado y traducido al italiano editado por Antonio Martino (1990).

11 Chantal Mouffe ataca diciendo “Pensar la política en términos de lenguaje moral, como hace Rawls, lleva necesariamente a descuidar el papel que desempeñan el conflicto, el poder y el interés” (Mouffe, 1999: 76). Iris Marion Young apunta que: “al restringir su concepto de discusión democrática y limitarlo al de argumento crítico, la gran mayoría de quienes la sustentan académicamente promueven un nivel de discusión sesgado de prejuicios culturales. Estos, a su vez, producen un efecto silenciador o desvalorizador de ciertas personas o grupos específicos” (Young, 2000: 41). De igual manera Oquendo trata de identificar puntos y contrapuntos posibles sobre el tema en las concepciones deliberativas de Nino y Habermas (Oquendo, 2000: 100).

12 Un interesantísimo trabajo se concentra en encontrar puntos divergentes y convergentes entre los mundos conceptuales de Carlos Nino y Jürgen Habermas (Oquendo, 2000; 2002) explora la justificación de los derechos humanos en democracia, el tipo de constructivismo que los autores desarrollan, la relevancia de las emociones en la deliberación y la variabilidad del concepto de democracia para concluir con algunos contrapuntos al modelo regular de democracia deliberativa.

Específicamente, en este último caso, cuando “se esfuerzan por reconstruir, a través de la acción comunicativa o de la pragmática trascendental, ese tejido artificial de universalidad y de comunicación no violenta, que se ha vuelto tanto más necesario cuanto más fragmentado y labia se ha vuelto el mundo de la vida. El diálogo aparece, entonces, indirectamente, con un remiendo de los desgarros, de la *Entzweiungen* de un mundo dividido, por intereses y conflictos, que sin embargo son separados de la zona franca de la comunicación, una especie de *talking cure* como en el caso de Ana. O de Freud y Breuer. Se trata, por cierto, de reencontrar una razón común, una comunidad de verdad, una pluralismo que no deje de estar referido a una búsqueda percibida como valor intrínseco de crecimiento, para todos y cada uno, un acuerdo sustitutivo y transmisor de la “voluntad general” rousseaniana (no exenta de implicancias inquietantes), o del pacto hobbesiano, que tiende a evitar la muerte violenta de los hombres o la vida miserable del estado de naturaleza”. “De todos modos, para Habermas ésta no solo no constituye un equivalente de la *ratio*, del cálculo, sino que tampoco se basa en el temor al poder, a una soberanía por principio indiscutible y terrible. Se trata más bien de una razón antiabsolutista, que debería contribuir al desarrollo del “iluminismo incumplido” de la modernidad” (Bodei, 1989: 30). Todo ello aparentemente contrasta con lo trazado por pensamientos como los de “Rorty y los neo-aristotélicos que todos modos se podrían incluir bajo el nombre de comunitarios” (Bodei, 1989: 30).

Lúcidamente Nino reconoce que aceptando la testeada viabilidad¹³ de la justificación epistémica de la democracia “el paso más difícil de llevar a cabo sería el de transferir el valor epistémico

del proceso informal de discusión moral al procedimiento institucionalizado” (Nino, 1997: 198). En esa línea todavía parecen aislados los esfuerzos por acercarse a concebir procedimientos autoritativos en el cual medien estructuras institucionales de carácter epistémico desde la perspectiva de las justificaciones morales de la democracia. En especial debemos destacar a Estlund que específicamente presenta sus objeciones a la versión de democracia epistémica de Nino al indagar en torno a la legitimidad y valor epistémico de los procesos democráticos (Estlund, 2000: 14).

La dificultad de mediatizar institucionalmente el proceso emerge cuando pensamos el constructivismo epistémico en serio. Lo que se produce con el constructivismo de Nino, puede suceder, conforme nos explica Clauss Offe (1988: 18), con el enfoque habermasiano, por eso a pesar de que “posiblemente la legitimidad de la Modernidad sea algo presente en las sociedades modernas tan sólo desde la perspectiva del pájaro de la observación sociológica, pero no en sus realizaciones vitales. De ahí yo extraería la consecuencia –y creo que en coincidencia con Habermas– de que las reglas institucionales de juego de nuestra vida política, económica, cultural y familiar deben reconfigurarse y completarse de manera que dichos principios se muestren y hagan realidad también en la praxis cotidiana y no gocen de la misma tan sólo como señales de teorías macro-sociológicas construidas histórico / filosóficamente. Veo en ello la exigencia de plena coincidencia con la obra de Habermas, y con toda su actividad político publicística, de reclamar y hacer válidos esos principios en la praxis social en lugar de evocar meramente su facticidad contra fáctica. Hay, desde luego, una gran cantidad de trabajo institucional, político/ constitucional y jurídico por hacer”.

13 La que es puesta a prueba por Rosenkrantz (2004: 279-291) y testeada críticamente por Rodenas (1991: 279 y ss.).

Quizá en el siglo XXI esa brecha institucional desafíe nuestra imaginación con nuevas dudas y muchos interrogantes, más si indagamos en las alternativas institucionales clásicas en la ingeniería constitucional comparada. En definitiva, la pregunta que nos podemos hacer es: democracia presidencial o parlamentaria ¿hay alguna diferencia para la democracia deliberativa?

3. Los reyes electos: Sin frenos ni contrapesos

En un superficial repaso en la historia de los sistemas comparados, en más de doscientos años, encontramos un variado espectro de experiencias y proyectos institucionales. Pocas veces, en este período, los sistemas institucionales favorecieron que la participación ciudadana, la interacción del diálogo, la deliberación, la discusión y la producción de consensos (nunca absolutos) de los actores institucionales (y los extrainstitucionales) resulten incentivadas, facilitadas y/o promovidas. Por el contrario, muchas veces fueron proclives a permitir (o, en algunos casos, a reforzar) la concentración de poder y producir bloqueos, parálisis e inestabilidad institucional, desembocando cíclicamente en dinámicas auto frustrantes, de precariedad democrática o directamente autoritarias.

La desconfianza históricamente fue precondition para morigerar los tiempos en la toma de decisiones, y establecer fuertes controles endógenos contramayoritarios (hacia las legislaturas y dentro de las mismas, por ejemplo en el instituto del veto y la división de la soberanía en el bicameralismo, institucionalizando un senado conservador), pero todo ello, aun así, no aseguraba la mismísima división de poderes sino

que (como podemos pensar) concentró y concentra en el Poder Ejecutivo, fácilmente, un asimétrico poder. Por ello puede verse al ejecutivo como un órgano más contramayoritario que el mismísimo Poder Judicial. En ciertos casos podríamos llegar a experimentar al hiperpresidencialismo como un sistema institucional hipercontramayoritario. Haciéndolo usualmente un actor necesario y suficiente para la vida institucional, relativizando el peso y la capacidad de acción de los otros poderes.

Los presidencialismos (o los ejecutivos en general) tuvieron centrales protagonismos a la hora de definir los sucesos históricos de las democracias modernas. No sólo las etapas fundacionales evidenciaron una muy tímida y relativizada (o relativizable) división formal de poderes, sino las situaciones de crisis y los estados de excepción¹⁴ justificaron la concentración del poder (siendo en algunos casos repúblicas tradicionales). Por mencionar un clásico ejemplo, en la República de Weimar los sucesos, señala Pinto, le demostraron a Max Weber “que la parlamentarización exigía un tiempo histórico, tiempo con el que ya no se podía contar ante las dimensiones de la crisis!”. “¿Cuál sería entonces la salida institucional que él discernía para superar la crisis? Un presidente plebiscitario electo por el pueblo y no por los parlamentarios, que pudiera transmutar los valores que hasta entonces habían dado legitimidad al Reich”. Por eso “haciendo suyas las tesis de Nietzsche, Weber sostuvo que sólo un superhombre podría llegar a imponer los nuevos valores que requería el cambio histórico que se estaba dando” (Pinto, 2002: 109).

14 De igual modo Giorgio Agamben encuentra similitudes de la dictadura comisarial de Carl Schmitt en las presidencias de guerra de Lincoln, Wilson y Roosevelt (Agamben, 2004: 53-60).

Un siglo corto con experiencias totalitarias, abusos dictatoriales, violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos, que el mismo Nino representara con el mal absoluto (Nino, 1997), en las democracias emergentes y en las tradicionales, ha servido para que, desde diferentes círculos, se preocupen por los “reyes electos” de la modernidad.

La hegemonía presidencialista en América Latina ha dado abundante material de estudio de calidad diversa tanto local como internacionalmente¹⁵. Pieza clásica resulta la investigación comparativa en torno a la estabilidad de las democracias en regímenes presidenciales de Linz (1984). Un avezado análisis crítico de algunos patrones cíclicos de las crisis del régimen presidencial y de las rupturas institucionales. Los datos a los que arriba Linz hacen pensar en una fuerte tendencia hacia la inestabilidad endémica (por sus “incentivos” para la confrontación por sobre la cooperación política, entre otras múltiples variables) de los sistemas presidenciales. Su trabajo concluye que el sistema parlamentario ofrece [¿ofrecía?] claras ventajas (o menos desventajas) para evitar, o encarar mejor, esas coyunturas críticas. Este documento de trabajo fue el punto de partida de un rico debate político y académico caracterizado por el par “dicotómico”: presidencialismo vs. parlamentarismo.

15 Ver Linz (1984; 1988, 1994), AA. VV (1988), Nino (1992a), Shugart y Carey (1992), Mainwaring y Carey (1993) y Lanzaro, 2003). Como el presidencialismo genera prácticas sociales y comunicativas de largo alcance, y de extenso impacto, no es extraño que políticamente genere una cultura presidencialista. Esa cultura que se retroalimenta con la exposición de la figura presidencial en los medios de comunicación, en las expectativas sobredimensionadas en cada elección y en su remisión continua en el debate político, se observa en expresiones de la cultura popular y de elite, en la industria cinematográfica e incluso en la literatura. Podríamos señalar como un buen ejemplo, la novela *El Señor Presidente* de Miguel Ángel Asturias.

Profundizando esa línea de pensamiento, reconocido en nuestro ámbito como en el internacional, fue el mismo Nino quien, desde su experiencia de docente-investigador-intelectual público, realizó y coordinó un análisis realmente acabado, renovador y una propuesta de posible superación del hiperpresidencialismo¹⁶ que marcó a fuego durante el siglo XX (y lo que va del siglo XXI) a la Argentina. Nino (1988: 117; 1992a: 17; 1992b: 73; 1997: 241; 2000: 504) describía la absoluta ausencia de válvulas de escape y el suma cero como lógica de bloqueo entre los actores institucionales del poder. Se refuerzan las magnitudes de los conflictos interpodere por la legitimación dual en el sistema institucional presidencial, entre el legislativo y el ejecutivo, con mandatos rígidos y entrecruzados. Debemos sumar las particulares consecuencias (anomia, corrupción, abusos de poder, etc.) de la personalización del poder que hacen que el sistema institucional sea dependiente del presidente. Si existe fragilidad presidencial, el mismo sistema institucional es frágil. Cuando cae el presidente todo vuelve a cero. Por eso la lucha del presidencialismo es muchas veces “todo o nada”.

Contemporáneamente el reconocimiento de muchos representantes de la comunidad académica internacional (Dahl, 2003: 106), (Ackerman, 2000: 633), de las inconveniencias de exportar el sistema presidencialista, principalmente copiando el modelo norteamericano, resulta realmente paradójico. Muchos autores terminarán realizado este reconocimiento recomendando adoptar un modelo cercano al “Constrained Parliamentarianism” (Ackerman, 2000: 727) (adoptado clásicamente en la Europa occidental, Japón y actualmente en Europa oriental) siguiendo con

16 Consejo para la Consolidación de la Democracia, Dictamen preliminar (1986; 1987).

la línea abierta por Linz, Lijphart y Valenzuela, entre otros. Lo paradójico es observar que la opción institucional clásica al presidencialismo parece sufrir una mutación importante, reproduciendo viejos vicios hasta ahora propios de un sistema presidencial (Jones, 1991) y (Dahrendorf, 2001). Transformación que posiblemente se perciba en, por lo menos, dos puntuales tendencias: la crisis de los parlamentos y la traslación de procesos de decisión a una esfera institucional internacional.

La abdicación es producida tanto por el debilitamiento de los parlamentos (Bobbio, et al, 1996: 1132) como por la mutación “presidencialista” de la figura del primer ministro afirmándose que el fenómeno se da en toda Europa. En Blair, Schoeder o Berlusconi la concentración de poder pudo ser observada claramente (Dahrendorf, 2001: 4). Dicha debilidad sobreviniente se da por la presencia misma de un órgano ejecutivo con poder asimétrico¹⁷, dando paso a la declinación del debate y del escrutinio democrático. De esta manera se transforman los parlamentos en “sirvientes del ejecutivo” a través de los procesos de delegación legislativa, relativizándose su función considerablemente en un proceso de integración regional-continental¹⁸ –a nivel global– donde el ejecutivo por sus facultades diplomáticas

y semilegislativas (a través del derecho derivado de los tratados que ratifica y firma) deviene un actor, en sí mismo, cuasi-suficiente para el ejercicio del poder. Todo se potencia observando que en los procesos de integración los parlamentos son institucionalmente débiles o directamente pasivos¹⁹.

Histórica y actualmente muchas decisiones vinculadas a la política exterior y a las relaciones internacionales estuvieron, podríamos decir, monopolizadas por los poderes ejecutivos con controles muchas veces inexistentes tanto de los poderes legislativos como judiciales. Las negociaciones, y las deliberaciones en caso de existir, son llevadas a cabo por tecno-burócratas pertenecientes a la (supuestamente) meritocrática elite cuyas decisiones son casi en su totalidad ajenas al conocimiento, legitimidad y control republicano (Dahl, 1987: 32-37). No sólo la complejidad de las diversas temáticas hacen que la participación ciudadana esté ausente. La inexistencia de mecanismos y arreglos institucionales en este plano torna absolutamente imposible la deseable participación y discusión democrática²⁰.

17 Se analizó en Keeler y Schain (1997: 84) el caso de las primeras presidencias de Charles de Gaulle, en el marco de una perspectiva más amplia, como un caso de posible hiperpresidencialismo. Brevemente podemos acotar que la evolución descrita por los autores sugiere contrastes muy interesantes sobre flujos y reflujos de concentración de poderes (en el presidente) en una estructura aparentemente con fuertes frenos constitucionales hacia el poder presidencial.

18 (Ackerman – Golove, 1995: 916). En internet, Bruce Ackerman: “Treaties don’t belong to Presidents” en: http://www.law.yale.edu/outside/html/Public_Affairs/97/yls_article.htm; “On the home front, a winnable war” en: http://www.law.yale.edu/outside/html/Public_Affairs/129/yls_article.htm y “Bush can’t operate as a one-man band” en: http://www.law.yale.edu/outside/html/Public_Affairs/158/yls_article.htm.

19 Bibliografía especializada sobre este punto que excede la oportunidad en Glennon (1996) o Johnson (1986).

20 Dahl explora una institución democrática para tratar de morigerar la ausencia de controles democráticos. Nos explica: “Este tipo de cuerpo representativo podría denominarse minipopulus. En cuanto a sus dimensiones, podríamos decir un millar de personas, término medio entre el límite inferior determinado por el riesgo de errores excesivos en el muestreo y el límite superior determinado por la oportunidad de participar en discusiones. Según mi experiencia, mil es demasiado para un mitin de pueblo, pero es una cifra viable. Un minipopulus podría determinar la agenda de temas mientras otros se ocupan de cada una de las principales cuestiones. Podría existir un minipopulus en todos los niveles del gobierno: nacional, provincial o local. Los ciudadanos seleccionados para pertenecer al minipopulus recibirían una retribución económica. Se desempeñarían un año y una sola vez en la vida” (Dahl, 1987: 148). Nino identificó el aporte de Dahl al mismo tiempo que reconoció el potencial

En esa línea cabe señalar el crecimiento exponencial de la estructura administrativa del poder ejecutivo, en los sistemas institucionales en general, que atenta contra un sistema ideal de frenos y contrapesos del poder. Poder burocrático que usualmente tiene incidencia directa en ciertos derechos fundamentales y carece de un accountability (horizontal, vertical o social).

La sobre dimensión administrativa, los excesos de personalismo, las facultades (directas e indirectas) legislativas, sus poderes materiales (fácticos y metaconstitucionales) y facultades diplomáticas en la actualidad, permiten ver una clara tendencia centrípeta de la configuración del poder institucional en los ejecutivos (indiferentemente el rol institucional) lo que puede generar (o degeneró históricamente en) una acumulación peligrosa de poder político y capacidad institucional; retroalimentándose con su par, el también concentrado, poder económico-financiero y social²¹.

4. Control de constitucionalidad, democracia deliberativa y debilidad judicial

Fue Nino quien nos introdujo localmente a la dificultad contramayoritaria a pesar de que a posteriori hubo desarrollos más acabados (Gargarella, 1996a). Por eso mismo, observando la tensión de la constitución compleja e identificando el elitismo epistémico ínsito en la aceptación del control judicial de constitucionalidad, es que se encontró atraído, como contemporá-

deliberativo de la propuesta de Fishkin cuando estaba en un estado menos desarrollado (Nino, 1997: 211). Esta propuesta con la que Dahl en la actualidad (Dahl, 2003: 140) está muy entusiasmado, simultáneamente ha tenido una implementación experimental y un reconocimiento a nivel internacional.

21 Con tintes corporativistas en Argentina (Nino, 1992; 1993; 1999).

neamente Habermas (1992), por el innovador aporte de Ely con sus bemoles. Así, el poder judicial puede contribuir excepcionalmente (pero paradójicamente en rol activo) como “triple custodio de las reglas del proceso democrático (entendidas no en sentido meramente formal sino sustantivo), de la autonomía personal, que implica rechazar normas con fundamentos perfeccionistas, y de la continuidad de la propia práctica constitucional” (Nino, 2000: 712). A pesar de configurar el sistema institucional ideal y estipular a la democracia deliberativa como su epicentro, Nino encuentra satisfactoria la idea de “matizar” el control de constitucionalidad, también como un contingente “second best” (Nino, 1997: 269).

A continuación intentaré ensayar argumentos contrarios específicamente a la concepción de Ely criticando no ya sus ambigüedades y vaguedades en torno al formalismo simplista y su carencia de una concepción de democracia sustantiva, sino tratando de observar debilidades institucionales que impiden al poder judicial ser árbitro en el juego democrático.

4.1 Debilidad judicial. La justicia sin fuerza: impotencia²²

A Pascal se le atribuye (Derrida, 1992: 137) haber dicho: “La justicia sin fuerza es impotencia. (...) La fuerza sin justicia: tiranía”. Clásicamente se recuerda a Alexander Hamilton cuando en El Federalista No. 78 sentenciaba: “El poder judicial es el menos peligroso. El poder judicial (...) no tiene control sobre la espada ni sobre el dinero, no dirige la fuerza ni la riqueza de la sociedad, y no puede tomar medidas activas bajo ninguna circunstancia. En verdad se puede decir que no

22 Por cuestiones formales se resumieron los argumentos sobre la debilidad judicial.

tiene fuerza ni voluntad, sino sólo juicio; y debe depender en última instancia de la ayuda del poder ejecutivo para la eficacia de sus sentencias". "Es el más débil de los poderes; nunca podrá atentar con éxito contra ninguno de los otros dos". Concluyendo con Montesquieu lo citan al decir "de los tres poderes (...) la judicatura es casi nada" (Burt, 2000: 87). Al menos en los discursos de Hamilton, sabemos que los comentarios transcritos con antelación eran parte de su estrategia al efecto de tranquilizar a aquellos antifederalistas²³ que estaban preocupados por el protagonismo excepcional del poder judicial; que tiempo después se concretó con la supremacía judicial.

En sintonía, y con el sistema institucional norteamericano ya consolidado, Alexis de Tocqueville (1996: 106) describió "al poder judicial en los Estados Unidos y su acción sobre la sociedad civil" diciendo que al mismo "lo encerraron, exactamente, en el círculo que le es privativo". Solamente se pronuncia "sobre casos particulares y no sobre principios generales". "Por naturaleza, el poder judicial carece de acción; es necesario ponerlo en movimiento para que actúe". "El poder judicial quebrantaría su naturaleza pasiva, si tomara la iniciativa y se estableciera como censor de leyes". Su gobierno, "dominando a la sociedad", será "tanto al menos como la debilidad inherente al poder judicial les permitiese hacerlo". El poder judicial tendría solamente un cierto poder moral. Concluyendo según el francés: "los norteamericanos han confiado a sus tribunales un inmenso poder político; pero, al obligarlos a no atacar las leyes sino por medios judiciales, han disminuido mucho los peligros de ese poder".

23 Nos referimos a Brutus y otros en los momentos fundacionales de la república norteamericana (Burt, 2000: 86).

Es Robert Burt (2000; 2001) quien aporta algunas renovadas impresiones en torno a la debilidad judicial, más aún, cuando estamos en situaciones de crisis institucionales. Burt analiza el control del poder judicial ante el poder ejecutivo, en ciertos casos históricos y lo sentencia describiéndole "incapacidades institucionales" y reconociendo que "la voluntad de proteger el rule of law" a través del control judicial "es imposible de cumplirse". Seguidamente habla de los "límites de la capacidad judicial de asumir el mando absoluto en tiempo de crisis". Puntualizando su análisis en *Korematsu*²⁴, dice: "Puede que la condenatoria retención de aplicación judicial propuesta por Jackson no hubiese disuadido a las autoridades militares y que éstas hubiesen usado las fuerzas armadas, sin legitimación judicial, para insistir con la política de detención de japoneses americanos". Finalmente concluye diciendo: "la supremacía judicial no tiene fuerza confiable en el resguardo del ideal del Estado de Derecho en casos" donde el ejecutivo expande sus poderes.

Explorando podemos reforzar dichos argumentos con los ejemplos históricos que dan directamente autores como Tushnet (1999: 13-23) (con los incidentes de Marshall con Jackson o Taney con Lincoln) y Ely (1997: 67) al mencionar casos en los cuales existió reticencia (o firme rebeldía) al cumplimiento de las decisiones judiciales. Podemos reconocerle cierta incidencia institucional, pero siempre puede ser relativizada (por los otros poderes). Ely (1997: 66) dice: "Es posible que la Corte no tenga ni la espada ni la bolsa (...) puede ser cierto que la Corte no sea capaz de desviar permanentemente la voluntad de una sólida mayoría", le reconoce capacidad para retrasarla.

24 "*Korematsu vs. US*", 323 U.S. 214, 223 (1944).

Puede parecer paradójico que el depositario de la última palabra no tenga en definitiva sino sólo eso: un juicio (con los mismos límites cognitivos, del lenguaje, de la racionalidad, etcétera). No puede nunca actuar, contrapesar o frenar, sino a través de su “razón” dado que carece de fuerza y capacidad institucional (cuando es, en algún punto, “independiente”²⁵ de los otros poderes). Es un Hércules muy débil. Su debilidad no resulta, en muchos casos, una virtud. Por supuesto siempre que actúe positivamente, y no se mantenga, en temas centrales de las democracias contemporáneas, sin expedirse (consciente o

25 Puede resultar un misterio saber qué estamos haciendo cuando sostenemos y promovemos el principio de la independencia judicial de forma miope, obtusa y dogmática. En apariencia, dicho principio elemental para cualquier sistema político muchas veces se encuentra implícito en los documentos fundamentales del constitucionalismo. Pero resulta impenetrable para comprender más que vagamente su fin, sus justificación operativa, su fundamento institucional y mucho menos su alcance. En cuestión: ¿Qué es la independencia judicial? ¿De quién o qué se es independiente? ¿Del pueblo? ¿Del poder ejecutivo? ¿Del poder legislativo? ¿De los medios de comunicación? ¿De la burocracia judicial? ¿De la administración pública? ¿Es independiente de la misma constitución? ¿De todos al mismo tiempo? ¿De las mayorías apasionadas, ignorantes y autointeresadas? ¿De intereses sectoriales? ¿La independencia es moral? ¿Es una obligación de la actividad judicial? Es más, podemos señalar: ¿no deberíamos preguntarnos sobre qué arreglos institucionales (su proceso de designación, los incentivos endógenos a la función judicial, etcétera) crean, instituyen, permiten esa independencia? Siendo el proceso de designación y las garantías institucionales como son: ¿Podemos creer y sostener que la designación de los jueces realizada a través del proceso constitucional regularmente previsto, esto es, la propuesta del presidente con acuerdo del senado, mecanismo clásico instituido en constituciones como la Estadounidense o la Argentina, promueve o establece la independencia judicial? Las dudas subsisten, persisten y se multiplican severamente en los casos donde se abren ciertos canales de participación o interacción con la ciudadanía en los procesos de designación que aún en la precaria legitimidad que confieren al proceso, no transforman significativamente el tradicional. ¿Podremos pensar en otros mecanismos que permitan una mejor, mayor “independencia” de los jueces y del poder judicial? ¿Es valiosa la independencia judicial junto con el control de constitucionalidad, esto es, con la (supuesta) capacidad de dar la última palabra institucional sobre lo constitucional en un contexto de democracia (deliberativa) que persigue el autogobierno individual y colectivo a través de un inclusivo diálogo?

inconscientemente). En ocasiones, sus “virtudes pasivas” pueden resultar omisiones lesivas. Su pasividad, selectividad o, a lo sumo, inercia institucional ser vista como complicidad. Esto puede impedir que sea guardián frente a los embates provenientes tanto de ejecutivos fuertes como de instituciones mayoritarias como también imposibilitando que sea guardián de los procedimientos democráticos cuando la fuerza prepondera. Por lo que “la rama menos peligrosa” puede resultar una mera molestia, más que un verdadero contrapeso, para “la rama más peligrosa” (Flaherty, 1996), y (no tan) paradójicamente, resultarle expropiada la capacidad de ser la “última voz” institucional. A pesar de todo esto, puede terminar mortalmente herido en el ejercicio de los riesgos y límites de una revisión retórica (no material) garante de la democracia constitucional.

Más allá del debate en torno al poder judicial y su control de constitucionalidad, el activismo judicial, su rol de árbitro, su elitismo epistémico y su carácter contramayoritario, puede ser que ni fáctica ni idealmente se encuentre bien dotado institucionalmente para contrarrestar al autoritarismo (de otros poderes) frente a regímenes de fuerza (Nino, 1992: 68) o, aun más, en un contexto democrático (por ejemplo, frente al avasallamiento de los poderes ejecutivos de las facultades legislativas o en las situaciones de emergencia, cuando más se lo requiere para contrapesar). Dicha situación descrita por Hamilton, fue observada por Tocqueville en el siglo XIX, también mencionada por Ely, pero aún percibida por Baum (1994: 302), Riggs (1988: 58) o Burt, e indirectamente en los albores del siglo XXI por Tushnet, en el poder judicial más importante del mundo: el de Estados Unidos²⁶.

26 Percibo la misma debilidad institucional en nuestro Poder Judicial con características autóctonas.

Por todo lo expuesto permanezco dubitativo respecto a la capacidad de control (teórico, retórico o material) del poder judicial, lo que desnaturaliza al modelo de “frenos y contrapesos” y la misma pretendida división de poderes.

4.2 Desacuerdo y deliberación

Sabemos que Nino concebía a la democracia deliberativa como un sucedáneo imperfecto del diálogo moral que consolidaba su constructivismo ético. En la actualidad, un plexo de defectos congénitos nos debe hacer replantear no ya sólo los alcances de la revisión judicial sino su continuidad. Tragedias y estupideces constitucionales (Eskridge – Levinson, 1998) representables por ejemplo en *Dred Scott*, *Korematsu*, *Bush vs. Gore* demuestran sus límites institucionales²⁷, la negación de la democracia misma y de los derechos, justificando críticas. El capítulo histórico de la supremacía judicial parece aproximarse a su conclusión dos siglos después.

En esa dirección piensa Waldron (1999) cuando sostiene que, dado que el desacuerdo es una realidad innegable, la deliberación y la participación, como derecho de derechos, son los mejores procesos para acercarnos a decisiones imparciales (coincidiendo con Nino) que nos permiten encarar dicho dato irrefutable de “las circunstancias de la política”. Esto nos impide reconciliar al poder judicial (tal cual lo conocemos) con el “hecho del pluralismo”, su capacidad de ser “última voz” en una democracia con disensos razonables e irremediables. Tushnet (1999) entiende que ya es tiempo de quitarles el monopolio de la interpretación de la Constitución a los jueces señalando que mediante la parti-

cipación ciudadana el pueblo puede autoconfigurarse como tribunal supremo de la Carta Magna, a pesar de aceptar la inevitable posibilidad de error (mayoritario o elitista).

5. Mundos institucionales posibles

“El salto entre el mundo del ser y del deber ser no se puede hacer por cualquier punto del abismo que hay entre ellos sino a través del puente apropiado”.

Carlos Nino (1984: 96)

Lo hasta aquí comentado sólo permite explorar algunas claras tendencias y otras difusas intuiciones sobre una posible configuración institucional. Los sistemas presidencialistas, en general, se encuentran sin frenos ni contrapesos. Paradójicamente si concebimos como epicentro la democracia deliberativa será contraintuitivo pensar en exactamente los mismos términos (de frenos y contrapesos) al momento de innovar institucionalmente. El desafío puede estar descubrir o construir motores, frenos y puentes de deliberación para una dinámica deliberativa en los sistemas institucionales.

Seguramente coincidamos con Nino en que los sistemas mixtos presentan atractivos notables, pero como expuse, la actual coyuntura nos ha mostrado una mutación que debe dar pie a una fuerte subordinación y reformulación (o paulatina reducción) de los ejecutivos (cuales fueren sus características).

Elitismo epistémico, dificultad contramayoritaria y debilidad institucional son algunas razones para que dicho poder sea reformulado. Otras deficiencias, menos señaladas y mucho menos estudiadas, que podemos identificar son su

²⁷ No un exceso irresponsable con dimensiones nunca vistas (Tribe, 2001: 292).

circular dependencia política, su corporativismo judicial, el autoritarismo jerárquico -en su estructura administrativa- y su reproducción endogámica -en la selección de sus miembros- y, por último, los sesgos de género y clase, en la composición del poder judicial. La división interna del trabajo judicial y los procesos de delegación funcional impropios resultan otros problemas de las estructuras judiciales a resolver (quizás observables en todas las ramas de poder). En la actualidad, tal vez no se deba reclamar, como los momentos fundacionales lo sugieren con el radicalismo histórico, que el Poder Judicial, sobre todo debido a su facultad de revisar la constitucionalidad de las leyes, sea suprimido, sino perfeccionado y reformado. Puede reconfigurarse institucionalmente, mediante técnicas perfectibles de veto suspensivo o reenvío, su participación dentro del diálogo institucional y permitir que la toma de decisiones se perfeccione con su intervención no definitiva (Nino, 1997: 293) y (Tushnet, 1999: 175). También el establecimiento de un juicio por jurado -anglosajón igualitario- (Nino, 2000: 451), puede tender a una tímida democratización judicial, quizás imposible.

El núcleo de la democracia deliberativa es la misma democracia representada en el parlamento. Podremos aceptar parcialmente que existen serias dificultades (no sólo) materiales para la concreción de la democracia directa. A pesar de ello, la aceptación del sistema representativo no puede ser sólo realizada como un segundo mejor inalterable. Estableciéndose un sistema rígido de representación, que obstaculice que dicha institución pueda tender, aunque sea idealmente, al principio de Condorcet²⁸.

28 "El teorema de Condorcet sostiene que si presumimos que cada miembro de un panel decisor tiene la tendencia de adoptar la decisión correcta, la probabilidad de que la decisión sea

Impidiendo con dicho principio la distorsión desnaturalizante de la representación. La participación como el derecho a (re)crear derechos, que permite dar contorno a los demás, en la práctica legislativa puede evitar la alineación político-legal fuente de anomia, apatía política y la falta de compromiso en la acción colectiva de autogobierno (Nino, 1992). Podemos observar que "hoy las materias necesitadas de regulación son a menudo tales que no pueden ser reguladas ex ante con suficiente precisión por el legislador político.

En estos casos a la administración y a la justicia competen tareas de concretización y de desarrollo del derecho que exigen más bien deliberaciones y debates concernientes a la fundamentación de normas que a la aplicación de ellas. Pero esta co-legislación implícita, para ser legítima, hace entonces necesarias otras formas de participación, pues no cabe duda de que, si ello es así, al interior de la administración ha de emigrar también un fragmento de formación democrática de la voluntad, y el poder judicial, al hacerse también cargo de la tarea de desarrollar y concretar el derecho, también ha de poder justificarse antes foros ampliados de crítica jurídica" (Habermas, 1999: 153). La autonomía (como prerrequisito de la participación) podrá ser reforzada, especialmente siguiendo las inquietudes de Nino, por propuestas de ingresos ciudadanos o rentas básicas que aseguren las precondiciones para la participación.

Indiferentemente, aun ampliando los controles exógenos y postulando la apertura de canales de acción directa, lo que puede resultar preocupante es observar reforzada la tendencia comparada

correcta aumenta cuando aumenta el número de miembros del panel" (Nino, 1997: 178).

de debilidad en los parlamentos. La pasividad parlamentaria y, particularmente, la debilidad de las oposiciones partidarias en una volátil coyuntura, permiten fácilmente una democracia delegativa (O'Donnell, 1994) a nivel institucional que reproduce precarias prácticas democráticas y carencias deliberativas en la cultura política de cualquier sistema.

En las sociedades multiculturales el diseño del constitucionalismo decimonónico del congreso se encuentra estructuralmente incapacitado a darle cabida a cada uno de los diversos sectores, más allá de las buenas intenciones y empatía político/social que tengan sus electos representantes (Gargarella, 2002).

En la situación de parálisis o incapacidad sugerida es donde los motores de deliberación tal vez sean vitales. Diagramarlos e incorporarlos, siempre progresivamente, en una estructura institucional puede sacar de la inercia institucional al sistema. Jeffrey Tulis²⁹, por ejemplo, identifica numerosos mecanismos de deliberación (lo que no asegura calidad en la deliberación) en diferentes esferas del poder. Desde ya debemos comenzar, siguiendo a Tulis, a enumerar los mecanismos por el congreso (Muir y Bessette), en convenciones constituyentes (Elster), en grupos de deliberación (Fishkin), jurados de ciudadano, grupos intermedios, organizaciones y la sociedad civil (refiriéndose a la obra de Gutmann-Thompson). También en plebiscitos nacionales (Ackerman y Fishkin), los medios masivos de comunicación (Page) y las discusiones diarias en

29 Tulis, a pesar de reconocer esos desarrollos académicos, rechaza la opinión que señala que esos diferentes ámbitos de deliberación sean propiamente institucionales. Extrañamente Tulis asevera que la separación de poderes (de la Constitución norteamericana), tal cual está "configurada" permite una (suerte de) deliberación interpoderes (Tulis, 2000: 17).

la agenda política (Mansbridge). Algunos motores de deliberación pueden operar en el sistema frenándose mutuamente pero la agregación junto con la transformación de preferencias en los mecanismos de toma de decisiones deberían permitir procesar información y perfeccionar los argumentos en el circuito institucional³⁰.

Complementariamente deberemos adecuar la infraestructura institucional del sistema de partidos políticos, el sistema electoral, el voto y su deliberación previa, el federalismo y hasta cuestiones centrales de una democracia limitada como los derechos a priori y la libertad de expresión (en un listado quizás interminable); al ideal institucionalizado de la democracia deliberativa. Tomamos conciencia con Habermas³¹ que estas reformas "exigen fantasía institucional". Por ejemplo: necesitamos "mecanismos institucionales que obligasen a los partidos políticos a "cooperar" con más fuerzas en la formación de la voluntad política y a impedirles actuar como órganos del estado, deberían funcionar a todos los niveles desde la parte organizativa de la constitución hasta los estatutos de los partidos, pasando por

30 Podrán existir contrapuntos sobre la implementación de dicho mecanismo. Hasta podríamos creer pueden operar como un Placebo Institucional según la idea por la que intentamos sondear y conceptuar dicho mecanismo. Walzer, por otro lado, podrá decir que ciertos polls de deliberación (individuales o colectivos, al estilo Fishkin) pueden ser "otro ejemplo de la erosión del valor, una modalidad falsa y en última instancia degradante para compartir la toma de decisiones" (Walzer, 1993: 316).

31 Aparentemente, en contraste con Cohen o Nino, Habermas no cree que el ideal deliberativo procedimental deba aplicarse a toda la sociedad o a toda la estructura de instituciones sociales. Éstas ya están inmersas en un tipo de deliberación social, de práctica deliberativa cotidiana. El proceso propio de la deliberación institucionalizada Habermas lo concibe en un separado y constitucionalmente organizado sistema de partidos con comunicación con el, muy habermasiano, "mundo de la vida" (D'Entrèves, 1998: 12).

elementos plebiscitarios” (Habermas, 1999: 155). Remarcaremos la importancia de factores extra-institucionales³² (y muy ajenos, usualmente, a los mundos que proyecta la bibliografía sobre la democracia deliberativa) con los que cualquier proyecto político-constitucional debe cohabitar como por ejemplo: la fuerza y violencia, el poder del dinero, las desigualdades estructurales, los patrones de discriminación y exclusión política, las negociaciones y transacciones, las emociones, las razones y sinrazones de las pasiones, el corporativismo o el irracionalismo, en un amplio etcétera.

Reforzándose, la participación y la deliberación (ambos como derecho de derechos: Waldron, 1999: 232-249) pueden, para realmente extender las virtudes de la democracia en la transformación y agregación de preferencias, ser configuradas en instituciones sociales, como la empresa o los servicios públicos (Dictamen preliminar, 1986: 277), permitiendo que ellas no sean sólo una práctica social reducida al ámbito acotado de lo institucional sino, que generen una arraigada cultura política democrática deliberativa. Creemos que “la expresión de las capacidades de autogobierno deben operar tanto dentro de las instituciones formales de la política como en las cuestiones de la vida cotidiana. El orden

32 Se puede recordar la durísima (pero en algunos puntos muy acertada) crítica de Carl Schmitt al parlamentarismo de la democracia liberal de la primera mitad de siglo para refrescarnos la importancia de evitar ser ciegos con los grandes problemas de las democracias parlamentarias: “La situación del parlamentarismo es hoy tan crítica porque la evolución de la moderna democracia de masas ha convertido la discusión pública que argumenta en una formalidad vacía. Algunas normas de derecho parlamentario actual, especialmente las relativas a la independencia de los diputados y de los debates, dan, a consecuencia de ello, la impresión de ser un decorado superfluo, inútil e, incluso, vergonzoso, como si alguien hubiera pintado con llamas rojas los radiadores de una moderna calefacción central para evocar la ilusión de un vivo fuego” (Schmitt, 1996: 7).

democrático debe satisfacer las condiciones de igual libertad y autonomía que lo definen. Sin un sistema de ese tipo, y por lo tanto, sin el desarrollo de lo que Carlos Nino denominó una “conciencia moral” en los ciudadanos” y por consiguiente –parcialmente reformularemos agregando- sin un sistema institucional que procese (institucionalmente) lo que él también llamó el “discurso moral” de la democracia, “las naciones que luchan por convertirse en democracias constitucionales se hundirán inevitablemente en el abismo del autoritarismo” (Stotzky, 2004: 217).

Muchas de las reformas institucionales pueden realizarse en un espacio de micropolítica, no necesariamente en las grandes estructuras de poder. Esto permitirá estudios acotados con un universo delimitado que arroje datos a relevar sobre innovaciones y escenarios institucionales. Principalmente resulta de superlativo interés observar lo determinante de los incentivos en las instituciones. Por eso se suele decir que los malos incentivos generan malas instituciones. Clásicamente, como describimos en la sección histórica, bajo la impresión de que los actores del poder no eran ángeles se diagramó un esquema institucional para demonios, lo que facilitó la aparición y generación de los potenciales demonios que querían controlarse.

El diseño institucional podrá aceptar ciertos principios propios a la disciplina (Goodin, 2004: 61). Flexibilidad, viabilidad y estabilidad, serán imprescindibles en un plexo de complejos principios interrelacionados. Cautela e innovación deberán articularse de forma equilibrada y reflexiva. Las instituciones sucesoras de un proceso de cambio o reforma institucional se ven afectadas por las prácticas y tradición constitucional de sus predecesoras (Offe, 2004: 272). La reforma y el diseño son oportunidades

políticas poco comunes. Por ello es que el tiempo y los cambios infraestructurales pueden aparecer en escena como vías alternativas. El estudio, análisis, diseño y, sobre todo, las reformas de las constituciones deben percatarse del factor fundamental en la mutación institucional: el tiempo. Eso no impide que conscientes de que vivimos en un mundo de restricciones en torno a las reformas constitucionales y de escasez en los modelos institucionales sigamos explorando e investigando opciones a la luz del ideal deliberativo.

En perspectiva, se podrá pensar que los desafíos de aquellas y aquellos que se tomen la tarea de proyectar las instituciones de la democracia deliberativa son inmensos; a la vez que están todavía indeterminados (como todo lo que se proyecta al futuro). Es central para ello, que se intente superar un proceso histórico en el que el constitucionalismo primó (teórica y fácticamente) sobre los ideales democráticos, presentándose como precondition para la democracia, más que como co-originario a ésta (Habermas, 2004). El constitucionalismo se presentó como un límite externo a la democracia más que como un freno interno a sus debilidades y, al mismo tiempo, nunca fue configurado como un motor de sus fortalezas. Los teóricos que se comprometan a desarrollar³³ en serio sus implicaciones podrán postular a la democracia deliberativa como precondition para el constitucionalismo y para el diseño institucional. Muchas veces

33 Un desarrollo interesante de una lectura mayoritarista del rule of law se puede encontrar en Gargarella (2003). A partir del análisis de ciertas experiencias históricas (como las latinoamericanas y norteamericanas) el trabajo explora una visión del rule of law que nos resulta innovadora e interesante, al mismo tiempo, que observamos debe ser complementada con experimentalismos institucionales que nos propongan una lectura democrático deliberativa del rule of law.

la justificación del constitucionalismo es la aceptación de sus temores, de sus límites (en su mayoría incapacitadores) a una democracia discursiva y la concreción de su desconfianza hacia la deliberación colectiva. Justamente, otra desconfianza (no la desconfianza a las mayorías) es la que debe institucionalizarse: la desconfianza democrática³⁴ a los sistemas institucionales creados por el constitucionalismo clásico, hoy residuales, que resultan estructuralmente incapaces para canalizar la complejidad de los sistemas de la sociedad.

Los posibles sistemas e infraestructuras institucionales deberán ser coherentes con el núcleo ideal de la concepción epistémica deliberativa de la democracia. Sin embargo finalmente deberemos aceptar con seguridad que toda idea “al llegar a su realidad entra también en la existencia exterior, se despliega en un reino infinito de formas, fenómenos y configuraciones, y recubre su núcleo con una corteza multicolor en la que habita inmediatamente la conciencia, pero que el concepto atraviesa para encontrar el pulso interior y sentirlo también palpitar en las configuraciones exteriores” (Hegel, 2003: 18).

34 En retrospectiva pudimos observar que, en los orígenes del constitucionalismo, la desconfianza a la democracia (sobre todo a sus principios igualitarios y a sus instituciones más inclusivas, menos elitistas, por ejemplo) se institucionalizó, se transformó en instituciones con escasos espacios de poder y de difícil acceso. Contemporáneamente puede ser necesario otro tipo de desconfianza, no la que tiene una expresión vertical (de los poderes constituidos a la ciudadanía) sino una desconfianza institucionalizada en base a un control horizontal, una accountability horizontal (O'Donnell, 2007). En el presente el desafío está latente: institucionalizar la desconfianza democrática y el control institucional exógeno a los sistemas políticos que se presentan autónomos respecto de sociedades alienadas. Esto se reforzará con la desconfianza o diseño que generará el diálogo institucionalizado expresión (superestructural) del ethos existente en la reproducción de las prácticas sociales cotidianas (del mundo de la vida, en la visión de Habermas, 1992; 1998).

6. Expansión democrática, conflicto y fronteras

“Es necesaria una ciencia política nueva para un mundo enteramente nuevo”.

Alexis de Tocqueville (1996: 34) [1835]

Desde Marx a Schmitt coincidieron (Pinto, 2002: 83) “en su interpretación de lo político como una relación hostil. Para uno y otro, el fenómeno social predominante es el conflicto que, lejos de resultar una anomalía o una perversión, es intrínseco a lo político”. El ideal deliberativo y su influencia no pueden negar dicha aparente condición de la arena política. Cuestión clásicamente observada por Kant³⁵ al decir: “El medio del que se sirve la naturaleza para llevar a cabo el desarrollo de todas sus disposiciones es el antagonismo de las mismas dentro de la sociedad, en la medida en que ese antagonismo acaba por convertirse en la causa de un orden legal de aquellas disposiciones. Entiendo aquí por antagonismo la insociable sociabilidad de los hombres, esto es, el que su inclinación a vivir en sociedad sea inseparable de una hostilidad que amenaza constantemente con disolver esa sociedad” (Kant, 1987: 8).

Contemporáneamente es retomada por Rawls, cuando nos habla de las “circunstancias de la política”, reconociendo que debemos partir del desacuerdo y disenso razonable; no ya de la posibilidad de un acuerdo en condiciones contrafácticas de ignorancia sobre nuestra situación. Tal vez a través de reglas de diálogo básicas para que dicho “hecho del pluralismo” no nos termine impidiendo cohabitar en la complejidad y conflictividad moderna (Rawls, 1996: 57). Todo ello deberá ser tenido en cuenta, dada la debilidad

35 A pesar de no encontrarse reflejado en la recepción actual (aparentemente muy parcial) del filósofo de Königsberg, lo transcrito es uno de sus principios de su filosofía de la historia.

inherente de las democracias y fragilidad de los derechos (frente a sus enemigos), en la creación de un concepto de autoridad consensuado (posiblemente superpuesto) en el marco de las discusiones y deliberaciones en los espacios institucionales que puedan generar una cultura deliberativa en las sociedades (autoproclamadas) democráticas.

Puntualmente en el ámbito nacional como en el internacional, en las esferas del poder político y económico, donde la concentración de poder resulta evidente es donde el ideal de división de poderes cobra relevancia y es necesaria su reformulación en clave democrático-deliberativa. De lo contrario dicha configuración fáctica e institucional puede permitir el resurgimiento de hegemonías autoritarias encubiertas bajo una legitimación democrática débil.

En esa línea desde diversos ámbitos podrán argumentar que el esfuerzo de articular la división de poderes con la expansión democrática y la deliberación en todos los niveles institucionales, deviene o devendrá infructuoso por las características mismas del fenómeno político y su constitutivo: el poder. Podrán repetir a Ismena cuando le advierte a Antígona, en la clásica pieza de Sófocles³⁶: “Estás corriendo detrás de lo imposible”. Y tomando como propia la respuesta de Antígona, teniendo en nuestro horizonte el ideal del autogobierno democrático, convencidos responderemos: “pues entonces, en la última frontera de lo posible³⁷, desistiré”.

36 Sabemos que muchos traductores transforman sustancialmente las versiones originales. Ninguna traducción puede ser idéntica a su original. Por eso mismo no es difícil sustentar un juicio que prefiera esta traducción puntual a sus alternativas. La frase transcrita es del artículo de Konder (1991: 22) y la traducción del portugués fue realizada por Marcelo Leiras.

37 Sólo tal vez cuando no podamos extenderla.

MODELOS ALTERNATIVOS DE DEMOCRACIA DELIBERATIVA. Una aproximación al estado del arte*

Oscar Mejía Quintana

Introducción

A partir de los setenta, en el marco de la crisis del estado de bienestar y del régimen de acumulación fordista, el capitalismo global intenta no solo reconceptualizar su noción de sistema político adaptable al entorno sino también, y en consonancia, replantear el modelo de democracia participativa y Estado social (Offe, 1990), (Dubiel, 1993). En este contexto es que se consolida, por un lado, el planteamiento luhmanniano de un sistema político autorreferente, clausurado operativamente al entorno, así como las propuestas de Estado Mínimo de Nozick y contrato constitucional restringido de Buchanan, funcionales al nuevo régimen global de acumulación posfordista, y el modelo de democracia funcional restringida de Dahl, donde el poder se desplaza del pueblo y la ciudadanía a las elites tecnocráticas de las facciones de clase, incluso en la interpretación de un (contra)poder global en Beck (Luhmann, 1994, 1999), (Dahl, 1991), (Nozick, 1990), (Buchanan, 1975), (Beck, 1999).

Paralelamente se va consolidando una crítica postliberal a la democracia liberal de mayorías en el modelo de democracia consensual rawlsiano y más tarde, desde la tradición marxista crítica, un modelo de democracia discursiva habermasiano igualmente alternativo que, pese a la caída del muro de Berlín y la supuesta "victoria" de la democracia liberal, comienza a poner en entredicho la supuesta hegemonía conceptual de la misma. De estos modelos de Rawls y Habermas se inferirá lo que el estado del arte denominará democracia deliberativa, que progresivamente irá sitiando teóricamente a la democracia liberal, y que enseguida se multifurca en varias interpretaciones desde los diferentes paradigmas políticos contemporáneos. En esto se origina que encontremos versiones de la misma en Rawls, el republicanismo y el neomarxismo angloamericanos y europeo, el marxismo analítico y el utilitarismo, entre otros (Rawls, 1996, 2002), (Sandel, 1996), (Gutmann – Thomson, 1996), (Elster, 1998), (Bohman, 1996), (Benhabid, 1996).

Pero la democracia deliberativa sufre a su vez un cuestionamiento por una serie de reacciones

* La primera versión de este trabajo apareció en el No. 12 de la Revista Co-herencia (enero – junio, 2010).

críticas que en sus proyecciones alternativas radicalizan la propuesta rawlsiano-habermasiana –lo que se calificó como la eclosión de teorías democráticas–. De ahí las tres variantes a nivel de la teoría política que se trifurcan en tres versiones que, además de confrontar al modelo sistémico, radicalizan el modelo de democracia deliberativa.

Una primera variante es el de la democracia radical con una versión proveniente de la tradición heterodoxa de la Escuela de Frankfurt, particularmente de la segunda y tercera generación de la Teoría Crítica, y otra en la propuesta de Laclau – Mouffe (Wellmer, 1996), (Dubiel, 1997; 2000), (Laclau – Mouffe, 1987). Una segunda variante, de democracia real o absoluta, en la versión marxista semiortodoxa de Negri –Hardt, heredera del marxismo italiano y el postestructuralismo francés (Negri, 2003, 1994), (Negri – Hardt, 2001, 2003, 2004). Y una tercera variante, inscrita en el amplio abanico del republicanismo (Pettit, 1999). Frente a los modelos anteriores, se han planteado unos puntos de fuga, frente a la democracia liberal en las lecturas, más agudas y no muy lejanas a aquellas, de Virno, Agamben y Žižek (Virno, 2003), (Agamben, 2004), (Žižek, 2004: 67-78; 79-88; 107-117).

En ese orden, la hipótesis de trabajo que se buscará explorar será la siguiente: el modelo de democracia constitucional de John Rawls y política deliberativa de doble vía de Jürgen Habermas, de donde el estado del arte ha fundamentado la denominación de democracia deliberativa, se ve confrontado por una serie de reacciones críticas que en sus proyecciones alternativas radicalizan la propuesta rawlsiano-habermasiana (en lo que se ha denominado la eclosión de teorías democráticas y la socialización de la política) en las interpretaciones de la tercera Escuela

de Frankfurt en torno a la democracia como dispositivo simbólico, las negri-hardtianas de la democracia real de la multitud y la republicana de la democracia disputatoria que permiten rescatar la defensa activa de la constitución, confrontando con ello los modelos de democracia restringida propiciados originalmente por el neoliberalismo filosófico, frente a todos los cuales se configuran varios puntos de fuga que buscan desbordar la democracia liberal desde las figuras del éxodo (Virno), la constitucionalización del estado de excepción (Agamben) y la violencia ética (Žižek).

En lo que sigue se presentará la extensa geografía de este debate, básicamente con el objeto de ubicar los hitos significativos de su cartografía, en la perspectiva de sugerir sus diferencias, tensiones y encuentros que permitan ubicar al interesado en lo que constituye, sin lugar a dudas, uno de los debates teóricos y empíricos determinantes de la teoría política del siglo XXI.

1. La democracia consensual y discursiva

1.1 Crítica consensual a la democracia liberal

La Teoría de la Justicia (1971) representa una crítica de carácter postliberal a la democracia liberal decimonónica y funcional, oponiendo al modelo de democracia de mayorías un modelo consensual donde la posibilidad de desobediencia civil deviene un puntal estructural de la legitimidad del sistema y el reconocimiento y subsunción de la disidencia el imperativo, moral y político, del ordenamiento. La Teoría de la Justicia termina de redondear la crítica al utilitarismo que Rawls había emprendido 20 años atrás, cuando decide acoger la tradición contractualista como la más adecuada para concebir una concepción consensual de justicia, inaugurando con ello un

proyecto alternativo, similar al de Habermas, que hoy se inscribe en lo que ha dado por llamarse democracia deliberativa (Rawls, 1979).

Para ello concibe un procedimiento de consensualización, la posición original, de la que se derivan, en condiciones simétricas de libertad e igualdad argumentativas, unos principios de justicia que orientan la construcción institucional de la estructura básica de la sociedad, a nivel político, económico y social. En ella ya es evidente el bosquejo de una nueva teoría constitucional que rebalanza las dimensiones de la moral, la política y el derecho o, si se quiere, las de la legitimidad, la validez y la eficacia en una nueva fórmula que sin duda es donde reside el impacto de la teoría rawlsiana.

El planteamiento rawlsiano genera un debate sin precedentes en el campo de la filosofía moral, política y jurídica que, aunque se inicia en los Estados Unidos, se extiende rápidamente a Europa y otras latitudes por sus implicaciones para la reestructuración institucional de la democracia liberal decimonónica, en el marco tanto de una severa crisis de legitimidad como de una tendencia globalizadora, de carácter neoconservador –en nuestras latitudes, neoliberal– que exige radicales reformas internas a la misma.

Las primeras reacciones a la propuesta rawlsiana, en la misma década del 70, van a provenir, desde la orilla liberal, de los modelos neocontractualistas de Nozick y Buchanan, siguiendo a Hobbes y Locke respectivamente, y más tarde, aunque en forma menos sistemática, la del mismo Hayek. Un tanto tardía, diez años después, Gauthier igualmente se inscribe en el marco de esta crítica liberal a Rawls. Todas teniendo como denominador común la reivindicación de la libertad sin constricciones, la

autorregulación de la economía sin intervencionismo estatal, la minimización del Estado y la reivindicación del individuo y su racionalidad instrumental, de donde se deriva claramente un modelo de adjudicación constitucional que prioriza las libertades individuales (Nozick, 1988), (Buchanan, 1975), (Hayek, 1995), (Gauthier, 1994).

Iniciando la década de los 80 se origina la reacción comunitarista de MacIntyre, Taylor, Walzer y Sandel que da origen a una de las más interesantes polémicas filosófico-políticas del siglo XX quienes configuran una especie de versión contemporánea de los “Jinetes del Apocalipsis” por lo radical de la misma y la sustancial confrontación que le plantean a todo el proyecto liberal de la modernidad. De allí también logra inferirse, en especial en el caso de Sandel, un modelo de adjudicación constitucional de corte comunitarista-republicano (MacIntyre, 1981), (Taylor, 1989), (Walzer, 1983), (Sandel, 1982), (Mulhall-Swift, 1992).

Dworkin, con su propuesta de una comunidad liberal y la necesidad de que el liberalismo adopte una ética de la igualdad, fundamenta la posibilidad de que, coexistiendo con sus principios universales de tolerancia, autonomía del individuo y neutralidad del Estado, el liberalismo integre valores reivindicados por los comunitaristas como necesarios para la cohesión de la sociedad, tales como la solidaridad y la integración social, en un nuevo tipo de “liberalismo integrado o sensible a la comunidad” (Dworkin, 1996). Mientras que Will Kymlicka tercia en toda esta discusión intentando crear una teoría liberal sensible a los supuestos comunitaristas que equilibre tanto los derechos humanos, irrenunciables para la tradición liberal, como los derechos diferenciados en función de grupo, aquellos que permitirían la satisfacción

de las exigencias y reivindicaciones de las minorías culturales que no pueden abordarse exclusivamente a partir de las categorías derivadas de los derechos individuales (Kymlicka, 1995).

La discusión se revigora con la publicación del libro de Rawls, *Political Liberalism*, en sus dos ediciones de 1993 y 1997¹. Este libro representa la asunción crítica de los argumentos comunitaristas, mediado por la lectura tanto de Hegel, y sus conceptos de reconciliación y eticidad, como de la tradición republicana, y su concepto de deliberación ciudadana, permitiéndole a Rawls su ruptura definitiva con el liberalismo doctrinario y su concreción de un modelo de sistema político normativamente incluyente donde, sin embargo, el acento en la posibilidad de la desobediencia civil se ve reemplazado por la capacidad de consensualización política del sistema (Rawls, 1996).

En efecto, para Rawls la concepción más apropiada para especificar los términos de cooperación social entre ciudadanos libres e iguales, dado un contexto democrático compuesto por una diversidad de clases y grupos a su interior, es la de un pluralismo razonable de doctrinas omnicomprendivas razonables en el marco de una cultura tolerante y unas instituciones libres. El fundamento normativo de este pluralismo razonable debe ser, según Rawls, una concepción política de la justicia consensualmente concertada por el conjunto de sujetos colectivos comprometidos con una sociedad. El pluralismo razonable tiene como objetivo la obtención de un consenso entrecruzado (*overlapping consensus*), el cual constituye el constructo principal de la

interpretación rawlsiana sobre una democracia consensual. El consenso entrecruzado viene a ser el instrumento procedimental de convivencia política democrática que solo a través de él puede ser garantizada (Rawls, 1996: 165-205; 2002: 254-258).

Este liberalismo consensual, que Rawls califica como político en oposición al liberalismo procedimental, formalista y de mayorías, cuya fuerza y proyección reside en la flexibilidad y transparencia del procedimiento político de deliberación e intersubjetividad ciudadanas, supone la existencia en el seno de la sociedad de varias doctrinas omnicomprendivas razonables, cada una con su concepción del bien, compatibles con el pluralismo que caracteriza a los regímenes constitucionales. La concepción política de la justicia es el resultado del consenso entrecruzado de la sociedad, definiendo principios y valores políticos constitucionales suficientemente amplios como para consolidar el marco de la vida social y especificar los términos de cooperación social y política que este liberalismo consensual intenta sintetizar y sobre los cuales los ciudadanos, desde su plena libertad de conciencia y perspectiva omnicomprehensiva, concilian con sus valores políticos y comprensivos particulares.

El procedimiento de consensualización política para lograr ello debe cumplir determinadas etapas. Una primera la constituye lo que Rawls denomina el consenso constitucional que es la respuesta rawlsiana a la figura del contrato constitucional buchaniense. Esta etapa define los procedimientos políticos de un sistema constitucional democrático para moderar el conflicto social, abriendo el poder a los grupos que luchan por él. Esto propicia un momento intermedio de convivencia ciudadana, cuya característica esencial es generar un espectro de virtudes cívicas que al propiciar un

¹ Ver, sobre esta segunda etapa del debate comunitarista-liberal, el ensayo de Alessandro Ferrara, "Sobre el concepto de comunidad liberal" (1994: 122-142).

clima de razonabilidad, de espíritu de compromiso, de sentido de equidad política y de reciprocidad, sienta las condiciones mínimas de deliberación pública necesarias para la etapa subsiguiente.

La segunda etapa es la del consenso entrecruzado, el consenso de consensos, que fijará el contenido de la concepción pública de justicia que determinará el carácter de la estructura básica de la sociedad. Fruto de la más amplia deliberación ciudadana, incluye para su proyección la consideración de un mínimo de bienes sociales primarios y no solo libertades políticas, y, por tanto, los grupos políticos deben plantear alternativas que cubran la estructura básica y explicar su punto de vista en una forma consistente y coherente ante toda la sociedad.

El espacio donde el consenso entrecruzado se constituye es el foro público de la discusión política, donde los diferentes grupos políticos rivales y sujetos colectivos presentan sus correspondientes perspectivas. Ello supone romper el estrecho círculo de sus concepciones específicas y desarrollar su concepción política como justificación pública de sus posturas. Al hacer ello, deben formular puntos de discusión sobre la concepción política de la justicia, lo cual permite la generalización del debate y la difusión de los supuestos básicos de sus propuestas.

La concepción rawlsiana del liberalismo político se cierra con el momento de la razón pública. Rawls comienza recordando que la prioridad de la justicia sobre la eficacia y el bienestar es esencial para toda democracia consensual. Tal prioridad significa que la concepción política de justicia impone límites a los modelos de vida permisibles y los planes de vida ciudadanos que los transgredan no son moralmente justificables ni políticamente legítimos. La misma define una

noción de neutralidad consensual sin acudir a valores morales legitimatorios y sin ser ella misma procedimentalmente neutra (Rawls, 2002: 128-135).

La razón pública no es una razón abstracta y en ello reside la diferencia con la noción ilustrada de razón. Posee cuestiones y foros concretos donde se expresa y manifiesta. En una sociedad compleja su expresión es, primero que todo, una razón ciudadana donde sus miembros, como sujetos colectivos son quienes, en tanto ciudadanos, ejercen un poder político y coercitivo, promulgando leyes y enmendando su constitución cuando fuere necesario.

La razón pública no se circunscribe al foro legislativo sino que es asumida por la ciudadanía como criterio de legitimación de la estructura básica de la sociedad en general, es decir, de sus instituciones económicas, políticas y sociales, incluyendo un índice de bienes sociales primarios consensualmente concertado. El contenido de la razón pública es, pues, el contenido de los principios fijados por la concepción de justicia públicamente concertada y aunque su principal expresión, en un régimen democrático, es el Tribunal Constitucional, los esenciales constitucionales que este debe preservar y defender son los derivados del consenso político de los diferentes sujetos colectivos que componen la ciudadanía (Mejía, 1996).

1.2 La democracia discursiva

El programa de investigación de Jürgen Habermas, desarrollado a lo largo de su vida en tres grandes momentos teóricos, responde a dos propósitos centrales: primero, la refundamentación epistemológica del materialismo histórico con base en el análisis de las condiciones reales de emancipación

que se evidencian en el capitalismo tardío y, segundo, articulado con ello, la reconstrucción normativa de la legitimidad en las sociedades complejas.

El pensamiento de Habermas puede interpretarse como una propuesta integral de la teoría política, moral y jurídica contemporánea en tres orientaciones que, a su vez, constituyen tres etapas en el desarrollo del mismo. En una primera etapa, Habermas propugna por redefinir los nuevos términos de la problemática política en el capitalismo tardío, derivando de ello un proyecto de reconstrucción del materialismo histórico así como asignándole a la comunicación un papel específico en el contexto de ello.

En una segunda etapa, su reflexión se centra en la fundamentación de una teoría de la acción comunicativa como estrategia central de relegitimación de la sociedad capitalista, a partir de un agudo e implacable diagnóstico de la colonización que sobre el mundo de la vida ha ejercido el derecho, generando un proceso de desintegración acelerada a su interior en cuyo contexto se desarrolla su teoría de la argumentación. Estrategia que Habermas complementa con la concepción de su ética discursiva, inmediatamente después.

Ante las críticas de Robert Alexy en cuanto a que su propuesta no podía seguir ignorando en su estrategia de solución el derecho como instrumento, Habermas inicia lo que puede denominarse el “giro jurídico” hacia la reconsideración proactiva del derecho cuya tensión entre legalidad y legitimidad se resuelve con una procedimentalización radical de la soberanía popular que deshipostasía la misma de la fijación positivista liberal con que el pensamiento burgués la quiso caracterizar.

En el marco de este giro, Habermas desarrolla, en una tercera etapa, una teoría del estado democrático de derecho que, de una parte, profundiza sus reflexiones tempranas sobre la legitimación en el capitalismo tardío que le permite replantear y complementar su propia teoría de la acción comunicativa y, de otra, proponer un nuevo paradigma jurídico-político y un modelo de democracia radical cuyo objetivo es superar la crisis de las sociedades complejas a través de la reconstrucción normativa de la legitimidad fracturada, conciliando la dicotomía entre el mundo de la vida y los subsistemas económico y político-administrativo a través de un modelo de política deliberativa como expresión del poder comunicativo de la sociedad civil y la opinión pública (Habermas, 1998)².

En ese contexto, la figura del tribunal constitucional, y su modelo normativo de adjudicación, está llamado a garantizar, al nivel más alto de justicia constitucional, decisiones justas para todos y no buenas para algunos que posibiliten moderar esa tensión, acudiendo a procesos de deliberación pública que aseguren la más amplia participación de todos los actores sociales (Mejía, 2002).

El significado de la teoría del estado democrático de derecho de Habermas proviene de la convergencia de dos problemáticas diferentes: en primer lugar, por cuanto representa un giro radical frente a la valoración que la teoría marxista clásica había hecho del derecho y la democracia, considerándolo como la derivación superestructural de una formación económico-social dada, cuya única función es la de garantizar el dominio de clase y la supervivencia de una estructura

2 Sobre Facticidad y validez, de Habermas, se pueden consultar, en castellano, a (Hoyos, 1995: 49-80), (Estevez, 1994) En inglés, ver (Outhwaite, 1994: 137-151), (Baynes, 1995: 201-232), (Bohman, 1994: 897-930), (Rosenfeld, 1995: 1163-1189), (Michelman, 1996: 307-315). En francés: (Gerard, 1995).

económica como la capitalista. En segundo lugar, porque su teoría del estado democrático de derecho resuelve el conflicto mismo que el desarrollo teórico de Habermas no había podido superar entre sistema y mundo de la vida por considerar que la sola acción comunicativa bastaba para resolver las mediaciones dilemáticas entre ambas esferas, sin acudir al derecho como instrumento de reconciliación social.

El giro que representa su propuesta de un paradigma discursivo del derecho y un modelo de democracia radical constituye el reconocimiento de que los procedimientos institucionales y democráticos, en tanto sus contenidos garanticen la multiplicidad de perspectivas del mundo de la vida, puede ser el elemento más eficaz para rehacer el lazo social desintegrado desde una posición dialogal que supere los límites del paradigma monológico de la modernidad. En ese orden, el estado democrático de derecho representa no sólo el médium de la integración social sino la categoría de la mediación social, reconociendo Habermas con ello –contrario a su diagnóstico de TAC– que este tiene un papel proactivo, más que de mera dominación, en las sociedades modernas.

En este punto, Habermas, reivindicando lo que denomina la “cooriginalidad del derecho y la política” y para ilustrar la tensión –nunca conciliada totalmente– entre facticidad y validez, entre hechos y normas, entre sistema y mundo de la vida, explora las potencialidades del estado democrático de derecho donde él considera se expresa el nivel más alto de justicia, la justicia constitucional.

Allí analiza la metodología de trabajo del tribunal constitucional alemán que descarta precisamente por sus instrumentos centrales, la pon-

deración y el caso concreto, que lo inscriben en la perspectiva axiológica de “decisiones buenas para algunos” y no “justas para todos”, acudiendo entonces al constitucionalismo estadounidense y los dos paradigmas de adjudicación constitucional que allí se confrontan, el liberal y el republicano, que le permite mostrar que detrás de los mismos se mimetizan, en las decisiones constitucionales, posturas políticas que defienden ya un modelo liberal de democracia formal, ya un modelo republicano de democracia directa, a lo que Habermas opone la necesidad de considerar un tercer modelo de democracia radical, en orden a conciliar –siempre de manera meramente pasajera– la tensión entre facticidad y validez.

Es en este punto donde Habermas expone los tres grandes modelos normativos de democracia en conflicto en la actualidad –en la línea de ilustrar el por qué las decisiones constitucionales son en muchos casos políticas– oponiendo al modelo de democracia liberal representativa y al modelo de democracia republicana directa un modelo de democracia radical fundado en lo que denomina un modelo sociológico de democracia deliberativa de doble vía (Habermas, 1999: 231-246).

Habermas destaca una comprensión genuinamente procedimentalista de la democracia, en la cual el procedimiento democrático institucionaliza discursos y negociaciones con ayuda de formas de comunicación que para todos los resultados obtenidos conforme al procedimiento habrían de fundar la presunción de la racionalidad; en éste sentido, la política deliberativa obtiene su fuerza legitimadora de la estructura discursiva de una formación de la opinión y la voluntad que solo puede cumplir su función socio integradora gracias a la expectativa de calidad racional de sus resultados (Habermas, 1998: 589-618).

Bajo este marco, debe entenderse la democracia radical habermasiana como la apuesta por la consolidación de una autolegislación democrática en donde todos los ciudadanos son productores del derecho que los rige como sujetos jurídicos, de esta manera, las libertades subjetivas de acción del sujeto de derecho privado se corresponden con la autonomía pública del ciudadano. Este tipo democrático da cuenta de una unión de los ciudadanos en un contexto compartido intersubjetivamente de entendimiento posible “institucionalización jurídica de la comunicación ciudadana”.

En este sentido, el proceso democrático tiene un sentido inclusivo de una praxis autolegislativa que incluye a todos los ciudadanos por igual –inclusión del otro–; de tal surte que únicamente la formación de la opinión y de la voluntad estructurada democráticamente es lo que posibilita un acuerdo normativo racional entre extraños. Tenemos entonces, el procedimiento democrático como un proceso de aprendizaje para la integración social, el cual propende por un tipo de sociación intencional entendida como la regulación normativa de la convivencia, sostenida por el asentimiento de todos y asegurada por relaciones inclusivas de reconocimiento simétrico mutuo que propenden por la integridad de cada individuo particular.

2. La eclosión de la democracia deliberativa

Es este complejo marco donde tiene que examinarse la posibilidad del poder constituyente actual y el carácter que la lucha por la democracia puede tener en la sociedad global, tal como hemos visto se viene caracterizando desde la sociología (Quesada, 2004: 11-44). Obviamente no se trata de reeditar la tipología convencional

sobre la democracia que, como Iris Young han mostrado, ha sido ampliamente desbordada en los últimos 15 años por la teoría política con directas repercusiones en la teoría constitucional en lo que la segunda ha denominado la “eclosión de teorías democráticas” del periodo de la postguerra fría (Young, 1998: 479-502).

Incluso tampoco se trata de explorar la extensión de ese nuevo continente epistémico que se ha ido formando desde la práctica de los modelos contemporáneos, el de la democracia deliberativa, en la convicción –ya previamente verificada– de que este ha sido rápidamente colonizada por el “pensamiento unidimensional” del sistema capitalista global, despojándola de sus contenidos, si no críticos, por lo menos contestatarios con que surge inicialmente. Se trata más bien de adentrarse en cuatro propuestas que se inscriben, sin duda, en ese polisémico espectro pero que rápidamente se van diferenciando de las propuestas conservadoras y liberales, bosquejando unas posibilidades de acción e interpretación políticas y constitucionales más complejas

Aquí es imposible obviar cómo en la obra de Marx podemos advertir una secuencia hilvanada donde el concepto de alienación va sufriendo una interesante metamorfosis del joven Marx al Marx maduro, llevándolo a un nivel de conceptualización más profundo e integral que el hegeliano.

La reconstrucción de Paul Ricoeur, en *Ideología y utopía*, muestra cómo en los *Manuscritos Económico-filosóficos del 44* Marx distingue en el concepto de alienación, entre el de objetivación, como fenómeno proactivo ante la realidad humana, y el de enajenación del trabajo, como fenómeno patológico propio del capitalismo. Pero

ya entonces se empiezan a desarrollar, junto al de trabajo enajenado, los conceptos de democracia plena y hombre total en cuanto la superación de la alienación constituye la verdadera emancipación del ser humano y la sociedad y estas connotan la realización plena de las potencialidades humanas en un contexto político que lo posibilite.

La categoría de emancipación no puede por tanto entenderse en Marx sino estructuralmente relacionada con la superación de la alienación y esta con la de hombre total y democracia plena. Aquella, la alienación, se mantiene y se reformula en términos explícitamente marxistas en *La Ideología Alemana* donde, para Ricoeur, se metamorfosea en tanto división del trabajo, enriqueciendo la categoría más adelante con las nociones de autoactividad, con lo que se consagra el paso de esta problemática del joven Marx al Marx maduro, objetando así la consideración althusseriana.

Y aunque en su etapa intermedia Marx no desarrolla la categoría de democracia plena, la retoma explícitamente en la *Crítica al Programa de Gotha*, donde la propuesta de una democracia radical proletaria surge ya enriquecida por la experiencia histórica de la Comuna de París. Veremos entonces de qué manera se retoma el concepto de democracia radical en dos versiones adicionales del marxismo heterodoxo, la de la tercera generación de la Escuela de Frankfurt y el marxismo revolucionario de Negri y Hardt, así como en la versión más radical del republicanismo contemporáneo, y la relación de todas estas con la desobediencia civil.

2.1 Teoría Crítica y democracia radical

La primera variante es la representada por la tercera generación de la Escuela de Frankfurt

que indudablemente profundiza la propuesta habermasiana de una democracia radical, bastante sistémica pese a la significativa crítica que hiciera del abandono de la cuestión democrática por parte de Marx reivindicándola desde el anarquismo. En efecto, su propuesta, basada en un modelo sociológico de política deliberativa de doble vía termina estando más cerca de Luhmann, vía Teubner, que de Bakunin, obviamente por el excesivo cuidado habermasiano de no apostarle a propuestas normativas que no estén solidamente afianzadas en estudios empíricos y sociológicos, pero igualmente por un exagerado realismo político y la necesidad de proponer modelos plausibles y no meras utopías irrealizables.

Pero esa carencia de utopía sin duda es rescatada por la tercera generación de la Escuela de Frankfurt (denominación que muchos de ellos rechazarían pero que los distingue en el flujo de una misma tradición marxista, heterodoxa y crítica), sin caer en los proyectos desmedidos de las filosofías de la historia del siglo pasado. Offe, Wellmer, Dubiel, Honneth retoman la bandera de la democracia radical para radicalizarla (valga la redundancia) y mostrar –hasta donde sus propias condiciones históricas y sociales lo permiten– hasta que punto la cuestión democrática es propia del pensamiento marxista en general, no solo el heterodoxo, y en qué términos la reflexión postsocialista puede asimilarla como propia, sin concesiones al pensamiento burgués liberal (Offe – Schmitter, 1995: 5-30), (Wellmer, 1996: 77-102), (Dubiel, 2000; 1997: 137-192).

Para Dubiel, siguiendo a Claude Lefort, el comienzo del proceso de secularización de la política, en el que se separan lo simbólico y la facticidad del poder, está relacionada con la metáfora de los dos cuerpos del monarca. La ejecución del monarca

en las revoluciones democráticas (Jacobo II y Luís XVI) liquida a la vista de todos la personificación del lado de acá del orden intocable del lado de allá. El lugar del poder queda vacío, creando tanto una despersonificación de la sociedad como del poder. El régimen absolutista renuncia a la justificación religiosa y aparece como usurpador. Se presenta el conflicto de una nueva ordenación social y gubernamental, creando un nuevo significado social imaginario, que se personifica en la imagen de sí mismo como sociedad autónoma, capaz de obrar y decidir sobre su destino e historia (Dubiel, 1997: 141).

Con la ejecución del soberano absolutista como ocupante ilegítimo de la posición del poder, este queda vacío en el plano simbólico de la representación. En adelante, ninguna persona ni grupo puede formular frente a la sociedad civil una exigencia legítima de ocupar y personificar el poder. La autoinstitución de una sociedad civil autónoma, interviene mediante el restablecimiento de una esfera de lo político y de lo político frente al lugar vacío del poder. El anterior dispositivo plantea la cuestión democrática: la democracia moderna es la forma de gobierno que separa lo simbólico y lo real, donde ni el príncipe o un pequeño número (oligarquía) se pueden adueñar del poder (Dubiel, 1997: 143-144).

Los procesos constituyentes republicanos-democráticos presentan históricamente el primer acto de autoinstitución explícita de la sociedad civil. El dispositivo simbólico de la república democrática se traslada a las instituciones que inauguran el ámbito de la actuación de una esfera de lo político, dentro de la cual quiere y puede ejercer el poder sobre sí misma. La cuestión es si la sociedad retrocede al carácter de su historia y se doblega a las duras realidades institucionales buscando

seguridad o aprovecha el potencial de la revolución democrática. Si soporta –se pregunta Dubiel– la tensión entre la visible realidad institucional del poder real y la invisible realidad del poder simbólico que está vacío (Dubiel, 1997: 146-147).

El régimen totalitario, contrario a la cuestión democrática, desemboca en la destrucción del dispositivo simbólico y el sometimiento de la sociedad por la violencia a una ideología determinada. El poder se fortalece como poder social, representa a la misma sociedad en la medida que es consciente y activa: la línea de separación de Estado y sociedad civil se desvanece como también la línea que separa el poder político del administrativo. El poder deja de denotar un lugar vacío y se presenta como un órgano personificado capacitado para reunir todas las fuerzas de la sociedad. La fusión simbólica de sociedad y poder político, origina el poder de la sociedad relacionada consigo mismo instrumentalmente comportándose como un objeto, que está dirigido para lograr objetivos de desarrollo social.

En contraposición, el poder político de la sociedad civil debe ser representado de manera múltiple (consejos, federación de consejos de trabajadores y parlamentos), diferenciado y fragmentado de acuerdo con las contradicciones y conflictos de intereses dentro de la sociedad. La ironía de la historia es que el totalitarismo considera insurrección popular lo que antes era entendido como revolución. El interés de Dubiel es poner de manifiesto como en los regímenes totalitarios se llevan a cabo intentos de establecer en el plano simbólico la supuesta unidad de poder político y sociedad civil (Dubiel, 1997: 154).

Acercándose a las transformaciones revolucionarias de la modernidad que edificaron

constituciones republicano-democráticas que representan históricamente el primer acto de autoinstitución explícita de la sociedad civil, Dubiel señala cómo el dispositivo simbólico de una república democrática se traduce en instituciones. El acto constituyente representa a la sociedad civil como pueblo soberano o nación que contrapone un lugar de poder vacío a su esfera autónoma de actuación y crea una forma institucional a esta contraposición: pueblo y nación son representaciones simbólicas que dotan de imagen pluralista unitaria a lo social. Ni el pueblo ni la nación pueden apropiarse del lugar de poder, contrapuesto a la sociedad civil solo institucionalmente: la soberanía popular secular garantiza que este lugar quede vacío.

El dispositivo simbólico de la democracia, que reconoce a los miembros de la sociedad el derecho de acceder al espacio público y participar en solucionar conflictos sociales, despliega una fuerza de atracción, que moviliza desde hace doscientos años movimientos sociales renovados que reivindican derechos. Esta lucha extrae sus energías de la autodeterminación, que pone en movimiento la imaginación política y la praxis reivindicativa y se opone a los privilegios y jerarquías sociales tradicionales de un orden social heterónimo. Esta lucha se basa en la imagen de una sociedad que se autogobierna por medio del dispositivo simbólico de la democracia. Lo que importa es siempre mantener vacía la posición de poder de la sociedad sobre sí misma como momento de dispositivo simbólico de la república democrática (Dubiel, 1997: 169-171).

Para Dubiel, es importante ubicarse en el punto central de la dimensión simbólica de la democracia y distanciarse de su interpretación instrumental como modo de integración y

producción de consenso. Lo interesante es permitir la representación simbólica del poder de la sociedad sobre sí misma, sacando a escena los conflictos internos a modo de controversia pública permanente acerca de la ocupación transitoria del lugar de poder. Los conflictos sociales no son domesticados en el sistema representativo, sino trasladados simbólicamente a una lucha por el poder cuyo resultado decidirá el recuento de votos, sin que se de una identidad colectiva de la sociedad. El sufragio universal es crucial en esta traslación simbólica: lo simbólico se torna realidad. La sociedad civil cuando deposita el voto es un conglomerado desunido de votos como unidades de recuento. El lugar de poder, es reconocido como un lugar vacío, que por definición no puede ser ocupado, un lugar simbólico no real (Dubiel, 1997: 172-175).

2.2 Globalización y democracia real

La segunda variante la representa la propuesta de Negri, posteriormente desarrollada en Hardt, de una democracia real o absoluta, en la línea de Spinoza la cual tiene tres momentos en la obra de Negri. Poder Constituyente desarrolla histórica y estructuralmente el eje que se presenta entre revolución-democracia-multitud a lo largo de la modernidad mostrando las respectivas revoluciones que expresan grados de proyección del poder constituyente, siempre canalizados por el poder constituido. Negri reivindica varios momentos de clímax político en este largo proceso, momentos donde la democracia real o absoluta, como la denomina en la línea de Spinoza, alcanza sus expresiones más plenas y radicales, pese a terminar prisioneras del poder constituido respectivo.

La revolución francesa y la revolución rusa sin duda representan los puntos más altos del

poder constituyente de la multitud donde, sin embargo, la democracia burguesa e incluso la estalinización de los soviets terminan coartando la potencialidad constituyente de la multitud. Pero el punto de máxima ruptura es, para Negri, la Revolución de Mayo del 68 donde la multitud parecería eclosionar en un espectro de nuevas subjetividades que aunque no concretan una revolución social constituyen lo que podría denominarse la socialización de la revolución (Negri, 1994), (Negri – Hardt, 2004).

Un segundo momento lo representa Imperio, escrito conjuntamente con Hardt, que da razón de una etapa última del capitalismo donde pasamos definitivamente de un régimen de acumulación capitalista de carácter fordista basado en la industria y el estado de bienestar a un régimen postfordista basado en el sistema financiero y un estado mínimo neoliberal. La pregunta que se hacen Negri y Hardt en este contexto es ¿de dónde proviene la resistencia en una sociedad donde el capital todo lo invade? La respuesta reside en la noción de multitud. El concepto de multitud quiere afrontar la cuestión del nuevo sujeto de la política. La multitud no es ni los individuos ni la clase, sino un conjunto amplio de subjetividades que no actúan ni de manera contractual ni por toma de conciencia. La acción que Hardt y Negri plantean como alternativa a la guerra globalizada es la construcción de una democracia radical sin poder constituido (Negri–Hardt, 2001).

La multitud es el sujeto político en el contexto del imperio. Se trata de una potencia autónoma que debe a sí misma su existencia y que tiene como dirección la inversión del orden imperial. N–H definen la multitud como el nuevo proletariado del capitalismo global que reúne a todos aquellos cuyo trabajo es explotado por el capital y no una nueva clase trabajadora industrial, distinguién-

dose del pueblo, la nación y la clase y poseyendo una naturaleza revolucionaria.

Se torna política cuando comienza a afrontar las acciones represivas del imperio, no permitiéndoles reestablecer el orden y cruzando y rompiendo los límites y segmentaciones que se imponen a la nueva fuerza laboral colectiva, así como unificando experiencias de resistencia y esgrimiéndolas contra el comando imperial Su proyecto político se articula con demandas de ciudadanía global, derecho a un salario social y derecho a la reapropiación de los medios de producción. De esta forma, la multitud empieza a constituir la sociedad sin clases ni estado bajo el imperio, esto es una democracia sin soberanía.

N–H reivindican la tradición republicana radical como el paradigma más apropiado para este pasaje entre la modernidad a la posmodernidad desde el cual afrontar al imperio. Esta versión de republicanismo postmoderno se construye en medio de las experiencias de la multitud global. Su característica principal es, como lo enfatizan, de la manera más básica y elemental, la voluntad de estar en contra, la desobediencia a la autoridad como uno de los actos más naturales del ser humano. Y que frente al imperio global se manifiestan hoy en día en la deserción y el éxodo como formas de lucha contra y dentro de la posmodernidad imperial, pese al nivel de espontaneidad con que se manifiestan.

Por su parte, Multitud intenta responder a las críticas suscitadas por Imperio puntualmente sobre el carácter y proyección de la multitud como sujeto revolucionario. No deja de ser sintomática la división triádica del texto que recuerda las dialécticas triadas hegelianas donde el tercer término constituye el momento de la subsunción y superación de los anteriores. En ese orden de

razonamiento, el libro expondría inicialmente el momento de la guerra, en segundo lugar, como momento negativo, la multitud, uno de los polos de la misma en tanto sujeto emancipador, y en tercer lugar la democracia como último momento de conciliación y concreción de una nueva realidad (Negri-Hardt, 2004).

“Guerra”, en efecto, busca dar razón del estado de conflicto global que se viene dando desde la Segunda Guerra Mundial, las diversas formas de contrainsurgencia que se han ido concibiendo e implementando por el capitalismo imperial y las expresiones de resistencia que se han venido oponiendo de forma correspondiente. Básicamente, N-H abordan la dialéctica militar entre el poder imperial del capitalismo y el contrapoder de la resistencia, la naturaleza biopolítica que adopta este conflicto mundial y las diversas expresiones de dominación militar y de resistencia global que se contraponen a su dinámica, incluyendo manifestaciones novedosas como puede ser la resistencia virtual (Negri-Hardt, 2004: 21-124).

La segunda parte, “Multitud”, muestra primero el cambio profundo que el postformismo ha provocado en la vida social, la conversión que ello genera en el trabajo productivo y el ocaso para el mundo campesino que esto ha generado, de manera definitiva. La multitud que el postfordismo lleva a su máxima expresión la entroniza sistémicamente con el capital global mismo. En este contexto se ha impuesto la coordinación que las elites económicas, políticas y jurídicas han generado para garantizar el orden capitalista global que, después del 11/S, acentúa un estado de excepción permanente. La multitud se revela dualmente como sujeto productivo y potencial sujeto emancipador, el único capaz, como antaño

el proletariado en el capitalismo industrial, de hacer saltar el capitalismo financiero postfordista por medio de lo que denominan la “movilización de lo común” (Negri – Hardt, 2004: 125-264).

Pero es la tercera parte, “Democracia”, la que paradójicamente cierra la triada. Es interesante observar que a lo largo de esta última parte hacen una reconstrucción paralela, de una parte, del desarrollo de la democracia en la modernidad, el proyecto inacabado que representó tanto la democracia burguesa como la socialista, y la crisis que sufre en medio del estado de excepción global permanente que el mundo vive actualmente, apuntando a las demandas mundiales por una democracia global y presentando incluso una muy pragmática agenda de reformas para democratizar el orden internacional. Y, por la otra, una reconstrucción, que quizás es el aporte más significativo del libro, de las diversas expresiones contestatarias de la multitud contra el orden global que vienen produciéndose en determinados encuentros de los organismos políticos y económicos de coordinación del imperio, a todo lo largo de la mitad del siglo XX y, en especial, desde 1989 para acá (Negri – Hardt, 2004: 257-406).

Y aunque la fórmula de unir a Madison y Lenin, es decir, al republicanismo con el marxismo, haciendo una vez más alusión a figuras un tanto controvertibles del cristianismo popular, no parece realmente la más convincente, la limitación en ofrecer una proyección y orientación estratégica de la proyección de la multitud y su lucha por la democracia tiene que ser interpretada más como la imposibilidad histórica por desentrañar, no la dirección pero si los medios concretos para materializar esta democracia revolucionaria de la multitud.

2.3 Republicanismo y democracia disputatoria

La tercera variante a explorar, determinante hoy en día en la comprensión de la teoría política y constitucional contemporánea e igualmente en la concreción de marcos normativos que permitan proyectar líneas de acción, es la del republicanismo. Definir los alcances del mismo, sus diferentes matices y su proyección en la teoría jurídica y política contemporánea es un objetivo colindante que debe ser esclarecido dado que son varias las tendencias que pueden distinguirse a su interior³.

En efecto, pueden observarse por lo menos dos ramificaciones en la tradición republicana: una, que se ha denominado “neo-republicanismo”, se identificaría con su vertiente anglosajona, donde, sin embargo, pueden distinguirse tres versiones: la del humanismo cívico de Pocock, la del republicanismo liberal de Skinner y la republicana radical de Pettit (Pocock, 1975), (Skinner, 1990), (Sunstein, 1990), (Pettit, 1999). Y, en la otra ramificación, la francoparlante, lo que podría denominarse “postrepublicanismo” que igualmente admite varias versiones, la de Ferry y Renault, por un lado, y la de Mouffe, por otro, completando así una geografía conceptual con directas consecuencias en los modelos de democracia y de adjudicación constitucional, así como del papel potencial de los tribunales constitucionales en las sociedades contemporáneas que es imprescindible esclarecer (Mesure – Renault, 1999: 319-359), (Ferry – Renault, 1990), (Pettit, 2004: 115-136).

El concepto de democracia disputatoria, en una de sus más completas formulaciones, tiene lugar en

3 Para una visión crítica alternativa de la tendencia republicana ver los decisivos estudios de (Gauchet, 1989), (Kriegel, 1996), (Renaut, 1999), y especialmente (Mesure, 1999).

la obra de Philip Pettit, *Republicanism*. Para el autor, que se ubica en el debate de la libertad en sentido positivo (o de los antiguos) y negativo (o de los modernos), resulta fundamental distinguir un tercer tipo de libertad, a saber, la libertad como no dominación, la cual es entendida ya no en términos de autodominio o ausencia de interferencia, como lo hiciesen las anteriores nociones, sino en términos de ausencia de servidumbre (Pettit, 1999).

Dentro de las estrategias para conseguir la no dominación, Pettit identifica la necesidad de un gobierno que satisfaga condiciones constitucionales tales como imperio de la ley, división de poderes y protección contramayoritaria. En adición, se hace necesaria la promoción de un tipo disputatorio de democracia. Tal necesidad parte del reconocimiento de una posible falibilidad de las condiciones constitucionales. De esta suerte, para excluir la toma arbitraria de decisiones por parte de los legisladores y los jueces, fundadas en sus intereses o interpretaciones personales, se hace imperativo garantizar que la toma pública de decisiones atienda a los intereses y las interpretaciones de los ciudadanos por ella afectados.

La garantía de ello no se encuentra en la apelación a consensos como en el criterio de disputabilidad, pues solo en la medida en que el ciudadano es capaz de disputar y criticar cualquier interferencia que no corresponda a sus propios intereses e interpretaciones, puede decirse que la interferencia del legislador no es arbitraria, y que por lo mismo no es dominador (Pettit, 1999: 96).

Con esto, Pettit subvierte el modo tradicional de legitimación de las decisiones fundado en el consentimiento, para definirlo en clave de contestación o apelación efectiva. A fin de que

la toma pública de decisiones sea disputable, Pettit señala al menos tres precondiciones que deben quedar satisfechas. En primer lugar, que la toma de decisiones se conduzca de modo tal que haya una base potencial para la disputa. Esta forma se corresponde más con el tipo de toma propio del debate que con el inherente a la negociación. Las disputas surgidas por el debate deben estar abiertas a todos los que consigan argüir plausiblemente en contra de las decisiones públicas, sin requerir de un gran peso o poder para el logro de una decisión razonada.

En segundo lugar, que haya también un canal o una voz por cuyo cauce pueda discurrir la disputa. Se trata en últimas de asegurar la existencia de medios a través de los cuales los ciudadanos puedan responder en defensa de sus intereses e interpretaciones. Esto implica que la democracia, para ser realmente disputatoria, debe ser incluyente y deliberatoria. Más allá de la representación, la inclusión implica la posibilidad de que todos los grupos puedan ejercer la protesta ante los cuerpos estatales, manifestando sus quejas y solicitando su compensación. La tercera precondición es que exista un foro adecuado en el cual hacer audibles las disputas. Para que sirva a los propósitos republicanos este foro debe ser capaz de dar audiencia a alianzas y compromisos y estar abierto a transformaciones profundas y de largo alcance. Además, deben existir procedimientos a fin de asegurar que las instancias a las cuales se apela no harán caso omiso de las impugnaciones de que son objeto (Pettit, 1999: 266).

Si bien esta democracia disputatoria no parece concebir, en una primera reflexión, más que la desobediencia civil en términos más enfáticos por el carácter mismo que la disputación entraña y

puede adquirir en la práctica, sin duda la apelación a la contestación ciudadana abre las puertas a expresiones de desobediencia ciudadana más radicales y extremas, exponencialmente proporcionales a la no satisfacción de las condiciones institucionales de disputabilidad enunciadas. Si estas condiciones no son cumplidas para una disputación institucional de la ciudadanía, se dan por contraposición las condiciones para una contestación ciudadana más radical en aras a garantizar el contrapeso fáctico de la legalidad desbordada⁴.

3. Puntos de fuga frente a la democracia liberal

Las distintas aproximaciones teóricas expuestas en el apartado anterior han develado un panorama bastante amplio sobre la posibilidad de encontrar en la democracia un escenario de emancipación para los sujetos políticos y sociales. Sin embargo, existen algunas teorizaciones que rechazan el escenario de la democracia como potencial emancipador del poder constituyente contemporáneo, ya que ven los regímenes democráticos, la expresión más acabada de la dominación burguesa, aquí se destacan los trabajos de Paola Virno, Giorgio Agamben y Slavoj Žižek.

3.1 Virno: postfordismo y éxodo

Virno sostiene que se está viviendo una parálisis en la experiencia contemporánea de la acción política. La acción política históricamente esta circunstancia a dos líneas divisorias: la primera

⁴ En este punto, Pettit parece coincidir con otros teóricos de la democracia deliberativa como Cass Sunstein y Quentin Skinner. Al respecto véanse (Skinner, 1978, 1981, 1998, 1986), (Sunstein, 2003, 1993, 2001).

en relación al trabajo y la segunda en relación al pensamiento puro. Para Virno, el trabajo absorbió los rasgos de la acción política y esta anexión se hizo posible por la convivencia de la producción contemporánea y un intelecto que se ha vuelto público y que hizo irrupción en el mundo de las apariencias: es la simbiosis del trabajo con el general intellect o saber social general. Es por eso que los procedimientos productivos requieren un grado de virtuosismo asemejado a las acciones políticas (Virno, 2003: 90).

En el postfordismo el general intellect se presenta como un atributo del trabajo vivo, donde la producción postfordista es la interacción de una pluralidad de sujetos vivos, viniendo al primer plano las actitudes genéricas del espíritu: facultad del lenguaje disposición al aprendizaje, capacidad de abstracción y de conexión, acceso a la autorreflexión. Su carácter heterogéneo se vuelve requisito técnico previo al trabajo y está sometida a criterios y jerarquías que caracterizan el régimen en la fábrica. Esta situación paradójica se refleja en la forma del poder político que se manifiesta en el Estado a través del crecimiento hipertrófico de los aparatos administrativos, siendo la administración el corazón de la estatalidad que se representa en la concreción autoritaria del general intellect o estatización del intelecto (Virno, 2003: 93-95).

La acción política consiste entonces en desarrollar el carácter público del intelecto fuera del trabajo. En la empresa están complementados bajo dos perfiles: por una parte, el general intellect se afirma como una esfera pública autónoma, evitando el traspaso de su propio poder al poder absoluto de la administración. Por otra, la subversión de las relaciones capitalistas de producción se manifiesta en la constitución de

una esfera pública no-estatal, de una comunidad política que tenga como propio gozne al general intellect. Los rasgos distintivos del postfordismo postulan, una forma nueva de democracia. Virno denomina éxodo a la defección de masas fuera del Estado, a la alianza entre el general intellect y la acción política, que es el tránsito hacia la esfera pública del intelecto, siendo por tanto el éxodo un modelo de acción política (Virno, 2003: 95-97).

Esta circunscripción saca a la luz la libertad contenida de entrelazamiento inédito entre trabajo, acción e intelecto. La acción política del éxodo consiste pues en una evasión ambiciosa a través de actos-palabras claves: desobediencia, multitud, ejemplo, derecho de resistencia, milagro, intemperancia. La desobediencia civil forma hoy lo fundamental de la acción política pero despojándose de la tradición liberal y debe cuestionar la facultad de disponer del Estado. La desobediencia radical "precede a las leyes civiles", puesto que no se limita a violarlas, sino que invoca el fundamento mismo de su validez (Virno, 2003: 99-100).

En ese contexto, la multitud está en contra de la unidad política, es recalcitrante ante la obediencia, no se amolda al estatus de persona jurídica, y por ello no puede pactar, ni adquirir ni transmitir derechos. Los ciudadanos cuando se revelan contra el Estado, son la multitud contra el pueblo. Para Virno, la multitud más que constituir un antecedente natural se presenta como un resultado histórico: surge a escena en el momento que entra en crisis la sociedad de trabajo. La multitud es la forma de existencia política que se afirma a partir de una unidad heterogénea en relación al Estado: el intelecto público. La multitud converge hacia una voluntad general porque comparte un general intellect. La multitud desmonta los mecanismos

de representación política, al expresarse como un conjunto de minorías de la cual ninguna aspira a transformarse en mayoría (Virno, 2003: 104-105).

3.2 Agamben: democracia y estado de excepción

En el marco de sus reflexiones sobre el Homo Sacer, Agamben aborda lo que a su modo de ver determina el paradigma político de la sociedad contemporánea: el estado de excepción. El estado de excepción está ubicado ambiguamente entre lo jurídico y lo político. Los límites excepcionales se dan entre los periodos de crisis política y deben ser comprendidos desde el terreno político constitucional. Es una situación de procedimientos jurídicos que no se comprende desde el derecho: el estado de excepción es “forma legal que no puede tener forma legal”. El estado de excepción está entre lo jurídico y la vida. La dificultad de definir el estado de excepción es su relación con la guerra civil, la insurrección y la resistencia. La guerra civil es opuesta al estado normal, y se responde con estado de excepción, que el siglo XX ha conocido como guerra civil legal (Agamben, 2004: 9-50).

El estado de excepción es una práctica de los estados contemporáneos, incluso en sociedades democráticas, frente a una guerra civil mundial y tiende a presentarse como el paradigma de gobierno dominante en la política contemporánea, siendo una medida provisional y excepcional que amenaza con transformar radicalmente la estructura y el sentido de las formas constitucionales. El significado biopolítico del estado de excepción es cuando el derecho incluye al viviente, se elimina el estatuto jurídico para determinar individuos, produciendo un ser jurídico innombrable e inclasificable, que pierden el

estatuto de prisionero, detenidos indefinidamente tanto en sentido temporal como de naturaleza, sustraídos de la ley y el control judicial: vida nula indeterminada (Agamben, 2004: 10).

La definición del estado de excepción en Alemania es conocido como estado de necesidad y en la doctrina anglosajona se determina como martial law o emergency power. El estado de excepción no es un derecho especial, pero, cuando suspende el orden jurídico define el umbral o concepto limite. El estado de excepción es una creación de la tradición democrática-revolucionaria y no absolutista, confiriendo plenos poderes al ejecutivo con fuerza de ley, siendo esta la modalidad de acción del poder ejecutivo durante el estado de excepción pero sin coincidir con él.

La teoría del estado de excepción aparece con Schmitt con su planteamiento de la dictadura comisarial, influyendo en una serie de teóricos que registran la transformación de los regimenes democráticos por consecuencia de la progresiva expansión de los poderes ejecutivos durante las guerras mundiales. Desde entonces el estado de excepción se presenta como técnica de gobierno y deja aparecer su naturaleza paradigmática y constitutiva del orden jurídico. La extensión de poderes al ejecutivo sobre el legislativo (decretos y disposiciones), materializada en los plenos poderes concebidos para hacer frente a circunstancias excepcionales de necesidad y urgencia, quebrantan la jerarquía entre la ley y el reglamento, base de las constituciones democráticas, delegando al gobierno un poder que debería ser competencia exclusiva del parlamento (Agamben, 2004: 12-13).

Un carácter esencial del estado de excepción –abolición de la distinción entre poderes

legislativo, ejecutivo y judicial–, es su tendencia a transformarse en forma de gobierno dudativo. La distensión de Schmitt entre dictadura comisarial y dictadura soberana es una oposición entre dictadura constitucional y dictadura inconstitucional. La dificultad de definir la transición de la primera a la segunda genera un círculo vicioso en el cual las medidas excepcionales que se imponen para la defensa de la constitución democrática, son las mismas que originan su ruina. Las disposiciones causidictatoriales de los sistemas constitucionales modernos –ley Marcial, estado de sitio, emergencia constitucional–, no realizan controles efectivos sobre la concentración de poderes, y esas instituciones corren el peligro de convertirse en sistemas totalitarios. La dictadura constitucional se ha convertido en un paradigma de gobierno.

El estado de excepción como el de la revolución se presenta en una zona ambigua o incierta donde los procedimientos no jurídicos se convierten en derecho y las normas jurídicas se indeterminan por hechos de facto: un umbral en que hecho y derecho parecen hacerse indecibles. En el estado de excepción, pues, el hecho se convierte en derecho y viceversa: el derecho se suspende y anula en el hecho (Agamben, 2004: 16-17).

3.3 Žižek: más allá de la democracia liberal

En este punto quisiera tomar como punto de inflexión del pensamiento de Žižek el 11-S en cuanto esta experiencia parecería permitirle el inicio de una reconceptualización sobre el problema de la violencia que estructura a partir de la reacción occidental a los ataques. Para Žižek, mediante la excusa de eliminar la amenaza terrorista, el absolutismo liberal creó

el ardid de ofrendar su intervencionismo militar a la compostura democrática de los pueblos sin derechos humanos víctimas del “totalitarismo religioso”. Y con esta técnica demagógica han globalizado la tiranía igualitarista de los derechos humanos, consolidando a escala mundial la potestad del fundamentalismo ateo-económico y tiránico-democrático (Žižek, 2005: 69-90).

A partir de este desenmascaramiento, Žižek diagnostica el peligro autodestructivo al que se expone la democracia liberal: en su cruzada antirreligiosa de liquidar el terrorismo musulmán, “acabarán eliminando la libertad y la democracia mismas, sacrificando así aquello que pretendían defender” y extendiendo para el mundo entero la condición de homo sacer descrita por Agamben. Žižek problematiza, adicionalmente, el concepto de democracia como signifiante amo ideológico en la actualidad (Žižek, 1992). Según éste autor, la democracia se ha presentado como el mejor régimen político para la sociedades liberales, generando el imaginario de una falsa apertura, que esconde de este modo, el problema de la dominación e imposibilita de paso la búsqueda de escenarios alternativos que propendan realmente por la emancipación social y política (Žižek, 2004: 165).

La democracia liberal, no es otra cosa que la formula política para la legitimación del orden social existente, un orden que genera genocidio y masacres. En efecto, la democracia se erige como el constituyente ontológico positivo del orden existente, un constituyente que castra, que impide, que despolitiza, que niega y destruye el antagonismo social y político. Es por eso que no podemos caer en la trampa democrática, no podemos ni siquiera aceptar la consolidación de una democracia deliberativa como muestra de

emancipación social, ya que esta acepta y cae en la lógica legalista del poder dominante.

El escenario de la democracia como campo de lucha y reivindicación del constituyente primario, no es más que una alternativa virtual. No es otra cosa que la aceptación de la dominación por la posibilidad de cambio, así como lo expresa Žižek “lo que la referencia a la democracia entraña es el rechazo de los intentos radicales de salir, de arriesgarse al corte radical, de seguir la tendencia de los colectivos autogestionados en áreas fuera de la ley”. Desde esta perspectiva, la búsqueda de la utopía exige una completa negación del espacio social existente, requiere de un rechazo total del enemigo, de escapar al horizonte de la política democrática, ya que solo en el escenario de un cambio verdadero y radical es posible encontrar los modos de practicar la utopía pospolítica

Para Žižek, la actual crisis obliga a repensar la democracia como el significativo amo de la actualidad y a los opositores de la globalización capitalista les gusta subrayar la importancia de mantener vivo el sueño: el capitalismo global no es el final de la historia, es posible actuar de forma diferente. La democracia no es el poder de, por y para el pueblo, no es solamente la hipótesis de que la democracia es la voluntad y el interés de la mayoría que determina las acciones del Estado. Para Žižek, la democracia se refiere al legalismo formal: su definición es la adhesión incondicional a cierto conjunto de reglas formales que garantizan que los antagonismos sean absorbidos en el juego agonista (Žižek, 2004: 186-187).

“Democracia” significa que cualquiera que sea la manipulación electoral que se produzca, los agentes políticos respetaran los resultados. Para Žižek, es interesante comprobar un caso en el cual los demócratas tolerarían la suspensión

de la democracia: cuando en elecciones libres gane un partido antidemocrático prometiendo la abolición de la democracia. En ese momento muchos demócratas considerarían que el pueblo no era maduro para la democracia y es preferible un despotismo ilustrado para educar a la mayoría y convertirlos en demócratas. Incluso la democracia deliberativa cae en la trampa de la democracia liberal ante lo cual solo queda la suspensión política de la ética, es decir, la asunción de una violencia redentora, de carácter inocente y ético-simbólico, contra la democracia, los derechos humanos y la universidad como amo-significantes.

Conclusión

Este escrito ha buscado mostrar el origen del concepto de democracia deliberativa y las tensiones y encuentros que ha partir de ahí se dan entre los diferentes modelos. En ese orden se quiso definir inicialmente los términos de la crítica postliberal rawlsiana a la democracia liberal y su propuesta de una democracia consensual, así como de la crítica habermasiana al capitalismo tardío y su apuesta por una democracia discursiva, desde una perspectiva emancipatoria.

En efecto, la teoría de Rawls representa una crítica postliberal a la democracia procedimental de mayorías, oponiendo a esta un modelo de democracia consensual que admite la figura de la desobediencia civil así como la radicalización deliberativa de la razón pública, mientras que la teoría habermasiana, desde una pretensión crítico-emancipatoria, después de reconstruir el materialismo histórico en términos de una teoría de la acción comunicacional, reorienta su teoría hacia la reconsideración normativa del estado democrático de derecho desde la perspectiva de una democracia radical, coincidiendo las

dos en un modelo de democracia deliberativa que abreva en las fuentes del republicanismo contemporáneo, donde el papel de la ciudadanía procesalizada en términos tanto de razón pública como de formación de voluntad y opinión públicas constituye la instancia social que potencialmente vehiculiza y concreta tanto el sujeto como la acción emancipatorias.

Igualmente, el escrito ha querido determinar el sentido y alcances de las propuestas de democracia radical y disputatoria en la teoría política contemporánea abordando el modelo de democracia radical en la de la tercera generación de la Escuela de Frankfurt (Dubiel, Wellmer, Honneth), que confronta el modelo sistémico luhmanniano y desborda el talante sistémico de la propuesta habermasiana, acercándose sustancialmente al planteamiento disputatorio del republicanismo y reivindicando el carácter contestatario que debe asumir un sistema político.

En general, podemos concluir que frente al paradigma sistémico autopoietico de la política que, en sus diferentes variantes funcional, neoliberal o poliárquica, concibe la democracia como un sistema clausurado, autorreferencial y excluyente, cuyo imperativo es la adaptación a su propia complejidad, en últimas la del mercado y sus circuitos globales, supeditando a su lógica restrictiva las necesidades del entorno social, se opone una concepción abierta, antisistémica e incluyente de democracia, representada en la de la tercera generación de la Escuela de Frankfurt que desborda el talante sistémico de la propuesta luhmanniana y, acercándose sustancialmente al planteamiento disputatorio del republicanismo, reivindican el carácter contestatario que debe asumir un sistema político.

Y, segundo, por el modelo de democracia real y absoluta de Negri–Hardt, que si bien no logra conceptualizar de manera clara el carácter alternativo que la multitud puede connotar como sujeto emancipatorio y no exclusivamente de resistencia, cayendo en propuestas reformistas funcionales al sistema global, son complementadas por las reflexiones de Agamben y Virno quienes logran señalar el carácter autoritario que adopta la política sistémica y la democracia liberal contemporánea y, frente a ello, las tareas contestatarias que el movimiento antisistémico puede adoptar frente al capitalismo postfordista imperante.

Podemos dar, por tanto, como ilustrada nuestra hipótesis de trabajo inicial, a saber: El modelo de democracia constitucional de John Rawls y política deliberativa de doble vía de Jürgen Habermas, de donde el estado del arte ha fundamentado la denominación de democracia deliberativa, se ve confrontado por una serie de reacciones críticas que en sus proyecciones alternativas radicalizan la propuesta rawlsiano-habermasiana (en lo que se ha denominado la eclosión de teorías democráticas y la socialización de la política) en las interpretaciones de la tercera Escuela de Frankfurt en torno a la democracia como dispositivo simbólico, las negri-hardtianas de la democracia real de la multitud y la republicana de la democracia disputatoria que permiten rescatar la defensa activa de la constitución, confrontando con ello los modelos de democracia restringida propiciados originalmente por el neoliberalismo filosófico, frente a todos los cuales se configuran varios puntos de fuga que buscan desbordar la democracia liberal desde las figuras del éxodo (Virno), la constitucionalización del estado de excepción (Agamben) y la violencia ética (Žižek).

II

LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA COMO IDEAL REGULATIVO Y CONCEPTO NORMATIVO

**ANDRÉS PALACIOS LLERAS
ROBERTO GARGARELLA
MARÍA LUISA RODRÍGUEZ
LEONARDO GARCÍA JARAMILLO**

LAS PARADOJAS DE LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

Andrés Palacios Lleras*

I. Introducción

A pesar de que la democracia como sistema político forma parte (de manera intermitente) de la historia de occidente desde hace más de dos mil años, todavía no existe un consenso claro sobre cómo debe ser una democracia. Hay un conjunto de teorías normativas que señalan algunos de sus aspectos ideales y más interesantes, pero todavía no hay un acuerdo sobre cómo debe funcionar, cuáles deben ser las instituciones más importantes y qué aspectos deben quedar sometidos a ella y cuales no. Dichas teorías están entrelazadas en la actualidad en un debate sobre cuáles son preferibles sobre otras; el presente artículo pretende ser un aporte modesto a ese debate.

Para ello, he decidido explorar la corriente teórica de la democracia deliberativa, la cual es

un conjunto más o menos homogéneo de posturas teóricas sobre la preponderancia que debe tener la deliberación en un sistema democrático. Uno de los elementos que más llama la atención de dicha corriente, es que parece desarrollar las intuiciones que una persona podría tener sobre cómo debe ser una democracia. Esto resulta interesante, ya que los planteamientos sobre la democracia de autores como James Madison, resultan particularmente contra-intuitivos; por ejemplo, la necesidad del control judicial de las leyes no encaja muy bien con las conclusiones a las que uno podría llegar si parte de la base intuitiva de que la democracia busca resaltar la soberanía de la voluntad popular que se expresa por medio de las leyes.

Precisamente esta tensión entre la soberanía de la voluntad popular y el control judicial de las leyes, me llevó a reflexionar sobre qué tan convincente y coherente es esta teoría en particular. Encontré, gracias a un libro de Richard Posner (2003), que a pesar de ser presentada como una teoría relativamente clara y sencilla, es realmente una teoría contradictoria y paradójica. Así pues, el propósito del presente artículo es presentar en qué

* Quisiera agradecer a los profesores Diego López Medina y Roberto Gargarella por la generosidad con la que le hicieron comentarios y críticas a una versión anterior de este texto. De igual manera, agradezco a Hugo Palacios Mejía y Nelson Amaya por las discusiones que dieron lugar a este texto, y por sus críticas, así como a Leonardo García Jaramillo por sus observaciones.

consisten los problemas y paradojas de la teoría de la democracia deliberativa. Para ello, este artículo está dividido en dos partes: en la primera, se presenta una breve exposición de la versión de la teoría que presenta Roberto Gargarella en su obra *La justicia frente al gobierno* (1996). En la segunda, se presenta una argumentación encaminada a mostrar por qué dicha teoría es paradójica.

Ahora bien, la teoría de Gargarella es representativa del tronco común de la corriente teórica de la democracia deliberativa, lo cual no quiere decir que él esté de acuerdo con todas las posturas que conforman dicha corriente. Este artículo no pretende hacer un recorrido extenso de las diferentes posturas que conforman esta corriente teórica, sino por el contrario señalar una serie de problemas que el tronco central presenta; así dichos problemas no se encuentren todos en toda la obra que Gargarella ha desarrollado a lo largo de su carrera académica. De hecho, lo que se pretende con la exposición de la teoría de este autor, es brindar un referente mínimo pero suficiente para ubicar al lector, y no identificar su postura con la de toda la corriente de la democracia deliberativa.

II. ¿En qué consiste la teoría de la democracia deliberativa?

De acuerdo con *La justicia frente al gobierno*, la principal característica que diferencia a la democracia deliberativa de otras teorías de la democracia es que ésta valora, no sólo la expresión de la opinión de los ciudadanos por medio del sufragio, sino que también valora la deliberación colectiva que precede dicha expresión (Gargarella, 1996: 158). Tal deliberación, argumenta este autor, permite que las decisiones

políticas que se tomen sean imparciales, es decir, que no beneficien de manera indebida a un grupo social a costa de otro (Gargarella, 1996: 157 – 158). Desde esta perspectiva, la democracia promueve una deliberación anterior a la adopción de toda decisión política, es la principal virtud de este sistema político, y es precisamente la deliberación que se da en espacios políticos adecuados para ello, lo que le da una verdadera ventaja a la democracia como sistema de organización política sobre otros sistemas (Gargarella, 1996: 161).

Pero ¿cuál es la conexión entre deliberación colectiva e imparcialidad? Esta teoría de la democracia supone que las opiniones, preferencias o posturas de las personas no están fijas y son modificables. (Además, es deseable que así sea, ya que es a partir de la deliberación de dichas preferencias que se adoptan las decisiones políticas que determinan el curso de la acción estatal y que, por lo tanto, pueden afectar a todos los miembros de la sociedad de diferentes maneras).

En primer lugar, cuando las personas aportan sus opiniones y preferencias a la deliberación colectiva las están sometiendo a un “filtro externo”, ya que en dichas discusiones pueden darse cuenta que sus opiniones y preferencias pueden traer consecuencias negativas que les habían pasado inadvertidas, son contradictorias o simplemente poco deseables (Gargarella, 1996: 159). En segundo lugar, la deliberación es útil para las personas que participan en ella, ya que al intercambiar ideas y argumentos con otras tienen más información con la cual construir preferencias nuevas o modificar las ya existentes; de esta manera, la deliberación le permite a las personas no descartar opciones porque no las conocen o porque no conoce la validez de las que ya descartó (Gargarella, 1996:

159). En tercer lugar, la deliberación obliga a las personas que en ella participan a esforzarse para que las posturas que presentan sean realmente convincentes y sólidas, al presentar argumentos que no estén basados en el interés de una persona o un grupo particular, sino que encuentren un fundamento más sólido al anclarse en el interés y bienestar de toda la sociedad (Gargarella, 1996: 159 – 160). (Lo cual implica tácitamente que es necesario que las personas que participan en la política lo hagan de manera desinteresada y altruista). Como consecuencia, si como resultado de la deliberación se toma una decisión que es aceptable por todos los que en ella participaron, eso implica que dicha decisión es correcta¹ e imparcial (Gargarella, 1996: 161).

Por otro lado, la deliberación es provechosa para las personas ya no por cuestiones epistemológicas, sino también por cuestiones pedagógicas. Para deliberar es necesario oír posturas diferentes a las propias y respetarlas, así como forzarse a presentar contra-argumentos válidos a dichas posturas cuando sea el caso, de tal manera que como resultado las personas pueden mejorar sus capacidades para razonar y para vivir en comunidad con otras y otros puntos de vista diferentes de los suyos (Gargarella, 1996: 160).

Implícita en los postulados arriba presentados está la idea de que en una comunidad no existen, ni deberían existir, elites epistemológicas que puedan tomar decisiones por las demás personas

1 Aunque Gargarella no explica qué entiende él por una decisión “correcta”, puede suponerse que se refiere a la mejor de todas las decisiones posibles. Al respecto dice: “Por razones como las antedichas, la tradición (genuinamente) radical defiende, en principio, la más amplia interacción pública en el proceso de toma de decisiones como forma de contribuir a una toma de decisiones correctas” (énfasis por fuera del texto original). (Gargarella, 1996: 122).

(Gargarella, 1996: 160). Es decir, grupos de personas que por tener ciertas características (una mejor educación que la del resto de la población, una “claridad mental” poco común o una motivación altruista) tengan la potestad de decidir por todas las personas sobre qué es lo que ellas quieren o desean frente a temas particulares. Esta visión de la democracia supone que cada persona se debe ocupar de presentar y defender sus preferencias frente a todas las demás (Gargarella, 1996: 160).

Ahora bien, desde una perspectiva más jurídica, esta teoría de la democracia privilegia ciertas fuentes formales² sobre otras; especialmente, privilegia a aquellas que por su diseño institucional pueden propiciar más fácilmente una deliberación como la arriba descrita sobre aquellas que no. Así, por ejemplo, es preferible que las decisiones sobre temas que la sociedad considera fundamentales sean llevadas a cabo por la rama legislativa del poder público, debido a que es la rama más representativa de todas (Gargarella, 1996: 161 y 162), cuyos miembros son elegidos por votación popular y cuyo funcionamiento requiere de debates y discusiones públicas para tomar dichas decisiones. En cambio, no es deseable que dichas decisiones sean tomadas en espacios poco representativos, en donde los miembros no son elegidos por votación popular y son cerrados al público, como los despachos judiciales (Gargarella, 1996: 161) o las oficinas burocráticas de los funcionarios administrativos, precisamente porque ellos carecen de condiciones para

2 Al respecto, el profesor Eduardo Álvarez Correa señala que “[u]na fuente de derecho es una autoridad que la sociedad considera capacitada para determinar qué normas jurídicas se aplicarán. De hecho, la autoridad jurídica es un (...) grupo de personas, que son los autores de la norma jurídica, aunque por elipsis se acostumbra entender por “fuente” la decisión tomada por estos autores. Por ejemplo, se dice que la ley es fuente de derecho, aunque en realidad lo es el autor de la ley, el legislador”. (Álvarez, 1979: 77).

adelantar una deliberación como la que se señala arriba.

Este escenario se complica si se tiene en cuenta que el diseño institucional de ciertos ordenamientos jurídicos contemporáneos, permite que instancias no representativas y cuyos miembros no están sujetos a controles electorales puedan dejar sin fuerza una decisión política que resulta de una deliberación tomada por la rama legislativa. Esto, conocido como el control judicial de las leyes, es una “dificultad contra-mayoritaria” de los ordenamientos contemporáneos³; en buena medida refleja el temor de personajes como James Madison de darle mayor peso jurídico a la “voluntad popular” que se expresa por medio de las leyes⁴. Es decir, una instancia como la Corte Constitucional colombiana puede tener la “última palabra” con respecto a si una decisión que tomó la rama legislativa tiene fuerza jurídica o no, lo

3 Para explicar el origen de dichas instituciones, Gargarella argumenta que el origen del control judicial en Estados Unidos se debe a un conflicto de clases entre deudores y acreedores en la década comprendida entre 1780 y 1790. Debido a una fuerte recesión económica, había muchas personas que no podían pagar sus deudas, razón por la cual se vieron sistemáticamente enjuiciados por sus acreedores. A su vez, dichas personas ejercieron tal presión política que eventualmente tomaron control de las legislaturas estatales, las cuales a su vez aprobaron una serie de medidas encaminadas a solucionar los problemas de los deudores. Dichas medidas incluían, por ejemplo, la emisión de papel moneda destinada a aquellos para que tuvieran un medio de pago para cumplir con sus obligaciones. Como los acreedores sospechaban que este tipo de medidas no representaban una solución real, ejercieron presión política para que los jueces derogaran dichas medidas. Tres décadas después, con el argumento de que las leyes deben ajustarse a la Constitución porque de lo contrario algunas de ellas podrían modificarla, fue que la Corte Suprema sentó la pauta final para el control judicial de las leyes. (Gargarella, 1996: 17-26, 47).

4 Refiriéndose al contexto en el que escribía Madison, Gargarella señala: “Allí, cuando se hablaba de “minorías” se estaba haciendo referencia a uno, y sólo a uno, de los posibles grupos minoritarios de la sociedad: el grupo de los “acreedores”, o grandes propietarios.” Esto prueba el origen elitista del control judicial de las leyes. (Gargarella, 1996: 33).

cual, en principio, parece inadmisibles para esta teoría de la democracia.

Precisamente para solucionar la tensión implícita en el control judicial de las leyes, y entre la teoría y la práctica, Gargarella sugiere que se cree un órgano del Estado compuesto por personas especialmente formadas (Gargarella, 1996: 174) cuya función debe ser vigilar que el proceso legislativo mediante el cual se toman decisiones respete las normas establecidas para ello, que no existan restricciones arbitrarias que limiten la participación de los diferentes representantes o de los grupos representados⁵ y “reprocharles la utilización de ciertas razones en la justificación de la ley” a los legisladores (Gargarella, 1996: 17). Así, este mecanismo de control busca precisamente que aquellas leyes que presentan dudas sobre las condiciones de la deliberación que llevaron a su promulgación, sean revisadas y, en caso de que se compruebe que ciertas condiciones no se cumplieron, estas sean reenviadas al legislativo para que surta de nuevo el proceso o corrija los vicios que presenta, para que el resultado final se ajuste mucho mejor a lo que se espera de ellas (Gargarella, 1996: 174).

Gargarella llama a esta propuesta la técnica del reenvío, y con ella se busca que el control de las leyes fortalezca la deliberación democrática, y no que frene la expresión de la voluntad y el acuerdo general (Gargarella, 1996: 174 y ss.). Al implementar esta “técnica” sería la rama más representativa del Estado la que tendría la “última palabra” sobre la fuerza jurídica de las decisiones políticas que en ella tienen su origen.

5 Para Carlos Santiago Nino la revisión judicial de las leyes era posible sólo bajo tres supuestos: la custodia del proceso democrático, el resguardo de la autonomía individual y la preservación de la práctica constitucional histórica. (Gargarella, 2010).

III. Los problemas y paradojas de la democracia deliberativa

Si bien la presentación que hace Roberto Gargarella de la democracia deliberativa la hace ver como una teoría interesante que responde a muchos problemas que se pueden percibir en las democracias contemporáneas, como por ejemplo, la exclusión de grupos sociales en la toma de decisiones políticas, ello no implica que no sea una teoría problemática y paradójica de la democracia. Es problemática porque supone que la concentración de información, así como su posterior discusión bien intencionada, basta para generar decisiones correctas e imparciales. A su vez, es paradójica en dos sentidos diferentes pero estrechamente relacionados: en primer lugar, es paradójica porque es una representación filosóficamente elitista de cómo debería ser la democracia; pretende que las personas perciban y participen en la política de manera filosófica –ya que las condiciones que exige la deliberación son tan exigentes que la deliberación tiende a parecerse a un debate de filosofía política.

En otras palabras, esta teoría proyecta una perspectiva filosófica de cómo debería ser la deliberación, y la presenta como deseable para que sea observada por todas las personas, sin tener en cuenta que dichas condiciones difícilmente se pueden dar en la vida política cotidiana. En segundo lugar, es una teoría paradójica porque privilegia la deliberación sobre la democracia. Le otorga tanta importancia a la deliberación, que eventualmente el órgano político que tome la decisión que se busca, deja de ser relevante y pasa a un segundo plano. Como consecuencia de esto, termina prefiriendo instancias poco representativas para que tomen las decisiones que sería deseable que fueran tomadas por instancias más representativas

pero que se perciben como desordenadas y poco deliberativas. A continuación, exploraré con más detalle estas ideas.

A. La epistemología de la democracia deliberativa y su crítica

Tal como se mencionó en la sección anterior, la deliberación pública juega un papel esencial en la teoría de la democracia deliberativa. La deliberación consiste en la discusión desinteresada⁶ de las diferentes preferencias por parte de todas las personas capaces que participan de la discusión, con el propósito de tomar decisiones sobre temas sensibles (por ejemplo, la legalidad del consumo de estupefacientes) para la sociedad. A su vez, las decisiones que resultan de la deliberación son a la vez normas jurídicas, cuya fuerza en el sistema jurídico está estrechamente vinculada con la legitimidad de su creación. Por lo tanto, la deliberación como proceso de creación de normas jurídicas es fundamental por dos razones: como la deliberación produce decisiones a partir del conocimiento previo de las preferencias personales, se supone que el resultado de la deliberación es de alguna manera correcto (Gargarella, 1996: 122,

⁶ Si bien el autor es enfático en señalar que “en la visión deliberativa de la democracia (...) la imparcialidad de una decisión no se vincula con las tesis de algunos individuos con capacidades extraordinarias y motivaciones altruistas (...): cada individuo se ocupará de enunciar y defender sus preferencias frente a las del resto” (Gargarella, 1996: 160), compárese con esta otra cita: “(...) la deliberación puede ayudar a la imparcialidad motivando a los individuos a dejar de lado argumentos basados en su propio interés”. (Gargarella, 1996: 159). Por un lado, vemos que la imparcialidad de una decisión no depende de que alguien la justifique apelando al “bien común” o desde una postura altruista. Pero por otro lado, vemos que el altruismo – dejar de lado argumentos basados en el propio interés – sirve como estrategia para hacer argumentos convincentes y persuasivos (así nadie apele explícitamente a esta característica para justificar su imparcialidad). Como los argumentos más fuertes serán aquellos que no estén basados en el interés propio, la deliberación se vuelve un ejercicio altruista.

nota 9). Así mismo, es fundamental porque tiene en cuenta las preferencias de todas las personas capaces, y no solamente las de unas pocas “elites” epistemológicas. Esto, a su vez, resulta de reconocer en las personas individuos con iguales derechos y deberes. Como consecuencia de lo anterior, la información con la que cuentan los individuos y con la que construyen sus preferencias personales, tanto a nivel personal como grupal, es determinante en la calidad de las decisiones que se adopten por medio de la deliberación.

Ahora bien, la teoría de la democracia deliberativa no parece muy controversial al suponer que las personas tienen información incompleta a la hora de deliberar. En este sentido, diferentes autores han señalado que como las personas carecen de dicha información, suelen tomar decisiones equivocadas con respecto a lo que quieren lograr⁷. Por ejemplo, Posner señala que a las personas les queda mucho más fácil determinar qué es lo que más les conviene a ellas, que construir una opinión de lo que más le convenga a toda la sociedad, ya que precisamente carecen de la información para construir una preferencia acertada al respecto (Posner, 2003: 131). Sin embargo, podría ser que el problema de la información insuficiente se resuelva al momento de deliberar sobre las preferencias individuales, ya que la discusión, como señala Gargarella, les revela información útil a las personas que participan en ella (Gargarella, 1996: 159).

Ahora bien, esta postura tampoco parece ser muy convincente, ya que la deliberación no necesariamente garantiza que la información de la que disponen ciertas personas por separado

7 El problema de la información ha jugado un rol muy importante en la teoría económica. Sobre cómo las personas suelen carecer de la información adecuada y ésta puede ser manipulada ver, por ejemplo: (Akerlof, 1970: 488 – 500).

pueda ser complementada cuando ellas se reúnen para deliberar. Esto se debe a que la deliberación de un conjunto de conocimientos imperfectos, no necesariamente produce un conocimiento perfecto o adecuado, ya que es imposible construir un parámetro para poder establecer cuál de las piezas de conocimiento que tiene una persona, complementa la falta de información que tienen las otras. En este sentido, Hayek explicó que la concentración de la información que se encuentra dispersa en la sociedad en un cuerpo político, no produce información perfecta, ya que en el proceso de concentración se pierde mucha de la información que se trataba de reunir⁸. Por otro lado, un error de información compartido por todos los deliberantes no se percibe como tal, de hecho, difícilmente se percibe⁹.

De igual manera, vale la pena considerar si, además de insuficiente, la información que tienen

8 (Hayek, 1945: 520 - 530). Al respecto, este autor señala que la información que diferentes personas pueden tener depende en buena medida del espacio y tiempo particular en el que se desempeñan – en este sentido, la información no es universalmente válida. Por lo tanto, no se puede agrupar de manera estadística sin perder precisamente esas características que la hacen contingente. Además, si se quisiera agrupar toda esa información en un órgano político, tal proceso sería tan costoso – no toda la información pertinente es gratuita y fácil de conseguir – y demorado, que necesariamente se perderá información en el proceso. Por lo tanto, un órgano político nunca tendrá toda la información relevante para tomar decisiones sobre qué es lo que más le conviene a toda la sociedad.

9 (Gordon, 1984). Este autor señala que ciertas “verdades históricas” con el paso del tiempo han sido desvirtuadas, y sólo cuando se mira hacia atrás en la historia se perciben como errores. Dice: “[...] the difficulties we have in imagining forms of social life different from and better than those we are accustomed to may be due to the limits on our conceptions of reality rather than to limits inherent in reality itself. After all, perfectly smart and forward-looking Americans of about a century ago habitually believed such things as that social order and economic prosperity depended absolutely on the maintenance of permanent class divisions or slavery; that it was absurd utopianism to suppose that blacks and whites could ever associate on terms of social intimacy or equality (or if they did, the results would be biological degradation of the species)”.

las personas para construir sus preferencias es imparcial o no. Desde esta perspectiva, el problema ya no radica en la calidad o cantidad de la información que es necesaria para construir una preferencia. Es, más bien, un problema social, ya que además de actuar a partir de información empíricamente comprobable o lógicamente argumentable, las personas también actúan a partir de otra clase de "información", como son los prejuicios. No importa que las personas sepan que determinado prejuicio es falso o verdadero, lo que importa es que actúen a partir de éste. De hecho, los prejuicios juegan un rol esencial en la forma en la que se comportan las personas y en el tipo de decisiones que adoptan.

Ahora bien, los prejuicios hacen parte importante de las preferencias que las personas construyen, y no es claro que la deliberación sea un mecanismo lo suficientemente fuerte como para que los prejuicios no determinen, así sea parcialmente, las decisiones que se pretende tomar. Ante esto, Gargarella señala que, precisamente, una de las ventajas de la deliberación es que por medio de ella creencias sin mayor justificación, como pueden ser los prejuicios, pierden fuerza y evitan que las personas caigan en un error (Gargarella, 1996: 159). Pero este contra - argumento ignora que los prejuicios son creencias muy particulares y socialmente arraigadas que pueden ser uno de tantos factores de cohesión social; por ello es de esperarse que las personas en una deliberación, más que erradicar estas creencias, tomen decisiones que de alguna manera las incorporen o resulten de su influjo. De nuevo, esto se refiere al problema de percepción arriba mencionado: los errores, si son compartidos por todos, dejan de ser errores (Gargarella, 1996: nota al pie No. 30).

Como bien se acordará el lector, se supone que la deliberación política busca que las personas que participan en ella puedan afinar más sus preferencias, con el propósito de tomar una decisión política construida a partir del diálogo entre éstas. Por lo tanto, si hay preferencias opuestas, las personas pueden descartar aquellas que son más débiles que otras, gracias a que la deliberación les aporta más información de la que disponían de antemano y pueden tomar una mejor decisión. Pero esto supone que cualquier diferencia ideológica puede ser superada por medio de la deliberación, cuando con frecuencia podemos apreciar en la realidad que muchas veces la deliberación puede exacerbar el ánimo de las partes que en ella participan. Por ejemplo, una persona que defienda el aborto en todas las circunstancias y otra que se oponga radicalmente a él, difícilmente van a cambiar sus posiciones si se sientan a deliberar.

Estas dos posturas implican visiones del mundo tan radicalmente diferentes y están tan emocionalmente cargadas, que las discusiones llevan más a un atrincheramiento de las posturas personales que a una deliberación que de alguna manera implique aceptar los argumentos de la postura contraria. En este sentido, la deliberación no asegura la convergencia de preferencias que la teoría sugiere para la toma de decisiones imparciales, ni lima las asperezas que surgen entre las personas por las posturas que sostienen y defienden¹⁰. Suponer que personas con preferencias radicalmente opuestas van a solucionar sus diferencias a partir de la

10 "A pentecostal and an atheist, a pro life and a pro choicer, a pacifist and a foreign policy "realist", a hunter and a vegan, do not reach modus vivendi through discussion; discussion exacerbates their differences by bringing them into open contention" (Posner, 2003: 135).

deliberación es poco realista, como coinciden en señalar autores aún partidarios de esta visión de la democracia como Cass. R. Sunstein¹¹. Lo anterior muestra que ésta teoría es inadecuada, ya que no tiene en cuenta un dato importante sobre la vida en sociedad: las posiciones emocionalmente cargadas y dogmáticas hacen parte de la discusión política, y por más odiosas que lleguen a resultar, no se puede suponer que dejen de ser un *datum* social relevante.

De igual manera, el problema de la información se complica aún más si se tiene en cuenta que muchas veces las personas, pero especialmente los representantes, no tienen los incentivos necesarios para presentar sus verdaderas preferencias desde el comienzo del proceso de toma de decisiones. Hay situaciones en las que ocultar dichas preferencias hace parte de un juego estratégico, ya que un actor político, después de evaluar una situación particular, se da cuenta que puede maximizar sus utilidades (como por ejemplo, aumentar su influencia política en un proceso de toma de decisiones) revelando sus preferencias solamente cuando otros actores ya hayan revelado las suyas. En este sentido, tener la última palabra sobre qué iniciativa política se apoya puede resultar decisivo para que ésta sea aprobada o no¹². Además, el comportamiento estratégico para tomar decisiones se puede

producir tanto en la rama legislativa, así como en sede judicial o administrativa.

B. Deliberación y elitismo

Antes de continuar, es necesario señalar qué se entiende, para efectos de este texto, por “paradoja”. De acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española, la palabra “paradoja” tiene tres acepciones, de las cuales nos interesa la tercera de ellas: una paradoja es “una figura de pensamiento que consiste en emplear expresiones o frases que envuelven contradicción”¹³. Con esto en mente, se quiere decir que la teoría de la democracia deliberativa presenta una serie de argumentos sobre cómo y por qué es deseable que la deliberación ocupe un lugar preponderante en la estructura política y jurídica de un ordenamiento democrático, pero al mismo tiempo, y de manera implícita, dichos argumentos terminan por contradecir los planteamientos originales de la teoría.

Ahora bien, para la presente discusión es tan importante tener en cuenta qué se delibera como la forma en la que se delibera. La deliberación sobre temas sensibles e importantes para la sociedad ocurre en un nivel particularmente abstracto, ya que, tal como sucedió recientemente en Colombia con el caso del aborto, dichos temas implican conceptos abstractos, como la noción de justicia o de equidad. Pero esta teoría de la democracia no tiene en cuenta que resulta prácticamente imposible deliberar sobre temas fundamentales para la sociedad, sin terminar llevando a cabo discusiones filosóficas y abstractas. (Además, a

11 (Posner, 2003: 135). Cass Sunstein señala: “in many cases, however, all the deliberation of the world will not dissolve disagreement”. (Sunstein, 2001: 8).

12 Daniel A. Farber y Philip P. Frickey recalcan la importancia que tiene en un proceso legislativo el control de la agenda legislativa a partir del teorema de Arrow, ya que pueden manipular la transitividad de las opciones que se votan (Farber – Frickey, 1991: 39 y 40). Sin embargo, argumentan que a pesar de lo anterior el sistema actual no ha llevado a que las legislaturas sean completamente caóticas e incoherentes, debido a las reglas institucionales que, por ejemplo, señalan el número de rondas que cada ley debe ser discutida y aprobada para su aprobación (Farber – Frickey, 1991: 47 - 50).

13 Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. Vigésima Primera edición, Madrid, España, 1992, p. 1081. De hecho, esta acepción es la que hace referencia al uso retórico de la palabra en cuestión, y por eso se consideró el más adecuado.

pesar de su utilidad, este tipo de discusiones son poco concluyentes y no determinan rumbos de acción precisos y determinados¹⁴).

Esto resulta problemático, ya que si las personas van a deliberar sobre decisiones que las pueden afectar directamente, lo mínimo que se puede esperar de la deliberación es que se dé en un nivel en el que todas las personas puedan seguir la discusión, y no que sean solamente aquellas personas que tienen una educación o inclinación filosófica las que la puedan seguir u orientar. Pero si la deliberación es tan abstracta debido a los conceptos y temas que involucra que sólo algunos la pueden seguir plenamente (ya que pocas cosas hay tan áridas como las discusiones sobre filosofía política y moral), la deliberación termina siendo profundamente excluyente.

Lo anterior supone que la deliberación política, para que sea fructífera, requiere de sus participantes una relativa homogeneidad; por un lado, no pueden sostener posiciones radicalmente opuestas (un choque de posturas extremas no llevaría a una deliberación adecuada), y deben estar preparados para llevar a cabo discusiones que tarde o temprano implicarán conceptos abstractos sobre filosofía política y moral. Al proponer que lo más importante de la democracia es que permite la deliberación de las diferentes preferencias para construir decisiones políticas correctas e imparciales, realmente esta teoría está proponiendo, de manera implícita, que la democracia debe tener las características de una discusión filosófica, en términos de las cualidades de sus participantes así como en términos de cómo

14 “[...] the objection arises that debates over moral and political philosophy are notoriously inconclusive [...] and in any event far above the head of the average, or for that matter the above – average, voter”. (Posner, 2003: 133).

se discuten y construyen las decisiones que se adoptan. Resulta entonces una teoría elitista, ya que sólo una elite epistemológica muy particular puede ponerla en marcha. Precisamente por esto resulta paradójica: una teoría no se puede preciar de ser incluyente a nivel social, si al mismo tiempo sólo puede ser llevada a cabo por un grupo particular de la sociedad.

Pero otra conclusión se desprende de este análisis de la deliberación, y es que ésta sigue de cerca una falacia sostenida por Sócrates. Este filósofo señalaba que todas las personas llevaban por dentro las verdades esenciales de la moralidad, y como esas verdades son comunes a todos, una vez salen a la luz por medio de la deliberación, las diferencias se tornan aparentes y los conflictos dejan de existir¹⁵. El verdadero propósito de la deliberación es precisamente ese: que por medio de la discusión pública podamos corregir nuestras preferencias (Gargarella, 1996: 159 y 160) y así conocernos mejor a nosotros mismos y a los demás (Posner, 2003: 136). En la medida en que la

15 Esta percepción de Posner encuentra su fundamento en la metodología epistemológica socrática, la mayéutica (Posner, 2003: 136), que era “[...] el arte con que el maestro, mediante su palabra, va alumbrando en el alma de discípulo nociones que este tenía en sí, sin él saberlo” (Diccionario de la Lengua Española, p. 948). Dicho método tiene dos etapas: en la primera, Sócrates le mostraba a su interlocutor que estaba equivocado y en la segunda, reconociendo sus limitaciones, el interlocutor avanzaba a partir de la razón hacia el descubrimiento de dichas verdades. En los Diálogos de Platón, (Teeteto, 151b) compara su labor con el de una partera “Me he extendido, mi buen Teeteto [...] porque supongo, como también lo crees tú, que sufres el dolor de quien lleva algo en su seno. Entrégate, pues, a mí, que soy hijo de una partera y conozco ese arte por mí mismo, y esfuérzate todo lo que puedas por contestar a lo que yo te pregunte. Ahora bien, si al examinar alguna de tus afirmaciones, considero que se trata de algo imaginario y desprovisto de verdad, y en consecuencia lo desecho y lo dejo a un lado, no te irrites como las primerizas, cuando se trata de sus niños.” (Platón. Diálogos. Tomado originalmente de: [Caballero, 1997.] Nótese las similitudes entre esta cita y los argumentos que expone Gargarella sobre las ventajas de la deliberación pública en (Gargarella, 1996: 158 – 160).

democracia se acerque más a nuestras intuiciones va a producir decisiones políticas correctas, porque como en el fondo todos los participantes comparten las mismas verdades morales, el conflicto que podría existir es superficial. Ahora bien, esto revela que esta teoría de la democracia es, implícitamente, muy universalista, y por lo tanto, niega la existencia de perspectivas morales y políticas genuinamente diferentes. Esta conclusión en particular muestra otra faceta paradójica de esta teoría: una teoría que se precia de ser incluyente a nivel social no puede al mismo tiempo negar, de manera implícita, que existen perspectivas políticas genuinamente diferentes, y que estas no necesariamente son reconciliables.

C. La prioridad de la deliberación sobre la democracia

El segundo sentido en el que esta teoría de la democracia resulta paradójica tiene que ver con que lleva a que se prefiera la deliberación sobre la democracia. Paradójicamente, muchos de los adherentes a la democracia deliberativa son, al mismo tiempo, defensores del poder judicial de revisar las decisiones legislativas bajo ciertas condiciones. Debido a que la deliberación es en sí misma un ejercicio político tan exigente, sistemas políticos como el colombiano son percibidos, a los ojos de esta teoría, como muy poco democráticos. Entre más exigente sea la teoría, más deficiente es la práctica. Por lo tanto, las personas que siguen esta teoría (académicos y litigantes por igual) se ven forzados a acudir a instancias no representativas como las altas cortes para que tomen las decisiones que ellos quisieran que se tomaran en las instancias representativas¹⁶,

16 [Posner, 2003: 141] así mismo, un ejemplo de esto en Colombia podría ser la discusión actual que se vivió a comienzos de este año con respecto al tema del aborto; pero tal vez uno de los

esgrimiendo justificaciones como la falta de verdadera legitimidad del parlamento (Rodríguez, 2005: 201). Para ello, se justifican con toda clase de argumentos, como, por ejemplo, el carácter “representativo” de los magistrados debido a que fallan “en nombre del pueblo y por mandato de la constitución”¹⁷. Así pues, la paradoja radica en que los seguidores de esta teoría pueden encontrar en ella una justificación para acudir a instancias que a priori consideran ilegítimas, pero que frente a la realidad política son las únicas que pueden llevar a cabo los cambios del sistema jurídico que desean¹⁸. Lo anterior implica que los adherentes a esta teoría, consideran que si la rama legislativa no es lo suficientemente deliberativa, la rama judicial, y en especial las altas cortes, sí.

El argumento de que las altas cortes son legítimas para introducir cambios jurídicos cuando las leyes no obedecen verdaderamente a un proceso deliberativo merece mayor atención. Como la deliberación tiene un valor epistemológico

más claros ha sido el trámite que ha tenido el proyecto de ley de derechos patrimoniales para las parejas homosexuales: en las tres oportunidades en las que se ha votado, un número importante de congresistas se ha retirado del recinto, dejando la votación sin quórum. De acuerdo con esta teoría, este comportamiento muestra la falta de compromiso del Congreso para discutir temas relevantes para la sociedad, lo cual justificaría acudir, en el contexto colombiano, a la Corte Constitucional para que mediante una demanda de inconstitucionalidad aborde la discusión que el Congreso elude y tome una decisión – lo cual efectivamente ha sucedido con este tema en particular. (Ver: El Tiempo.com http://www.eltiempo.com/politica/2006-10-11/ARTICULO-WEB-NOTA_INTERIOR-3280700.html)

17 Un ejemplo de esto se puede apreciar en: (Aberastury, 1999: 144). El poder de los jueces como actores sociales fundamentales destinados a acercar el derecho a la realidad es un tema común en la literatura de éste magistrado desde sus primeras obras.

18 (Farber–Frickey, 1991: 47). Al respecto, estos autores señalan: “From believing that public [sic] deliberation yields superior answers, it is only a small step to the desire to impose politically correct behavior on the ignorant populace. The dark side of republicanism is its potentially totalitarian tendency to subordinate individuals to the public good, as defined by governmental elites.”

además de político, las leyes son realmente el producto de una ficción a la que las condiciones de la realidad se tienen que ajustar para ser válidas. Por lo tanto, un juez constitucional que adhiera a esta teoría interpretaría la constitucionalidad de una norma imaginándose qué escogerían las personas si realmente el sistema democrático fuera verdaderamente deliberativo, cosa que resulta imposible debido a las limitaciones epistemológicas que esto implica. Lo anterior supone que cuando los jueces deliberan sobre la constitucionalidad de una norma, realmente están representando los intereses de las personas que se pueden ver afectadas por su decisión. A su vez, esta ficción encuentra su justificación normativa en el sentido de frases como “En nombre del pueblo y por mandato de la Constitución”. Como consecuencia de lo anterior, paradójicamente la tensión entre democracia representativa y el “carácter contramayoritario” del control de constitucionalidad por parte de los jueces desaparece (Posner, 2003: 160–161).

Ahora bien, Gargarella podría objetar lo anterior señalando que precisamente la importancia de la técnica del reenvío es que la “última palabra” sobre la constitucionalidad de una norma queda en manos de la rama legislativa. Precisamente, la idea de dicha “técnica” es que un grupo de personas especialmente formadas (Gargarella, 1996: 174) le señale a dicha rama los vicios de los que adolecen sus actuaciones. Pero dicho órgano sólo puede presentar sugerencias que de ninguna manera pueden ser obligatorias para los legisladores, si lo que se quiere es preservar la autonomía implícita en su función como representantes de los diferentes sectores sociales. Por lo tanto, depende del espíritu democrático, o de la buena fe, de estos para tener en cuenta dichas sugerencias y revisar la decisión adoptada; pero esta es una apuesta difícil, ya que los legisladores se pueden

oponer a acatar dichas sugerencias esgrimiendo muchas razones diferentes.

Por ejemplo, podrían oponerse señalando simplemente que ellos son los legisladores, y que su misión consiste en representar adecuadamente los intereses de la población, y no en hacerle caso a instancias poco representativas y ajenas a un control democrático sobre lo que ellas creen que es más conveniente. Pero los problemas no terminan ahí; dicho grupo de personas especialmente formadas es una elite epistemológica, ya que se supone que las personas que la componen tienen la preparación y el conocimiento suficiente para revisar una decisión legislativa y encontrarle defectos tanto a su promulgación como a su argumentación; es decir, se supone que sus miembros saben más que los legisladores, y por ello pueden ver los problemas que aquellos no vieron. Pero si realmente es necesario modificar las decisiones que promulga la rama legislativa, entonces la técnica del reenvío sólo sería eficaz si las sugerencias se convierten en mandatos que obligan a los legisladores si quieren que la decisión que adoptaron tenga fuerza jurídica.

Es decir, se hace necesario que el control de las leyes tenga efectos vinculantes para la rama legislativa –y de esto sólo puede resultar que dicho control lo haga alguien con la competencia y capacidad jurídica como para imponerle a los legisladores una obligación respaldada por un poder superior al de la voluntad de estos: la Constitución. Por lo tanto, esta técnica desemboca en la paradoja expuesta, ya que es paradójico que una teoría que busca que las decisiones sobre temas fundamentales para la sociedad sean tomadas en espacios representativos termine aceptando la necesidad de que dichas decisiones sean tomadas por instancias que no lo son.

El libro de María Luisa Rodríguez, *Minorías, acción pública de inconstitucionalidad y democracia deliberativa* representa un ejemplo claro de esta paradoja. En esta obra se sugiere que el diseño institucional de la Corte Constitucional “le permite asegurar una mayor calidad de la deliberación que la que se desarrolla en el parlamento” (Rodríguez, 2005: 165). Debido a esto, cuando dicha Corte lleva a cabo el control judicial de las leyes puede “levantar el burka a viejo tabúes que se conectan con históricos muros de contención del Congreso, no porque no exista un deseo ciudadano de levantarlo, ni porque el Parlamento no considere adecuado legislarlo, sino porque ni uno ni otro quieren asumir el coste personal e histórico de re-evaluar el statu quo” (Rodríguez, 2005: 169). Así mismo, señala que una de las razones por las cuales el Congreso colombiano tiene dificultades para adelantar estas tareas, es porque “[l]as leyes que intentan regular estos temas suelen ser difíciles de tramitar, básicamente por la descarga emocional y moral que ellas involucran” (Rodríguez, 2005: 169)¹⁹. (Lo cual nos devuelve al argumento de la homogeneidad necesaria de los participantes en la deliberación para que esta sea provechosa).

Razones como el diseño deliberativo del funcionamiento de la Corte Constitucional, su composición, su capacidad para tener acceso a la información, la restricción de tiempo para adoptar decisiones y la imparcialidad de sus miembros (Rodríguez, 2005: 167 y 168) le permiten concluir a la autora que esta Corte tiene la legitimidad y la capacidad necesaria para procesar toda la información pertinente (Rodríguez, 2005: 168) para decidir si una ley que afecta a una minoría excluida

del debate parlamentario es inconstitucional o no. En este sentido, el control judicial de las leyes es defendido como un mecanismo que refuerza la inclusión social por medio de la deliberación de los jueces porque corrige problemas como la falta de representatividad del parlamento y protege a las minorías tradicionalmente ignoradas (Rodríguez, 2005: 200 – 203). Una vez se acepta este argumento, resulta apenas lógico concluir que “[l]a justicia constitucional puede efectivamente convertirse en uno de los espacios más adecuados para corregir las deficiencias de la democracia representativa porque aunque en el Parlamento se dan las condiciones adecuadas para debatir, el acuerdo conseguido no logra abarcar una legitimidad extensa” (Rodríguez, 2005: 201).

Considero que la ficción de la deliberación judicial como representación de distintos sectores sociales, aludida anteriormente, es una imagen que tiene actualmente y tendrá hacia el futuro un rol muy importante en el imaginario jurídico y político de países como Colombia, en los que la rama legislativa está tan desprestigiada. Al mismo tiempo que su fuerza proviene de la teoría de la democracia deliberativa, reemplaza otros imaginarios que obedecen a visiones anteriores de la democracia, a la vez que está en sintonía con otros imaginarios contemporáneos. Así, por ejemplo, esta imagen reemplaza la fe ciega en la labor legislativa típica de la escuela de la exégesis francesa como fue recibida en Colombia, y está en sintonía con la visión del juez como actor jurídico que por medio de su discrecionalidad adapta el derecho a la realidad (López, 2004). En cierto sentido, la deliberación como forma de representación es una imagen que complementa la visión del juez como “actualizador” del derecho, ya que le da cierta legitimidad popular a los

¹⁹ Como se podrá apreciar, dicha dificultad surge cuando se contrasta la teoría con la realidad; entre más exigente sea la teoría, más decepcionante es la realidad.

esfuerzos de éste por actualizar el derecho a su leal saber y entender²⁰.

Sin embargo, como todas las imágenes, la deliberación como representación es una simplificación un tanto cruda de la decisión judicial. Su debilidad radica precisamente en que obedece a una petición de principio: Como los jueces pueden llegar a creer que representan los intereses de todas las personas al interpretar la constitucionalidad de una norma, pueden orientar y justifican sus fallos de esa manera, de lo cual resulta que la práctica obedece a la teoría. Ahora bien, esto resulta tautológico ya que desde un comienzo suponen que los procesos democráticos que llevan a la creación de las leyes no son suficientemente deliberativos, es decir, no se ajustan al modelo propuesto. Los adherentes a la teoría de la democracia deliberativa perciben el sistema democrático como demasiado lejano de la teoría (o de su interpretación de la Constitución, que termina siendo lo mismo) por problemas como la falta de representación de minorías o la ausencia de deliberación, e ignoran que las decisiones democráticas pueden obedecer a muchos otros factores que no tienen nada que ver con la deliberación como ellos se la imaginan²¹. Consideran que si los legisladores no se portan de manera desinteresada y altruista, y por lo tanto, no llevan a cabo una deliberación pública como la descrita, las decisiones que obtengan por otros medios carecen de validez.

20 Un ejemplo de esta visión se puede encontrar en: (Cepeda, 1985: 43).

21 El libro de María Luisa Rodríguez, citado anteriormente, es un ejemplo claro de esta afirmación por las razones ya expuestas. Sin embargo, es curioso que a pesar de ello, destaque que la Corte Constitucional no ha protegido a ciertas minorías lo suficiente a pesar de todas las ventajas democráticas que le ve a su labor. Ver, por ejemplo, el cuadro sobre sentencias favorables a los derechos de los homosexuales que la autora presenta en (Rodríguez, 2005: 355).

IV. Conclusiones

Quisiera ahora, a manera de conclusión, argumentar que el énfasis en la preponderancia que debe tener la deliberación en una democracia hace más difícil explicar y justificar otras dinámicas políticas que hacen parte de su funcionamiento. Esto se debe a que una democracia es más que la voluntad popular, así esta resulte de una deliberación. La promulgación de normas es una de las tantas prácticas que hacen parte de una democracia, como también lo es su implementación y evaluación –siendo estos aspectos muy relevantes pero relegados por esta corriente teórica. Es importante tener en cuenta que la democracia deliberativa resuelve problemas de validez, legitimidad e inclusive legalidad de las leyes como normas jurídicas, pero no dice nada sobre si la eficacia de estas coincide con los resultados que se buscaban con su promulgación. De hecho supone que como las leyes obedecen a una deliberación, van a producir los resultados que se esperan de ella, sin detenerse a considerar que los efectos de una norma jurídica válida, legítima y legal pueden ser muy distintos de los propósitos que la inspiran. La respuesta a este interrogante yace por fuera del ámbito de la deliberación, especialmente si la democracia se define en estos términos.

Por otro lado, si lo central de una democracia es que las leyes sean el resultado de la deliberación, es necesario hacer enormes esfuerzos para justificar el control judicial. Si la deliberación no es perfecta –y se han presentado buenas razones argumentando que no lo es– no llevar a cabo un control constitucional es un gran riesgo para los derechos y libertades de todos los ciudadanos, no sólo de aquellos que forman parte de las minorías. Puede que la deliberación contribuya a

que las decisiones políticas sean menos parciales o erróneas, pero siempre se corre el riesgo de equivocarse. A partir de esto, los mecanismos que tiendan a cotejar las leyes con los principios y valores contenidos en una Constitución tienen como propósito que las leyes que se promulguen no atenten contra el contenido de dicha Constitución, y por lo tanto limitar en la medida de lo posible que aspectos como los prejuicios sociales continúen formando parte del ordenamiento jurídico.

Pero hay otras razones para justificar el control judicial de las leyes, que van más allá de la simple adecuación de las leyes a los derechos, principios y preceptos constitucionales. (Los argumentos de Madison sobre la protección de las minorías son, probablemente, los más conocidos, y por eso no es necesario repetirlos aquí²²). Desde planteamientos teóricos más contemporáneos, como el de Landes y Posner (1975)²³ el control judicial de las leyes es necesario por otras razones. Si se ven las leyes como el resultado de varios acuerdos entre diferentes grupos que componen la sociedad (nótese que esto no excluye la existencia de una discusión pública) y que tienen por marco jurídico a la Constitución, el control judicial de las leyes estaría orientado a ver que esos acuerdos tengan un objeto lícito y que sean eficientes, es decir, que no le generen externalidades a terceros no involucrados y que los costos que generan los acuerdos sean interiorizados por el grupo que esté mejor organizado para ello²⁴.

22 Sin duda alguna, la obra más importante de este autor está contenida en El Federalista de Alexander Hamilton, James Madison y John Jay. Gargarella señala que el aporte más significativo de Madison al diseño institucional de la Constitución de Estados Unidos fue el ensayo No. 10, ya que en él plasma cómo las asambleas legislativas tendían a orientarse de acuerdo con las facciones que las constituían. Sobre el desarrollo de ésta idea, ver: (Gargarella, 1996: 31 y 32).

23 Ver también: (Farber – Frickey, 1991: 15).

24 Sobre esta perspectiva de eficiencia, ver: (Calebresi, 2005).

La discrecionalidad del juez constitucional le permitiría limitar los comportamientos poco democráticos de los actores políticos desde una perspectiva “*antitrust*” como la que sugiere John Ely²⁵, sin que necesariamente el juez constitucional sea percibido como un agente benevolente y externo (Gargarella, 1996: 151 y 152) a las prácticas políticas, ya que tener diferentes jueces que compitan entre sí para ver cómo van a cumplir éste propósito puede ser más beneficioso para la sociedad en términos de respetar la diversidad inherente a ella que otras perspectivas que tienden hacia la homogeneidad²⁶. Esto, de paso, podría significar un puente interesante entre el concepto tradicional de control judicial y la evaluación de los resultados que produciría una norma jurídica.

Finalmente, la imagen de la representación judicial como representación popular resulta ser una ficción tan alejada de las necesidades política de países como Colombia (dejando a un lado quién, cuándo y cómo se definan), que es necesario preguntarse hasta qué punto resultaría útil para construir o reformar las instituciones democráticas de este país. Este artículo invita a pensar la democracia no como algo que creemos intuitivamente que debería girar alrededor de la deliberación sino, por el contrario, como algo ya existente y que tiene unas dinámicas propias e ineludibles. Sin duda alguna, la práctica democrática de la gran mayoría de los países del

25 (Gargarella, 1996: 148). Ver: (Ely, 1980).

26 Retomando un argumento de Carl Schmitt, Posner señala que como la sociedad norteamericana tiene tantos puntos de vista irreconciliables en una sola teoría omnicompreensiva del derecho, el respeto a la diversidad se logra cuando la rama judicial está compuesta por jueces que representan los diferentes puntos de vista que componen la sociedad. Lo interesante es que en la medida en la que las diferentes posturas de los jueces choquen entre sí, no habrá un punto de vista que prime sobre el otro. Ver: (MacFarquhar, 2001).

mundo está lejos de ser perfecta; la democracia, tanto a nivel teórico como práctico, tiene toda clase de problemas. Pero, antes de buscar una solución en el mundo platónico de las ideas perfectas, podríamos ver a nuestro alrededor, y preguntarnos cómo han hecho los diferentes sistemas políticos del mundo para superar sus propios problemas, especialmente aquellos de representatividad y legitimidad. La deliberación por sí sola no es suficiente para resolver estos problemas (lo cual no quiere decir que sea completamente innecesaria²⁷ así nadie plantee algo tan extremo); las respuestas que buscamos yacen en la experiencia histórica de otros países, así como en la voluntad de aproximarnos desde enfoques diferentes y otras disciplinas a estos problemas.

Post scriptum

Han pasado cuatro años desde que apareció la versión original de mi trabajo sobre problemas y paradojas de la democracia deliberativa. Quisiera agradecer la amabilidad de Leonardo García Jaramillo por incluirlo en esta colección, así como

27 Por ejemplo, Posner discute los efectos positivos que puede tener la deliberación a nivel local, así no todos los participantes tengan un interés directo en los asuntos que se discuten, porque esta gira alrededor de temas específicos y no alrededor de valores abstractos. Por ejemplo, en Estados Unidos la calidad de las escuelas públicas y el monto del impuesto de educación afectan el valor de las propiedades de un distrito escolar, así algunos de los propietarios no tengan hijos (Posner, 2005: 137). La deliberación pública también puede ser útil desde una perspectiva política, más no epistemológica, ya que esta puede servir como una "válvula de escape" social en la que se ventilan problemas sociales, y las autoridades pueden ver qué temas les preocupan a las personas – una propuesta original de John Stuart Mill. (Posner, 2005: 139). Así mismo, es útil en el sentido en el que le permite a las personas participar en la política y desarrollar un sentido de pertenencia y control de los asuntos del Estado, así los resultados que se obtengan de dicha participación no sean los más adecuados; esta era la opinión del juez Learned Hand. (Posner, 2005: 134).

los comentarios críticos que Roberto Gargarella y María Luisa Rodríguez han hecho sobre él. Hoy en día, con la ventaja de la retrospectiva, creo que muchos de los comentarios que hacen estos autores –especialmente los del profesor Gargarella– son atinados, y porque no decirlo, demoledores. Yo me siento contento con mi texto, que fue inicialmente mi tesis de grado, ya que terminó publicado y debatido por dos autores que respeto mucho y que son autoridades en esta materia.

Sin embargo, no he podido "hacer las paces" con la teoría de la democracia deliberativa. Creo sin duda alguna que es una *buena* teoría de la democracia, pero las grietas que advertí en un principio me siguen espantando tanto como hace cuatro años, y todavía no sé qué hacer, o mejor, qué proponer, para que la teoría no siga siendo un gigante con pies de barro.

No dudo que resulte deseable que en cada instancia de decisión, sea judicial o parlamentaria, haya una deliberación representativa, y que es fundamental que los grupos de ciudadanos puedan hacer oír sus voces. Pero me cuesta mucho trabajo pensar que la teoría de la democracia deliberativa, tal y como es presentada, pueda resolver los diferentes problemas que enfrenta. Todos estos problemas son esencialmente políticos: para algunos, la teoría de la democracia deliberativa es un ideal que permite legitimar la actividad judicial colombiana, para otros es una teoría que busca presentar el derecho constitucional a su mejor luz, es decir, de la manera más coherente y justificable posible. La necesidad de legitimación, por un lado, y de justificación, por el otro, hace que un lector cuidadoso se pregunte sobre las verdaderas dimensiones de los problemas que esta teoría busca lograr.

Hay dos ideas que, muy a pesar mío, no tuvieron eco en los comentaristas de mi texto. La primera tiene que ver con que la teoría de la democracia deliberativa es tan exigente, que eventualmente llevará a que muchas decisiones importantes para nuestras sociedades y que resultan de un proceso democrático (aunque solo nominalmente) terminen decididas por los jueces constitucionales. Es, en ese sentido, una teoría que permite críticas demoledoras a la práctica cotidiana, tal y como la vemos, y esta crítica es muy necesaria. Pero termina siendo un contrasentido que personas no electas, rodeadas de rituales extraños, sean los que tomen decisiones políticas fundamentales en una democracia. Claro, puede que los jueces tomen mejores decisiones que las que toma un Congreso como el colombiano, pero ese no es el punto, lo importante es, o era en un principio, la legitimidad de quienes deciden, no los valores que orientan la decisión.

Ante este problema hay varias respuestas, unas más directas que las otras. Por ejemplo, una respuesta directa consiste en buscar cambiar las instituciones que determinen la manera en la que los representantes al congreso o parlamento toman decisiones. Si en verdad somos demócratas, deberíamos hacer todo lo posible para que nuestras decisiones políticas reflejen nuestros anhelos de vivir en una sociedad mejor. Otra respuesta, consiste en redimensionar el funcionamiento de los tribunales constitucionales. Sin querer decir que dicho redimensionamiento es indeseable, esta respuesta no corrige el problema de fondo, sino que lo deja a un lado. Esperar que un Congreso como el colombiano reaccione ante una decisión constitucional mejorando drásticamente la calidad de su deliberación –la reacción más deseable– sin tener en cuenta los factores políticos y económicos que determinan su funcionamiento,

no va a llevar a los cambios que buscamos. Si acaso, terminará por incrementar la actividad de los tribunales constitucionales, y cambiando un problema de legitimidad por otro.

La otra idea que no tuvo mayor eco es el elitismo implícito en considerar que, ante fallos en un proceso legislativo, quienes tienen todos los elementos necesarios para tomar la mejor decisión posible como resultado de un proceso deliberativo son, necesariamente, los jueces. El hecho de que tengan la última palabra no puede justificarse de manera alguna en que sepan más, mejor, o simplemente tengan procesos más sofisticados para tomar decisiones. Los jueces no son diferentes a cualquier otra persona, no siguen un proceso deliberativo riguroso, y en muchos casos tienen su propia agenda política (más no necesariamente partidista). Sus decisiones no deberían estar por encima o ser ajenas a críticas, solo por el hecho de ser jueces. Y, por lo tanto, resulta un contrasentido que una teoría que se precia de ser democrática termine por darle un estatus especial, casi religioso, a la actividad judicial.

Si la deliberación parlamentaria es a toda luz tan deficiente, si los representantes son tan indolentes y vagos, y sus decisiones siguen intereses privados particulares y reprochables, entonces lo que merece rechazo y redefinición es el conjunto de instituciones que permite que esto sea así. No buscar soluciones a estos problemas, y enfocarse más bien en la actividad judicial, termina por esquivar el problema. En resumidas cuentas, la teoría de la democracia deliberativa falla precisamente porque no se concentra en solucionar el núcleo del problema que parece justificar el control constitucional en primer lugar. Los límites de la teoría de la democracia

deliberativa estriban en el diseño institucional de los congresos y parlamentos.

Entiendo que mi postura tenga muchas lecturas que puedan parecer antagónicas en el momento político que vive Colombia. Algunos lectores tendrán problemas con mi postura porque considerarán que representa un arsenal de argumentos para utilizar contra el proceso de constitucionalización del derecho colombiano. Por medio de este proceso, la Corte Constitucional ha tomado decisiones que, en aras de proteger los derechos fundamentales de las personas, han afectado de manera importante el desarrollo de muchas políticas públicas y muchos intereses políticos y privados particulares. Mis argumentos podrían servir para, de alguna manera, decir que la Corte Constitucional ha errado, que sus detractores, muchos de ellos conservadores, tienen razón, y que en realidad ha habido una usurpación del poder político. También podrían servir para impulsar una agenda anti-constitucionalista en la que se busca realzar el valor del Congreso como eje central de la política colombiana, y con ella, el valor de hacer lobby, la compra de votos, los “cohechos”, y otras prácticas perniciosas.

Pero, siendo realista, me cuesta mucho trabajo creer que la inercia que ha tomado la constitucionalización del derecho colombiano vaya a cambiar como resultado de estos argumentos. Independientemente de cuál sea la mejor teoría de la democracia para un país como Colombia, no es la teoría por sí misma la que hará que cambie la práctica constitucional colombiana. En cambio, la práctica legislativa sigue siendo un fenómeno sub-teorizado para el derecho en nuestro país (aunque no para disciplinas afines), y frente al cual no tenemos nada nuevo para decir como

abogados desde hace un buen tiempo. Y eso sí que constituye una falencia.

En mis días más críticos, siento que la energía que le dedicamos a teorías como la democracia deliberativa la pudimos haber dedicado a estudiar y practicar nuestra profesión en aquellas áreas del derecho que inciden en que una sociedad como la colombiana sea tan injusta. Pienso, por ejemplo, en el derecho comercial o el derecho administrativo, y veo en ellos campos que inciden directamente en la vida de millones de personas en mi país, y con un potencial para realizar un cambio orientado hacia los mismos principios de los que parte la teoría de la democracia deliberativa (De Soto, 2009). Desafortunadamente sospecho que muchas son las razones para que nos concentremos en la teoría de la democracia, en la justicia de sus aspiraciones abstractas, en la belleza de su lenguaje aspiracional, y que por ello dejemos de lado el trabajo en aquellos campos del derecho cuya práctica es, y hay que decirlo así, directamente responsable por la vida miserable que llevan muchos colombianos.

Hoy en día me preocupa menos la teoría de la democracia deliberativa y me preocupa muchísimo más la práctica jurídica en aquellos campos del derecho que inciden directamente en la calidad de vida de las personas. La constitucionalización del derecho en Colombia está lejos de ser completa: todavía hay muchas situaciones injustas, muchos derechos violados, que por diferentes razones no llegan a los tribunales constitucionales y que sin embargo merecen nuestra directa atención. Espero que los lectores compartan en cierta medida esta preocupación, y contribuyen a fomentar las condiciones para una democracia desde la práctica cotidiana del derecho, especialmente en campos que no han

sido permeados en su cotidianidad por el derecho constitucional.

Finalmente, ¿Cómo veo la relación entre democracia, deliberación y control judicial de las leyes? Hoy en día reconozco sin duda los meritos y aportes de la discusión que plantean los profesores Gargarella y Rodríguez, pero creo que tal vez la discusión la podemos complementar con otras perspectivas. Creo que, como sugiere Mark Graber, el control constitucional de las leyes y la actividad parlamentaria se complementan y soportan mutuamente, más que encontrarse en una tensión irresoluble, inspirada a su vez por principios en conflicto. El control judicial de las leyes tiene, con más frecuencia de la que se admite, un respaldo político: tanto miembros del congreso o parlamento como miembros de la rama administrativa apoyan, e inclusive facilitan, que los jueces se encarguen de ciertos temas y tomen decisiones cuando ello beneficia los intereses y agendas particulares de los actores políticos involucrados o por involucrarse. Al mismo tiempo, los magistrados o jueces constitucionales aceptan ese rol cuando ello les permite tomar decisiones de acuerdo con sus agendas e intereses, siempre y cuando no vayan más lejos de lo políticamente admisible para los distintos actores mencionados. La aparente tensión entre el principio democrático y el control judicial de las leyes se disuelve en la medida en la que todos los actores advierten que en muchos casos es mejor que alguien más tome una decisión, bien sea porque asumir los costos

políticos, o asumir los beneficios asociados a controvertir el *status quo*, es más beneficioso (Graber, 2002)²⁸.

En suma, no debe extrañarnos que los jueces tomen decisiones que, en teoría, corresponden al ámbito de la deliberación legislativa. Lo que sí debe extrañarnos es lo poco que sabemos sobre cómo funciona la distribución de las oportunidades para tomar estas decisiones, y como varían de contexto en contexto. Que esto tenga lugar tampoco debe parecernos como antidemocrático, sino todo lo contrario; conocer los mecanismos de asignación de toma de decisiones es un primer paso para conocer cómo funciona nuestra política, hacer un diagnóstico adecuado, y sugerir recetas particulares para resolver (y no esquivar) los problemas detectados. A su vez, ignorar que este tipo de relaciones tienen lugar, o catalogarlas como anti-democráticas, depende de las premisas que sustenten nuestro análisis crítico. Si al revisar nuestras premisas encontramos que están basadas en imágenes poco realistas de las personas y de nuestras instituciones, hay que comenzar de nuevo. Mi perspectiva, después de cuatro años, es que hay que pensar tanto los problemas, como los fundamentos de las ideas que nos lleven a caracterizar ciertas prácticas como problemáticas, y la viabilidad de las soluciones que tenemos a nuestro alcance. La experimentación, más que la dogmática, constituye un camino para la búsqueda de respuestas admisibles.

28 Comentario al libro *The Warren Court and American Politics*, de Lucas A. Powe.

LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA Y SUS PRESUNTAS PARADOJAS

Roberto Gargarella

Me alegra tener un espacio para introducir algunos comentarios críticos al texto de Andrés Palacios Lleras, el cual conocí gracias al profesor Diego López Medina. Por intermedio de Diego, le hice llegar al autor unas críticas preliminares a su texto. Al conocer la existencia de tales comentarios, mi amigo Leonardo García me invitó a que los reelaborara de modo tal de poder incluirlos en la presente publicación.

Le agradezco igualmente a Andrés por el empeño puesto en revisar la concepción sobre la democracia que he venido defendiendo en los últimos años. Lo que haré a continuación es clarificar lo que entiendo por “democracia deliberativa” para luego enumerar mis desacuerdos con el autor y agregar, inmediatamente, algunos comentarios explicativos frente a cada uno de los puntos que mencione. Trataré de ser lo más conciso y directo posible en mis expresiones. Espero que el autor sepa interpretar esta respuesta como un modo de tomarme en serio un trabajo con el que creo que merece disentirse.

I

Muchos de los estudios más interesantes de filosofía política hacen referencia actualmente al ideal de la democracia deliberativa, pero a pesar de ello, aún no se ha llegado a desarrollar un corpus sólido acerca de qué significa el mencionado ideal. Voy a tomar sólo los rasgos más salientes de tales estudios para complementarlos con ciertos criterios de “sentido común”. En mi opinión (y ésta es una de las notas más interesantes de la idea mencionada) el ideal de la democracia deliberativa es un parámetro adecuado e incluso coincidente con muchas de nuestras intuiciones más básicas acerca de cómo debería funcionar una democracia.

Es posible distinguir entre muchas versiones de la concepción deliberativa de la democracia¹, pero propondré aquí una versión caracterizada por los

1 Tales como, por ejemplo, Nino (1996), Bohman (1996), Cohen (1989a), Elster (1998a), Fishkin – Laslett (2003), Gutmann – Thompson (1996) y Bohman – Rehg (1997).

dos siguientes rasgos: primero, supondré que esta perspectiva de la democracia requiere que las decisiones públicas sean adoptadas luego de un amplio proceso de *discusión colectiva*. Segundo, supondré que el proceso deliberativo requiere, en principio, la intervención de *todos aquellos que se verían afectados (así sea potencialmente)* por las decisiones en juego. Esta definición se relaciona con la concepción acuñada por Elster (1998: 8-9) para quien el concepto de la democracia deliberativa incluye el que la toma de decisiones colectivas “debe hacerse (directamente) con la participación de todos aquellos que serán afectados por la decisión, o por intermedio de sus representantes: esta es la parte democrática. Todos acuerdan también que dicho concepto incluye la toma de decisiones por medio de argumentos ofrecidos *por y para* los participantes que están comprometidos con los valores de la racionalidad y la imparcialidad: ésta es la parte deliberativa”.

La concepción deliberativa de la democracia es una postura anti-elitista porque rechaza el criterio según el cual alguna persona o grupo de personas se encuentran particularmente capacitadas para decidir en nombre de los demás de forma imparcial². Este último criterio, epistemológicamente elitista, fue defendido por los “padres fundadores” de la democracia norteamericana, que entendían que las mayorías no estaban capacitadas para gobernarse a sí mismas. Por ello, decían, la voluntad de las mayorías debía someterse al filtro de un selecto

cuerpo de representantes. Para Morton White, por ejemplo, los “padres fundadores” del sistema representativo estadounidense (Madison, Hamilton y Jay) suscribían una postura “epistemológicamente elitista en lo que hace al descubrimiento del interés público” porque “sólo aquellos que se elevasen por encima de la ambición, los sesgos, los prejuicios, los intereses parciales e inmediatos del hombre común [iban a estar en condiciones de descubrir] los verdaderos intereses de la comunidad”. (White, 1987: 216)³.

Actualmente es más difícil encontrar afirmaciones como las mencionadas, abiertamente elitistas. De todos modos, dicha postura parece implicada en aquellos que ven a la clase política como responsable y “dueña” del gobierno, y sostienen que la ciudadanía debe contentarse pura y exclusivamente con hacer sentir su “voz” periódicamente, a través de la elección de sus representantes. La Constitución argentina (1994) permite, de hecho, entrever ese dejo elitista cuando afirma el principio de que “el pueblo no delibera ni gobierna, sino por intermedio de sus representantes” (artículo 22).

En la idea de democracia deliberativa se adopta entonces una postura normativa contraria al elitismo. Según el principio que aquí se asume, es valioso y deseable que la ciudadanía delibere con el fin de decidir adecuadamente los rumbos principales de la política. En este caso, la intervención permanente de los ciudadanos en el proceso de toma de decisiones es vista como una condición necesaria del sistema democrático. Por ello, dicha intervención debe ser alentada y no restringida, como parece suceder en el caso anterior.

2 De acuerdo con una ilustrativa metáfora presentada por Edmund Burke, los representantes del pueblo eran como los médicos, que debían indicar la cura a seguir; mientras que la población cumplía más bien el papel del enfermo, debiendo señalarle a aquellos cuáles eran sus dolencias (Burke, 1960). Uno de los análisis más completos de dicha postura es el de Hanna Pitkin (1967).

3 Para algunas precisiones conceptuales véase, fundamentalmente, (Nino, 1988).

A diferencia de lo que parece ocurrir con ciertas visiones de la democracia (típicamente, visiones pluralistas o economicistas), la democracia deliberativa no toma las preferencias de los individuos como dadas en la medida en que distingue enfáticamente entre el ámbito del mercado y el de la política. El tipo de conductas que puede ser apropiado en el mercado no debe confundirse con los comportamientos que deben ser propios de la política. En el primero de esos espacios resulta aceptable que el consumidor elija entre cursos de acción que sólo difieren entre sí en cuanto al modo como lo afectan a él. En la política, en cambio, los ciudadanos deben expresar sus preferencias respecto de estados que también difieren en el modo en que pueden afectar a otros sujetos (Elster, 1989), (Sunstein, 1991). De allí, por ejemplo, la necesidad de crear oportunidades para que los individuos puedan revisar sus preferencias y cambiarlas si es necesario. Así vista, la política no es concebida como un lugar en el que, meramente, se implementan preferencias previamente existentes.

De otra parte, la concepción normativa de la democracia que se sustenta parte de una posición individualista. En las versiones pluralistas de la democracia la principal preocupación es que ninguna facción o grupo de interés se imponga sobre los demás grupos, asegurando así un equilibrio entre las distintas corporaciones presentes⁴. En los mejores casos (también muy frecuentes dentro de la ciencia política contemporánea) lo que se pretende es mejorar la representación de intereses o ampliar el número de facciones participantes en el proceso político. Nino (1992: 194 y ss.) criticó este tipo de posturas y correlativamente defendió una concepción epistémica de la democracia deliberativa.

4 Análisis pluralistas, como los que aquí se objetan pueden encontrarse, clásicamente, en (Dahl, 1963: 981).

La concepción democrática pluralista, llamada también madisoniana (Dahl, 2006), difiere ampliamente de los presupuestos individualistas que caracterizan a la democracia deliberativa. El individualismo al que me refiero consiste, básicamente, en tomar a las personas y no a los grupos como unidades fundamentales del proceso democrático. Ello implica, por ejemplo, privilegiar la defensa de los derechos de las personas por sobre la maximización de los beneficios de grupos o facciones.

Esta concepción concibe a la ciudadanía como un grupo de personas motivadas principalmente por pasiones o por impulsos eminentemente auto-interesados, los cuales normalmente les impiden tomar decisiones de forma racional y acorde con los intereses de la sociedad en general⁵. Es por eso que, desde este punto de vista, el sistema constitucional está principalmente dirigido a reducir, en lugar de expandir o promover, la influencia en política de los grupos de interés⁶, particularmente de los grupos mayoritarios. No resulta sorprendente que esta visión de la democracia habitualmente se asocie con un bajo nivel de participación cívico-política: para quienes apoyan esta perspectiva, la apatía política favorece, en vez de socavar, la estabilidad política, la cual aparece aquí como uno de los valores políticos más importantes.

Desde la perspectiva judicial, quienes se adhieren a la perspectiva pluralista de la democracia, sustentan que uno de sus principales deberes

5 Esto es lo que James Madison presentó como un principio ineludible en la política, cuando afirmó que "en las asambleas tan numerosas, sin importar su carácter y composición, la pasión nunca deja de arrebatarse el cetro a la razón" (Hamilton - Madison - Jay, 1999, n. 55).

6 Tal era la perspectiva de Madison, tal como se presentó en Hamilton, Madison y Jay (1999: n. 10).

es prestarle el debido respeto a la voluntad democrática del pueblo y que la principal “sede” de la voluntad del pueblo reside fuera de la Constitución, en el “aquí y ahora”. De lo anterior se deduce que, si el pueblo no toma medidas activas para la aplicación de los derechos sociales, los jueces tienen que ser respetuosos hacia esa decisión soberana, en lugar de tratar de imponer sus propios puntos de vista en contra de ella.

Alexander Hamilton fue uno de los primeros que defendió el enfoque según el cual la Constitución era considerada como la principal y exclusiva “sede” de la voluntad popular. En *The Federalist Papers* (No. 78) sostuvo que la voluntad genuina del pueblo residía en la Constitución, y no en las decisiones transitorias de la legislatura. Por esa razón, creía que estaba plenamente justificado para los jueces, en ciertas circunstancias, “declarar inválidas leyes del legislativo”. En su opinión, esta “conclusión de ninguna forma supone la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Solamente asume que el poder del pueblo es superior al de ambos, y que en caso de que la voluntad del legislativo –expresada en las leyes– fuera opuesta a la del pueblo –consignada en la Constitución–, los jueces debían sujetarse a los mandatos de la segunda, en lugar de a los mandatos de la primera”. De esta manera, Hamilton inauguraba una nueva forma de pensar las relaciones entre la Constitución, la democracia y el poder judicial.

Con posterioridad, el magistrado John Marshall transformó esta opinión en una sentencia judicial que hizo historia: *Marbury vs. Madison* (5 U.S. 137, 1803), la cual justificó el control judicial de constitucionalidad y la supremacía judicial como formas de proteger la verdadera voluntad del pueblo. A su juicio, “el pueblo tiene el derecho genuino de establecer, para su futuro gobierno, los principios que –sostuvo– deberán conducir

a la mayor felicidad personal de la mayoría”. Y –añadió– “como la autoridad de la que proceden es suprema, y casi nunca puede actuar, fueron diseñados para ser permanentes”. Comprometidos con proteger la democracia, los jueces no tendrían otra alternativa más que invalidar todas aquellas normas que desafíen la autoridad de la Constitución.

Para llegar a esa conclusión y definir cuáles normas desafían actualmente la autoridad de la Constitución, los jueces tendrían que asumir una perspectiva más amplia sobre el significado de la democracia y también una teoría particular sobre cómo interpretar la Constitución. La teoría democrática que parece estar implicada en este análisis es precisamente la visión pluralista, según la cual el objetivo de la Constitución es prevenir opresiones mutuas en un mundo que está caracterizado por la presencia de *facciones* que continuamente intentan extender sus poderes incluso a costa de la violación de los derechos de otras personas.

Los jueces que se adhieren a la perspectiva pluralista, respecto de la interpretación constitucional, tienden a compartir la misma óptica sobre el tema, asumiendo que la forma correcta de interpretar la Constitución les exige seguir (una u otra versión de) lo que actualmente se denomina una teoría originalista de interpretación, la cual propone interpretar la Constitución de acuerdo con su comprensión original (cualquiera que ésta sea). En el contexto norteamericano, el texto de la Constitución, así como sus principales fuentes, habían sido entendidos como compromisos con un fuerte individualismo y hostiles hacia lo que se llamó el “activismo de Estado”⁷. La Constitución

7 Algunos autores como Michael Sandel (1996) han caracterizado esta visión del Estado como “procedimentalista”, dado que el Estado es reducido a su mínima expresión, renunciando

parece estar a favor de un Estado mínimo, o sea un Estado que no interfiera con las elecciones individuales de los ciudadanos y que deje un espacio amplio para las iniciativas privadas en materia económica. Tal Estado, se supone aquí, respeta adecuadamente la libertad individual y favorece el progreso económico.

Al sustentar que la toma de decisiones políticas debe basarse, primordialmente, en la discusión, los defensores de la democracia deliberativa se oponen no sólo a versiones elitistas o pluralistas de la democracia, sino también a versiones “populistas” en virtud de las cuales la sola intervención de las mayorías, a través del voto, es suficiente para dotar de validez a una cierta decisión. La democracia deliberativa vincula las ideas de discusión e imparcialidad.

Una primera versión de la perspectiva populista se volvió popular entre líderes políticos y figuras públicas durante la época de las revoluciones francesa y norteamericana. Particularmente entre las alas radicales de los participantes en ambas revoluciones, resultaba claro que el lugar del poder judicial estaba completamente subordinado al lugar de las ramas políticas. Los jueces debían resolver conflictos mediando entre pretensiones opuestas, pero no tenían ningún rol que desempeñar con respecto al contenido y significado de la Constitución. Los jueces –se suponía entonces– carecían de la autoridad necesaria para cuestionar lo que las autoridades políticas decidían hacer. Como se refleja en la metáfora del poder judicial como aquel que sólo es “la boca que pronuncia las palabras de la ley”, los jueces se encontraban reducidos a aplicar la voluntad del legislador, en lugar de interpretarla o modificarla en forma alguna.

a sus impulsos “regulativos”, lo mismo que a su propósito de imponer cualquier tipo de resultados “sustantivos”.

En el primer informe legislativo elaborado después de la Revolución Francesa sobre el papel que debía desempeñar el poder judicial, se dijo que los jueces no debían tener el “peligroso privilegio” de interpretar la ley o de incluir en ella sus propias perspectivas. En Estados Unidos un sentimiento general de hostilidad hacia el poder judicial (manifestado en algunas rebeliones populares caracterizadas por “la rebelión de *Shays*”), se extendió a través de las clases más bajas después del final de la Revolución. Tal hostilidad generalizada hacia el poder judicial, representó la expresión más alta de una profunda convicción en virtud de la cual los jueces no se deben ver envueltos en cuestiones “políticas” (entendidas éstas en un sentido amplio).

La perspectiva populista que se desarrolló entonces, llegó a desafiar la concepción pluralista de la democracia, particularmente respecto al limitado papel que ésta concepción le reservaba a la participación política: los populistas consideraban que la apatía política era un defecto (en lugar que una virtud) de la democracia. De acuerdo con (al menos algunas versiones de) la concepción participativa, la democracia requiere una sociedad auto-gobernada basada en ciudadanos activos y virtuosos. En su forma ideal, esta sociedad está compuesta por ciudadanos que están identificados con su comunidad y que tienen fuertes lazos de solidaridad con sus conciudadanos.

La concepción de Rousseau podría ser calificada como populista, ya que la deliberación está ausente a pesar de que se sostenga un principio de participación colectiva⁸. Igualmente, las obras de Thomas Paine y Thomas Jefferson representan antecedentes importantes de esta concepción de la democracia. Los escritos de estos tres autores

⁸ Criticando la posición de Rousseau, en su desconocimiento del valor de la discusión, véase (Manin, 1987: 338-368).

difieren en muchos aspectos, pero en este punto merece la pena destacar algunas de las coincidencias que los unen. Estos autores creían que asegurar el valor de la participación política requería la satisfacción de ciertas precondiciones sociales y económicas. Usualmente estas precondiciones incluyen la organización de la comunidad en unidades pequeñas y el “cultivo” de virtudes cívicas. Más interesante aun para nuestro propósito, reviste el requerimiento de la existencia de una sociedad igualitaria conformada por individuos situados en similares posiciones sociales. Para Rousseau, por ejemplo, la existencia de intereses distintos u opuestos –en otras palabras, la fragmentación de la sociedad en facciones– hacia imposible para el pueblo identificar sus intereses comunes. En estos casos, sostenía el filósofo ginebrino, cada individuo tendía a defender y a identificarse con los intereses de su propio grupo, considerando erróneamente que este interés parcial representaba el interés de todos.

La formación de la “voluntad general” –o en últimas, del auto-gobierno– requería de la igualdad. Ese es precisamente el por qué una sociedad comprometida con el valor del auto-gobierno, ante todo debería preocuparse por la distribución de recursos⁹. Claramente, este tipo de preocupaciones difieren de manera dramática de aquellas que caracterizan el pensamiento pluralista. Los pluralistas intentaron eliminar de la agenda política todas estas preocupaciones socio-

económicas, creyendo que la distribución final de los recursos debía resultar de una interacción espontánea entre los diversos miembros de la sociedad. Adicionalmente, los populistas abogaron por una organización institucional que le preste mayor atención a la intervención popular en la política pública, en lugar que al establecimiento de controles y límites sobre la voluntad del pueblo. Algunos de ellos objetaron abiertamente la idea de una democracia representativa, sugiriendo que existe una conexión entre la delegación del poder y la tiranía.

Recientemente, muchos autores y jueces han rescatado esta perspectiva sobre la democracia en sus discusiones sobre el rol apropiado que deben desempeñar los jueces de cara a los derechos sociales. Quizás de manera sorprendente –dado que el discurso participativo tradicionalmente ha sido asociado con las fuerzas progresistas– algunos autores conservadores comenzaron a propugnar por una participación reducida del poder judicial en lo que respecta a la protección de los derechos sociales y económicos de los más desfavorecidos en la sociedad. Esta posición se volvió particularmente fuerte después de que la afamada “Corte Warren” (1953–1969) empezó a imponer su agenda progresista (en términos de derechos anti-discriminatorios, libertad de expresión, debido proceso, derechos de prisioneros y detenidos, y también –aunque de manera incipiente– derechos de bienestar).

La pregunta que debe hacerse, entonces, es por qué se le debe otorgar tanta importancia a la deliberación, como etapa necesaria de cualquier proceso de toma de decisiones. Los defensores de la democracia deliberativa podrían dar varias razones al respecto. Podría decirse que una primera virtud de la deliberación es que puede contribuir a descubrir errores lógicos

⁹ Existen muchas y muy buenas ilustraciones de esta perspectiva, incluyendo los escritos agrarios de Thomas Jefferson, la propuesta temprana de Thomas Paine de una “renta básica”, el “Reglamento Provisorio” de José Artigas, para una distribución equitativa de los recursos en Uruguay (1815), y las iniciativas de Ponciano Arriaga (en la Convención Constitucional Mexicana de 1857) en favor de promulgar una Constitución dirigida principalmente a resolver el problema de la distribución inequitativa de la tierra. Elster se ocupó de la justicia respecto al reparto de recursos escasos, en (1993).

y fácticos en el razonamiento de aquellos que están tomando parte de la discusión. Si tomamos como punto de partida el hecho de que todos somos falibles, tenemos una primera razón para promover, en principio, los aquellos mecanismos que pueden ayudarnos a corregir nuestras decisiones, las cuales están y siempre estarán sujetas a errores fácticos y lógicos, a la falta de información y a los prejuicios sociales. Además, como todos sabemos, el sistema político sufre de numerosos problemas que facilitan la aprobación de decisiones parciales.

Existe una vasta literatura, tanto teórica como empírica, que refiere y documenta la indebida influencia que los grupos de interés más poderosos ejercen sobre el proceso político. Conforme a tal literatura, el sistema político tiende a sesgarse indebidamente o a resultar demasiado sensible a la presión de ciertos grupos, lo cual afecta tanto su carácter mayoritario, como su ambición de promover la imparcialidad. Tales dificultades deberían impulsar a que los partidarios de la democracia deliberativa se opusieran a decisiones: i) que terminen debilitando la deliberación presente o futura (decisiones *restrictivas a la deliberación*); ii) que son producto de un sistema deliberativo disfuncional (decisiones que resultan de *procedimientos viciados*); o iii) que son el resultado circunstancial de un proceso de toma de decisiones que, en situaciones particulares, falla al momento de considerar la relevancia de ciertos argumentos, o que tampoco asegura la justificación pública de sus conclusiones (decisiones basadas en una *deliberación imperfecta*)¹⁰. Por esto resulta

10 Si tomamos en cuenta la perspectiva de Carlos Nino sobre la democracia deliberativa, la custodia de este sistema requeriría examinar “la amplitud de la participación en la discusión por todos aquellos afectados por la decisión que se tomará en últimas, la libertad de los participantes de expresarse en la deliberación, la igualdad de condiciones bajo las cuales se efectúa la participación, la satisfacción del requisito de que las

necesario asegurar que “es la deliberación (no distorsionada por el poder privado) la que genera ese resultado” (Sunstein, 1985: 68), (Habermas, 1996: 274-286). En resumen, un sistema deliberativo bien organizado requeriría la existencia de mecanismos institucionales que mantengan y amplíen su carácter deliberativo.

La concepción deliberativa de la democracia difiere significativamente de las teorías pluralistas, particularmente como consecuencia de la segunda característica señalada. De hecho, la democracia deliberativa requiere que las decisiones públicas estén fundamentadas en una amplia base consensual, formada con la participación de todos los diferentes sectores de la sociedad. Conforme con esta perspectiva, mientras menor sea el alcance y la intensidad de la participación civil, más débiles serán las razones para considerar que el resultado final del proceso deliberativo es imparcial (Nino, 1991). La amplia intervención colectiva es concebida como una condición primaria y necesaria (aunque no suficiente) para alcanzar la imparcialidad en el proceso de toma de decisiones. Por otra parte, este modelo deliberativo coincide con la perspectiva participativa de la democracia respecto al valor que ambos le confieren a la participación política. Sin embargo, difiere respecto de, al menos,

propuestas sean justificadas apropiadamente, el grado en el cual el debate es un principio en lugar de una mera defensa de intereses, la ausencia de mayorías pétéreas, la medida en que la mayoría apoya las decisiones, la distancia en el tiempo desde que se alcanzó el consenso, y la reversibilidad de la decisión”. Y, agrega: “Las reglas del proceso democrático intentan asegurar que estas condiciones sean cumplidas en el máximo grado posible para convertir los resultados de dicho proceso en guías confiables hacia los principios morales” (Nino, 1996: 199). Siguiendo la visión epistémica de Nino, sostendría igualmente que los jueces en una democracia deliberativa deberían prevenir la aprobación de decisiones que interfieran con la moralidad personal e individual, dada la carencia de poder epistémico de la democracia al respecto. Sin embargo, no examinaré este asunto en esta etapa de mi argumento.

algunas versiones importantes de la perspectiva participativa, debido a la defensa que acomete del debate público. La obra de Rousseau podría ayudarnos a entender el significado de esta objeción. De acuerdo con *El contrato social*, la deliberación pública no sólo era innecesaria para el propósito de tomar decisiones imparciales, sino que era una precondition que hacía imposible la imparcialidad. De hecho para Rousseau, la deliberación pública amenazaba con dividir a la sociedad en facciones, pues actuaba contra la unidad social y provocaba que los ciudadanos pensarán más en sus propios intereses y menos en lo que tenían en común con sus conciudadanos. En otras palabras, la deliberación parece socavar el ideal mismo de crear una “voluntad general” (Manin, 1987).

La deliberación puede ser importante no sólo por su función “negativa” de prevenir errores, sino también por sus efectos “positivos” en la provisión de información, contribuyendo así a expandir el panorama de las alternativas entre las cuales optar. Esto es, una persona puede dejar de lado algunas alternativas por el mero desconocimiento de las mismas o puede dejar de reconocer ciertos puntos de vista que preferiría a los suyos, sólo porque no está en conocimiento de ellos. En relación con esto podría decirse que la discusión puede impedir (o ayudar a prevenir), la adopción de decisiones parciales o sesgadas, virtud ésta que resulta de primera importancia para cualquier sistema de toma de decisiones.

Esto no implica que no pueda llegarse a soluciones imparciales a través de otros medios. Tampoco que la discusión *asegura* la imparcialidad. Lo que sí se afirma es que la deliberación colectiva puede garantizar mejor que otros medios dicha imparcialidad. En primer lugar, muchas veces la toma de decisiones “parciales” se debe meramente

a la ignorancia de los intereses o preferencias reales de los demás, es decir, muchas veces las decisiones no-neutrales tienen que ver menos con el egoísmo o el autointerés de quienes las toman, que con malos entendidos respecto de cómo otras personas evalúan las decisiones por tomarse. Aquellos que toman las decisiones en cuestión, pueden ignorar que ciertos individuos o grupos encuentran absolutamente inaceptable la decisión del caso y creer que dicha solución, en cambio, es universalmente apoyada. La discusión pública puede resultar beneficiosa al reducir los riesgos derivados del ignorar o malinterpretar los puntos de vista de otros.

Otro importante beneficio de la discusión deriva de su carácter educativo. El proceso deliberativo, por el cual la gente intercambia opiniones, escucha los argumentos de otros, etc., provee una excelente oportunidad para la autoeducación de quienes debaten (Manin, 1987), (Nelson, 1980) respecto del mejoramiento de su habilidad de razonamiento y el desarrollo de su capacidad para convivir con otros (Pateman, 1970: 42-44), (Barber, 1984) y (Cohen, 1989a)¹¹. De todos modos, es claro, sostener que la deliberación favorece este tipo de resultados no implica decir que los produce necesariamente, ni de forma exclusiva. Los defensores de la democracia deliberativa defienden entonces un principio epistemológico opuesto al del “elitismo”; un principio epistemológico de raíz colectivista, ya que el “descubrimiento del interés público” aparecería requiriendo la opinión de cada uno de los posibles afectados por la decisión a tomarse¹².

11 Argumentos similares pueden encontrarse en (Gutman-Thomson, 1990: 64-88).

12 La conexión de esta postura epistemológica con la idea de democracia deliberativa, por ejemplo, puede verse en Nino (1996), así como en (Cohen, 1986: 26-38). Sobre la importancia de consultar a cada uno de los afectados por la decisión a tomarse, véase el trabajo de Habermas, “Further Reflections on the Public Sphere” (en: Calhoun, 1992).

Para los defensores de la democracia deliberativa, en definitiva, la política debe consistir fundamentalmente en discusión pública. En la promoción y ordenamiento de tal debate, el actual sistema representativo puede jugar un rol sobresaliente¹³. Sin embargo, y contra lo que algunos autores han sostenido, la discusión no se agota en el debate entre los representantes ni goza del mismo valor cualquiera sea la forma que adopte: distintos modelos de deliberación merecen ser valorados de modo distinto.

II.

Una vez clarificado el marco teórico dentro del cual me interesa moverme, y que refiere a una visión particular de la democracia, quisiera concentrarme directamente en el trabajo de Andrés Palacios, y avanzar algunos comentarios críticos sobre el mismo.

1) Ante todo, existe un problema estructural en el texto que comento, y es que toma mi posición como “representativa del tronco común de la corriente teórica de la democracia deliberativa,” y al mismo tiempo dedica un muy amplio espacio a discutir problemas que le atribuye a la democracia deliberativa, pero que son completamente ajenos a mi trabajo. El ejemplo más claro de lo que digo se vincula con su crítica al decisivo papel que algunos autores identificados con la democracia deliberativa le asignan al control judicial de las leyes.

Curiosamente, Andrés reconstruye mi visión a partir de mi libro *La justicia frente al gobierno*,

¹³ Se habla, así, de un sistema institucional “dialógico”, caracterizado por un intercambio y confrontación de opiniones entre los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Véase por ejemplo, (Ackerman, 1991), (Beer, 1993).

producto de una investigación doctoral desarrollada en la Universidad de Chicago bajo la dirección de Cass Sunstein, la cual está dedicada enteramente a criticar el control judicial. Es decir, o mi postura no es en absoluto descriptiva del “tronco común” de la democracia deliberativa (y entonces no se entiende por qué me asigna ese papel representativo); o el autor tiene una agenda de críticas frente a la democracia deliberativa que trascienden largamente mi trabajo (y entonces no se entiende por qué pierde el tiempo describiendo mi postura, que tiene poco que ver con la peculiar versión de la teoría que él quiere criticar).

2) Para criticar a la democracia deliberativa, Andrés (re)construye a la misma de una forma que exagera de tal modo las pretensiones de la teoría, que ella se vuelve muy difícil de reconocer y defender. En efecto, en vez de ser una teoría que marca un ideal regulativo desde donde evaluar prácticas institucionales concretas (i.e., evaluar el grado de imparcialidad de una decisión), la misma pasa a ser una teoría que quiere *garantizar* la producción de ciertos resultados (i.e., la imparcialidad de una decisión). Así presentada ¿quién puede estar a favor de la democracia deliberativa?

Cito sólo algunos apartes ilustrativos de lo que nos dice el autor. Por ejemplo, Andrés sugiere que los defensores de la democracia deliberativa entienden que la información y una “discusión bien intencionada,” “bastan para generar decisiones correctas e imparciales.” El autor objeta a la democracia deliberativa afirmando que “la deliberación no necesariamente garantiza” un buen procesamiento de la información en la que se basa; y que ella “no necesariamente

produce un conocimiento perfecto o adecuado;” y que ella “supone que cualquier diferencia ideológica puede ser superada por medio de la deliberación;” y que ella no entiende que algunas posturas “no necesariamente son reconciliables.” Cabría preguntarle al autor: ¿a qué teórico de la democracia deliberativa está criticando? ¿Quién puede creer que la deliberación garantiza la imparcialidad, suprime las diferencias ideológicas, produce conocimientos perfectos, o reconcilia lo irreconciliable?

En todo caso, lo que los defensores de la democracia deliberativa tendemos a pensar es que ella *minimiza* o tiene la potencia para minimizar ciertos riesgos habitualmente asociados a sistemas institucionales como el que tenemos (i.e., el hecho de que se tomen decisiones descuidando información importante; o sin escuchar a aquellos a los que deberíamos haber escuchado; o sin reflexionar mínimamente sobre los problemas o consecuencias que se derivan de nuestras demandas; o sin dar consideración debida de los puntos de vista de los demás).

3) Una parte importante de la argumentación de Andrés se dirige a señalar que la democracia deliberativa –y en particular la versión de la misma que yo defiendo– se distingue por sus rasgos elitistas. Es posible que el autor, o los autores en los que él se inspira –Richard Posner sin dudas– estén genuinamente animados por intuiciones elitistas. Pero ello no justifica el querer enlodarnos a todos con el mismo barro. La acusación de elitismo –que, a decir verdad, me irrita un poco– tiene, según el autor, más de un apoyo. Principalmente, la idea del autor es que las deliberaciones “tarde o temprano

implicarán conceptos abstractos sobre filosofía política y moral,” lo que –nos dice– conllevaría de manera implícita [¿?] que la democracia tome “las características de una discusión filosófica.” De allí que podamos decir, según el autor, que nos enfrentamos a una “teoría elitista, ya que sólo una elite epistemológica muy particular, puede ponerla en marcha.”

Me parece que este párrafo dice mucho más sobre el elitismo que moviliza al autor, que sobre cualquier rasgo que podría distinguir a la democracia deliberativa. Porque, increíblemente (al menos, es increíble para mí) el autor da por supuesto, sin la menor duda, que apenas la discusión pasa a involucrar algún concepto abstracto, entonces el debate ya no puede quedar sino en manos de una elite. Pero ¿cómo puede el autor llegar a semejante conclusión? ¿Cómo puede sugerir que el común de la gente no tiene capacidad para el razonamiento abstracto? Como le había comentado a él en una comunicación anterior a esta publicación, me resulta especialmente sorprendente que el autor sostenga este tipo de criterios proviniendo él de Colombia, para vincularlos del modo en que lo hace con el ejemplo del aborto.

Justamente, entiendo yo, pocos ejemplos pueden darnos una lección tan maravillosa sobre las virtudes de promover una mayor deliberación, que casos como el del aborto en Colombia. Allí, un proceso intenso de deliberación pública, permitió que la discusión sobre el tema mejorara, y que porcentajes altísimos de la población cambiaran sus opiniones previas, para pasara apoyar decisiones como las que aprobara recientemente la Corte Constitucional. Es decir, en un tema complejo; dominado tradicionalmente por la Iglesia Cató-

lica; vinculado como pocos con posiciones personales muy arraigadas (de esas que el autor considera que son inmodificables); generador de tantos enconos; y en un contexto social pleno de dificultades, la población colombiana no tuvo ningún problema en enfrentarse al tema, apropiarse del mismo, y discutirlo hasta llegar, en algunos casos, hasta el extremo de cambiar de posición sobre él.

Finalmente, aún en ese caso tan divisivo, pudo comprobarse la importancia de colocar los temas de primer interés público a la luz de la discusión. Contra lo que Andrés sugería, el grado de abstracción enorme que pudo implicar la discusión no implicó de modo alguno que la discusión quedara exclusivamente en manos de una elite tecnocrática, ni impidió que nadie se acercara al tema y dijera lo que pensaba al respecto.

- 4) La acusación del elitismo vuelve a presentarse en el texto de Andrés, cuando analiza mi postura sobre el control judicial, y en particular, el mecanismo de “reenvío” que propongo. Apresurado en endilgarle a mi postura características elitistas, el autor dice que si –tal como lo propongo– un cuerpo de jueces queda autorizado a marcar correcciones sobre una ley, para reenviársela al legislador, ello se debe a que el órgano propuesto (y el autor subraya esta afirmación, como si lo que estuviera diciendo fuera contundente) constituye una “elite epistemológica, ya que supone que las personas que la componen tienen la preparación y el conocimiento suficiente para revisar una decisión legislativa y encontrarle defectos... es decir, se supone que sus miembros saben más que los legisladores, y por ello pueden ver los problemas que aquellos no vieron.”

Señalo, simplemente, que lamento el apuro del autor. En el esquema que propongo, los jueces son conocedores del derecho que reciben –en términos de demandas judiciales– las quejas de aquellos que se consideran maltratados por el poder político. Es por eso, y no porque se trate de un cuerpo de sabios, que esos jueces quedan en condiciones de marcarle a los legisladores aspectos que aquellos pudieron olvidar o indebidamente descuidar. Finalmente, conviene señalarlo, son los propios ciudadanos de a pie los que alertan a los jueces sobre posibles faltas, errores, “olvidos,” o imprecisiones de la ley.

- 5) Para terminar, disiento radicalmente con lo que sostiene el autor en el último párrafo de su texto. Haciendo propia una crítica tan habitual como poco interesante contra la democracia deliberativa, Andrés nos dice que hay que dejar de buscar soluciones “en el mundo platónico de las ideas perfectas” (como se supone, no se sabe por qué razón, que haríamos los defensores de la democracia deliberativa). Según agrega, los que propiciamos la democracia deliberativa no nos damos cuenta de que la democracia “tiene unas dinámicas propias e ineludibles.” Contra tal tipo de desatinos, entonces, nos sugiere mirar “a nuestro alrededor, y preguntarnos cómo han hecho los diferentes sistemas políticos del mundo para superar sus propios problemas.”

Me pregunto cuáles serán las “dinámicas propias e ineludibles” de la democracia a las que se refiere el autor, y sobre todo me pregunto qué va a pasar el día en que las descubramos. Imaginemos, por caso, que un día advertimos lo que hoy, aparentemente, y dado nuestra ingenuidad y tremenda torpeza, no advertimos:

que en la democracia se reiteran los hechos de corrupción; que hay medios de comunicación que responden sólo al dinero; que hay legisladores que mienten y no tienen interés en discutir; que hay ciudadanos poco interesados en los debates constitucionales; que hay empresarios que promueven leyes a partir de su propio interés y no el de la comunidad.

¿Qué se supone que hagamos, los defensores de la democracia deliberativa, el día en que, iluminados por las advertencias de Andrés, empecemos a ver que el mundo no coincidía con nuestros ideales? ¿Se supone que entonces deberemos reírnos de la época en que defendíamos la deliberación política? ¿Deberíamos concluir, por tanto, que es mejor que no haya discusión pública alguna, nunca?, ¿favorecer el uso del dinero (y particularmente del dinero sucio) en política? o ¿empezar a decir que las leyes son impecables, aún cuando sepamos que son el mero producto de presiones empresariales?

Si, como propongo, la respuesta a todos estos interrogantes es negativa, entonces necesitamos de criterios teóricos que nos ayuden a determinar cuándo es que la ley sí puede considerarse válida; por qué es

conveniente reducir la influencia del dinero en política; o por qué no está bien que las normas sean el mero producto de una puja de intereses.

Notablemente, Andrés quiere negar la necesidad de apelar a este tipo de ideales (a los que denomina “platónicos”). Para él, este tipo de apelaciones conllevan una estrategia boba, porque lo que debe hacerse es mirar la experiencia comparada y elegir. Me pregunto entonces cómo hará él para elegir entre tantas experiencias posibles, e imagino una respuesta. Andrés va a apelar a las enseñanzas de Posner, para inclinarse a elegir “lo que realmente funciona.” En ese caso yo, como tantos otros, que no tenemos en claro *qué* es “lo que realmente funciona” (y que sospechamos que lo que “realmente funciona” para Posner no es lo que “realmente funciona” para nosotros) volveremos a apelar a ideales regulativos como el de la democracia deliberativa, capaces de orientarnos en esas difíciles, perfectibles, cruciales decisiones.

Hechas estas observaciones, concluyo esperando que puedan servir para continuar un diálogo con el autor y eventuales lectores, sobre temas que nos interesan tanto a todos.

DESAFÍOS DE LA DELIBERACIÓN CIUDADANA EN EL MARCO DE LA JUSTICIA

María Luisa Rodríguez

Es mi interés poder presentar unas líneas a propósito del ensayo de Andrés Palacios Lleras titulado *Las paradojas de la democracia deliberativa*, en el que adelanta un doble cuestionamiento: primero, en relación a la defensa de la democracia deliberativa en la construcción teórica de Roberto Gargarella aludiendo aspectos problemáticos en su formulación, y luego, en cuanto a mi argumentación sobre las ventajas de la deliberación en el espacio de la justicia, al considerarla un ejemplo de sus paradojas (Rodríguez, 2005).

En realidad han pasado varios años desde la publicación de mi libro, y con desasosiego veo que han sido pocas las oportunidades con las que he contado para debatir acerca de las ideas plasmadas en él. De hecho ahora puedo afirmar que en nuestro contexto a la teoría de la democracia deliberativa le ha faltado discusión, pues aunque en Latinoamérica ha tenido múltiples desarrollos, en Colombia seguimos siendo pocos, en ocasiones en un chocante monólogo, los que seguimos reflexionando en torno a la deliberación como componente fundamental de la democracia.

Gracias al paso del tiempo, ahora puedo valorar mucho mejor el esfuerzo adelantado por Palacios en iniciar algún nicho de debate en torno a estas cuestiones.

Para arrancar es importante señalar que Palacios parte de una premisa borrosa en el sentido de afirmar que *“no existe un consenso claro sobre cómo de debe ser la democracia”*, aunque luego, en el desarrollo del texto permite evidenciar cuál es la teoría de la democracia con la que se siente comprometido, la representativa.

Digamos que adherirse a la democracia representativa no necesariamente implica apartarse de la deliberativa, de hecho basta con recordar que dentro de los cimientos de la teoría liberal de la representación, de la mano de autores pioneros como John Stuart Mill en *Consideraciones sobre el gobierno representativo*, sostiene que la deliberación es una fase del proceso democrático que anticipa la votación.

Quizá valga la pena recordar la enconada defensa de Mill a la deliberación en el parlamento:

“Las asambleas representativas son a menudo reprochadas por sus enemigos por ser lugares de mera charlatanería y *bavardage*. Pocas veces ha estado una ridiculización tan fuera de lugar. No sé como una asamblea representativa podrá emplear su tiempo más útilmente que hablando, si ese hablar se refiere a los grandes intereses públicos del país, y cada sentencia que se pronuncia representa la opinión de algún importante grupo de personas de la nación, o de un individuo en quién dicho grupo ha depositado su confianza”. (Mill, 2001: 128).

Ahora bien, Mill argumenta a favor de la democracia representativa no porque crea profundamente en ella, sino más bien porque entiende que la democracia directa resulta impracticable en las dimensiones del estado moderno, adhiriéndose con ello a los diagnósticos cuánticos como elemento clave para valorar que tan apropiada es la representación política, a la manera que James Madison lo había previamente consignado en *El Federalista* No. 10.

En este sentido los primeros trabajos de Gargarella, estudiados por Palacios, muestran una continuidad en la defensa liberal de la deliberación como una manera de minimizar el coste de la representación política. En el sentido de que la deliberación amplía el horizonte de necesidades, vivencias, expectativas de los que finalmente toman las decisiones públicas en nombre de otros. Por cuanto también es claro para los liberales que el egoísmo es parte de la naturaleza humana y por tanto, nadie es mejor vocero de sus propios intereses que los realmente afectados por estos.

En palabras de Mill,

“Es una condición inherente a los asuntos humanos el que ninguna intención de proteger los intereses de otros, por sincera que sea, puede hacer que sea seguro o saludable atar las manos de los protegidos; y es una verdad todavía más obvia que solamente por sus propias manos pueden las circunstancias de su vida mejorar de un modo positivo y permanente” (Mill, 2001: 83).

Ahora bien, Mill es consciente de que la decisión la van a tomar unos en representación de todos, pero si se escuchan a las minorías, y se trata de razonar con ellas, de tenerlas en cuenta, la decisión será consultada y por tanto, no arbitraria, por cuanto “Lo que un grupo puede hacer mejor que un individuo es deliberar. Siempre que resulte necesario o importante asegurarse de que varias opiniones discrepantes entre sí van a ser oídas y consideradas, será indispensable que se forme un grupo deliberador” (Mill, 2001: 114).

Sin duda Mill, como todos los defensores de la deliberación dentro o fuera de los muros del Parlamento, sabemos que no necesariamente cuando se escucha a otros nos despojamos de nuestros intereses, pero si nos recuerda que si nos sentamos a deliberar debemos comprometernos a oír y considerar realmente la opinión de los otros. Se trata de un compromiso tan arraigado en la democracia que en aras de facilitararlo se ha promovido el debido proceso legislativo, como por ejemplo mediante la institucionalización de varios debates en cada cámara y conjuntamente, como fases que pretenden promover el debate incentivando un comportamiento: el de escucharse mutuamente y razonar como cuerpo colectivo.

Ahora bien, mi trabajo parte desde un punto distinto del tablero de juego. Si bien Palacios no se detiene en ello, cabe señalar que concretamente me centro en la deliberación ciudadana en la toma de decisiones judiciales en un esquema específico y con una estructura judicial definida. De hecho mi esfuerzo apunta a justificar la implementación de un instrumento jurídico específico, la acción pública de inconstitucionalidad, que en mi concepto desafía la retórica central de la dificultad contra mayoritaria en el formato estadounidense y europeo que se caracterizan por reducir la influencia e intervención ciudadana. Por el contrario en nuestro modelo de control abstracto, dicho proceso se inicia con argumentos ciudadanos, intervienen en él todos los que a bien consideren que tienen algo que decir al respecto y en la decisión final se valoran las razones con los que se inició el proceso. En este instrumento nadie parte por presumir la imparcialidad de los implicados, por el contrario, necesariamente por tratarse de un proceso judicial, cada uno actúa en defensa de derechos y compromisos que afectan a sectores concretos y que considera han sido desconocidos por el legislador pese a encontrarse plasmados en la Constitución.

Por ello no suelo hacer una defensa abierta de cualquier modelo de justicia constitucional –efectivamente critico fuertemente el modelo español– y reconociendo que siendo más receptivo el estadounidense a la voz ciudadana mediante el *amicus curiae*, me comprometo con el modelo colombiano, que considero sigue gozando del formato más incluyente dentro de los procesos constitucionales imperantes a lo largo y ancho del planeta.

Así, se lleva a engaño Palacios cuando ignora que la mayor parte de los teóricos que avalan a los presupuestos deliberativos, ubican como

el mejor espacio para su ejercicio al mismo Parlamento, por lo cual, lejos de lo que él supone, sus requisitos conforman un baremo que permite establecer el grado de legitimidad en la toma de decisiones por el principal órgano representativo. Lo que de ninguna manera significa que el respaldo a la deliberación resulta *per se* una defensa del activismo judicial. Con esta dirección de análisis, una lectura del tronco común bibliográfico de la democracia deliberativa fácilmente nos lleva a afirmar que el énfasis en la deliberación no debilita a la democracia representativa, sino que por el contrario, la refuerza. Tal como en su momento la defendió Stuart Mill, buscando mejorar la calidad de las decisiones que tomaría el Parlamento.

Me centraré en dos de las paradojas, en el sentido de contradicción que Palacios arguye se encuentran en las teorías de la democracia deliberativa:

1. Promueve la deliberación sobre asuntos fundamentales de la sociedad, lo cual en su concepto es *“imposible, sin terminar llevando a cabo discusiones filosóficas y abstractas”* que derivan en que unos pocos dirigirán el debate y las mayorías sean excluidas.

En este fragmento se entrevé que la contradicción deliberativa no se produce por la apertura que tenga o no una democracia para incluir personas en el debate, aspecto que Palacios da por supuesto en el sentido de máxima inclusión, sino en las barreras que en una sociedad en la que la educación está mal repartida se generen entre los que cuentan con mayores conocimientos y los desprovistos de ellos, por lo rápidamente dicho diagnóstico deriva, según Palacios, en que implícitamente la democracia deliberativa promueve la homogeneidad e incluso es elitista. Hasta aquí creo que Palacios posee una verdad

a medias. Lo realmente cierto es que resulta innegable que el ideal igualitario sería que todos los actores convocados a una deliberación contasen con igualdad de armas, en el sentido de similares competencias para desempeñarse en medio de un debate. Dichas competencias, exceden, las estrictamente cognitivas en las que está pensando Palacios. Lamentablemente en nuestras sociedades sufrimos de una injusta exclusión de la mayor parte de la población en el acceso y continuidad en la educación. Es por todos conocidos que la educación pública es estrecha y la educación privada es costosa, lo que perpetúa los esquemas de dominación de una clases sociales sobre otras. En este punto me uno al desprecio de dicha realidad, que aunque no fue plenamente explicitado por Palacios, estoy segura se encuentra inmersa en su crítica a la deliberación.

No obstante, además de las mal repartidas posibilidades de educarnos, abría que añadir que la desigualdad y diferencia es parte de nuestra humanidad. Por lo que, aún imaginando una sociedad más justa, en el que se garantice el pleno acceso a la educación, no por ello conseguiríamos la igualdad en el debate. Como sabemos, no basta con tener un preciado conocimiento para llegar a un público. Se requieren múltiples cualidades para mover el ánimo de los otros, competencias oratorias, de auto-control, de organización del discurso, tono de voz, cierto halo de respetabilidad, cierta seguridad, cierta humildad, dominio de público, persuasión, son todos ellos aspectos que inciden en la deliberación y que para bien o para mal también forman parte de la lotería natural rawlsiana, esa parte de nuestras vidas que tanto determinan el lugar que ocupamos en las sociedades actuales, pero que escapan a nuestro control por cuanto son producto del azar.

Palacios lamenta la ausencia de igualdad cognitiva, tal como en su momento Habermas lo añorase como parte de un ideal deliberativo. Pero lo que no resulta aceptable es que ante la imperfección en el funcionamiento de la teoría, rápidamente deseche sus bondades, intentando, además, revelar una oscura perversión de la deliberación, que bajo la fachada de la inclusión en realidad oculta la bandera de la exclusión, el dominio de unos sobre otros y la justificación de la elite. En este punto es en el que pienso que Palacios falla. Aquí la verdad inicial, los riesgos de una deliberación entre desiguales, se convierte en una mentira, la deliberación busca incrustar una elite de filósofos políticos y morales, entregados a la tediosa labor de deliberar.

En cambio de ello mi mirada sobre la deliberación es más humana, menos encumbrada, si se quiere más imperfecta, pero no por ello menos provechosa. Considero que todos los seres humanos podemos contar con diferentes recursos y estrategias para expresar lo que queremos y sentimos, recursos que pueden ser organizados para ser entendidos por otros. Seguramente algunos discursos son más efectivos, más elaborados, más documentados, pero ello no necesariamente se transforma en que unos siempre dirigirán el debate sobre cosas filosóficas y la mayoría será excluida, aquí es donde considero que Palacios desatina por cuento justamente el ejemplo de la Sentencia C-355 de 2006, el que despenalizó el aborto en los tres casos (malformación del feto, riesgo de muerte para la madre y el embarazo producto de acceso carnal violento o inseminación artificial no consentida), el que consiguió reunir más de 1.500 intervenciones ciudadanas desde niños, mujeres, sacerdotes, académicos, feministas, madres, hijas, organizaciones internacionales pro-aborto y pro-vida, juristas, sicólogos, médicos, es justa-

mente la mejor muestra para contradecir su argumento.

Ese proceso reunió una multiplicidad de voces, miradas y razones que convirtieron al expediente en un verdadero caleidoscopio del tema. Además de ello, en las a fueras del Tribunal cada día, en los días previos a la decisión hubo manifestaciones, pancartas, imágenes, cantos, bailes, puestas en escena, que enarbolaban una u otra posición. Quizá ningún debate llevado por la sociedad y reflejado en la Corte Constitucional ha sido tan acalorado y a la vez tan rico de expresiones culturales, imágenes y narrativas como el del aborto. ¿Podemos válidamente sostener, como apunta Palacios, que fue un debate entre filósofos políticos y morales? Considero que tal hipótesis resulta insostenible y rebatible por los meros hechos.

Pero además, justamente en mi trabajo defiendo que corresponde a los jueces mediar en esa distancia discursiva que puede darse entre jueces, abogados y ciudadanos haciendo uso de un lenguaje de calidad pero abarcativo, sencillo pero capaz de llegar a todos.

2. Los defensores de la democracia deliberativa en los estrados judiciales, avalamos la deliberación, pero a riesgo de sacrificar la democracia.

Palacios sostiene que atribuyéndole a la Justicia Constitucional la capacidad para tomar decisiones sobre aspectos que han sido infravalorados o inobservados por el Legislativo se crea una *“ficción de la deliberación judicial como representación de distintos sectores sociales”* que considera perjudicial al apartarse de las teorías centrales europeas de confianza en el Parlamento

y anglosajonas sobre la autoridad de la ley. Aquí Palacios no está solo, creo que prácticamente todo el constitucionalismo dominante lo rodea (Waldron, Ely, Bayón, Ferreres y Linares), por supuesto ninguno de estos autores tiene interés en apartarse de sus tradiciones jurídicas y políticas, y más bien buscan justificar por qué dentro de su edificio estatal cabe poco el control constitucional. Obviamente nuestras tradiciones, me refiero a las latinoamericanas y en especial a las que cuentan con un régimen presidencial y una fuerte justicia constitucional, han posado su confianza y desconfianza en otros lugares.

No es momento para entrar a explicar todo lo que envuelve esta discusión pero antes de apagar cualquier esfuerzo explicativo sobre la evolución y fortaleza de la justicia constitucional en nuestro entorno, creo necesario profundizar en nuestras instituciones, estudiarlas, comprenderlas y si es necesario modificarlas.

En todo caso considero necesario reiterar que la justicia constitucional requiere para su justificación múltiples elementos, como es contar con: i) herramientas jurídicas que ofrezcan canales ciertos y reales de participación y deliberación ciudadana, como efectivamente lo ofrece la acción pública de inconstitucionalidad; y ii) mecanismos que nos permitan medir con mayor exactitud –y no con meros códigos binarios de cierto o falso- la gestión de los jueces en la protección de los derechos de las minorías excluidas como lo permite el test de la imparcialidad de la democracia deliberativa.

Si bien es cierto que en mi trabajo se afirma que tanto la acción pública como el tribunal encargado de adelantar este proceso satisfacen en buena medida las altas exigencias deliberativas de la

democracia, ello no resulta ni extrapolable a todos los formatos de justicia constitucional, ni suficiente ni definitivo para garantizar que en la decisión final la Corte proteja a las minorías. Aquí es donde el escepticismo que predica Gargarella hacia la justicia constitucional toma su mayor fuerza (aspecto que no entiendo cómo se le pudo escapar a Palacios) pues al contrario de lo que él cree, la legitimidad de la justicia constitucional no se consigue –exclusivamente– con que en sus ritualidades se respete a la democracia deliberativa.

El asunto es que la Corte Constitucional se juega su legitimidad cuando con sus decisiones protege o no a las minorías y esto no puede afirmarse o negarse apoyados en meras percepciones o prejuicios personales sino que esto puede ser medible, cuantificable y en últimas valorable. El ejercicio de sistematización y análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la protección de las minorías apunta a esa dirección, corroborar la vigorosidad de la justicia constitucional en la protección de los grupos o colectivos con desventajas socioeconómicas y escaso poder decisorio. Palacios señala que es curioso que a pesar de todas las virtudes que destaca de la Corte Constitucional, en cuanto a la protección de los homosexuales, dicho Tribunal no haya tenido un buen desempeño. Cosa que por lo demás ha cambiado rotundamente en los últimos años. Creo que Palacios quiere enfrentarse a una teoría holística que le resuelva todo, pero la democracia deliberativa no funciona así. Ella crea unas reglas, condiciones, requisitos, procedimientos con miras a mejorar la toma de decisiones públicas que pueden ser corroborados caso a caso, y que nos son útiles justamente para analizar el desempeño de la Corte en su consideración y respeto a las opiniones de los ciudadanos a la hora de decidir.

Así las cosas Palacios se equivoca cuando me atribuye una defensa a ciegas de la justicia constitucional, de hecho ni siquiera contando con un órgano que satisfaga a plenitud los requisitos de la democracia deliberativa basta para ganar una legitimidad extensa de la misma, y justamente porque considero que los jueces constitucionales no gozan de una legitimidad concluyente sino que ella se construye día a día con las decisiones que toman y la consideración y respeto que con sus fallos le proporcionen a los ciudadanos intervinientes en el proceso de acción pública, es que es posible desde la ciudadanía ejercer una vigilancia a sus decisiones.

Adicionalmente cabe señalar que dentro de los argumentos que ofrezco y que Palacios cita en su artículo como ejemplo de la paradoja que represento –sobre porque los jueces constitucionales pueden estar mejor situados para deliberar que los congresistas–, distingo entre las ventajas relacionadas con la estructura de un órgano colegiado que decide regido por las ritualidades propias de los procesos judiciales, a los que se les exige imparcialidad, que avocan el conocimiento de un asunto por solicitud de un ciudadano, con restricciones de tiempo, así como las relativas al momento en que se realiza el control, como es que su deliberación se hace sobre un asunto que previamente ya ha contado con una deliberación abierta en el Congreso. Así las ventajas comparativas de los Tribunales constitucionales no se encuentran cifradas únicamente en su integración e incluso en su estructura, procedimientos y andamiaje, sino además en la oportunidad de su intervención.

Por último quisiera enfatizar que defiendo a la acción pública de inconstitucionalidad porque tal mecanismo se inicia por solicitud ciudadana y en

él pueden participar quienes a bien lo consideren, porque satisface los más altos presupuesto deliberativos y porque la agenda de la Corte Constitucional se encuentra limitada a lo que los ciudadanos le planteen, con todo esto no creo que sea un mecanismo perfecto, aunque sí bien

logrado. Pero además valoro esta institución por su origen republicano y por los servicios que presta a la estabilidad democrática como control político del régimen presidencial, atado, inescindiblemente, a la vigilancia de un ciudadano comprometido con la defensa de la Constitución.

LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA EN LAS SOCIEDADES SEMIPERIFÉRICAS: Una apología desde las críticas al Plan de Desarrollo (2006-2010)*

Leonardo García Jaramillo

Introducción

Para sustentar una contradicción intrínseca de la democracia deliberativa que surge porque no confronta debidamente el *deber ser* normativo que defiende como ideal democrático, con el *ser* práctico de la *Realpolitik* (descriptivo-no ideal), por lo que llega a presuntas conclusiones erróneas, Andrés Palacios Lleras recurre en sustento al profesor y juez Richard Posner, quien ha planteado una extensamente citada serie de objeciones que pueden sintetizarse en lo fundamental en lo que denomina “concepto 1 de democracia”. En la crítica de Posner a la democracia deliberativa arguye que, particularmente en la vertiente

concebida por Dewey¹, la democracia en sus enfoques normativos es tan irreal y aspiracional, que pareciera ser una teoría regida por guardias platónicos. Varios hechos de la *realpolitik* son reseñados por Posner para sustentar su crítica: la poca inteligencia del promedio de la ciudadanía (“la mitad de la población tiene un cociente intelectual (IQ) por debajo de 100”) y la complejidad de los asuntos públicos, sumado a la apatía y falta de interés de las personas promedio (“como si tuvieran aptitud para tales asuntos”, agrega) y que los políticos elegidos sean permanentemente golpeados (“*buffeted*”), tanto por grupos con intereses privados como por la presión de las elecciones tan competitivas.

* Antecedentes de este ensayo aparecieron en el No. 47 de la revista *Universitas Philosophica* (Universidad Javeriana, Facultad de Filosofía, dic., 2006), en el Vol. 3, No. 2 de *Jurídicas* (Revista del Centro de Investigaciones Sociojurídicas, Universidad de Caldas, jul.-dic., 2006), en la revista *Estudios de Derecho* (No. 144, Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, jul.-dic., 2007) y en el Vol. 10 de la *Revista Argentina de Teoría Jurídica* (Universidad Torcuato di Tella, Buenos Aires, jul.-dic., 2007). Agradezco a Rodolfo Arango, Miguel Carbonell, Delfín Ignacio Grueso, Oscar Mejía Quintana y Francisco Cortés Rodas por las observaciones y objeciones le han planteado a este trabajo en sus distintas etapas.

1 Podríamos decir que la precaución de Posner por delimitar el marco de su crítica hacia la democracia deliberativa en la teoría de Dewey, no es la misma de Palacios al criticar a Gargarella por la representatividad de aspectos teóricos que no pertenecen a su agenda de investigación. De tal delimitación de Posner, podemos extraer igualmente que, aún asumiendo que su crítica hacia la democracia deliberativa sea certera, de esto no se deriva que las demás vertientes de ella (como las de Rawls y Sunstein por ejemplo) sean vulnerables, ni que se les pueda extender automáticamente tal crítica que Posner le plantea a la democracia deweyana. Respecto a la postura crítica de Posner hacia la teoría de Dewey, ver también sus ensayos “Dewey and Democracy: A Critique” (2002) y “John Dewey and the Intersection of Democracy and Law” (2004).

Con base en estos hechos “sería poco realista esperar buenas ideas y políticas públicas sensibles provenientes de un proceso llamado acertadamente deliberativo” (Posner, 2003: 107). La ciudadanía carece del interés y de la competencia para ocuparse de los asuntos de la política pública, por lo que, conforme a Posner, resulta poco razonable esperar que los ciudadanos en general tengan un interés tal en los asuntos políticos que los motive a participar en constantes deliberaciones públicas². Posner propone un punto de vista alternativo (“concepto 2 de democracia”) en virtud del cual la democracia es “una lucha competitiva por el poder entre los miembros de una elite política (...) para alcanzar el respaldo electoral de las masas” (Posner, 2003: 130). Esta concepción lo conduce a afirmar que la democracia es un “tipo de mercado” (Posner, 2003: 166)³.

Para objetar a la democracia deliberativa Palacios parte de una –correcta– valoración de la situación real del proceso de toma de decisiones en el escenario Legislativo: dominado por intereses “políticos”, empresariales y fuerzas de mercado, y siempre dependiente de la coyuntura impuesta por el cabildeo⁴. En ese sentido, un diagnóstico que ilustra lo que pretendo destacar, se encuentra en la siguiente apreciación de Carl Schmitt en *The Crisis of Parliamentary Democracy*:

2 El 21 de octubre de 2003, Posner discutió con Joshua Cohen por la Radio Pública de Chicago en torno a sí la democracia deliberativa es actualmente una buena idea. La sesión puede descargarse en www.wbez.org de 19audio_library de 19od_raoct03.asp

3 Para una sugestiva crítica hacia Posner por su perspectiva de la democracia deliberativa, ver Talisse (2005), así como para una crítica de su comprensión de la obra de Sunstein.

4 Sobre la distinción entre votación y negociación, ver (Manin, 1987: 352-353) y (Cohen, 1989a: 21).

“las grandes decisiones políticas y económicas en las cuales descansa el destino de la humanidad, ya no resultan (si es que alguna vez resultaron) de las opiniones ponderadas en discusiones públicas. Pequeños y exclusivos grupos de partidos o de coaliciones de partidos, toman sus decisiones tras puertas cerradas, y aquello que los grandes grupos de interés capitalista acuerdan hacer en tales grupos, es más importante para el destino de millones de personas, quizá, que cualquier otra decisión política”.

En el mismo sentido, Robespierre exclamó en su Discurso a la Convención, el 10 de mayo de 1793

“El hombre ha nacido para la felicidad y la libertad, y, sin embargo, ¡es esclavo y desgraciado en todas las partes! (...) los votos de los débiles no tienen otro objeto que la justicia y la protección de las leyes bienhechoras. (...) Las pasiones del hombre poderoso tienden a elevarse por encima de las leyes justas o a crear leyes tiránicas (...) Hasta hoy el arte de gobernar no ha sido más que el arte de despojar y de sojuzgar al gran número en beneficio del pequeño número, y la legislación el medio de convertir sus atentados en sistema”.

En tanto ideal regulativo y concepto normativo, ¿la teoría de la democracia deliberativa es adecuada para concebir los procesos reales de toma de decisiones imparciales en la política pública? De entrada podría afirmarse al respecto que partir del tipo de descalificaciones sustentadas por Posner y seguidas por Palacios, es desconocer que como modelo normativo de

democracia, la teoría de la democracia deliberativa no *describe cómo son* las cosas en realidad (como operan las instituciones jurídico-políticas que cuentan con representatividad popular) sino que *prescribe como deben ser* (o sea cómo hay que concebir o razonar en torno a las instituciones de la política pública a partir de una valoración que dé cuenta de un estado de cosas ideal). Y precisamente cuando más mal estamos, más necesitamos nortes normativos para saber hacia donde tenemos que dirigirnos.

En contra de Palacios y sus fuentes, Posner en particular, podría argumentarse entonces con Sartori (1990) que en política la prescripción no es menos importante que la descripción; que aquello que la democracia es no puede separarse de lo que *debiera ser*; que la democracia existe en tanto existan sus valores. Aunque la *Realpolitik* está a distancias siderales de los presupuestos normativos que sustentan las teorías políticas contemporáneas, y aunque el ideal de una sociedad civil comprometida con los asuntos públicos está, para muchos críticos, indefectiblemente condenado a permanecer en un ideal porque para remediar las profundas falencias presentadas por las sociedades actuales se requieren aproximaciones más realistas y prácticas, sigue siendo imperativo en países caracterizados por la desigualdad, los problemas de verdadera representación popular en las instancias de decisión política, que además conservan sesgos ideológicos, que existan ideales sustentados en la deontología democrática que estén en capacidad de señalar rumbos de acción política. Es en contextos donde la *Realpolitik* se caracteriza por tan elocuentes e infortunados factores como en Colombia en donde resultan de singular relevancia análisis en torno a la consolidación de la ciudadanía y el fortalecimiento

de la democracia, particularmente desde sus posibilidades de institucionalización.

“La filosofía política, con la concepción deliberativa de la democracia como subclase, y gracias a su combinación de ambiciones teóricas y prácticas, “no mira un mundo del deber ser que está más allá del mundo (...), sino un mundo justo al frente al nuestro que realiza nuestra libertad” (Rawls, 2002b: 331-332), una libertad que no se logra por fuera del mundo social y del mundo político. Si se quiere que teorías como la democracia deliberativa sobreviva, entonces, deben ser pensadas para procesos concretos y bajo cuidadoso examen de los conceptos y categorías fundamentales a partir de los andamiajes conceptuales que han ejercido una singular influencia, tanto en la academia, como en la doctrina y la jurisprudencia.

La tarea de la filosofía política en la cultura política y pública de una sociedad democrática caracterizada por el pluralismo, es el establecimiento de una base para el consenso en la concepción pública de la justicia, que marcará las directrices fundamentales de la cooperación social⁵. La filosofía política debe dar razón de procesos, plantear soluciones y, como dice Rawls, debe reconciliar a los actores, para mostrar así las deficiencias de las instituciones y para plantear *utopías posibles*: La filosofía política es realistamente utópica cuando extiende lo que ordinariamente pensamos que son los límites de la posibilidad política practicable y, de este modo, nos reconcilia con nuestra condición social

⁵ En su testamento intelectual, *Justice as Fairness: A Restatement*, Rawls le asigna cuatro roles a la filosofía política, la cual debe ser práctica, orientadora, reconciliadora y transformadora. Sobre lo cual puede consultarse (Grueso, 2004).

y política. Sería entonces tildar de ingenuos a los deliberativistas al no reconocer que sus demandas están encaminadas hacia la constatación de que, en la vida real, sólo es posible aspirar a acercarnos lo máximo posible al ideal de la democracia deliberativa; ideal que se constituye como principal instrumento institucional en un ineludible mecanismo para favorecer la toma de decisiones imparciales que permitan fijar las bases a partir de las cuales los ciudadanos pueden organizar su vida en comunidad.

Una concepción de la democracia basada en la deliberación cualificada

Como el de “democracia” pocos conceptos han sido partícipes en grado tan significativo del desarrollo de la civilización occidental desde hace 25 siglos. Es por ello que a lo largo de la historia ha tenido tantas vertientes teóricas y escuelas, tales como las defendidas por Platón, Aristóteles, Maquiavelo, los contractualistas (Hobbes, Locke y Rousseau), los federalistas norteamericanos (particularmente Madison), Bentham, Mill, Marx, Schumpeter, Dewey, Popper y los neo-contractualistas (Rawls, Nozick y Buchanan)⁶. En la filosofía de la Grecia antigua se encuentra arraigada la concepción en virtud de la cual, debido a que las preferencias sociales tienen que ver con asuntos relativos a los valores éticos y a la justicia, la política es algo más que un lugar para generalizar y sumar tales preferencias. En la *Ética a Nicomaco*, Aristóteles enfocó en la deliberación la legitimidad del proceso de formación de la voluntad popular y, a partir de allí, ha sido considerada un componente esencial en la democracia. Al respecto afirmó que “Deliberamos, no sobre los fines, sino sobre los medios para alcanzarlos”.

⁶ Para ilustrativas síntesis del trasfondo histórico de la democracia deliberativa, ver (Held, 1996) y (Elster, 2001).

La agenda de discusión y producción de la filosofía política se encuentra signada por la concepción deliberativa de la democracia⁷. Aunque la idea de deliberación democrática se conoce desde la antigua Grecia, de acuerdo con Bohman el término “democracia deliberativa” fue acuñado por Bessette en su artículo “*Deliberative Democracy: The Majority Principle in Republican Government*” (1980). Una de las principales razones para explicar tal perdurabilidad e influencia de esta concepción, es la acometida ecléctica de sus teóricos por integrar los aspectos más valiosos de dos visiones antagónicas de la democracia contemporánea, a saber, el republicanism⁸ y el liberalismo, mostrándose así superior, la democracia deliberativa, a otras concepciones democráticas como la pluralista y populista.

A tal proyecto ecléctico puede aunarse la concepción de Nino de que la deliberativa es una perspectiva mixta de la democracia⁹, razón por la

⁷ Cfr.: (Bohman, 1998). Bessette presentó posteriormente un desarrollo del mismo concepto en su libro: *The Mild Voice of Reason: Deliberative Democracy & American National Government* (1994).

⁸ Sobre el particular, (Bock – Skinner – Viroli, 1990), (Gargarella – Ovejero – Martí, 2004) y (Hernández, 2002). Concerniente a la tradición republicana en general con incidencias deliberativistas, (Mejía Quintana, 2002), (Pettit, 1999), (Habermas, 1999a), (Sunstein, 1990) y (Hernández, 2005). Para los elementos esenciales de la democracia deliberativa desde la teoría política republicana, ver, (Rodríguez, 2005: cap. 3, I).

⁹ Una de las primeras y principales concepciones mixtas sobre la democracia es la sostenida por los federalistas, particularmente por Madison. Ver al respecto, (Sunstein, 1988). A partir de tal ensayo, pero fundamentalmente de sus libros *The Partial Constitution* y *Democracy and the Problem of Free Speech*, Sunstein ha liderado en Estados Unidos un movimiento intelectual en procura de alcanzar un “republicanism cívico” que, desde la teoría política clásica pero también desde autores como Habermas, concibe la democracia de una forma que trasciende la perspectiva eminentemente electoral, considerando que la esencia del auto-gobierno democrático radica en la genuina deliberación pública, en lugar que en los procedimientos adecuados para proteger los derechos individuales.

cual se muestra superior a otras concepciones por estar exenta de las falencias y los defectos que han mostrado. Así, luego de preguntarse ¿qué justifica la democracia?, Nino analiza y muestra los límites e inconsistencias de las principales alternativas teóricas que se han propuesto para darle respuesta a esta pregunta. Reúne en dos grupos tales alternativas: como concepciones para las cuales los intereses de las personas son inalterables, asocia la utilitarista, la del análisis económico, la elitista, la pluralista y la consensualista, y como concepciones transformadoras de las preferencias individuales, reúne a la soberanía popular, las teorías perfeccionistas y los enfoques dialógicos¹⁰. Posteriormente argumenta a favor de una concepción deliberativa de la democracia.

El modelo republicano rechaza una concepción agregativa de la democracia en virtud de la cual el ejercicio electoral vendría a ser la piedra angular de la institución democrática y, por tanto, la suma de las preferencias individuales es el único factor a considerarse en la esfera de la legitimidad de las decisiones políticas. Esta concepción democrática revalida –más allá de la validez jurídica– la legitimidad política de decisiones que, aunque enmarcadas formalmente en procedimientos electorales, ignoran e incluso atropellan principios democráticos al manipular los poderes judicial y legislativo, y bloquear los organismos de control. Recuérdese la masiva elección de los parlamentarios alemanes en el *Reichstag* durante el nazismo, la tercera reelección presidencial de Alberto Fujimori en el Perú o la apelación de Pinochet a los procesos mayoritarios con la

10 Sobre tales concepciones, puntualmente, ver, (Nino, 1996: cap. 4). Específicamente sobre las perspectivas pluralista y participativa, (Gargarella, 2006), así como su contribución a este volumen.

confianza de que la apelación a la voluntad popular resulta conveniente para interferir indebidamente en los procesos de toma de decisiones. El mismo Hitler sostenía, según uno de sus más reputados biógrafos, Bullock (1962), que “Mi orgullo consiste en que no conozco a ningún estadista del mundo que, con mayor derecho del que yo tengo, pueda decir que representa verdaderamente a su pueblo”.

Concepciones normativas de la democracia como la deliberativa sustentan precisamente que la regla mayoritaria es un recurso necesario pero insuficiente para la adopción de decisiones imparciales y, de esta forma, para la legitimación de los sistemas políticos. Justamente en contextos de precariedad democrática y debilidad institucional reviste de singular relevancia la atención a una teoría como esta.

Son procedentes las palabras de Anthony Giddens:

“En un orden social cada vez más reflexivo, en el que la gente tiene la libertad para ignorar la política cuando lo desea, la legitimidad política no va a mantenerse simplemente porque exista un aparato democrático de votaciones, representación y parlamentos. Para crear y conservar esa legitimidad, es probable que los principios de la democracia deliberativa tengan cada vez más importancia. Lo importante en la concepción deliberativa es cómo un proceso de discusión abierta, en el que se escuchen todos los puntos de vista, puede dar legitimidad al resultado cuando se ve que este refleja la discusión previa, y no la deliberación como un procedimiento de descubrimiento en busca de una respuesta acertada”.

Si bien el modelo deliberativo comparte con el agregativo el modo como deben estructurarse las instituciones democráticas al interior de la política pública, se enfocan en perspectivas radicalmente distintas respecto al proceso de toma de decisiones políticas, así como en el fundamento de la legitimidad de este proceso: el primer modelo, en el consenso en torno a ellas logrado en la deliberación pública, y el segundo, simplemente en los votos que sustentan las decisiones. Para los defensores de la democracia deliberativa los votos de los representantes del pueblo no bastan, per se, para que una decisión pueda ser considerada legítima y, por lo tanto, para que pueda predicarse su sentido de justicia. El respaldo a una decisión manifestado en votos debe estar precedido de una amplia deliberación pública entre los ciudadanos (o sus representantes) donde se escuchen la mayoría de perspectivas posibles y se controviertan las distintas razones que fundamentan las propuestas. En las democracias latinoamericanas sabemos y hemos padecido que muy lejos está cualquier forma de autogobierno colectivo del mero hecho de concurrir a las urnas de cuando en cuando.

Habermas ha señalado al respecto que, al atenerse al sentido demócrata-radical de organización de la sociedad mediante ciudadanos unidos comunicativamente y en donde los fines de la colectividad no sólo provienen de un acuerdo de intereses privados contrapuestos (1999: 238), el republicanismo tiene elementos que debe acoger el modelo deliberativo. Además del regateo gubernamental y legislativo, el modelo republicano, como una de las tres ramificaciones en las que se bifurca la filosofía política contemporánea posterior al debate liberal-

comunitarista¹¹, valora lo dialógico del proceso de decisión política, procurando identificar la voluntad popular para llevarla a la práctica. En este sentido, la perspectiva deliberativa se ha propuesto trascender la mera validez jurídica intrasistémica para acatar la legitimidad política extrasistémica, que es la que vincula en el proceso decisorio la deliberación pública. Un simple proceso agregativo que convierta las preferencias privadas en decisiones mayoritarias, no cuenta con los recursos para dar razón del grado de legitimidad y justicia que deben tener las decisiones al interior de la política pública¹².

La perspectiva liberal, por su parte, le otorga una cardinal importancia al pluralismo como uno de los caracteres propios y distintivos de la cultura pública y política de las sociedades contemporáneas. Tal vez nadie ha expresado mejor que John Rawls la noción del pluralismo en clave de su necesidad para alcanzar consensos que trasciendan los meros acuerdos de mayorías. A partir de uno de los más originales elementos de su arquitectura conceptual, el "pluralismo razonable"¹³, Rawls muestra que los ciudadanos

11 Las otras dos ramificaciones, conforme a Mejía Quintana (2002) son el marxismo analítico y una interlocución entre Rawls (Liberalismo Político) y Habermas (Facticidad y validez) que inspira un modelo alternativo de democracia deliberativa. Véase también, (Gargarella, 1999a: cap. 4).

12 Una de las más influyentes y sugestivas oposiciones a la concepción agregativa de intereses mediante el voto, se encuentra en: (Elster, 1998). Los ensayos de este libro no son apologías a ultranza del modelo deliberativo, sino abordajes críticos donde se examinan igualmente sus límites.

13 Una noción cercana a esta, pero entroncada con el Derecho Constitucional, es "el hecho del desacuerdo" de Jeremy Waldron, según el cual vivimos en sociedades plurales en las que no queremos que los eventuales desacuerdos que surjan por los profundos desacuerdos que tenemos relacionados con las mejores formas de concebir y de resolver dilemas relevantes (aborto, eutanasia, igualdad derechos para parejas homosexuales...) tornen imposible nuestra convivencia, ya que pese a todo aun queremos seguir viviendo en sociedad. De

deben aceptar la diversidad-pluralidad social de posturas en lo filosófico, moral, religioso y político, basados en razones que los conduzcan a considerar dicho pluralismo como un bien y no como un mal menor, para posibilitar la sana convivencia y la cooperación social que propenda cada vez más por la constitución de una sociedad bien ordenada, pues conviene que coexistan diversas concepciones del bien y que la propia concepción del bien privado pueda ser permanentemente redefinida.

El modelo político del Estado contemporáneo debe crear unas instituciones justas que garanticen que cada quien tenga la libertad, las oportunidades y los medios para definirse a sí mismo y para desarrollar su plan de vida. En las sociedades contemporáneas occidentales, plurales, complejas y fragmentadas es necesario un reconocimiento efectivo entre los individuos como interlocutores válidos, quienes en igualdad de derechos y desde variedad de doctrinas, están a favor de las concepciones del bien y la buena vida que puedan alcanzar en condiciones de reciprocidad, solidaridad y cooperación social (Rawls, 1995: 16), así no compartan de modo general una concepción de justicia fundada en una sola doctrina religiosa, filosófica o moral. El pluralismo razonable signa la necesaria correlación entre la sociedad civil y el Estado democrático, lo cual exhorta a que se reconozcan las diversas formas de vida nacionales para propender así por la garantía universal de los derechos y por el reconocimiento de las minorías para que se proteja su supervivencia, e incluso

forma, puede decirse, un tanto rawlsiana, Waldron sustenta que las características principales de las sociedades democráticas modernas son, al tiempo, el desacuerdo y la voluntad de seguir conviviendo juntos. Ver de este autor, *Law and Disagreement* (1999).

para que florezcan las diversas formas de vida nacionales a través de mecanismos jurídicos como la discriminación positiva¹⁴.

Desde el pluralismo razonable los ciudadanos aceptan la diversidad-pluralidad de posturas en lo filosófico, moral, religioso y político, basados en razones que los conducen a considerar dicho pluralismo como un bien y no como un mal menor, para posibilitar la sana convivencia y la cooperación social que propenda cada vez más por la constitución de una sociedad bien ordenada, pues conviene que coexistan diversas concepciones del bien y que la propia concepción del bien privado pueda ser permanentemente redefinida. Mientras que el “pluralismo en sí” o en sentido estricto, permite doctrinas no sólo irracionales, sino insensatas y agresivas, el pluralismo razonable signa la necesaria correlación entre la sociedad civil y el Estado democrático, lo cual exhorta a que el Estado y sus gobernantes reconozcan las diversas formas de vida nacionales para promover así el reconocimiento de las minorías, de la identidad de las personas, los grupos sociales, sus diferencias, su pertenencia cultural y su particularidad frente a otros, y se dé una efectiva supervivencia, e incluso un florecimiento, de las diversas formas de vida nacionales.

El reconocimiento que Rawls hace del pluralismo moral, cultural y político le permite recuperar el

14 La discriminación positiva (“affirmative action”), como excepción al principio liberal de igualdad, se aplica en aquellos casos donde las condiciones de grupos determinados son de plano desiguales por circunstancias diversas como la falta de representación política o la escasez de recursos, por lo cual se exige un trato especial para reducir sus desventajas. La discriminación positiva podría entenderse, desde el liberalismo de Rawls y Dworkin, como una medida inequitativa que produce resultados justos. A partir de la jurisprudencia constitucional colombiana, pueden consultarse las sentencias T-098 de 1994; C-622 de 1997 y T-272 de 1901. Sobre su concepción y tratamiento ver, (Dworkin, 1993; 2003a).

discurso político liberal y acentuar la reflexión sobre la tolerancia. Lo “razonable”¹⁵ del pluralismo rawlsiano no debe entenderse como una mera muletilla retórica que le proporciona a la bien conocida y explorada noción del “pluralismo” un atractivo toque de ilustración singular, sino que es razonable porque en la sociedad contemporánea convivimos diversas visiones del bien: por ejemplo, están los mahometanos, los judíos y los cristianos, en cuanto a la religión; filosóficamente, alternan aulas los utilitaristas, los kantianos, los rawlsianos y los seguidores de Nozick; y políticamente, están los liberales, los conservadores y el Polo Democrático; y estas concepciones no las podemos cambiar irracionalmente, es decir, mediante medidas violentas u opresivas. Es en consecuencia preferible para la estabilidad y la armonía sociales que convivamos con el pluralismo razonable, el cual no aspira superar las diferencias que las personas tienen entre las distintas visiones del mundo, sino que sustenta que debemos reconocer la otra cultura como diferente y constatar su igualdad de derechos para que se dé una efectiva y armónica integración entre las distintas cosmovisiones del buen vivir. El pluralismo razonable es una de las tesis por las que Joshua Cohen puede escribir

15 La distinción razonable-racional se expresa en el distingo kantiano entre el imperativo categórico y el imperativo hipotético. Lo razonable representa la ‘razón práctica pura’, mientras que lo racional representa la ‘razón práctica empírica’. (Rawls, 1995: conferencia II, §1 - §1,3). La Corte Constitucional (SC-565 de 1993) ha entendido en sentido esencialmente rawlsiano tal distinción. La racionalidad hace relación a la mera conexidad medios-fines, apunta a una finalidad lógica, siendo de la esfera de la lógica formal, mientras que la razonabilidad hace relación a lo constitucionalmente admisible, apunta a una finalidad legítima y es de la esfera de la lógica de lo humano. No basta con que se persiga una finalidad, por inteligentemente concebida que sea, pues debe ser una finalidad constitucionalmente admisible, lo cual significa que la diferenciación debe determinarse no desde la perspectiva de la decisión política constitucionalmente válida, sino de la perspectiva de lo constitucionalmente legítimo y socialmente admisible.

con acierto que “El mayor mérito de Rawls fue el haber colocado la filosofía al servicio de la democracia”.

Para lograr la integración armónica entre las distintas cosmovisiones del mundo en las distintas sociedades, debe apostársele a que la concepción de ciudadanía radique (como sostienen Rawls, Habermas y Dworkin), no en el reconocimiento en tanto co-partidarios, miembros de la misma comunidad religiosa o seguidores de la misma escuela filosófica, sino en el reconocimiento de la divergencia, porque el hallazgo de una mínima base de acuerdo y comprensión mediante la deliberación no obliga a estar de acuerdo con la otra concepción, pues el diálogo no es para eliminar la alteridad sino para hacer vivible y viable la sociedad en medio de ella, porque no nacemos en un Estado donde el hombre es un lobo para el hombre, como sostuvo Hobbes, ni como afirmó Rousseau en su bien conocida advocación: buenos hasta que la sociedad nos corrompe, sino como bien lo dijo Kant, es decir, en una “insociable-sociabilidad” (Kant, 1978: 46).

La proliferación global de estudios en torno a esta teoría no ha derivado, sin embargo, en una única e incontrovertible definición de su concepto ni con una delimitación precisa de los límites de su contenido¹⁶. Los principales autores de esta teoría (Bohman, Cohen, Elster, Habermas, Rawls, Dryzek, Gutmann y Thompson, Sunstein, Fishkin y Laslett, Estlund, Young y Rehg, así como

16 Por esto resulta problemático, como sucede en algunos casos –más por afán sintético que por deshonestidad intelectual– que se le asignen a determinados autores la representatividad de la teoría. Esto sucede, por ejemplo, con Palacios y sus “Paradojas de la democracia deliberativa” en el cual toma a Gargarella como punto de referencia de “una” concepción deliberativa que critica pero acomete reparos y objeciones que no sólo no son pertinentes para el profesor argentino, sino que llegan a situando en un lugar opuesto al que se encuentra.

Nino, Gargarella y Martí) difieren sobre diversos aspectos, tales como la revisión judicial de constitucionalidad¹⁷, el escenario idóneo para el ejercicio de la deliberación y su principal objetivo, algunas condiciones imperativas que impone tal teoría para que puedan ser adoptadas las decisiones políticas y sociales más importantes, la necesidad de ciertas competencias por parte de los ciudadanos al momento de deliberar y la distinción de las dimensiones epistémica y democrática de la deliberación, entre otras.

Para algunos autores, igualmente, la educación ciudadana en los aspectos básicos del gobierno constitucional y democrático, y el público bien informado sobre los problemas que requieren solución prioritaria, son condiciones imperativas que impone tal teoría para que puedan ser adoptadas las decisiones políticas y sociales más importantes. Dice Rawls “Incluso los líderes políticos más visionarios que deseen hacer reformas sensatas, no podrían convencer a un público desinformado y cínico para que respalden o sigan tales cambios” (Rawls, 2001: 139-140).

Si bien Rawls no presenta una descripción detallada de la teoría de la democracia deliberativa, expone tres elementos esenciales de la democracia constitucional bien ordenada (“*well-ordered constitutional democracy*”) que se entienden también como pertenecientes a la concepción deliberativa de la democracia (Rawls, 2001: 138 y ss.). El primer elemento esencial es precisamente una idea de razón pública, en tanto que la democracia deliberativa limita las razones que los ciudadanos pueden elegir en sustento de sus opiniones políticas a aquellas razones que

estén acordes con la consideración de los otros ciudadanos como iguales¹⁸. El segundo es de naturaleza formal, pues involucra un esquema de instituciones constitucionales democráticas que establezcan escenarios para el ejercicio de la deliberación por parte de los cuerpos legislativos. El tercero es el conocimiento y el deseo por parte de los ciudadanos en general de seguir la razón pública y de realizar su ideal en su conducta política.

Conforme a su modelo democrático en el hecho de la deliberación radica la idea misma de la democracia deliberativa¹⁹. Ya desde *Teoría de la justicia* (1971) había expresado la importancia que le asigna a la deliberación ciudadana como medio para tomar decisiones correctas: “el intercambio de opiniones con los demás modera nuestra parcialidad y ensancha nuestra perspectiva; se nos hace ver las cosas desde otros puntos de vista, así como los límites de nuestra propia visión” (Rawls, 1995: 327). En “*The Basic Liberties and their Priority*”, y a partir de una denuncia claramente deliberativa, Rawls sustenta que no resulta suficiente que se le garanticen a todos los ciudadanos por igual el derecho político al voto, si previamente no se han asegurado condiciones de igualdad de oportunidades en la competencia electoral. Posteriormente en uno de sus últimos artículos: “*The Idea of Public Reason Revisited*”, incluye una crítica directa sobre la forma en la cual la política estadounidense se ha visto cada vez más dominada por intereses de corporaciones que, al realizar cuantiosas contribuciones a las campañas, distorsionan, sino es que excluyen, la posibilidad de realizar la debida deliberación pública.

17 Una defensa a la inclusión de la revisión judicial en la teoría de la democracia deliberativa, se encuentra en (Thompson, 1999).

18 Sobre este punto, véase la contribución de Joshua Cohen (“*Democracy and Liberty*”) a (Elster, 1998).

19 Rawls, 2001: 138). Esta idea se expresa con claridad en “*Democracia y deliberación pública*” de Cristina Lafont (2007).

En lugar de hacer referencia a *la* democracia deliberativa como una teoría monolítica, sistemática y perfectamente delineada, debería sustentarse la existencia de variopintas escuelas y doctrinas²⁰ que, desde diversas perspectivas y provenientes de distintas tradiciones y países, dan cuenta de agendas propias de estudio e investigación. Por esto dicha teoría debe entenderse preferiblemente como un mosaico de tendencias o como un conjunto de concepciones políticas del orden democrático que poseen entre sí, en una expresión del segundo Wittgenstein, un “aire o parecido de familia”²¹, es decir, una red de similitudes y diferencias unidas entre sí y que se entrecruzan a la manera en que se parecen unas a otras como los miembros de una familia.

En este sentido, Bohman se refiere a la teoría deliberativa como a una “familia de perspectivas conforme a las cuales la deliberación pública entre ciudadanos libres e iguales es la parte central de la toma legítima de decisiones políticas y del auto-gobierno” (Bohman, 1998: 401). Tales parecidos nos permiten utilizar el mismo concepto (“teoría de la democracia deliberativa”) para referirnos a todos los modelos existentes sin tener que realizar necesariamente distinciones ni precisiones respecto de los autores y tradiciones que se han ocupado de la misma desde principios de los años 80. Nino parece concebirlo de igual forma al sostener (1996: cap. 4) que su defensa desde el poder epistémico del proceso deliberativo

20 “Doctrina” es un conjunto de visiones globales y de todo tipo (“comprehensives”), mientras que “concepción” es una concepción de carácter político y sus partes integrantes (Rawls, 2001).

21 En sus Investigaciones filosóficas (Philosophische Untersuchungen. Frankfurt: Suhrkamp, 1969, pp. 324-325). Referencia adeudada a Vicente Durán Casas. Tal concepto (Familienähnlichkeit), a criterio de Alexy (2005: cap. IV, 1), es el ejemplo más famoso del modelo no clásico del debate sobre el concepto de derecho.

es hacia “una variedad” de la democracia deliberativa.

Los principales modelos coinciden no obstante, desde diferentes ángulos, en la exigencia a una ciudadanía activa, crítica y propositiva en el proceso de toma de decisiones, que esté comprometida permanentemente con la idea del bien común y, en general, con el interés por los asuntos públicos más allá del pasivo ejercicio electoral que perpetúa el error de dejarle la política sólo a los políticos. Una ciudadanía que, en palabras de Skinner, tenga un robusto “sentimiento de virtud cívica” (Skinner, [1990: 301-303]²², con miras a consolidar una esfera pública dinámica y permeable a todos los niveles sociales, ya que como advierte Barber en *Strong Democracy*: “La democracia sólo puede sobrevivir como una democracia fuerte si está asegurada, no por grandes líderes, sino por ciudadanos competentes y responsables. Las dictaduras efectivas requieren grandes líderes, las democracias efectivas necesitan grandes ciudadanos”, o como sostuvo el magistrado Louis Brandeis, en *Whitney vs. California* (274 U.S. 357, 375. 1927): “la amenaza más grande para la libertad, es un pueblo inerte”. En el mismo sentido, para el iusfilósofo alemán, Arthur Kaufmann, “La democracia soporta tener a su cabeza personalidades mediocres, pero no resiste el comportamiento pasivo del pueblo” (Kaufmann, 1999: 516).

Esta exigencia está en consonancia también con la concepción democrática de Sunstein (1998;

22 Demandas exigentes a una ciudadanía virtuosa, activa y particularmente interesada por los asuntos públicos, puede tornar el ideal, en tanto precondiciones de una democracia deliberativa y por muy regulativo que se predique el ideal, en inservible por irrealizable siquiera como ruta hacia la que debemos dirigirnos para mejorar las cosas en la realidad de las sociedades.

2001)²³ por abandonar la neutralidad apática por el destino político de las sociedades. La intervención y veeduría permanente de los ciudadanos, que deben participar más directa y profundamente en el destino político de la sociedad, se concibe al interior de la democracia deliberativa como una condición esencial del sistema democrático que se enfoca en el fortalecimiento de los valores públicos y de la moralidad civil de la comunidad. Desde el siglo V a.C. Pericles había reseñado en su panegírico de Atenas que la deliberación es un mecanismo indispensable para ejercer el control ciudadano sobre asuntos de la cosa pública.

Rawls comparte con el “núcleo común” de la teoría el que la deliberación colectiva permite que se amplíe el panorama de nuestros juicios mediante el intercambio de puntos de vista y de razones que sustentan las cuestiones concernientes a la política pública, por parte de personas con diferente información y diversas perspectivas a las que se les impone la necesidad de su propia razonabilidad al momento de exteriorizarlas con el objetivo de lograr un consenso. Por medio de la discusión, los ciudadanos suponen que sus opiniones políticas pueden ser revisadas, razón por la cual tales opiniones no son simplemente un resultado asegurado de sus intereses privados o no-políticos (Rawls, 2001: 139). Por esto dentro de la concepción deliberativa rawlsiana se habla de ‘razones públicas’, es decir, de aquellas razones a las que públicamente se puede apelar cuando

23 Sunstein (2001) fundamenta la idea, presente también en *The Second Bill of Rights*, de que el derecho constitucional contemporáneo no es imparcial sino que se encuentra sesgado a favor del status quo, por lo que tiende a tratar como una “toma de posición” o un accionar parcial cualquier iniciativa que lo distancie del presente estado de cosas. Por esta razón cuando el status quo no es justo ni trata a todos por igual es en virtud del mismo respeto que se le debe dispensar a la imparcialidad por el que se exige la realización de reformas y un mayor “activismo” estatal.

se procura apoyar o criticar una determinada medida jurídica. En la deliberación que comporta cuestiones esenciales y determinantes para la democracia en general o para distintos grupos o partidos—particularmente de aquellos minoritarios cuyos intereses pueden ser vulnerados más fácilmente por la falta de representación política—no pueden invocarse en sustento de una u otra posición razones que a la vez no puedan ser oponibles públicamente. En una democracia debe haber una idea de razón pública y un marco de instituciones constitucionales democráticas que establezca el escenario para cuerpos legislativos deliberantes. Pero ante todo debe haber el conocimiento y el deseo de los ciudadanos de seguir la razón pública y realizar su ideal en su comportamiento político.

El poder político honra el “principio de legitimidad” cuando se ejerce conforme a una Constitución cuyo contenido esencial es razonable esperar que todos los ciudadanos suscriban a la luz de principios e ideas en términos de su razón humana común (Rawls, 1993: 127 y ss.). La idea de razón pública es la que caracteriza, entonces, los razonamientos ciudadanos referidos a los esenciales constitucionales y a los asuntos de la justicia básica²⁴. Por ejemplo, si un grupo de ciudadanos, por muy numeroso que sea, pretende sustentar que, según su perspectiva religiosa, el principio de respeto a la vida incorporado en la Constitución impide en todos los casos y bajo cualquier circunstancia el derecho al aborto, estaría violando el “principio de legitimidad” y actuando conforme a razones no-públicas que quienes no pertenecen al mismo credo, o son sencillamente ateos o laicos, razonablemente pueden rechazar.

24 Para una ampliación de este concepto, consúltense, (Rawls, 1993: *Lecture VI*; 2001: 129-180) y (Mejía, 1997: 163-168; 2005b: 86-89).

Los prejuicios y las razones egoístas al interior de los argumentos que pueden surgir en la deliberación, se excluyen del debate político por su sola falta de pretensión de universalidad. De esta forma, las ideas deben tener un grado de imparcialidad para que puedan ser justificadas en términos del bien común. Tal necesidad de justificar las decisiones amplía la posibilidad de que se tomen decisiones sustantivamente correctas y que se garanticen mínimamente las expectativas de los diversos sujetos integrantes de la sociedad. La deliberación llevada a cabo conforme a las restricciones de la teoría conduce mejor que otros medios, tanto al refinamiento de los argumentos presentados para sustentar los puntos de vista individuales, como a la ansiada imparcialidad en las decisiones políticas, ofreciendo un camino más defendible para alcanzar políticas mutuamente justificables a partir de razones ponderadas por parte de todos los eventualmente afectados por ellas.

De igual forma, no es que la deliberación cambie necesariamente las preferencias de los individuos²⁵, pero sí puede conducir a que las modifiquen para que sean aceptables ampliamente. Se propende así por resultados más justos (Young, 2000) y por la creación de un mayor entendimiento y, de este modo, una mayor tolerancia entre las perspectivas opuestas (Gutmann–Thompson, 1996). En una democracia debe haber una idea de razón pública y un marco de instituciones constitucionales democráticas que establezca el escenario para cuerpos legislativos deliberantes. Pero ante todo debe haber el conocimiento y el deseo de los ciudadanos de seguir la razón pública y realizar su ideal en su comportamiento político.

25 Gerry Mackie se pregunta sugestivamente Does Democratic Deliberation Change Minds? Prepared for the Workshop, Democratic Theory: The Canberra Papers. March 27, 2002.

Los rasgos medulares del concepto

En aras a la exposición podemos reconstruir los rasgos esenciales que se incluyen dentro del concepto de democracia deliberativa, los cuales conforman un planteamiento teórico al que puede hacerse referencia como “núcleo común” o “modelo transnacional”²⁶ que da cuenta sus características esenciales y potenciales virtudes. Dentro de los aspectos medulares de la teoría bajo análisis se encuentran sus rasgos *colectivos* y *públicos* (excluye la deliberación privada que se resguarda del ámbito social), *adaptativos* (cada momento y circunstancia permite que sus demandas y postulados resurjan y orienten los procesos de toma de decisiones), *auto-referentes* (el propio procedimiento permite decidir las cuestiones que afectan al mismo), *inacabados* (las decisiones están abiertas a ulterior revisión) e *igualitarios* (permite que los ciudadanos o sus representantes participen en condiciones de libertad e igualdad durante el proceso de conformación de la voluntad general)²⁷.

Desde Cohen (1989a: 21), Knight y Johnson (1997) y Fishkin y Laslett (2003), la concepción deliberativa de la democracia estructura y defiende un procedimiento de naturaleza discursiva que está regido por el intercambio de razones y argumentos entre personas que, en igualdad de condiciones, sustentan puntos de vista distintos

26 El cual comprende, además de los ya referidos: (Barber, 1984: cap. 7), (Cohen, 1989), (Fishkin, 1991), (Benhabib, 1994; 1996), (Knight–Johnson, 1994), (Habermas, 1998: caps. VII y VIII); 1999), (Gutmann – Thompson, 1996; 2004), (Sunstein, 1993), (Bohman, 1996), (Macedo, 1999), (Fishkin–Laslett, 2003). Para una ampliación del concepto “democracia deliberativa”, ver, (Cohen, 1989). Para sus principales interrogantes actuales, consúltense los ensayos de Elster, Habermas y Cohen, en: (Bohman–Rehg, 1997).

27 Sigo aquí, fundamentalmente, la comprehensiva caracterización de (Martí, 2006: cap. 2).

y tienen diferentes prioridades, pero que deben llegar a decisiones que sólo se reputarán legítimas en la medida en que una apertura discursiva permita que se puedan *transformar las preferencias* políticas atendiendo no a la fuerza sino a la argumentación²⁸. Conforme a Gutmann y Thompson (2000) el principio más importante de la democracia deliberativa es que los ciudadanos se deben unos a otros justificaciones por las leyes que colectivamente se imponen unos a otros.

Para la concepción deliberativa de la democracia, en general (aunque también para cualquier noción normativa de la misma) la principal virtud de los procesos de toma de decisiones políticas, y la que igualmente los justifica, es entonces la imparcialidad y el bien común, las cuales resultan de la amplia deliberación pública, que antecede la votación, realizada entre los ciudadanos en condición de libertad e igualdad que serán afectados por ella (así sea potencialmente)²⁹.

Dentro del grupo de autores que hacen parte de la pléyade deliberativista se encuentran, asimismo, Nino y Gargarella. El primero realizó significativos aportes a la teoría democrática a partir de la defensa de una concepción epistémica de la misma en virtud de la cual, sustenta, la prueba que debe satisfacer una decisión para ser aprobada a través de los procedimientos democráticos es la misma que debe satisfacer una proposición que aspire a ser reconocida como verdadera desde el punto de vista moral³⁰. A partir de esta articulación de la

democracia con la verdad moral, Nino se aleja de las justificaciones tradicionales de la democracia al no apelar a los resultados que se consiguen gracias a ella ni a sus propios valores. Luego de preguntarse ¿qué justifica la democracia? Nino analiza y muestra los límites e inconsistencias de las principales alternativas teóricas que se han propuesto para darle respuesta a esta pregunta. Reúne en dos grupos tales alternativas: como concepciones para las cuales los intereses de las personas son inalterables, asocia la utilitarista, la del análisis económico, la elitista, la pluralista y la consensualista, y como concepciones transformadoras de las preferencias individuales, reúne la soberanía popular, las teorías perfeccionistas y los enfoques dialógicos. Posteriormente argumenta a favor de una concepción deliberativa de la democracia.

A pesar de las diferencias formales y sustanciales que subyacen en los modelos de democracia deliberativa, hemos destacado entre algunos de los principales exponentes y defensores los rasgos esenciales que, sin pretenderlos compendiar aquí en su total complejidad, se han caracterizado con el ánimo de estructurar el “núcleo común” de la teoría de la democracia deliberativa en torno a sus características fundamentales.

Gargarella³¹ ha articulado las principales implicaciones de la democracia deliberativa con

28 Desde (Cohen, 1989a: 17-22), (Dryzek, 1990 y 2000), (Habermas, 1992), (Gutmann y Thompson, 2004: 3-7), (Bohman, 1996, 1998).

29 Sobre este punto, (Manin, 1987: 352).

30 Precisamente la versión teórica de Nino es la más sugestiva presentación de la democracia deliberativa desde un punto de vista epistémico, esencialmente con su libro póstumo *The Constitution of Deliberative Democracy* (cap. 5). El enfrentamiento entre quienes sustentan la perspectiva epistémica o la

democrática de la deliberación, es una discusión importante en el estado actual de la teoría. Para sugestivos análisis y críticas, ver, (Hongju – Slye, 1999), (Ferrerres, 1997: cap. 5), (Cohen, 1986), (Estlund, 1997), (Rehg, 1997), así como la propia contribución de Martí (“The Epistemic Conception of Deliberative Democracy Defended”) incluida en su compilación (Martí – Besson, 2006b). Para una distinción entre las perspectivas procedimentales y epistémicas de la deliberación, ver, (Dryzek, 2000), y (Freeman, 2000).

31 Roberto Gargarella, “Should Deliberative Democrats Defend the Judicial Enforcement of Social Rights?”. Op. cit.

la protección judicial a los derechos sociales, sustentando que los jueces se encuentran en una posición de gran importancia, a nivel institucional y democrático, para contribuir a fomentar y fortalecer el proceso deliberativo, tal como lo ha hecho en Colombia la Corte Constitucional. Los requerimientos que deben decidir los jueces muchas veces constituyen las falencias que han quedado del proceso legislativo de toma de decisiones. Como sostiene al respecto Nino, “las condiciones individuales del orden social y económico, así como su nivel de educación, constituyen las precondiciones para una libre e igual participación en el proceso político”³². En suma, podríamos afirmar que la ausencia de políticas públicas destinadas a poner en práctica los derechos sociales³³ dificulta la vinculación política de los más desaventajados en la sociedad, y por tanto socava todo el valor del proceso democrático³⁴.

Al sostener que en el proceso inclusivo de toma de decisiones deben intervenir (directamente o por

32 Este punto de vista ha sido reconocido por la Corte Suprema norteamericana en algunos de sus casos más importantes. Por ejemplo, en *Brown vs. Board of Education of Topeka* (347, U.S. 483, 1954) sostuvo que “la educación es un requisito para el cumplimiento de nuestras responsabilidades públicas más básicas, incluso en el servicio militar. Es el cimiento mismo de la buena ciudadanía”. Véase, (Nino, 1996: 201).

33 Cohen se pregunta si deben sufrir en silencio los desprotegidos de derechos mínimos, como los sociales. En Colombia, por ejemplo, se aceptó la doctrina del tribunal administrativo alemán que se refirió a los derechos sociales como “*existenzminimum*”. Courtis también analiza la marginalización de la que son víctima las personas desamparadas de tales derechos. Ver su contribución a (Gargarella, 2005).

34 Dice Nino (1996: 201-202) “Algunos bienes son tan fundamentales para el buen funcionamiento del sistema democrático que si no fueran provistos, el proceso democrático se deterioraría tanto que su valor epistémico se desvanecería. Si alguien está muriendo de hambre, se encuentra gravemente enfermo y privado de atención médica, o carece de la posibilidad de expresar sus ideas en los medios de comunicación, el sistema democrático resulta tan afectado como si tal persona no tuviera derecho al voto”.

intermedio de sus representantes) todos aquellos que serán afectados (así sea potencialmente) por las decisiones en juego, Gargarella destaca una de las exigencias (“parte democrática”) requeridas para la implementación de sistemas de democracia deliberativa que hacen parte asimismo del “núcleo común”; la otra exigencia (“parte deliberativa”) es que la toma de decisiones se realice por medio de argumentos ofrecidos *por* y *para* los participantes que están comprometidos con los valores de racionalidad e imparcialidad. Si bien estas dos caracterizaciones, como señala Elster, son algo preliminares captan razonablemente bien la interacción de todas las definiciones presentes, por lo cual representan el punto de partida de las concepciones deliberativistas (Elster, 1989: 8-9). Las decisiones públicas, entonces, deben ser adoptadas luego de un amplio proceso de discusión colectiva entre los representantes de los potencial y realmente afectados por las mismas (ya que en las sociedades actuales es empíricamente imposible que cada quien funja como su propio representante) en los que se presenten argumentos sólidos que procuren la imparcialidad con miras a la legitimidad, y no sólo la legitimación (es decir, la aceptación de un sector o grupo), de todo el sistema jurídico-político.

Para los defensores de la democracia deliberativa, en definitiva, la política debe consistir fundamentalmente en discusión pública y sería el Legislativo el poder que estaría llamado a jugar un rol sobresaliente en la promoción y coordinación de la deliberación. Los representantes electos cumplen adecuadamente con su tarea y toman sus decisiones luego de una razonada deliberación, maximizando las oportunidades de que las leyes sean imparciales y se haga así justicia con los intereses involucrados³⁵.

35 (Laporta, 2001). En este ensayo responde una crítica que Gargarella y Ovejero plantearon a su ensayo “El cansancio de

Dentro de las razones para conectar las ideas de deliberación e imparcialidad, Gargarella enseña cinco³⁶, a saber: 1) la discusión evidencia y, consecuentemente, ayuda a eliminar los errores fácticos y lógicos que normalmente presentan nuestros juicios. La deliberación actúa como un “filtro externo” al exteriorizar tales juicios ante otros, quienes contribuyen colectivamente a mostrar consecuencias adicionales o contradicciones entre los mismos. 2) Al deliberar se intercambia información, lo cual redundará en un enriquecimiento de los juicios y en una ampliación del panorama de sus posibilidades de acción³⁷. 3) La eliminación de prejuicios sociales, malentendidos y errores interpretativos que afectan la calidad de los argumentos también es una de las ventajas de la discusión. Muchas veces la falta de apoyo o respaldo a una decisión importante socialmente no está condicionada por el auto-interés egoísta, sino por el desconocimiento de las preferencias y necesidades de otros. El conocimiento del interés ajeno tiende a robustecer la formación del consenso³⁸. 4) La deliberación puede forzar a que determinados planteamientos sean eliminados o modificados para que sean aceptables por los demás³⁹; la imparcialidad se

la democracia”, en: Claves de razón práctica No. 99, 2000. La crítica de Gargarella y Ovejero se encuentra en: Claves de razón práctica No. 105 y lleva por título “Democracia representativa y virtud cívica”.

36 Las cuales son retomadas por Rodrigo Uprimny en su aclaración de voto a la sentencia C-668 de 2004.

37 Estas dos razones provienen esencialmente de Nino (The Constitution of Deliberative Democracy, cap. 5). La deliberación alienta un genuino intercambio de argumentos, había dicho Nino.

38 Nino profundizó en torno a esta cuestión en su libro *The Ethics of Human Rights* al defender una justificación epistemológica de la democracia.

39 La deliberación así entendida opera como en una especie de “velo de ignorancia” rawlsiano, en la medida en que precisamente las personas cuando van a elegir principios de justicia deben dejar a un lado la información específica sobre su situación para operar de manera conjunta e imparcial, y condicionados sólo

favorece en este punto al motivar a las personas a que sólo respalden determinada decisión en su propio interés. 5) Subraya interesantemente el carácter pedagógico de la deliberación teniendo en cuenta que intercambiando argumentos, escuchando otras razones y ajustando algunas perspectivas, la deliberación contribuye a que las personas se eduquen a sí mismas en la convivencia cívico-democrática.

Para afrontar las constantes críticas hacia las condiciones que antepone la implementación de modelos de democracia deliberativa, Gargarella (2006a) afirma sugestivamente que:

“si tomamos como punto de partida el hecho de que todos somos falibles, tenemos una primera razón para promover, en principio, aquellos mecanismos que pueden ayudarnos a corregir nuestras decisiones, las cuales están y siempre estarán sujetas a errores fácticos y lógicos, a falta de información y a los prejuicios sociales. Además, como todos sabemos, el sistema político sufre numerosos problemas que facilitan la aprobación de decisiones parciales. Existe una vasta literatura, tanto teórica como empírica, que refiere y documenta la indebida influencia que los grupos de interés más poderosos ejercen sobre el proceso político. Conforme a tal literatura, el sistema político tiende a sesgarse indebidamente o a resultar demasiado sensible a la presión de ciertos grupos, lo cual afecta su deseo de promover la imparcialidad”.

a elegir determinados bienes que cualquier ciudadano pueda perseguir. Así, en la adopción de reglas básicas para el diseño de una sociedad ordenada mediante instituciones políticas justas, debe condicionarse la información a aquella que garantice el acuerdo racional sobre cuestiones de principios.

El escenario para la deliberación y la revisión judicial de constitucionalidad

Para muchos de los principales autores partidarios de la concepción deliberativa de la democracia, Sunstein (1998 - 2001) y Gargarella (1996) entre ellos, el lugar idóneo para el ejercicio de la deliberación es el Congreso. Sunstein sostuvo (2009) que si bien no estaba de acuerdo con el fallo de la Corte Suprema relativo al aborto (*Roe vs. Wade*, 1973), era ya demasiado tarde para intentar cambiarlo. El poder Legislativo –en lugar de las Cortes como actualmente sucede en democracias como la colombiana– es el órgano plural y deliberativo que está dotado de las capacidades epistémicas adecuadas para que los representantes de los distintos sectores trasciendan sus diferencias y resuelvan la mayoría de los asuntos concernientes a la política pública, llegando a decisiones lo más justas posibles. Insistiendo en esta perspectiva se puede señalar que la teoría deliberativa no es una defensa a ultranza del activismo judicial, incluso propugna por restringir el papel de las Cortes y, debido al propio deber de lealtad que los jueces le deben dispensar a la Constitución, cuando la interpretan deben dejar a un lado sus propias perspectivas⁴⁰. Pero tal concepción sobre la democracia tampoco –al menos desde el modelo deliberativista defendido por Sunstein– supone una defensa desmedida del poder representado por las mayorías (Sunstein, 2001: 106 y ss.).

Gargarella califica de particular modo su aprobación respecto a la relación jueces-derechos

40 Sobre este punto, podríamos decir que Sunstein sigue el modelo de razonamiento judicial sostenido por Rawls respecto al “principio de legitimidad” que deben honrar los jueces. Véase la crítica de Gargarella “Rawls, Public Reason and the Role of Judiciary” y mi traducción “John Rawls, la razón pública y el papel del poder judicial” publicada en la revista Praxis Filosófica. Nueva serie No. 26.

sociales. Sobre sus compromisos en materia de crítica a la revisión judicial de constitucionalidad de las leyes respecto a las debilidades que padecen los argumentos presentados para defender dicho control judicial, véanse sus trabajos: *La justicia frente al gobierno* (1996: cap. 2), pero particularmente su artículo “La dificultad de defender el control judicial de las leyes” (1997) en el cual retoma y desarrolla precisamente parte de los argumentos presentados en tal capítulo. En el sentido de sus conocidas críticas a la *Judicial Review* (1996; 1997), me interesa destacar algunas de las reformas que ha propuesto para vincular el ideal de la democracia deliberativa con el control de las leyes, ya que a su juicio, quienes defienden dicho ideal consideran que, dentro de la clásica división de poderes, la rama del poder público más importante es la legislativa debido a la pluralidad de su integración, al hecho de que periódicamente deben someterse ante el electorado, y porque está orientado a la discusión colectiva, a la búsqueda del consenso.

Los jueces deberían no poder pronunciarse sobre cuestiones sustantivas, que deciden en países como Colombia los magistrados de la Corte Constitucional (piénsese por ejemplo en temas que a juicio de Gargarella corresponde decidir democráticamente a las mayorías, tales como los planes económicos a adoptar). La función judicial al respecto debe concentrarse en garantizar la realización y sobre todo el tipo de discusión democrática que se desarrolla en el parlamento, invalidando leyes por omitir la realización de un debate calificado debido a la exclusión de determinados grupos. Las cortes también deben propiciar la difusión libre de la información, garantizar el derecho de reunión. El sistema judicial desde las posturas cercanas al deliberativismo democrático se restringiría

tratándose de cuestiones respecto de las cuales tienen el poder que confiere la última palabra.

Si bien los modelos defendidos por estos dos autores procuran limitar el papel de las Cortes, no suponen una defensa desmedida del poder representado por las mayorías. En su defensa a la democracia deliberativa, Sunstein argumenta que la legitimidad de la democracia debe conducir hacia un “minimalismo judicial” en virtud del cual las cortes deben ser más bien catalizadoras del debate ciudadano a través de interpretaciones innovadoras en casos difíciles y sensibles a la opinión pública.

El hecho de que sea el poder Legislativo y no el Judicial el encargado de pronunciar la última palabra sobre los asuntos de la política pública, nos remite a la controvertida cuestión del activismo judicial. El sistema institucional colombiano, respecto a la democracia deliberativa, pareciera requerir un menor papel protagónico de la Corte Constitucional, en especial, respecto a la decisión de cuestiones sustantivas que fueron originalmente decididas por el Legislativo, en representación del pueblo, y posteriormente invalidadas por 9 magistrados que no cuentan con legitimidad democrática en la medida en que no fueron elegidos directamente.

Este problema de, digamos, déficit de representatividad de la jurisdicción constitucional, se ilustra con la llamada objeción contramayoritaria del Poder Judicial, en virtud de la cual se objeta el amplio poder decisorio de cierre de los jueces (en nuestro caso, la Corte Constitucional) en múltiples asuntos de la política pública referentes a cuestiones sustantivas o valorativas –considerando su referida falta de legitimidad–, que fueron decididas por el pueblo a través de sus representantes.

Un esquema constitucional centrado exclusivamente en la cortes, desde la perspectiva de Sunstein, es desfavorable porque la dependencia en el sistema judicial puede distraer la atención de otras estrategias más efectivas. Considera entonces que es positivo el hecho de que, como muy probablemente suceda al mover la interpretación constitucional del centro del poder judicial, la esfera política sea la que adquiera mayor relevancia en este punto⁴¹. En sustento afirma que tanto los servidores públicos como los ciudadanos del común deben hacer parte en la responsabilidad de acometer las reformas sociales, debido también al hecho de que los jueces no son todos expertos en tal área y que no representan a la ciudadanía, por lo cual otras entidades deben tomar la responsabilidad por el progreso de la sociedad (Sunstein, 2001: 104 y 105).

Conforme a Sunstein, a la revisión judicial de constitucionalidad sólo debe recurrirse en circunstancias excepcionales, tales como cuando están en juego derechos que son medulares en el proceso democrático o cuando resulta improbable que diversos grupos reciban un tratamiento justo en el proceso legislativo⁴². El tribunal constitucional tendría, en consecuencia, una importante (pero secundaria) labor que desempeñar. Al respecto, Sunstein propende por una “interpretación constitucional por fuera de las

41 (Sunstein, 2001: 99 y 100). En este punto critica la concepción dworkiniana según la cual los tribunales son “the only principled institution”, y al contrario sustenta que las otras ramas del poder reflejan mejor la tradición de la “deliberación principialista”. (Sunstein, 2001: 101 - 103).

42 La legitimidad de muchas decisiones tomadas por la Corte Constitucional, que en principio corresponderían al Legislativo, radica, estimo, en el carácter subsidiario de tales decisiones sobre asuntos respetuosos a las minorías y atinentes a la protección de ciertos derechos, que son desconocidos por los representantes del pueblo en el Congreso.

Cortes” debido a que la Constitución fue escrita por todos y no sólo por los jueces, por lo que en consecuencia debe ser activamente interpretada por los ciudadanos. Esta idea está en consonancia con la exigencia de Sunstein por abandonar la neutralidad apática por el destino político de las sociedades, ya que la democracia deliberativa requiere una ciudadanía más activa, crítica y propositiva. Otra razón para sustentar esta interpretación extensiva del texto constitucional, es que a menudo las decisiones judiciales son poco efectivas.

Gargarella es cercano a este planteamiento. Ha sostenido desde *La justicia frente al gobierno* (1996) que el poder de los tribunales constitucionales –de acuerdo a su perspectiva– debe (i) aislarse de las situaciones que corresponde decidir a las bancadas políticas del Legislativo, tales como la cuantía de las transferencias y los impuestos a productos y servicios determinados, y (ii) concentrarse en aquellos casos donde se censuren opiniones, se desampare el derecho de reunión y se imposibilite la discusión democrática, particularmente en los escenarios donde debe protegerse la participación de los grupos minoritarios (es decir, partidos políticos y minorías culturales).

Rawls sostuvo sugestivamente que:

“No existe un procedimiento infalible para determinar qué o quién está en lo correcto. (...) Es común que la Corte Suprema, el Congreso o el Presidente presenten puntos de vista opuestos acerca de cómo interpretar la Constitución. Y aunque la Corte tiene la última palabra a la hora de decidir casos puntuales, no está inmune a poderosas influencias políticas capaces de hacerle cambiar su comprensión sobre lo que significa la principal ley del país. La

Corte presenta sus puntos de vista a través de la razón y los argumentos, pero el último tribunal de apelación no puede ser ni la Corte ni el Congreso ni el Presidente, sino el electorado como un todo” (Freeman, 1999: 580).

En *Designing Democracy*, Sunstein continúa con los argumentos centrales de su teoría de la democracia deliberativa presentados en obras anteriores⁴³, pero los articula con una serie de problemas prácticos del derecho constitucional norteamericano y comparado, e igualmente agrega la cuestión de cómo las constituciones políticas pueden y deben contribuir a la instauración de modelos deliberativos de democracia⁴⁴. Si pudiera señalarse un fundamento central de su teoría de la democracia deliberativa, este sería el que los padres fundadores procuraron incentivar la discusión sustantiva entre los servidores públicos y la ciudadanía, ya que el derecho es creado por el pueblo y debe ser sostenido por el pueblo. Pone en entredicho la comprensión tradicional de la neutralidad del statu-quo en virtud del cual nada que vulnere los derechos legalmente reconocidos existentes al interior de la sociedad es injusto y tampoco nada que refuerce su protección es justo (Sunstein, 2001: 90). Como resultado, y como un aspecto que permite señalar la teoría de la democracia deliberativa con la

43 Fundamentalmente: *Democracy and the Problem of Free Speech* (1993b), *The Partial Constitution* (1998) y *Free Markets and Social Justice* (1997).

44 Igualmente, trabajos como los de Fishkin pretenden elaborar una manera concreta y coherente de aplicar los postulados de la democracia deliberativa al proceso real de toma de decisiones. A partir del mismo cometido, el libro de Mathews es un exitoso intento por concebir la concepción deliberativa de la democracia como respuesta a la crisis actual de la política norteamericana en torno a la exclusión de ciudadanos y sectores minoritarios. Vincula el ideal de tal concepción a una amplia tradición de activismo ciudadano orientado a la resolución de problemas comunitarios. Ver, (Fishkin, 1991) y (Mathews, 1994).

democracia representativa, Sunstein defiende la necesidad de abandonar tal neutralidad mediante el establecimiento de una ciudadanía activa en el proceso de configuración de la política pública⁴⁵.

Es interesante destacar que el profesor argentino ajusta un clavo suelto en la defensa del deliberativismo democrático al sustentar que el respeto a las mayorías deliberantes no implica de forma alguna el desamparo a los intereses minoritarios, por lo que las razones producto de un proceso deliberativo son más justas en la medida en que tomen en consideración, tanto los intereses ampliamente respaldados como los de quienes no cuentan con poder político o representatividad parlamentaria⁴⁶. Esto porque bien ha sido singularmente aleccionadora la historia (recuérdense los gobiernos altamente populares de Hitler, Pinochet y Fujimori, por caso) de que, además de mayoritarias, las políticas deben ser legítimas, esto quiere decir, en síntesis, que tienen que respetar parámetros normativos.

En contra de posturas pluralistas de la democracia (que no enfatizan la importancia de la deliberación y sólo procuran ampliar el número de intereses divergentes participantes en el proceso de toma de decisiones) la concepción deliberativista desde su “núcleo común” tiene un sólido presupuesto individualista que considera a las personas como *unidades fundamentales* del proceso democrático, por lo cual puede decirse que es anti-elitista al rechazar la idea de que una persona o grupo de ellas es más competente

45 [Sunstein, 2001: 93]. Es a este respecto donde se articula la idea de la “interpretación constitucional por fuera de las cortes” ya referida. *Ibidem*, pp. 96 y ss.

46 En torno a las restricciones a la deliberación en lo concerniente a decisiones que, siendo producto de un amplio proceso de discusión, oponen sobre alguna minoría un cierto modo de vida, ver [Gargarella, 1996: 164-172].

para decidir los asuntos públicos de manera imparcial.

El anti-elitismo de la teoría deliberativa analizado con base en su presupuesto individualista y a partir de su implicación en la garantía constitucional supra-mayoritaria de los Derechos Fundamentales

El anti-elitismo de la concepción deliberativa de la democracia se funda en el rechazo a la idea de que una persona o grupo de personas es más competente para decidir los asuntos públicos de manera imparcial. James Madison, Alexander Hamilton y John Jay (1961), al contrario, sostuvieron que las mayorías no estaban capacitadas para gobernarse a sí mismas, por lo que un selecto grupo de representantes debían regular la voluntad mayoritaria.

Los redactores de la Constitución norteamericana temían que los gobiernos mayoritarios estuvieran movidos exclusivamente por intereses de grupos privados, por muy numerosos que fueran. “En el sistema constitucional, a las mayorías no se les permite gobernar simplemente porque son mayorías. Por el contrario, la Constitución estableció un tipo de *república de razones* –un sistema de frenos y contrapesos [*checks and balances*] que incrementaría la probabilidad de contar con juicios más reflexivos” (Sunstein, 2004: 31). En tal “república de razones”, como afirmó en una obra anterior (Sunstein, 2001: 239)⁴⁷, los ciudadanos y sus representantes, así como los electores y los miembros del gobierno, deliberan respecto a las distintas funciones decisorias que tienen que cumplir. Los redactores procuraron crear un tipo de democracia en la cual las instituciones que representan a la ciudadanía

47 Sobre este concepto, ver también, (Sunstein, 1998: Part I, A).

y las encargadas de vigilar los controles y equilibrios entre los poderes, aseguren un proceso deliberativo entre ciudadanos políticamente iguales, en lugar que una agregación de sus intereses individuales.

Un reducto que ha pervivido hasta nuestros días, más de 20 siglos después, de tal concepción sobre la incompetencia ciudadana para decidir los asuntos públicos, es la institución misma de elección presidencial. Los padres fundadores consideraban que los ciudadanos promedio no estaban en capacidad de, o no estarían tan sintonizados con los asuntos públicos como para, elegir presidente, por lo que establecieron un sistema electoral a este respecto de segundo grado en virtud del cual, en lugar de que el voto de cada ciudadano cuente para uno u otro candidato en pugna, el pueblo de cada Estado vota para elegir un grupo de ciudadanos que integrarán el Colegio Electoral que es, en efecto, el que elige presidente. El partido que obtiene la mayoría en cada Estado, en la práctica, gana todos los electores respectivos que están obligados a votar por el candidato previamente escogido por tal partido en las elecciones primarias.

Este sistema, que en años recientes ha sido repetidamente cuestionado por parlamentarios que han promovido iniciativas legislativas para modificarlo, permite que acontezcan situaciones completamente ajenas a los sistemas democráticos en occidente, tal como el hecho de que un candidato reciba mayor número de votos en efecto por los ciudadanos, pero que pierda la presidencia por un menor número de votos en el Colegio Electoral, tal como le sucedió a Albert Gore en la campaña de 2000 contra George Bush.

Si bien es difícil encontrar a estas alturas de la historia una defensa tan radical de tal

concepción, quienes defienden una concepción meramente agregativa de la democracia no parecen distanciarse mucho de quienes, como los redactores de la Constitución norteamericana, sólo le atribuyen a la ciudadanía un papel pasivo en la elección de sus representantes. En este sentido y conforme a la concepción populista de la democracia, la votación de las mayorías es necesaria, pero además suficiente, para legitimar el proceso de toma de decisiones.

Nino, siguiendo a Mill, sostuvo que los ciudadanos son mejores jueces para decidir lo que les conviene. Tal presupuesto se expresa en la defensa de los derechos subjetivos sobre políticas que benefician a las mayorías que no consideran los intereses legítimos minoritarios. En virtud de dicha defensa, y siguiendo el presupuesto individualista de la concepción deliberativista, la maximización de los beneficios para la comunidad en su totalidad no puede menoscabar los intereses que, como los de las minorías sociales, culturales, étnicas, etc., no están ampliamente respaldados. Así, sostengo que una correcta implicación política y jurídica de dicho presupuesto, radica en la defensa de los derechos subjetivos que se expresa en la que bien puede denominarse “garantía constitucional supra-mayoritaria de los derechos fundamentales”.

Con su defensa de las personas como unidades fundamentales en el proceso de configuración de la voluntad general, Gargarella traslada sugestivamente al sustento del deliberativismo democrático tesis propias de otras vertientes de la filosofía política y del derecho constitucional contemporáneos, tales como las defendidas por Rawls y Dworkin⁴⁸. Este autor propuso una teoría

48 La crítica de Rawls al utilitarismo se encuentra desde las primeras páginas de Teoría de la justicia. Para la concepción de Dworkin de los derechos como cartas de triunfo, véase, Los

de los derechos individuales como derechos pre-jurídicos que, concebidos como “cartas de triunfo” frente al gobierno o las mayorías que detentan el poder, procuran garantizar la igualdad y el respeto por la dignidad humana. Ninguna directriz política ni ningún objetivo social pueden sobreponerse a un derecho individual, pues el bienestar general está supeditado al respeto de los derechos de las personas.

La legitimidad del progreso social, entonces, se encuentra supeditada al respeto de los derechos individuales. Rawls había escrito, unos años antes de la publicación del libro de Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977) e igualmente en contra del utilitarismo, que

“Una teoría por muy elegante y económica que sea, debe ser rechazada o revisada si no es verdadera; de igual modo, no importa cuán eficientes y bien-ordenadas sean las leyes y las instituciones, deben ser reformadas o abolidas si son injustas. Cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que incluso el bienestar de la sociedad en general no puede atropellar. Por esta razón, la justicia niega que la pérdida de libertad de algunos, sea presentada como correcta por el bienestar más grande que comparten otros” (Rawls, 1971: 3).

Esta fue una de las ideas cardinales que representaron el que su teoría posibilitara el resurgimiento de la concepción normativa de la filosofía política contemporánea. En efecto, una de las primeras preguntas que se hizo fue ¿es justa la concepción de justicia por el sólo hecho

derechos en serio. Barcelona: Ariel, 1995; y sobre la perspectiva utilitarista de la justicia, (Dworkin, 2006).

de provenir de una mayoría?⁴⁹. Para la segunda Prioridad en la aplicación de los principios de justicia, la justicia prima sobre la eficiencia y el bienestar. El planteamiento de Rawls al respecto, en conclusión, gira en torno a la imposibilidad rotunda de fundamentar la justicia sobre el criterio utilitarista de bienestar para la mayoría, ya que la justicia no está sujeta a las transacciones y el provecho de unos, así sean mayoría ni puede darse nunca en detrimento de otros, así sean muy pocos. Tal garantía constitucional proviene de la filosofía moral de Kant, para la cual, como *cada persona humana es un fin en sí mismo* y no un medio, no puede ser sacrificada a favor de los demás⁵⁰.

Uno de los redactores de la Constitución norteamericana, Alexander Hamilton, fue quien primero abogó por esta concepción al sostener que la voluntad genuina del pueblo reside en la Constitución, y no en las decisiones transitorias del legislativo. Desde cualquier punto de vista, el poder judicial es superior al legislativo, pero el poder del pueblo representado en una Constitución, es superior a ambos (Hamilton – Madison – Jay, 1961: No. LXXVIII). En este sentido, para Gargarella

49 En general, consúltense sus ensayos, “Justice as Fairness” (1962), “The Sense of Justice” (1963), “Constitutional Liberty and the Concept of Justice” (1963) y “Legal Obligation and the Duty of Fair Play” (1964).

50 Hay que tener en cuenta aquí, de paso, que Kant no entendía de manera absoluta la inviolabilidad de la persona humana. En su *Metafísica de las costumbres*, primera parte o Doctrina del derecho, al tratar el derecho penal, defendió la pena de muerte. En Kant el derecho penal no se justifica por la prevención del delito o la reeducación del delincuente, sino que es por una cuestión básicamente retributiva: el derecho justo asegura la correspondencia entre castigo y delito, y vela porque no se rompa ese equilibrio. Por eso la aplicación de la pena de muerte sólo corresponde al Estado y para él –en cuanto persona moral– es un imperativo categórico aplicarla rigurosamente. Esa doctrina retributiva hoy en día se considera cosa del pasado. Sobre este y otros aspectos de la obra de Kant puede consultarse el trabajo más importante publicado en Colombia sobre el tema: (Durán – Hoyos – Castañeda, 2007).

(2006a), Hamilton inauguró una nueva forma de pensar las relaciones entre la Constitución, la democracia, y el poder legislativo. Sunstein igualmente recurre a Hamilton para afirmar que “Las diferencias de opinión y los enfrentamientos de los partidos políticos en la legislatura (...) a menudo promueven la deliberación y la prudencia [*circumspection*], y sirven para controlar los excesos de las mayorías” (Sunstein, 2004: 31).

En la sentencia del caso conocido como “Saludo obligatorio a la Bandera” (*West Virginia Board of Education vs. Barnette*, 1943), el Magistrado de la Suprema Corte, Robert Jackson, afirmó que “El propósito mismo de una Declaración de Derechos fue retirar ciertos temas de las vicisitudes de la controversia política para colocarlos fuera del alcance de mayorías y funcionarios y establecerlos como principios jurídicos que serían aplicados por los tribunales. El propio derecho a la vida, a la libertad y la propiedad, a la libertad de expresión, a la prensa libre, a la libertad de cultos y de reunión y otros derechos fundamentales no deben someterse a votación: no dependen del resultado de elecciones”⁵¹.

En el fallo *Marbury vs. Madison*, ampliamente considerado el más célebre de la jurisprudencia norteamericana⁵², el entonces Presidente de la Suprema Corte, John Marshall, justificó la supremacía judicial como la forma correcta de proteger la voluntad real del pueblo. Allí estableció las bases de la autoridad futura de la Corte al declarar que es de su competencia “decir

lo que es la ley, que es la esencia de su deber jurídico”, afirmando que la responsabilidad de la Corte de derogar la legislación inconstitucional, era una consecuencia necesaria del cometido de sostener la Constitución. Se establece asimismo el principio de la interpretación judicial sobre el de la interpretación política de la Constitución. Se dice en la conclusión: “Si una ley se opone a la Constitución y si ambas se aplican a un caso concreto, de tal manera que la Corte debe fallar conforme a la ley desestimando la Constitución, o conforme a la Constitución desestimando la ley, es la misma Corte la que debe determinar cuál de estas normas en conflicto regula el caso”⁵³.

En el mismo sentido se había pronunciado el Tribunal Constitucional Federal Alemán en el famoso caso Lüth⁵⁴:

“Sin duda, los derechos fundamentales se orientan en primer lugar a asegurar una esfera de libertad de los particulares frente a las agresiones del poder público. Son derechos defensivos del ciudadano frente al Estado. Así resulta tanto del desarrollo intelectual de la idea de derechos fundamentales como de los procesos históricos que han llevado a que las constituciones de los distintos estados recojan los derechos fundamentales. Ése es también el sentido que tienen los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn, la cual, al anteponer el capítulo de los derechos fundamentales, ha querido resaltar la prioridad de los seres humanos y su dignidad frente al poder del Estado”⁵⁵.

51 Citado por (Holmes, 1988: 195 – 240).

52 Con algunas distinguidas excepciones, como la de Oliver W. Holmes, para quien este lugar lo ocupa el caso *Martin vs. Hunter’s Lessee* (1816) donde la Suprema Corte federal reafirma su autoridad soberana sobre las supremas cortes de los estados. Para Holmes, “es posible construir una nación sin control de constitucionalidad de las leyes, pero resulta difícil lograr ese propósito sin la existencia de una instancia que unifique la interpretación de las normas básicas”.

53 *Marbury vs. Madison* (5 U.S. 137, 1803). Ver al respecto, (Nelson, 2000).

54 BVerfGE 7, 198, 1958.

55 Referencia y versión castellana adeudadas a Juan Antonio García Amado.

Nuestro Derecho Constitucional ha hecho una efectiva recepción de la estudiada garantía constitucional, particularmente en la versión sostenida por Alexy (1997: 495), para quien, “desde el punto de vista del derecho constitucional [los derechos fundamentales] son posiciones tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar en manos de la simple mayoría parlamentaria”. Así, en la sentencia C-350 de 1994 (M.P.: Alejandro Martínez), se lee, “Condicionar la validez de un derecho constitucional a los criterios de las mayorías es quitarle toda su eficacia específica puesto que, en una gran medida, los derechos constitucionales fundamentales son las promesas que formulan las mayorías a las minorías –y a esas minorías radicales que son las personas– de que su dignidad e igualdad será respetadas”. Los jueces constitucionales (es decir, todos) están llamados a reconocer y proteger derechos como el mínimo vital⁵⁶ frente al poder de las mayorías, tal como lo ha hecho la Corte Constitucional en numerosas sentencias⁵⁷.

El modelo deliberativo de la democracia incorpora el ideal democrático de la justicia e igualdad real, por lo que no sacrifica los derechos ni las libertades de ningún ciudadano ni de ninguna minoría, debido a la satisfacción del bienestar

56 El cual no está consignado en la Constitución (i.e., es un derecho innominado) pero se desprende de otros derechos fundamentales mediante una interpretación constitucional sistemática. Sin ser éste el lugar para un análisis sobre el tema, consúltese, (Arango, 2004).

57 A título simplemente ilustrativo, ver, entre muchas otras: ST-426 de 1992, ST-005 de 1995, ST-144 de 1995, ST-147 de 1995, ST-198 de 1995, ST-202 de 1995, ST-287 de 1995, ST-076 de 1996 (seguridad social); ST-146 de 1996, ST-166 de 1997, ST-174 de 1997; ST-529 de 1997, ST-144 de 1999, ST-502 de 1999, ST-679 de 1999, SU-995 de 1999, ST-121 de 1901, ST-132 de 1901 (mora en el pago de salarios); ST-238 de 1998, ST-283 de 1998, ST-286 de 1998 (despido injusto de embarazadas); ST-328 de 1998, ST-283 de 1998, ST-286 de 1998, ST-597 de 1993, ST-571 de 1998 (exclusión de medicamentos y tratamientos del POS que amenazan Derechos Fundamentales).

general. Contemporáneamente democracia no sólo significa mayorías (es decir, fue superada por su propia historia la mera idea de “gobierno del pueblo”), sino también respeto a los derechos minoritarios⁵⁸. Ofende a las concepciones más citadas del constitucionalismo actual, tales como aquellas reunidas dentro del movimiento neoconstitucionalista (Carbonell – García, 2010) el argumento según el cual una decisión mayoritaria es, de forma necesaria, genuinamente democrática⁵⁹.

Si bien la definición de “democracia” es bastante controversial, y con “deliberativa” se procuró mostrar que las perspectivas apenas logran concordar, este trabajo y este libro en general, atienden la inobjetable premisa de que, contemporáneamente hablando, la democracia tiene relación inescindible con los derechos fundamentales y con el principio de igualdad política. Fue superada por su propia historia la mera idea de democracia como gobierno del pueblo, porque muchas veces ese pueblo mayoritariamente organizado toma medidas que contradicen principios constitucionales fundamentales. Las democracias contemporáneas son democracias constitucionales porque, al decir de Ferrajoli,

58 workin ha insistido en esta idea. Véanse fundamentalmente sus trabajos, “Igualdad, democracia y Constitución: nosotros, el pueblo, en los tribunales (en: Carbonell – García, 2010), (“Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise”, en: Dworkin, 1996).

59 Hay una tensión inevitable entre el autogobierno y el gobierno limitado por los derechos individuales, en tanto aspiraciones irrenunciables y valiosas. Los mecanismos contramayoritarios del constitucionalismo conllevan inevitablemente la restricción de uno de nuestros derechos (igual participación en la toma de decisiones públicas); sin embargo cabe la posibilidad de que se compense por una mejor protección de derechos como aquellos que aseguran la autonomía individual. Véase el extraordinario trabajo de (Bayón, 2010).

“Una constitución no sirve para representar la voluntad común de un pueblo, sino para garantizar los derechos de todos, incluso frente a la voluntad popular (...) El fundamento de su legitimidad, a diferencia de lo que ocurre con las leyes ordinarias y las opciones del gobierno, no reside en el consenso de la mayoría sino en un valor mucho más importante y previo: la igualdad de todos en las libertades fundamentales y en los derechos sociales” (Ferrajoli, 2002: 203).

Reversión de la objeción contra-mayoritaria por la aceptación general de la Corte

El diseño institucional que sustentan Sunstein y Gargarella respecto a la prelación del escenario legislativo para llevar a cabo las deliberaciones que conformen la voluntad mayoritaria y configuren así la política pública, podría reconsiderarse al leerlo desde el contexto colombiano⁶⁰. Al constatar que, no obstante el hecho de que los jueces son nombrados en lugar de ser elegidos por el pueblo como constituyente primario y que no están sujetos a ratificaciones periódicas por parte del pueblo en elecciones, pareciera que hoy por hoy asistimos a una especie de “reversión de la objeción contra-mayoritaria” en la medida en que la Corte Constitucional, en lugar del Congreso, goza de una mayor legitimidad popular y respaldo al reconocérsele una conexión más profunda con los principales movimientos de la opinión pública,

60 Para Gargarella (1996), desde la idea del “carácter contra-mayoritario” del Poder Judicial –en particular debido a que sus miembros no son elegidos de forma directa, sus mandatos pueden llegar a ser particularmente duraderos y a la falta de sujeción al voto popular– es hace deseable que en un sistema democrático la decisión de cuestiones “sustantivas” quede en manos de las mayorías o, en todo caso, de los órganos representativos.

reflejando así más poderosamente la opinión del votante medio.

Si bien el Congreso es el que, al menos en principio debido a que está integrado por ciudadanos elegidos mediante el voto directo de la mayoría de electores, debería irradiar y hacer eco más acertada y cabalmente sus intereses, preferencias y concepciones político-democráticas, la reversión tiene que ver con que pareciera que en Colombia cada vez la ciudadanía se siente más cercana a la Corte Constitucional en sus decisiones que a las tomadas por sus propios representantes en el Congreso debido a que continuamente las propuestas legislativas responden a finalidades marcadamente clientelistas y electoreras, sólo procuran conservar parcelas electorales y sobresalen los intereses privados en las leyes. Otros factores elocuentes de la lógica legislativa tienen que ver con la polarización de los partidos, la parcialidad de los parlamentarios debido a los compromisos que adquieren con las corporaciones y los diversos intereses privados que financian sus campañas, así como por el permanente descrédito del Legislativo por escándalos como el de la ‘para-política’ y la corrupción; la criticada incapacidad de auto-reformarse por vicios como los señalados también deriva en que pierda adhesión ciudadana y respaldo popular. Actualmente en Colombia, como nunca en su historia, quizás desde el Frente Nacional, quedan cada vez menos representantes del votante medio que se encuentren hacia el centro de los partidos líderes con sus bancadas en el Congreso.

Estas desafortunadas circunstancias bien conocidas, entre otras, han desembocado en que muchas veces el ciudadano promedio se sienta progresivamente menos representado por los partidos mayoritarios que tienen el poder de

decisión en el Congreso, y mas cercano a las decisiones emanadas de la Corte⁶¹. Pareciera que cada vez es la institución que cuenta con menor representación popular –es decir la Corte– la que refleja más translúcidamente los intereses, las perspectivas de vida y las cosmovisiones de la opinión pública en general. Pudiera decirse al respecto que a medida que la opinión pública en general se aleja del Congreso y de los partidos políticos, se acerca proporcionalmente a instituciones como la Corte Constitucional. Con esta afirmación no estoy procurando tanto defender la actuación de la Corte como insistir en que sus decisiones –incluso las más polémicas– son menos contra-mayoritarias de lo que a menudo se afirma desde la esfera económica y un sector tradicional de la jurídica.

Un caso que, estimo, lo ilustra claramente es el de los derechos civiles para las parejas del mismo género, pues recuérdese que el proyecto de ley “se hundió” porque, sustentaron senadores conservadores (no sólo de afiliación, como Gómez Hurtado, sino también de concepción política) que la “familia nuclear tradicional” no permite a dos personas homosexuales integrar una familia, mientras que recientes decisiones de la Corte vinculan con mayor fuerza a un grueso de la ciudadanía laica, reflejando el que no necesariamente sienta una sintonía con lecturas exegéticas de los textos legales que desconocen

61 Aunque hacemos particular énfasis en la Corte Constitucional, similares asuntos podrían merecer nuestra atención respecto a las otras altas cortes. Así, por ejemplo, el papel que hasta ahora ha desempeñado la Corte Suprema de Justicia en los casos de investigación y juzgamiento de los congresistas vinculados al proceso de la para-política –resistiendo incluso severos embates del Ejecutivo y sus epígonos– y la reciente decisión del Consejo de Estado de amparar la venta de la medida anticonceptiva de la “píldora del día después”, podríamos decir que se encuentran mas cercanas al ciudadano promedio y al votante medio respecto de las decisiones negativas que sobre similares asuntos ha tomado el Congreso.

una realidad que cada vez más se refleja como ineludiblemente integrante de las sociedades contemporáneas.

Aunque sólo una investigación podría acreditar el hecho de que en realidad los movimientos sociales y la opinión pública en general se sienten mas representados por la Corte que por el Congreso, estimo que no sería apresurado ni del todo infundado afirmarlo al menos respecto a cuestiones como aquella, pero también como el aborto, la eutanasia, las libertades individuales y el infortunado proceso inaugurado por la ley de justicia y paz que luego de su paso por el Congreso fue recompuesto por la Corte en cuestiones aberrantes que presentaba el proyecto original⁶².

Con este panorama en mente querría insistir que resulta por tanto exagerada la vehemente crítica que con frecuencia se dirige hacia la Corte según la cual sus decisiones son contra-mayoritarias e incluso anti-democráticas, razón por la cual su institucionalidad pareciera vulnerarse debido a que muchas veces se halla en contra de la voluntad de las mayorías parlamentarias y de la rama Ejecutiva. El propio ejercicio de la Corte prudente y respetuoso de la competencia del Legislativo, demuestra que es equivocado retratarla como una Institución que impone los juicios morales y la cosmovisión del mundo de sus magistrados.

Muchas de las decisiones más polémicas que ha tomado la Corte en su historia, las cuales han dejado sin efectos leyes emanadas del Congreso

62 Recuérdese que la Corte, aunque no declaró la inconstitucionalidad de la ley de justicia y paz (No. 975 de 1905), realizó una serie de ajustes relativos a la entidad de la ofensa y el monto de la condena, a la sanción por la omisión de información relevante, y a la restricción de la responsabilidad patrimonial. Además de la sentencia propiamente (SC-370 de 1906) puede consultarse el pertinente análisis de Arango en su *Los Derechos Humanos como límite a la democracia* (2007).

a iniciativa propia o de los Ministros, así como Decretos presidenciales, reflejan poderosamente las perspectivas de un grueso margen del electorado promedio. Las decisiones de la Corte, en lugar de suscitar una polémica nacional por los excesos de poder que muchos le critican, acogen muchas veces un consenso nacional que se ha enfocado en las cuestiones permitidas u omitidas por el examen jurídico, hasta que le ha correspondido a la Corte resolverlos, porque no es tanto que la Corte “se meta” en todo como dicen sus detractores sino que “la meten” en todo, que es en lo que tenemos que insistir sus defensores.

En este análisis de las decisiones de la Corte respecto a la reversión de la objeción contra-mayoritaria del poder judicial, tienen que exceptuarse casos que tienden a polarizar a la ciudadanía y sobre los cuales difícilmente puede hablarse de consensos o de movimientos sociales significativos de lado y lado. Por ejemplo, si bien la sentencia reciente sobre el aborto fue celebrada por profesores, académicos, editorialistas, columnistas... sería equivocado no esperar críticas severas de un amplio sector de la sociedad que tiene un arraigado sentido del catolicismo y cree en la santidad de la vida desde el momento de la concepción, no obstante el hecho de que la Corte insiste en que la penalización del aborto es constitucional⁶³.

Decíamos que encaja con el grueso de la población no polarizada ideológicamente sobre el asunto, ya que la Corte no reconoció *in genere* el derecho de la mujer a practicarse el aborto en cualquier momento del embarazo, sino que resolvió declarar constitucional el tipo penal que vuelve punible dicha práctica pero consagró eventos exceptivos

que permiten su práctica, a saber, cuando el embarazo fue engendrado por violación, cuando hay grave riesgo para la vida de la madre en caso de continuar el embarazo y si la malformación del feto haría inviable su vida. En el caso del aborto la Corte dictaminó en su sentencia (C-355 de 2006) lo que usualmente piensa el votante medio como se pudo conocer en su momento con amplia ilustración por decenas de encuestas, sondeos de opinión y manifestaciones de movimientos sociales, como es que no respalda el aborto como derecho absoluto sino que concuerda en la necesidad de establecer las referidas excepciones.

Piénsese, en contraste, qué hubiera sucedido en los movimientos sociales y de opinión si la Corte hubiera ido más lejos y, como en el célebre caso *Roe vs. Wade* que decidió la Corte Suprema norteamericana declarara el derecho libre al aborto durante los dos primeros trimestres debido a la protección del derecho de autonomía de la mujer. En esta situación hipotética quizás la Corte sí se habría alejado del referido grueso mayoritario de la población donde se ubica el votante medio por razón de sus creencias y concepciones.

Quizás para respaldar el argumento de la reversión en este punto, y frente a las críticas provenientes desde el dogma católico, puede señalarse la falta de afinidad que en general, e incluso entre católicos creyentes, despertaron las alternativas propuestas por voceros de la iglesia ante la situación que estaba decidiendo la Corte, ya que en caso de embarazo producto de violación, un emisario del episcopado sostuvo por los medios de comunicación nacionales que la criatura debiera ser traída a la vida (obligando con ello a la mujer, de paso, a cargar en su vientre el fruto de tan aberrante acto) y que la iglesia la recibiría en adopción... Frente al caso de la píldora

63 Como contraste, un ejemplo desde la jurisprudencia norteamericana es el caso *Roe vs. Wade* sobre el que algo mencionaremos más adelante.

del día después, que acaba de ser permitida por el Consejo de Estado, sostuvo el vocero de la Conferencia Episcopal que “en caso de duda (embarazo o no) la iglesia escoge sabiamente: la vida”.

Además del tradicional desprestigio del Congreso, otras razones pueden sustentar la reversión de la objeción tales como aquellas atinentes propiamente a la labor judicial. Podría decirse que algunas de las características esenciales del proceso de aplicación del derecho por parte del juez, honran los postulados de la democracia deliberativa más delo que se logra hacerlo el mismo Congreso. A este respecto, Owen Fiss sostuvo que los jueces tienden a alcanzar la objetividad en sus decisiones en mayor proporción que los congresistas porque el contexto institucional les exige que las decisiones estén precedidas por la participación en un diálogo caracterizado por (1) las reglas procesales que obligan a los jueces a tomar en cuenta los argumentos de determinadas personas considerando que no pueden controlar completamente el ámbito de personas a las que deben escuchar, (2) la obligación judicial de responder sobre todo reclamo o solicitud, muchos de los cuales preferirían eludir, las conexas obligaciones de (3) asumir la responsabilidad institucional por su respuesta y (4) fundamentar jurídicamente sus decisiones en virtud de la cual presenten razones que trasciendan sus creencias personales y transitorias. De esto se deriva, conforme a Fiss, que la institución del control judicial de constitucionalidad de las leyes no afirme implícitamente la superioridad natural del juez como muchos critican, sino la mayor calidad de las condiciones institucionales bajo las cuales los jueces adoptan sus fallos (Fiss, 1979: 13-14)⁶⁴.

64 Sustentar la labor judicial de esta forma implica de entrada rechazar la concepción de Nino según la cual las decisiones provenientes del Legislativo presentan una superioridad

Ciertamente en contextos como el colombiano los congresistas no tienen frontera de acción además del cumplimiento de la ley, ya que la rendición de cuentas a sus electores no representa en la gran mayoría de los casos una forma efectiva de sujeción de los parlamentarios con sus electores. Exceptuando los resultados de centros como “Congreso Visible” de la Universidad de los Andes, los electores después del voto perdemos casi cualquier oportunidad de plantear exigencias o reclamar el cumplimiento de promesas, mientras que los jueces están permanentemente vigilados y controlados por sus superiores jerárquicos y los órganos de control.

Planeación, deliberación, legitimación

El constitucionalismo colombiano adopta un modelo deliberativo de democracia, no sólo por establecer como requisito formal que en el proceso de formación de las leyes y los actos legislativos deben surtir debates públicos y que éstos deben cumplir ciertas características⁶⁵,

epistémica sobre las decisiones judiciales. Puntualmente, respecto de su concepción epistémica de la democracia sostenida en *The Constitution of Deliberative Democracy*, Nino lo sostendría por el grado de deliberación pública así como por el de participación de los afectados en la decisión. El presupuesto de Nino de que los tribunales constitucionales (él habla de jueces en general sin distinguir con los magistrados) en su ejercicio de revisión de la constitucionalidad de las leyes deciden de espaldas a la deliberación pública, no responde adecuadamente –por lo menos en lo relativo al Tribunal colombiano– a la realidad del ejercicio jurisdiccional ya que los magistrados no deciden “en la soledad de sus propias oficinas y bibliotecas, sin participar en el proceso de discusión pública con todos los interesados en una u otra decisión y sin revisar sus decisiones en el marco de tal proceso público”. (Nino, 1992: 685). Adicionalmente podría decirse, con Gustavo Zagrebelsky, que los magistrados son concientes del grado de pasión (“no inferior a la de una deliberación parlamentaria”) que entra en juego en sus deliberaciones. Ver su ensayo “Jueces constitucionales” (2007).

65 Dentro de los elementos fundamentales del trámite para la formación de actos legislativos y actos de legislación, en lo relativo a la democracia deliberativa, se consagran: en la

sino que jurisprudencialmente se ha reivindicado la exigencia por debates cualificados en las deliberaciones parlamentarias, la inclusión discursiva de minorías y grupos afectados (indígenas, desplazados), así como la realización de audiencias públicas para rendir cuentas acerca de la ejecución de sentencias. En los debates parlamentarios se deben ofrecer razones que puedan ser conocidas por los otros congresistas y la sociedad. En un salvamento de voto, Rodrigo Uprimny señaló que (s.v., SC-668/04) la obligación constitucional de los congresistas de trascender sus intereses y los de sus electores para considerar el interés general, es una exigencia de la democracia deliberativa teniendo en cuenta que, en virtud del artículo 133 C.Po., “deberán actuar consultando la justicia y el bien común”.

En este aparte final se defenderá la conveniencia de fortalecer en el proceso legislativo colombiano

Constitución, art. 144 (publicidad de las sesiones); art. 145 (integración del quórum); art. 146 (mayorías para aprobar); art. 157, nums. 2 y 3 (cumplimiento de la exigencia de los debates reglamentarios en las comisiones y en las plenarias); art. 160 (respetarse el período mínimo entre debates); art. 161 (integración de comisiones accidentales de ambas cámaras cuando surgen discrepancias) y art. 375 (exigencia de ocho debates en dos periodos ordinarios y consecutivos para que un proyecto de acto legislativo sea norma constitucional). En la ley 5ª de 1992 (Reglamento del Congreso) se regula el sometimiento a discusión de cualquier proyecto sobre cuya adopción deba resolver la respectiva Corporación. Art. 94 (término del debate, el cual empieza al abrirlo el Presidente y termina con la votación); art. 95 (asistencia requerida); art. 96 (derecho a intervenir de los congresistas, los Ministros y funcionarios invitados); art. 97 (regla de las intervenciones); art. 98 (interpelaciones); art. 99 (alusiones en los debates); art. 100 (réplica o rectificación); art. 102 (duración de las intervenciones); art. 103 (número de intervenciones); arts. 116 a 119 (quórum deliberatorio y decisorio requeridos); arts. 105 y 104 (imposibilidad de intervenir sobre determinados asuntos y mediante la lectura de discursos escritos); art. 107 (condiciones para el aplazamiento del debate); art. 108 (cierre del debate por suficiente ilustración); art. 157 (publicación del informe antes de iniciar el primer debate); y art. 176 (podrán deliberar los Congresistas y los Ministros luego de la explicación del ponente de la significación y el alcance del proyecto).

los postulados sostenidos por los partidarios de la democracia deliberativa, lo cual resulta de singular relevancia debido a las críticas hacia el modelo actual de aprobación de la ley del Plan Nacional de Desarrollo (por los vicios en los que se incurrió durante su trámite por el Congreso), que sustentaron la conveniencia de regresar al anterior modelo de aprobación. Dicho modelo, al ser unilateralmente sancionado por el Ejecutivo, no contaba con proceso de deliberación parlamentaria.

Desde las virtudes que al proceso legislativo le incorpora la deliberación, es democráticamente inadmisibles proponer la eliminación del modelo actual por cuenta de los vicios legislativos acaecidos en el proceso de aprobación del proyecto de ley. Al incorporar la deliberación, como se dijo, se cuentan con más posibilidades de alcanzar la imparcialidad en las decisiones políticas, así como de respetar la oposición, honrar el control político y propender hacia la representación de amplios sectores sociales (tales como los que hacen parte del Consejo Nacional de Planeación), lo cual resultaría imposible en caso de operar bajo el anterior modelo.

Los Planes de Desarrollo son las guías que consignan el destino de las inversiones públicas en los principales proyectos de inversión nacionales, determinando los principales propósitos y objetivos de la política y orientando así durante el respectivo cuatrienio la acción gubernamental; de ahí precisamente su enorme importancia. Están compuestos por una parte general y otra particular: la primera traza las directrices de orientación nacional a largo plazo y establece las metas y estrategias políticas, económicas, sociales y ambientales; mientras que la segunda está referida al plan de inversiones de las entidades

públicas del orden nacional, la cual contempla los mecanismos de financiación para los diferentes programas y proyectos a desarrollar.

El Plan 2006-2010, denominado “Estado Comunitario: desarrollo para todos”⁶⁶, fue revisado, (presuntamente) corregido y aprobado por el Congreso. Brevemente podemos señalar algunos de sus propósitos fundamentales. Desde el punto de vista del desarrollo y la macroeconomía, son: el crecimiento del Producto Interno Bruto a un 5%, el aumento del empleo a un 3,1% y la subsiguiente reducción del desempleo al 8,8%; la disminución del índice de pobreza entre el 39,6% y el 35% y el de indigencia al 8% y la reducción del déficit fiscal al 2,3% del PIB. También se consagraron otros propósitos: el de disminuir la tasa de homicidios a 25 por cada 100.000 habitantes, el de consolidar la política de prevención del consumo de estupefacientes, y el de extender al 100% la cobertura en el régimen subsidiado en los niveles 1 y 2 del Sisbén y sumar 300.000 niños entre 6 meses y 5 años a los desayunos infantiles.

Dentro de las tempranas críticas que recibió por parte de diversos sectores⁶⁷, aquellas enderezadas por conspicuos economistas fueron particularmente agudas, pues además de lo abiertamente clientelista que terminó siendo la ley tras su paso por el Congreso, se destacaron un grupo de elocuentes objeciones, y ya frecuentes en todo lo que emana de tan desprestigiada Institución, en virtud de las cuales el plan terminó

66 Ley 199/07 del Senado y 201/07 de la Cámara “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010”.

67 Para una síntesis de las principales objeciones al PND por parte del Gobierno y la Federación Colombiana de Municipios, ver el informe “Objeciones al Plan Nacional de Desarrollo”, en: *Ámbito Jurídico* 2 al 15 de julio de 2007, pp. 18-19. Ver también la columna de Juan Camilo Restrepo en este periódico, “Una vela a Dios y otra al diablo”. 30 de julio – 12 de agosto, 2007.

siendo una “lista de mercado regional”, como lo calificó Juan Camilo Restrepo, refiriéndose a la inclusión indebida de obras regionales de diversos tipos (pistas de coleo, polideportivos, transmilenios en ciudades intermedias, un tanque de agua potable en un barrio de Barranquilla y un Instituto Agrícola en San Jerónimo, Ant., por ejemplo)⁶⁸, sin siquiera contar durante la discusión con la (requerida por ley) aprobación del Ejecutivo⁶⁹. El Editorial del periódico *El Tiempo* de marzo 28 de 2007 se refirió en detalle al episodio vergonzoso que protagonizaron integrantes de las comisiones terceras y cuartas de la Cámara y del Senado, con ocasión de la aprobación en primera instancia del Plan Nacional de Desarrollo: “Amparados en la sombra del pupitrazo, senadores y representantes de esas comisiones se prestaron para introducir textos ajenos al espíritu del Plan de Desarrollo”.

Otra de las críticas tiene que ver precisamente con la falta de dirección política y la propia actuación del Ejecutivo en tal descontrol institucional generado por la premura con la que se aprobaron, en dos meses, 181 artículos en los cuales se incluyeron modificaciones legislativas que ordinariamente habrían tenido que seguir el trámite previsto en la ley 5 de 1992 (Reglamento del Congreso)⁷⁰. Para Rafael Pardo, al Gobierno le interesó más meter

68 Recuérdese lo que preceptúa el artículo 339 constitucional respecto a lo que debe contener el plan de inversiones públicas: “solamente los presupuestos plurianuales de los principales programas y proyectos de inversión nacional y la especificación de los recursos financieros requeridos para su ejecución”.

69 Ya mencionaremos que fue igualmente aberrante el hecho de que el Ejecutivo no manifestara sus objeciones en forma alguna sobre este asunto.

70 Dentro de las críticas más sonadas se desatacaron en su momento el problemático asunto de la viabilidad financiera de las universidades públicas, así como el recorte a las transferencias regionales. En general, al constatar que el plan vigente contiene muchas de las políticas fallidas del primer gobierno Uribe, se podría estructurar una evaluación del fracaso en el cumplimiento de muchas metas del pasado plan de desarrollo (2003-2006).

micos legislativos, que la orientación del plan⁷¹. En el citado Editorial también se mencionó que “los funcionarios del Ministerio reconocen en privado que todavía no han terminado de evaluar la avalancha de propuestas y que es posible que les hayan metido más de un gol (o autogol cuando proviene de la esfera estatal)”. Y como un presagio desafortunado de lo que efectivamente sucedió, se advirtió también que: “Y eso que falta el debate en las plenarios de Senado y Cámara, en donde aumentará el peligro de que cuelguen ‘micos’ y metan goles”⁷².

La Planeación, en consecuencia, como un instrumento de participación, concertación y de gerencia, quedó profundamente desvirtuado en la ley, circunstancias por las cuales se desfiguraron los objetivos nacionales de largo plazo y las prioridades de acción que deberían orientarse en la ley orgánica del plan. Para Restrepo, en columna publicada en *Portafolio*, “la armonía que por disposición constitucional debe existir entre el presupuesto nacional y el plan nacional de desarrollo se refiere a las inversiones prioritarias recogidas en los presupuestos plurianuales del plan”.

Frente al censurable hecho de que el gobierno no se manifestó en contra de tales obras menores, el Ministro de Hacienda sostuvo, siguiendo una clara tónica de complaciente clientelismo, que estas tendrán aplicación durante el cuatrienio en la medida en que se cuente con los recursos necesarios y se obedezca a una estricta prioridad técnica y financiera que viabilice su ejecución.

71 Rafael Pardo, “Chocó en el Plan de Desarrollo”, artículo en el periódico *El Tiempo*, de abril 4 de 2007

72 Editorial del periódico *El Tiempo* de marzo 28 de 2007 “Plan de Desarrollo: micos y goles”.

Para procurar resarcir tales inconvenientes a futuro el economista Alejandro Gaviria, en una columna de *El Espectador*, así como el editorial de *El Tiempo* de mayo 17 de 2007, propusieron reformar el esquema actual para que el plan, como en el esquema constitucional anterior, sea elaborado y aprobado autónoma y unilateralmente por el Ejecutivo, y eliminar de esta forma el trámite actual de aprobación del plan que contiene la Constitución de 1991 en virtud de la cual debe dársele un trámite legislativo en el que participen en su configuración el Congreso y los representantes de diversos sectores sociales que hacen parte del Consejo Nacional de Planeación. Aunque Mauricio Olivera, investigador de Fedesarrollo, reconoce que debe fortalecerse el trámite legislativo y dotarlo de lineamientos más estrictos respecto a la discusión, por la dificultad de realizar con eficacia esta tarea, secunda el cambio al sistema anterior de aprobación del plan. Por el contrario, y en el sentido defendido en este aparte de la investigación, el exministro Juan Camilo Restrepo sostuvo que la solución al problema de la indebida intromisión de los congresistas en la ley del plan con proyectos de inversiones menores que cuentan con otros medios para llevar adelante, no es reformar la ley sino por propender por su efectivo cumplimiento.

Sin analizar en torno a lo que pueden considerarse críticas veraces y sólidas al plan⁷³, no debe perderse de vista que las virtudes que al proceso

73 Sobre la falta de rigurosidad respecto a la unidad de materia de la ley y la necesaria relación directa de las normas aprobadas con los altos objetivos del plan, se pronunciará en su momento la Corte Constitucional. Para recordar lo expresado en una oportunidad anterior (SC-573/04) “las disposiciones instrumentales contenidas en la ley del plan deben guardar una relación directa e inmediata con los objetivos y programas del plan, pues de no ser así, estarían desconociendo el principio de unidad de materia y el contenido constitucional propio de esta ley”.

político le incorpora la deliberación no pueden ser desvaloradas ni menoscabadas por la ocurrencia de estos vicios, pues esto resultaría siendo más costoso que solidificar los vicios que se presentan durante el sometimiento de la ley del plan al conocimiento del Congreso debido al impedimento de la deliberación, la cual es concebida como una condición *necesaria*, más no *suficiente* para alcanzar decisiones justas para todos y no sólo buenas para algunos. Esta exigencia no constituye razón suficiente para eliminar el modelo del plan previsto en la Constitución que exige la aprobación democrática y deliberativa del plan.

Es en este punto en donde les convendría a los detractores del modelo actual de aprobación del plan, y en general a los críticos de la teoría de la democracia deliberativa, considerar las virtudes que le incorpora al proceso político la dinámica deliberativista. Los rasgos esenciales que se incluyen dentro del concepto de democracia deliberativa conforman un planteamiento teórico al que ya nos hemos referido como “núcleo común”, del cual podemos extraer las siguientes características esenciales y potenciales virtudes respecto al asunto bajo examen:

1. Al deliberar pública e incluyentemente, los argumentos se expurgan de errores lógicos o fácticos, ya que al advertir conjuntamente las debilidades de las tesis propias y rivales los interlocutores se enriquecen mutuamente y depuran sus perspectivas y los argumentos que las sustentan, avanzando en la construcción de decisiones más razonables. Los participantes clarifican y, en muchos casos, redefinen sus propias perspectivas sobre los asuntos que afectarán al resto de la sociedad ampliando el rango de alternativas de solución sobre los problemas planteados. Así, en el proceso

deliberativo puede evidenciarse la falta de compromiso social y el irrespeto por las minorías o algún “mico” en una decisión.

2. La deliberación provee mutua información con la que no siempre se cuenta, la cual contribuye a expandir el panorama de las alternativas entre las cuales optar por lo cual favorece la amplia inclusión social a la democracia y alienta un genuino intercambio de argumentos. Así es como no sólo el resultado de la deliberación es producto de nuevas y depuradas consideraciones, sino que también se favorecen las decisiones políticas por el consenso del que son producto.
3. La deliberación permite que se amplíe el panorama de nuestros juicios mediante el intercambio de puntos de vista y de razones que sustentan las cuestiones concernientes a la política pública, por parte de personas con diversas perspectivas y diferente información.

La razonabilidad de las concepciones e ideas se favorece determinadamente al momento de exteriorizarlas porque se acerca hacia el objetivo de lograr un consenso en torno a ellas. “El intercambio de opiniones con los demás modera nuestra parcialidad y ensancha nuestra perspectiva; se nos hace ver las cosas desde otros puntos de vista, así como los límites de nuestra propia visión”, dice Rawls al respecto (1995: 327).

Sunstein acuñó el concepto “república de razones”, mencionado atrás, para referir precisamente el necesario sistema de pesos y contrapesos, establecido en la Constitución, cuya implementación incrementaría la probabilidad de contar con juicios más reflexivos y

potencialmente más incluyentes. A partir de tal república de razones los ciudadanos y sus representantes, así como los electores y los miembros del gobierno, deliberan respecto a las distintas funciones decisorias que tienen que cumplir.

4. Debido a la exteriorización de las opiniones políticas, los ciudadanos asumen permanentemente la revisión, por lo cual no serán simplemente un resultado previamente asegurado de intereses privados o, en todo caso, que no correspondan a cuestiones políticas. Por esto dentro de la concepción deliberativa debe hablarse de 'razones públicas'.
5. Por la amplia consideración de los asuntos públicos, la deliberación constriñe a pensar en las pretensiones de los demás, favoreciendo la solidaridad hacia los problemas que aquejan al resto de la sociedad. El intercambio de ideas y creencias reduce la posibilidad de que los ciudadanos se guíen exclusivamente por sus propios intereses para que, en cambio, piensen con un sentido más de comunidad.
6. La deliberación limita las razones que los ciudadanos pueden otorgar en sustento de sus concepciones políticas a aquellas que estén acordes con una consideración igualitaria de los otros ciudadanos⁷⁴, pues el hecho de que las razones deban ser permanentemente oponibles ante terceros, obliga a los participantes del proceso deliberativo a trascender sus intereses individuales en pro de las decisiones más razonables que propendan por el bienestar general.
7. El respeto a las mayorías deliberantes no implica el desamparo a los intereses minoritarios, por lo que las razones producto de un proceso deliberativo son más justas en la medida en que toman en consideración, tanto los intereses ampliamente respaldados, como los minoritarios que, al no contar con representatividad política ni poder económico, suelen quedar casi siempre en simples aspiraciones in ninguna oportunidad de realización.
8. La exhortación a exponer los argumentos permite que los ciudadanos ejerzan un control efectivo sobre los miembros de instituciones como el Congreso y las altas cortes, particularmente los tribunales constitucionales, ya que su compromiso con lo público les exige justificar y explicar sus decisiones.

Podríamos sostener que esta necesidad de justificación se materializa en una 'carga de la argumentación' que tienen los magistrados al tomar un punto de vista diferente al establecido previamente, y en el caso de los tribunales por un precedente aplicable al caso concreto⁷⁵.
9. En una sociedad pluralista la dialéctica mediante la deliberación permite integrar la fuerza del disenso, constituyéndose en una fuerza productiva en la medida en que posibilita que se clarifiquen las diferencias con respecto a los valores bajo los cuales deseamos ser gobernados.

⁷⁴ Véase la contribución de Cohen ("Democracy and Liberty") a (Elster, 1989).

⁷⁵ Recuérdese que una de las principales razones en sustento de la Corte para declarar inconstitucional el "estatuto anti-terrorista", fue el hecho de que más de una docena de Representantes que habían votado por el polémico estatuto, cambiaron sus opiniones de un día para otro (literalmente), sin dar ninguna explicación pública sobre tal cambio de perspectiva. Para un análisis crítico de esta sentencia desde el punto de vista deliberativista. (Gargarella, 2007).

10. A través de la discusión los participantes pueden presentar soluciones alternativas teniendo en cuenta el conocimiento disponible sobre los errores del pasado gracias a la deliberación.
11. Para Habermas el proceso de decisión pública por el que devienen las decisiones políticas, se orienta hacia la legitimidad del Estado y el sistema jurídico. Las razones que sustentan las decisiones deben ser aceptadas por todos, justificando así igualmente las leyes que posteriormente deberán acatarse. En Habermas la democracia deliberativa se concibe como expresión del poder comunicativo de la sociedad civil y la opinión pública⁷⁶.

La Realpolitik y el costo del sacrificio de la deliberación

Si bien el cabildeo y la agregación de preferencias privadas en el proceso político son (no males necesarios sino condiciones) inevitables, las virtudes que le incorpora la deliberación a tal proceso resultan de ineludible referencia si queremos construir en Colombia un sistema democrático más justo y extensamente vinculante, y si, en últimas, pretendemos constituirnos como ciudadanía en una fuente auto-originante de pretensiones y reclamos, como diría Rawls.

Para quienes sustentan que debido a los vicios legislativos debe retornarse al modelo anterior (sin deliberación) de aprobación de la ley del plan,

76 (Habermas, 1992; 1998: 407-468). De la perspectiva de Habermas en torno a la democracia (y en general, la política) deliberativa, ver su (1998: caps. VII – VIII). De la edición en inglés [Between Facts and Norms] pp. 287-387 y 463-515; y en La inclusión del otro (1999: cap. “Tres modelos normativos de democracia”). Sobre Habermas al respecto: (Gimbernat, 1997), (Rosenfeld – Arato, 1998), (Cortés, 1999: cap. III), (Sancho, 2003) y (Mejía, 2005a: cap. IV).

conviene recordarles que, como mencionamos atrás, el concepto de democracia deliberativa es un concepto normativo que no *describe cómo son* las cosas en realidad sino que *prescribe como deben ser*. Al no confrontar debidamente las dos dimensiones entre el *ser práctico* (descriptivo-no ideal) y el *deber ser* normativo (ideal) de la política pública, es que los detractores de esta teoría sobre la democracia establecen críticas inconsistentes. Es decir que por la falta de operatividad material de la deliberación, que no alcanza los objetivos planeados de generalidad y respeto a las disposiciones constitucionales que regulan la aprobación de leyes como la del Plan Nacional de Desarrollo, no resulta democráticamente admisible que se sustente la conveniencia de un cambio tan radical en el esquema actual de trámite, en lugar de dirigir las críticas, los argumentos y las propuestas hacia una mayor puesta en práctica y respeto del debate, el cual se concibe como la forma de que los intereses nacionales, caracterizados por su diversidad, surjan y se vinculen con los principales proyectos de inversión de relevancia nacional.

Esta teoría normativa sobre la democracia se encamina hacia el entendimiento de que el de toma de decisiones en el escenario público es un procedimiento discursivo basado en el intercambio de razones y argumentos en respaldo a una u otra opción y que se orienta hacia la transformación de las preferencias políticas mediante el convencimiento racional, es decir, atendiendo al argumento que posea mayor fuerza con el ideal de alcanzar un consenso ampliamente vinculante; este procedimiento le confiere a las decisiones políticas la legitimidad que no se alcanza por la mera validez formal⁷⁷.

77 Como habrá notado el estudioso familiarizado, asumo un punto de vista rawlsiano en la medida en que efectivamente considero que en la deliberación radica la idea misma de la democracia deliberativa. Cfr.: (Rawls, 2001: 138).

La instauración y el fortalecimiento de los procesos deliberativos dentro de la democracia se endereza hacia la elusión de las severas condiciones de inequidad en las decisiones públicas al interior de los sistemas jurídico-políticos; condiciones que no hacen más que perpetuar entre los grupos sociales desfavorecidos el hecho de que tengan que ser prisioneros por siempre de su extracción social, lo cual deriva en que los ciudadanos excluidos al no tener voz para expresar sus necesidades y que sufren las funestas consecuencias ocasionadas por la pobreza, no son destinatarios de derechos por que no fueron favorecidos con un tipo de “suerte social” (Rawls) que les dispensara la capacidad económica para suplir tales necesidades.

No debe perderse de vista que dentro de las virtudes que la deliberación le aporta al proceso legislativo, se encuentra el que se tienda a compensar la falta de representación de amplísimos sectores que, por su falta de poder económico, no cuentan con voces parlamentarias significativas (políticamente hablando) que materialicen sus necesidades acuciantes y propendan por una reducción de las fehacientes injusticias que padecen tantos miles de compatriotas; igualmente, por la obligación de los representantes de exhibir sus propuestas y los argumentos que las respaldan, se promueve la imparcialidad en el proceso de toma de decisiones.

Si bien, entonces, hay condiciones constrictoras del actuar deliberativo, este esquema ofrece más posibilidades de respetar la oposición y honrar el control político, pues el anti-deliberativismo no va a salvar la democracia ni a fortalecer el diseño institucional respecto a las falencias que ha exhibido en el escenario legislativo. A pesar de todas sus deficiencias, por tanto, debe

considerarse preferible el trámite legislativo en lugar de que tal ley la diseñe y defina el gobierno.

Aunque como denuncias son válidas y necesarias, las críticas aludidas atrás no pueden conducir a un sacrificio de la deliberación, porque además los argumentos que se presentan para descalificar la deliberación respecto al trámite de aprobación de la ley del plan, se pueden extender perfectamente a la eliminación de la deliberación en cualquier otra estancia temática: la deliberación en las normas tributarias, fiscales y de política social, etc., ya que en tales escenarios también se presentan incursiones indebidas de intereses privados o falta de unidad de materia, por ejemplo.

Que hay un déficit en la representación popular en el Congreso y que respecto igualmente al clientelismo y a las parcelas electorales se presentan vicios cada vez más aberrantes, no es sólo un secreto a voces sino casi una “verdad de Perogrullo”. Órgano (supuestamente) representativo, todo el poder Legislativo tiene serios problemas de representatividad general tales, la corrupción y compra de votos, así como el excesivo costo de ingreso y permanencia en la política que muchas veces parece imponerle a los parlamentarios la obligación de adquirir cada vez mayores respaldos privados que posteriormente comprometen sus votos, por lo cual llegan al Congreso con una serie de intereses muy puntuales que impiden la construcción de un Plan *Nacional* de Desarrollo, entre otras políticas.

En particular respecto al costo de ingreso a la política, Rawls presentó una preocupación que resulta más que relevante en nuestro contexto debido a la falta de límites en las donaciones privadas a las campañas políticas, lo cual deriva en la distorsión de la política como tal por la

indebida injerencia de grandes corporaciones y otras clases de intereses particulares (Rawls, 1987)⁷⁸. Sostuvo que la deliberación pública, como una característica esencial de la democracia, tiene que librarse de la maldición del dinero, ya que de lo contrario “la política estará dominada por corporaciones y otra serie de intereses que, a través de cuantiosas contribuciones a las campañas, distorsionan, si no es que excluyen, la discusión y la deliberación públicas (...) En la constante búsqueda de dinero para financiar campañas, el sistema político es simplemente incapaz de funcionar. Sus poderes deliberativos se paralizan” (Rawls, 2001: 139 y 140).

La adscripción a las virtudes del modelo deliberativista no significa una intencional, o ingenua, omisión a los vicios que presenta la *Realpolitik* en Colombia, sino que más bien señala la posibilidad de encontrar caminos intermedios para solucionar los desaciertos en los cuales, por ejemplo, se incurrió durante el paso por el Congreso de la ley del plan. El análisis de tales caminos tendrá que ser motivo de un análisis posterior, pero podría insistirse preliminarmente en que debe aumentarse el seguimiento a los controles para que no sea posible introducir en el plan inversiones menores que respondan a intereses marcadamente clientelistas y electoreros; también debe ser posible contar con una mayor visibilidad del trámite y, en particular, de las razones parlamentarias para proponer o apoyar ciertas inversiones, ya que si se hubiera transmitido por los medios de comunicación lo fundamental del debate, y la puya por intereses privados en lo que se convirtió una parte del

78 Versión corregida y aumentada incluida como “Lecture VIII” en *Political Liberalism*. En una conversación informal sostenida con el profesor asistente de Rawls en Harvard, Thomas Pogge, durante una reciente visita a Medellín, sostuvo que a su juicio en este ensayo Rawls realiza la aportación más original a la cuestión de la democracia.

mismo, seguramente muchos senadores y representantes no habrían llevado a término su empeño sectario por incluir en el plan proyectos de inversión que sólo responden a un interés por conservar parcelas electorales.

Con base en mecanismos que exterioricen las razones e intenciones de los representantes del pueblo en el Congreso, entre otros concernientes a la agenda deliberativista, se propendería, sin eliminar el trámite legislativo y sacrificar valiosos escenarios deliberativos, por un plan y una política nacional más razonable que esté en armonía con la consagración constitucional. Cuando Palacios afirma que “la deliberación de un conjunto de conocimientos imperfectos, no necesariamente produce un conocimiento perfecto o adecuado”, asume que los defensores de la democracia deliberativa pretenden *garantizar* la imparcialidad y justicia en las decisiones que se toman luego de un proceso de discusión colectiva. Pero al contrario, la demanda de esta teoría sobre la democracia se dirige es hacia el favorecimiento de tales resultados propiciando un espacio de deliberación y condicionándolo sólo a la libertad e igualdad reales entre los ciudadanos. Como dice Gargarella en su contribución a este volumen, “La discusión puede impedir (o ayudar a prevenir), la adopción de decisiones parciales o sesgadas, virtud ésta que resulta de primera importancia para cualquier sistema de toma de decisiones”. En otras palabras, la deliberación es concebida como una condición *necesaria*, más no *suficiente* para alcanzar decisiones justas para todos y no sólo buenas para algunos.

Breve narrativa del deliberativismo en sede jurisprudencial

Para Gargarella (2006) la Corte Constitucional colombiana representa probablemente la expre-

sión más sofisticada de un tribunal comprometido con la democracia deliberativa y con la protección judicial de los derechos sociales⁷⁹. A juicio de Miguel Carbonell (2010) la Corte Constitucional de Colombia ha desarrollado la mejor jurisprudencia en materia de derechos fundamentales de toda América Latina. Efectivamente, la Corte en respaldo de sus decisiones, ha presentado diversas consideraciones teóricas en torno a la importancia de proteger y exigir la deliberación pública en el escenario Legislativo como uno de los elementos esenciales del ordenamiento legal y constitucional, tanto al nivel de la validez jurídica intrasistémica, como al de la legitimidad política extrasistémica.

A febrero 20 de 2009 la Corte Constitucional, desde 1992 cuando inició funciones, ha proferido un total de 16.605 sentencias (4.613 de constitucionalidad y 11.992 de tutela) y 3.118 autos⁸⁰. Esta cuantiosa cifra se dimensiona en su verdadera magnitud al confrontarla con el número de decisiones de otros tribunales cuya función es idéntica o considerablemente similar a la desempeñada por la Corte Constitucional colombiana. La Suprema Corte de los Estados Unidos decide un promedio de poco más de cien casos por año; número similar a las decisiones que tomó por año la Corte Suprema canadiense en la última década⁸¹; el Tribunal Constitucional de España dictó en 2008 sentencias en número total de 187⁸².

Siendo lo cuantitativo un factor relevante para determinar la dimensión de la labor lleva-

da a cabo por el Tribunal, la importancia de su rol en la creación y el desarrollo del derecho debe determinarse también –y quizás incluso particularmente– por lo cualitativo. La multiplicidad de cuestiones sobre las que ha decidido y su relevancia nacional, así como el enfoque teórico desde el cual las ha abordado, constituyen factores de singular importancia en dicho examen. De esta forma la Corte visibilizó muchos problemas sociales permitiendo así que adquirieran significancia política.

Piénsese por ejemplo en las decisiones que implicaron derechos como el libre desarrollo de la personalidad, la objeción de conciencia y los derechos de libertad (religiosa, de prensa...), tanto como en las relativas a la despenalización del consumo de dosis personal de drogas ilícitas, la permisión condicionada del aborto, la eutanasia, los derechos para minorías indígenas y raciales, los derechos civiles para las parejas homosexuales, el tratamiento a la población desplazada, el habeas data, la incorporación del derecho a la salud (constitucionalmente considerado como social) en el catálogo de derechos fundamentales, así como las que han implicado políticas de discriminación positiva. Estas cuestiones hubieran sido impensables durante la vigencia de un régimen institucional pre-neoconstitucional. Adicionalmente, al elevarse a rango constitucional la protección de las comunidades indígenas y negras, al consagrarse mecanismos de participación ciudadana y al regularse los servicios públicos, la Constitución amplió el rango de cuestiones sobre las que tradicionalmente se ocupaba.

Antes de puntualizar las sentencias, debe insistirse en la función y la importancia que desempeña la deliberación al interior de las democracias.

79 Los debates que sobre el particular se desarrollaron en Sudáfrica constituyen, a juicio de Sunstein (2004: 211), la versión más sofisticada de los mismos en toda la historia.

80 Fuente: Consulta directa en la relatoría de la Institución.

81 www.scc-csc.gc.ca (17/5/09).

82 www.tribunalconstitucional.es (15/5/09).

Si bien el Diccionario de la Real Academia de la Lengua define 'debate' como "controversia sobre una cosa entre dos o más personas. Contienda, lucha o combate", los conceptos nodales al interior del lenguaje y la fenomenología jurídicas se deben entender en su sentido natural y obvio, y conforme a su uso general, salvo aquellas ocasiones en las cuales se hayan adoptado (legal o jurisprudencialmente) algunas definiciones precisas e insertado precisiones, así como cuando la Corte modula la comprensión de una ley o artículo de ella a la interpretación conforme a la Constitución, con lo cual admite o privilegia un sentido o acepción a otro. Y es precisamente el caso del "debate" uno de los que mayor atención ha recibido por parte de la jurisprudencia de la Corte desde sus primeras sentencias, y al cual ha dotado de un carga semántica superior a aquella inferida de su definición etimológica. La interpretación demarcada por los mandatos y las exigencias legales y jurisprudenciales prima sobre la interpretación ordinaria de los conceptos. Así que respecto a "discusión" y "debate" su interpretación correcta será la que se ajuste a los postulados establecidos en la ley y desarrollados en la jurisprudencia.

Con base naturalmente en la significación etimológica, por 'debate' entiende el artículo 94 de la Ley 5a de 1992: "El sometimiento a discusión de cualquier proposición o proyecto sobre cuya adopción deba resolver la respectiva Corporación (...)" y el 157 que, si el ponente propone debatir el proyecto y la plenaria o comisión respectiva lo aprueba, se deliberará sobre los "asuntos fundamentales acerca de los cuales conviene que la Comisión decida en primer término". Pero debido a que dicha ley contiene requerimientos de orden técnico y operativo que, en su trabajo ordinario, los congresistas utilizan de forma más bien pragmática y estratégica ha sido la

jurisprudencia constitucional la encargada de armonizarlas y adaptarlas a las condiciones de la deliberación que pueden ser entendidas conforme esencialmente a los postulados de la teoría democrática que ha merecido nuestra atención. La sub-regla que ha establecido el requisito formal y material de la deliberación en las decisiones legislativas, procura irrigar con los postulados constitucionales y avances jurisprudenciales los mecanismos de trámite de las leyes y los actos legislativos.

Además de la exigencia constitucional de la deliberación y de que esta se lleve a cabo un número determinado de veces, como lo preceptúa la ley 5a de 1992, es imperativo no perder de vista que la jurisprudencia ha insistido en que lo esencial es agotarlos efectivamente, y no emular la deliberación o llevarla a cabo irreglamentariamente, para que pueda predicarse la validez y legitimidad de lo actuado, de modo tal que si se vicia de inconstitucionalidad una la ley o acto debido a su trámite, pueda ser declarado por la Corte en ejercicio de su función de control.

En la SC-222 de 1997 (M.P.: José Gregorio Hernández) se afirmó que "La Corte Constitucional otorga gran importancia al concepto "debate", que en manera alguna equivale a votación [la cual] no es cosa distinta de la conclusión del debate, sobre la base de la discusión y sobre el supuesto de la suficiente ilustración (...). En consecuencia, a menos que todos los miembros de una comisión o cámara estén de acuerdo en todo lo relativo a determinado tema –situación bastante difícil y de remota ocurrencia tratándose de cuerpos representativos y heterogéneos, como lo es el Congreso– es inherente al debate, tanto la exposición de ideas, criterios y conceptos diversos y hasta contrarios y la confrontación seria y respetuosa entre ellos, como el examen

de las distintas posibilidades y la consideración colectiva, razonada y fundada, acerca de las repercusiones que habrá de tener la decisión puesta en tela de juicio”.

En sentido similar se sostuvo posteriormente (SC-760 de 2001. Ms.Ps.: Manuel José Cepeda-Marco Gerardo Monroy) que el debate es “la oportunidad de hacer efectivo el principio democrático en el proceso de formación de la ley, en cuanto posibilita la intervención y expresión de las minorías, así como la votación es el mecanismo que realiza la prevalencia de las mayorías, también consubstancial a la democracia. (...) Faltando el debate, la votación subsiguiente debe considerarse igualmente inválida, pues (...) aun cuando el debate y la aprobación son etapas identificables del proceso parlamentario, la votación de un texto por parte del Congreso no es más que la decisión que adopta una mayoría, como conclusión del debate en el cual han participado tanto mayorías como minorías. (...) [L]a discusión es un aspecto esencial del debate. En virtud de lo anterior, se ve que la votación no puede concebirse independientemente del debate y de la discusión parlamentaria”.

Sobre el debate y la posterior votación, se afirmó en la SC-1147 de 2003 (M.P.: Rodrigo Escobar) que “aun cuando la ley y la propia hermenéutica constitucional han establecido una línea diferencial entre los conceptos de debate y votación, precisando que el primero comporta la discusión o controversia en torno al proyecto de ley puesto a consideración del Congreso, y el segundo el acto colectivo en el que los miembros de la Corporación declaran su voluntad acerca de la iniciativa discutida, con el mismo criterio han aclarado que uno y otro -debate y votación- constituyen parte esencial del trámite legislativo fijado por el ordenamiento jurídico y, por tanto,

que son instancias determinantes que deben observarse y cumplirse a cabalidad para que pueda entenderse válido el proceso de aprobación de las leyes”.

En la ST-213 de 2004 (M.P.: Eduardo Montealegre) se sostuvo que la función de la libertad de expresión –particularmente de prensa– de crear condiciones para una real democracia deliberativa donde se ejercite el control del poder (en este punto retoma la SC-010 de 2000), impone al medio de comunicación el establecimiento de escenarios donde la opinión pueda confrontarse por las contrapartes. Respecto a la democracia deliberativa y la libertad de expresión, Sunstein afirma que el propósito de la libertad de expresión debe ser “un tipo de democracia deliberativa, en la cual la responsabilidad política y la regla de mayorías están combinadas con la obligación de posibilitar que los juicios emerjan por medio de la discusión pública” (Sunstein, 1993: 46). Esta afirmación estimo que condensa el sentido entero del libro.

La sólida línea jurisprudencial que han constituido tales precedentes, consagra la necesidad de la deliberación parlamentaria y la cual –como sustenta Uprimny en su referida aclaración de voto– hunde sus raíces en una de las justificaciones más profundas de la jurisdicción constitucional, como es la protección de la formación de una voluntad democrática imparcial y reflexiva en el Congreso.

Lo que le resulta más interesante a Gargarella es que la Corte ha amparado derechos sociales, articulando una activista y progresista jurisprudencia con un profundo respeto por la democracia deliberativa, y ha declarado inexecutable las leyes que fueron aprobadas por el legislativo sin una adecuada deliberación pública.

Ejemplifica lo anterior con la declaratoria de inconstitucionalidad del estatuto antiterrorista, donde la Corte fundamentó su decisión, entre otras consideraciones, en que más de una docena de los representantes que lo respaldaron, habían cambiado su voto de un día para otro sin dar alguna explicación pública. Asimismo, en la SC-668 de 2004 la Corte declaró inexecutable el artículo 16 del Acto Legislativo No. 01 de 2003, sustentando que hubo ausencia de debate en la Plenaria de la Cámara de Representantes.

El compromiso de la Corte con la democracia deliberativa se evidencia igualmente en la “modulación de los efectos de las sentencias”. Gargarella acude al Magistrado Cepeda para explicar el propósito de este método, el cual “no resulta como consecuencia de la interferencia judicial con el poder del Congreso, sino como un medio para armonizar la necesidad de preservar la Constitución con el profundo respeto por la Corte por las decisiones de la legislatura. A través de las decisiones moduladas es que la Corte busca mantener la validez de las leyes tanto como sea constitucionalmente posible” (Cepeda, 2004b: 566). Así es como en varias decisiones la Corte ha pospuesto la aplicación de la inconstitucionalidad por un período determinado, tal como la ST-153 de 1998 donde se examinaron los abusos cometidos por los miembros del INPEC y se determinó que el Gobierno tenía 4 años para remediar tal situación. Allí dijo la Corte que no es el Judicial sino el Legislativo, el poder que debe decidir cómo ponerle fin a estos abusos en las prisiones.

En el fallo sobre el desplazamiento forzado (ST-025 de 2004) la Corte siguió una estrategia similar, ya que consideró que la política gubernamental era profundamente inadecuada e ineficiente, pero en lugar de imponerle una decisión alternativa, afirmó que le haría un seguimiento a las decisiones

gubernamentales que remediaran esta situación para asegurarse que estuvieran en armonía con la Constitución. Por esta sentencia como se sabe la Corte encontró un estado de cosas inconstitucional y en varios autos de cumplimiento ha dirigido órdenes a autoridades públicas para que atiendan los problemas detectados por la violación masiva y sistemática de la numerosa población desplazada en Colombia.

Para Gargarella (2006) estos ejemplos ilustran formas en las cuales las Cortes pueden asumir una fuerte e incluso agresiva actitud concerniente a la protección de los derechos sociales y, al mismo tiempo, honrar su compromiso con la democracia deliberativa. Sin embargo, resulta paradójico que con referencia a la elusión deliberativa en el Congreso, la Corte haya declarado inconstitucionales leyes y actos legislativos, o alguno de sus artículos, por razones eminentemente formales como el olvido del Presidente de la Cámara de abrir a discusión el texto (lo cual es un ritual materialmente intrascendental), *cuando efectivamente existió el debate en la respectiva sesión*⁸³, mientras que en la SC-1041 de 2005 que declaró executable el acto legislativo 02 de 2004 (reelección presidencial inmediata), tal como lo sustentó el Magistrado Jaime Córdoba en su salvamento y aclaración de voto, aconteció una flagrante elusión del debate.

Argumentó Córdoba que la existencia de ocho debates en el Congreso en caso de acto legislativo, “es una exigencia de la democracia deliberativa para asegurar que la reforma constitucional

83 En su aclaración de voto a la SC-668 de 2004, Rodrigo Uprimny sustentó que la declaratoria de inexecutable sólo se fundamentó en que el Presidente de la Cámara olvidó formalmente abrir a discusión el texto en uno de los debates, cuando la deliberación reglamentaria ciertamente se había efectuado. Sólo es implícita la adscripción de la sentencia en la línea jurisprudencial respectiva.

sea el fruto de sólidos consensos reforzados que puedan perdurar en el tiempo y en cuya formación todos los intereses relevantes hayan sido seria y serenamente tomados en cuenta”. Pero tanto en el trámite de los impedimentos y recusaciones, y en el cuarto debate de la plenaria de la Cámara durante la primera vuelta legislativa, como en la aprobación de los informes de conciliación por las plenarios de Senado y Cámara, se vulneraron el principio democrático y los derechos de los partidos minoritarios, y se violaron las condiciones constitucionales inexcusables para la aprobación de las reformas constitucionales.

Así, en el debate de la plenaria de la Cámara, su Presidente precipitó la votación de la ponencia del proyecto de acto legislativo al abrir y cerrar el debate en un corto lapso de tiempo, no obstante un sector de la minoría encontrarse ausente del recinto definiendo la posición de la bancada. Posteriormente el Presidente negó el uso de la palabra a varios representantes y procedió a ordenar la votación del articulado sin haber abierto previamente el debate. En la etapa de conciliación en Senado y Cámara, al votar los informes, aconteció el mismo trámite precipitado y ausente de garantías deliberativas.

Respecto al examen de constitucionalidad del acto legislativo 02 de 2004, la Corte sencillamente debió –conforme a nuestra perspectiva– estarse a lo resuelto en repetida jurisprudencia, por haberse operado el fenómeno procesal de la cosa juzgada constitucional, donde declaró inexequibles las normas que, como el “estatuto antiterrorista”, fueron aprobadas por el Congreso sin haberse surtido el debate reglamentario. En el caso del referido Acto esto resulta evidente luego de examinar las pruebas recabadas por la Corte, especialmente las Gacetas del Congreso donde se transcribieron las deliberaciones, los

videos de las sesiones transmitidas por televisión y las grabaciones de las otras sesiones, donde se demuestra que en el cuarto debate de la plenaria de la Cámara, durante la primera vuelta legislativa, y en las conciliaciones adelantadas en Cámara y Senado, se eludió el debate, vulnerándose así derechos de las minorías políticas.

Podemos decir, en consecuencia, que la SC-1041 de 2005⁸⁴ desconoció sólidos auto-precedentes⁸⁵, donde el Magistrado Córdoba fue uno de sus principales defensores en torno a la necesidad de que al interior de un régimen democrático la votación de decisiones como las leyes, pero particularmente en la votación de los actos legislativos que intervienen directamente con la estructura misma del sistema jurídico, debe estar precedida del debate parlamentario exigido por la Constitución y la ley. La elusión del debate en el Congreso constituye un vicio de procedimiento que acarrea la inconstitucionalidad de la norma respectiva. En una sentencia anterior (SC-801 de 2003. M.P.: Jaime Córdoba), la Corte había sostenido que “A través del debate se hace efectivo el principio democrático en el proceso de formación de las leyes, ya que hace posible la intervención de las mayorías y de las minorías políticas, y resulta ser un escenario preciso para la discusión, la controversia y la confrontación

84 Gargarella criticó esta sentencia (“La falla de la Corte Constitucional”. *Semana On-Line*, oct. 2/06) pero no sobre este punto sino sobre la auto-expansión de los poderes de la Corte y sustentado que debió pronunciarse en torno a que el Legislativo no puede modificar las reglas de juego de modo tal que se beneficien inmediatamente los que las cambian. Dice Gargarella “No hay misión más importante de la Corte que la de impedir esta posibilidad (...) Es llamativo y muy preocupante que una Corte tan notable como la colombiana haya fracasado de este modo en el caso más importante que le tocó enfrentar en su corta y brillante historia”.

85 Sobre el particular examínese el trabajo más reconocido en nuestro medio sobre la materia, (López, 2006). Ver también, (Bernal, 2005: Primera Parte. Caps. 5 y 6).

de las diferentes corrientes de pensamiento que encuentra espacio en el Congreso”⁸⁶.

Sobre la conveniencia o no de discutir en torno a las sentencias, hay divergencias: así, para Cepeda Espinosa (2004a), “no sólo es *necesario* sino *saludable* que las sentencias de la Corte

Constitucional sean objeto de debate académico y también público”, mientras que para el exmagistrado Hernández Galindo (2000), “Los fallos que la Corte profiere en ejercicio de su función son para *cumplirlos*, no para *discutirlos*” (énfasis añadidos).

86 Esta postura fue reiterada en sentencias como: SC-1056 de 2003, SC-1147 de 2003 y en la SC-370 de 2004 (pero no en la SC-1041 de 2005).

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- Aberastury, Pedro et al. (1999). *La protección constitucional del ciudadano: Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica y Venezuela*. Buenos Aires: Konrad Adenauer Stiftung - CIEDLA.
- Ackerman, Bruce (1991). *We the People: Foundations*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- _____. (2000). "The New Separation of Powers". En: *Harvard Law Review* Vol. 113, No. 3.
- _____. Golove, David (1995). "Is NAFTA constitutional?". En: *Harvard Law Review*. Vol. 108, No. 4.
- Agamben, Giorgio (2004). *Estado de excepción*. Valencia: Pre-Textos.
- Akerlof, George A. (1970). "The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism". En: *The Quarterly Journal of Economics* Vol. 84, No. 3.
- Alexy, Robert (1997). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- _____. (2005). *La institucionalización de la justicia*. Granada: Comares.
- _____. (2003). "La Fundamentación de los derechos humanos en Carlos Nino". En: *Doxa* No. 26.
- Álvarez Correa, Eduardo (1979). *Curso de Derecho Romano*. Bogotá: Pluma.
- Arango, Rodolfo (2004). *Derechos, constitucionalismo y democracia*. Bogotá: Universidad Externado.
- _____. (2007) (ed.). *Filosofía de la democracia*. Bogotá: Siglo del Hombre – Universidad de Los Andes.
- _____. (2008a). "Del diálogo con el otro". En: www.elespectador.com/opinion/columnistas/rodolfo-arango/columna86808-del-dialogo-el-otro (Visitada el 29-X-08)
- _____. (2008b). "Educadores de la democracia". En: www.elespectador.com/columna85505-educadores-de-democracia (Visitada 22-X-08).
- _____. (2008c). *Derechos Humanos como límite a la democracia*. Bogotá: Norma – Universidad de Los Andes.
- Barber, Benjamin (1984). *Strong Democracy: Participatory Politics for a New Age*. Berkeley: University of California Press.

- Baum, Lawrence (1994). *La suprema corte*. Buenos Aires: GEL.
- Baynes, Kenneth (1995). "Democracy and the Rechtsstaat". En: Stephen White (ed.) *The Cambridge Companion to Habermas*. Cambridge University Press.
- Bayón, Juan Carlos (1991). *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- _____. (2010). "Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo". En: Miguel Carbonell – Leonardo García Jaramillo (eds.). *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado.
- Beck, Ulrich (1999). *La invención de lo político*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Beer, Samuel H. (1993). *To Make a Nation. The Rediscovery of American Federalism*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Benhabib, Seyla (1994). "Deliberative Rationality and Models of Constitutional Legitimacy". En: *Constellations*, Vol. 1, No. 1.
- _____. (1996) (ed.). *Democracy and Difference. Contesting the Boundaries of the Political*. Princeton University Press.
- Bernal, Carlos. (2005). *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado.
- Bertoni, Eduardo (2010) (comp.). *¿Es legítima la criminalización de la protesta social? Derecho penal y libertad de expresión en América Latina*. Buenos Aires: Universidad de Palermo, Facultad de Derecho.
- Bessette, Joseph (1980). "Deliberative Democracy: The Majority Principle in Republican Government". En: *How Democratic is the Constitution?* Washington, D.C.: AEI Press.
- _____. (1994). *The Mild Voice of Reason: Deliberative Democracy & American National Government*. University of Chicago Press.
- Besson, Samantha – Martí, José Luis (2006) (eds.). *Deliberative Democracy and Its Discontents*. London: Ashgate.
- Bickel, Alexander (1962). *The Least Dangerous Branch*. New Haven: Yale University Press.
- Blanco Miguélez, Susana (2002). *Positivismismo metodológico y racionalidad política*. Granada: Comares.
- Bobbio, Norberto – Mateucci, Nicola – Pasquino, Gianfranco (1996). *Diccionario de política*. México D.F.: Siglo XXI.
- Bock, Gisela – Skinner, Quentin – Viroli, Maurizio (1990) (eds.). *Machiavelli and Republicanism*. Cambridge University Press.
- Bodei, Remo (1989). "Comunicación y Liberación". En: *Revista La Ciudad Futura* No. 20.
- Bohman, James (1994). "Complexity, pluralism, and the constitutional state". En: *Law and Society Review*, Vol. 28, No. 4.

- _____. (1996). *Public Deliberation: Pluralism, Complexity, and Democracy*. Cambridge, Mass: The MIT Press.
- _____. (1998). "Survey Article: The Coming of Age of Deliberative Democracy". En: *The Journal of Political Philosophy*. Vol. 6. No. 4.
- _____. Rehg, William (1997) (eds.). *Deliberative Democracy. Essays on Reason and Politics*. Cambridge, Mass.: The MIT Press.
- Botero, Juan J. (2005) (ed.). *Con Rawls y contra Rawls*. Bogotá: Universidad Nacional.
- Buchanan, James (1975). *The Limits of Liberty*. Chicago: University of Chicago Press.
- Bullock, Allan (1962). *Hitler: A Study in Tyranny*. Harper & Row.
- Burke, Edmund (1960). *Selected Writings*. New York: Modern Library.
- Burt, Robert (2000). *Constitución y conflicto*. Buenos Aires: Eudeba.
- _____. (2001). "Supremacía judicial, impotencia judicial y el Rule of Law en tiempos de Crisis". En: *Estado de Derecho y Democracia*. Buenos Aires: Del puerto.
- Button, Mark – Mattson, Kevin (1999). "Deliberative Democracy in Practice: Challenges and Prospects for Civic Deliberation". En: *Polity* Vol. 31, No. 4 (Summer).
- Caballero Fernández, Marcial et al. (1997). *Noesis Historia de la Filosofía*. Barcelona: Vicens Vives.
- Calebresi, Guido (2005). "El Costo de los Accidentes". En: Carlos F. Rosenkrantz (comp.) *La responsabilidad extracontractual*. Barcelona: Gedisa.
- Calhoun, Craig (1992) (ed.). *Habermas and the Public Sphere*. Cambridge, Mass.: The MIT Press.
- Carbonell, Miguel – García Jaramillo, Leonardo (2010) (eds.). *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado.
- Cepeda, Manuel José (1985). "La responsabilidad del fabricante". En: *Revista de Derecho Privado*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- _____. (2004). "Judicial Activism in a Violent Context". En: *Washington University Global Studies Law Review*, Vol. 3.
- Christiano, Thomas (1996). *The Rule of the Many*. Boulder: Westview Press.
- _____. (1997). "The Significance of Public Deliberation". En: James Bohman – William Rehg (eds.). *Deliberative Democracy. Essays on Reason and Politics*. Cambridge, Mass.: The MIT Press.
- _____. (1999). "Justice and Disagreement at the Foundations of Political Authority". En: *Ethics* No. 110.
- _____. (2003) (ed.). *Philosophy and Democracy*. Oxford: Oxford University Press.
- Cohen, Joshua (1986). "An Epistemic Conception of Democracy". En: *Ethics*. Vol. 97, No. 1.
- _____. (1989a). "Deliberation and Democratic Legitimacy". En: Alan Hamlin – Philip Pettit (eds.).

- The Good Polity: Normative Analysis of the State*. Oxford: Blackwell.
- _____. (1989b). "The Economic Basis of Deliberative Democracy". En: *Social Philosophy and Policy*, Vol. 6, No. 2.
- _____. (1996). "Procedure and substance in Deliberative Democracy". En: Seyla Benhabib (ed.) *Democracy and Difference*. Princeton: Princeton University Press.
- _____. (1997). "Deliberation and Democratic Legitimacy". En: James Bohman – William Rehg (eds.). *Deliberative Democracy. Essays on Reason and Politics*. Cambridge, Mass.: The MIT Press.
- _____. (1998). "Democracy and Liberty". En: Jon Elster (ed.) *Deliberative Democracy*. Cambridge University Press.
- _____. (2003). *Philosophy and Democracy*. Oxford: Oxford University Press.
- Cohen, Marshall (1969). "Civil Disobedience in a Constitutional Democracy". En: *The Massachusetts Review*. Vol. 10.
- Coleman, Jules – Ferejohn, John (1986). "Democracy and Social Choice". En: *Ethics*, Vol. 97, No. 1.
- Cortés Rodas, Francisco (1999). *De la política de la libertad a la política de la igualdad*. Bogotá: Siglo del Hombre – Universidad de Antioquia.
- _____. (2007). *Justicia y exclusión*. Bogotá: Siglo del Hombre – Universidad de Los Andes.
- _____. Monsalve, Alfonso (1996) (eds.). *Liberalismo y comunitarismo: Derechos Humanos y democracia*. Bogotá: Colciencias.
- Cortés Rodas, Francisco – Giusti, Miguel (2007) (eds.). *Justicia global, derechos humanos y responsabilidad*. Bogotá: Siglo del Hombre – Universidad de Antioquia.
- Dahl, Robert (1981). *Pluralist Democracy in the United States*. New Haven, Conn.: Yale University Press.
- _____. (1987). *El control de las armas nucleares*. Buenos Aires: GEL.
- _____. (1989). *Democracy and its Critics*. New Haven: Yale University Press. Vers. cast. (1991) *La democracia y sus críticos*. Buenos Aires: Paidós.
- _____. (2003a). *¿Es democrática la constitución de los Estados Unidos?* Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- _____. (2003b). *Entrevista sobre el pluralismo*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- _____. (2006). *A Preface to Democratic Theory*. University of Chicago Press.
- Dahrendorf, Ralf (2001). "Can European democracy survive globalization?". *The National Interest*.
- De Greiff, Pablo (2000). "Procedural justice, Punishment and Truth-Telling". Workshop *Deliberating about de Deliberative Democracy*. University of Texas, Austin.

- De Soto, Hernando (2009). *El otro sendero*. Bogotá: Norma.
- Derrida, Jaques (1992). "Fuerza de ley: el fundamento místico de la autoridad". En: *Doxa* No. 11.
- Dowding, Keith – Goodin, Robert – Pateman, Carole (2004) (eds.). *Justice and Democracy*. Cambridge University Press.
- Dryzek, John (1990). *Discursive Democracy*, Cambridge: Cambridge University Press.
- _____. (2000). *Deliberative Democracy and Beyond. Liberals, Critics, and Contestations*. Oxford: Oxford University Press.
- Dubiel, Helmut (1993). *¿Qué es Neoconservadurismo?* Barcelona: Anthropos.
- _____. (2000). *La teoría crítica: ayer y hoy*. México D.F.: Plaza y Valdez.
- Durán, Vicente – Hoyos, Luis Eduardo – Castañeda, Felipe (2007) (eds.). *Immanuel Kant: vigencia de la filosofía crítica*. Bogotá: Siglo del Hombre et al.
- Durango, Gerardo (2006). *Democracia deliberativa y derechos fundamentales*. Bogotá: Temis – Universidad de Medellín.
- Dworkin, Ronald (1977). *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press. Vers. cast. (1995). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- _____. (1984). *A Matter of Principle*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- _____. (1987). "What is Equality? Part 4: Political Equality". En: *University of San Francisco Law Review* Vol. 22, No. 1.
- _____. (1993). *Ética privada e igualitarismo político*. Barcelona: Paidós.
- _____. (1996). *La comunidad liberal*. Bogotá: Siglo del Hombre – Universidad de los Andes.
- _____. (2003). *Virtud soberana*. Barcelona: Paidós.
- _____. (2006). *Justice in Robes*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Elster, Jon (1983). *Sour Grapes: Studies in the Subversion of Rationality*. Cambridge University Press.
- _____. (1988). *Uvas amargas. Sobre la subversión de la racionalidad*. Barcelona: Península.
- _____. (1989a). *Ulises y las sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- _____. (1989b). "The Market and the Forum". En: Jon Elster – Aanund Hylland (eds.). *Foundations of Social Choice Theory*. Cambridge University Press.
- _____. (1993). "Justice and the Allocation of Scarce Resources". En: Barbara A. Mellers – Jonathan Baron (eds.). *Psychological Perspectives on Justice. Theory and Applications*. Cambridge University Press.

- _____. (1995). "Strategic Uses of Argument". En: Kenneth Arrow *et al.* (eds.). *Barriers to Conflict Resolution*. New York: Norton.
- _____. (1997). "The Market and the Forum: Three Varieties of Political Theory". En: James Bohman – William Rehg (eds.). *Deliberative Democracy. Essays on Reason and Politics*. Cambridge, Mass.: The MIT Press.
- _____. (1998) (ed.). *Deliberative Democracy*. Cambridge University Press. Vers. cast. (2001) *La democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa.
- _____. (2000). *Ulysses Unbound*, Cambridge: Cambridge University Press.
- _____. Slagstad, Rune (eds.). *Constitutionalism and Democracy*. Cambridge University Press, 1988.
- Ely, John (1980). *Democracy and Distrust A Theory of Judicial Review*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press. Vers. cast. (1997). *Democracia y desconfianza*. Bogotá: Siglo del Hombre – Universidad de los Andes.
- Estlund, David (1993a). "Making truth safe for democracy". En: David Copp – Jean Hampton – John Roemer (eds.). *The Idea of Democracy*. Cambridge University Press.
- _____. (1993b). "Who's Afraid of Deliberative Democracy? On the Strategic/Deliberative Dichotomy in Recent Constitutional Jurisprudence". En: *Texas Law Review* No. 71.
- _____. (1994). "Opinion Leaders, Independence, and Condorcet's Jury Theorem". En: *Theory and Decision* Vol. 36, No. 2.
- _____. (1997). "Beyond Fairness and Deliberation: The Epistemic Dimension of Democratic Authority". En: James Bohman – William Rehg (eds.). *Deliberative Democracy. Essays on Reason and Politics*. Cambridge, Mass.: The MIT Press.
- _____. (2000). *Democratic authority, Deliberating about Deliberative Democracy*. Workshop, University of Texas, Austin.
- _____. (2006). "Democracy and the Real Speech Situation". En: José L. Martí – Samantha Besson (eds.) *Deliberative Democracy and its Discontents*. London: Ashgate.
- Epstein, David (1987). *La teoría política de "El Federalista"*. Buenos Aires: GEL.
- Eskridge, William – Levinson, Sanford (1998). *Constitutional Stupidities, Constitutional Tragedies*. New York University Press.
- Estevez, José (1994). *La constitución como proceso*. Madrid: Trotta.
- Farber, Daniel A. – Frickey, Philip P. (1991). *Law and Public Choice A Critical Introduction*. Chicago and London: The University of Chicago Press.
- Ferrajoli, Luigi (2003) "Pasado y futuro del estado de derecho". En: Miguel Carbonell – Rodolfo Vázquez (eds.) *Estado de derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*. México D.F.: Siglo XXI.
- Ferrara, Alessandro (1994). "Sobre el concepto de comunidad liberal". En: *Revista de Filosofía Política*. No. 3. Madrid.

- Ferry, Luc – Renaut, Alain (1990). *Filosofía política*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica (T. III).
- Ferranti, David et al. (2005). *Desigualdad en América Latina*. Bogotá: Banco Mundial – Alfaomega.
- Ferreres, Víctor (1997). *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Fishkin, James (1991). *Democracy and Deliberation: New Directions for Democratic Reform*. New Haven: Yale University Press.
- _____. Laslett, Peter (eds.) (2003). *Debating Deliberative Democracy*. Oxford: Basil Blackwell.
- Fiss, Owen (1979). “The Supreme Court 1978 Term. Foreword: The Forms of Justice”. En: *Harvard Law Review* No. 93 Vol. 1.
- Flaherty, Martin S. (1996). “The most dangerous branch”. En: *Yale Law Journal*, Vol. 105, No. 3.
- Freeman, Samuel (1999). *John Rawls. Collected Papers*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- _____. (2000). “Deliberative Democracy: A Sympathetic Comment”. En: *Philosophy & Public Affairs*. No. 29, Vol. 4.
- García Jaramillo, Leonardo (2004) (ed.) *John B. Rawls. El hombre y su legado intelectual*. Manizales: Universidad de Caldas, Departamento de Filosofía.
- García V., Mauricio – Sousa S., Boaventura de. (2001) (eds.) *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Bogotá: Siglo del Hombre et al. T.I.
- Gargarella, Roberto. (1996a). *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel.
- _____. (1996b). “El “vaciamiento institucional” y sus consecuencias”. En: *La Ciudad Futura*. No. 45, Otoño-Invierno.
- _____. (1997). “La dificultad de defender el control judicial de las leyes”. En: *Isonomía*. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho No. 6, México D.F. (abril).
- _____. (1999a). *Las teorías de la justicia después de Rawls*. Barcelona: Paidós.
- _____. (comp.) (1999b). *Derecho y grupos desaventajados*. Barcelona: Gedisa.
- _____. (2000a). “Expresión cívica y cortes de ruta”. En: González, Felipe – Viveros, Felipe (eds.). *Igualdad, libertad de expresión e interés público*. Santiago de Chile: Universidad Diego Portales.
- _____. (2000b). *The scepter of reason*. Dordrecht: Kluwer.
- _____. (2002a). “Piedras de Papel y silencio: La crisis política argentina leída desde su sistema institucional”. En: *Informe CELS 2002*. Buenos Aires: Eudeba.
- _____. (2002b). “Las amenazas del constitucionalismo”. En: AA.VV *Los derechos fundamentales*. Buenos Aires: Del Puerto.
- _____. (2003). “The majoritarian reading of the Rule of Law”. E: José María Maravall – Adam Przeworski (eds.). *Democracy and the Rule of Law*. Cambridge University Press.

- _____. Ovejero, Félix – Martí, José Luis (2004) (eds.). *Nuevas ideas republicanas*. Barcelona: Paidós.
- _____. (2005). *El derecho a la protesta. El primer derecho*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- _____. (2006a). “Should Deliberative Democrats Defend the Judicial Enforcement of Social Rights?”. En: José L. Martí – Samantha Besson (eds.). *Deliberative Democracy and its Discontents*. London: Ashgate. Vers. cast. (2007). “¿Los partidarios de la democracia deliberativa deben defender la protección judicial de los derechos sociales?”. En: Rodolfo Arango (ed.) *Filosofía de la democracia*. Bogotá: Siglo del Hombre – Universidad de los Andes.
- _____. (2008a). “A Dialogue on Law and Social Protest”. En: Andras Sajó (ed.). *Free to Protest. Constituent Power and Street Demonstration*. Eleven International Publishing.
- _____. (2008b). “Los derechos en juego”. En: *El país*, enero 22 (Visitada el 23-I-2008).
- _____. (2008c). *De la injusticia penal a la justicia social*. Bogotá: Siglo del Hombre – Universidad de los Andes.
- _____. (2008d). (coord.) *Teoría y crítica del derecho constitucional*. Buenos Aires: Abeledo Perrot. 2 tomos.
- _____. (2010). “Una disputa imaginaria sobre el control judicial de las leyes. El “constitucionalismo popular” frente a la teoría de Nino”. En: Miguel Carbonell – Leonardo García Jaramillo (eds.). *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado.
- _____. Domingo, Pilar – Roux, Theunis. (2006b) (eds.). *Courts and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor?* Ashgate: Aldershot – Burlington.
- Gauchet, Marcel (1989). *La Revolution des Droits de l’Homme*. Paris: Gallimard.
- Gauthier, David (1994). *La moral por acuerdo*. Barcelona: Gedisa.
- Gimbernat, José Antonio (1997) (ed.). *La filosofía moral y política de Jürgen Habermas*. Madrid: Biblioteca Nueva.
- Glennon, Michael (1996). *Diplomacia constitucional*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Goldwin Robert – Kaufman, Art (1986). American Enterprise Institute for Public Policy Research, Washington, D.C.
- Goodin, Robert (2004). *Teoría del diseño institucional*. Barcelona: Gedisa.
- Gordon, Robert (1984). “Critical Legal Histories”. En: *Stanford Law Review* Vol. 57, No. 36.
- Graber, Mark A. (2002). “Review: Constitutional Politics and Constitutional Theory: A Misunderstood and Neglected Relationship”. En: *Law & Social Inquiry*. Vol. 27, No. 309.
- Grueso, Delfín Ignacio (1997). *Rawls. Una hermenéutica pragmática*. Cali: Universidad del Valle.
- _____. (2003) (ed.) *Los filósofos, la política y la guerra*. Cali: Universidad del Valle.

- _____. (2004) "La determinación histórica y contextual de la filosofía en John Rawls". En: Leonardo García Jaramillo (ed.) *John B. Rawls. El hombre y su legado intelectual*. Manizales: Universidad de Caldas, Departamento de Filosofía.
- _____. (2005) (ed.) *John Rawls. Legado de un pensamiento*. Cali: Universidad del Valle.
- _____. (2008). *La filosofía y la política en el pluralismo. La metafísica del último Rawls*. Bogotá: Siglo del Hombre – Universidad del Valle.
- Gutmann, Amy (ed.) (1993). *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- _____. Thompson, Dennis (1996). *Democracy and Disagreement*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- _____. (2000). "Why deliberative democracy is different?". En: *Social Philosophy & Policy*, Vol. 17, No. 1.
- _____. (2004). *Why Deliberative Democracy?* Princeton University Press.
- Habermas, Jürgen (1987). *Teoría de la acción comunicativa*. Madrid: Taurus.
- _____. (1990). "La soberanía popular como procedimiento". En: *Revista Foro*. No. 12. Bogotá: Foro por Colombia.
- _____. (1992). "Further Reflections on the Public Sphere". En: Craig Calhoun (ed.) *Habermas and the Public Sphere*. Cambridge, Mass.: The MIT Press.
- _____. (1993). "On the Pragmatic, the Ethical, and the Moral Employments of Practical Reason". En: *Justification and Application*. Cambridge, Mass.: The MIT Press.
- _____. (1994). "Three Normative Models of Democracy". En: *Constellations* Vol. 1, No. 1.
- _____. (1996). *Between Facts and Norms*. Cambridge, Mass.: The MIT Press.
- _____. (1998). *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de la teoría del discurso*. Madrid: Trotta.
- _____. (1999a). *La inclusión del otro*. Barcelona: Paidós.
- _____. (1999b). "Facticidad y validez: Una conversación sobre cuestiones de teoría política". En: *Más allá del Estado nacional*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- _____. (2003). "Rightness versus Truth: On the Sense of Normative Validity in Moral Judgments and Norms". En: *Truth and Justification*. Cambridge, Mass.: The MIT Press.
- Haddad, Yebraíl (2006). *La democracia deliberativa. Perspectiva crítica*. Bogotá: Universidad Externado.
- Hamilton, Alexander – Madison, James – Jay, John (1961). *The Federalist Papers*. Clinton Rossiter (ed.) New York: New American Library. Vers. cas. (1994). *El Federalista*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

- Hayek, Friedrich (1995). *Droit, Legislation et Liberté*. Paris: PUF.
- _____. (1945). "The Use of Knowledge in Society". En: *American Economic Review*. Vol. 35, No 4.
- Hegel, Georg (2003). *Principios de la filosofía del derecho*. Buenos Aires: Sudamericana.
- Held, David (1996). *Modelos de democracia*. Madrid: Alianza.
- Helmut, Dubiel et al. (1997). *La cuestión democrática*. Madrid: Huerga y Fierro editores.
- Hernández, Andrés (2002) (ed.). *Republicanism contemporáneo. Igualdad, democracia deliberativa y ciudadanía*. Bogotá: Siglo del Hombre – Universidad de los Andes, CIDER.
- _____. (2005). "El desafío republicano al liberalismo igualitario de Rawls y los debates sobre libertad, ciudadanía y democracia". En: Juan José Botero (ed.) *Con Rawls y contra Rawls*. Bogotá: Universidad Nacional.
- Hernández G., José Gregorio. (2000). Artículo en *La República*, noviembre 12.
- Holmes, Stephen (1988). "Precommitment and the Paradox of Democracy", en: Jon Elster – Rune Slagstad (eds.) *Constitutionalism and Democracy*. Cambridge University Press. Vers. cast. (1999). "El precompromiso y la paradoja de la democracia". En: Jon Elster – Rune Slagstad (eds.) *Constitucionalismo y democracia*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Hongju, Harold – Slye, Ronald (1999) (eds.). *Deliberative Democracy and Human Rights*. New Haven: Yale University Press. Vers. cast. (2004). *Democracia deliberativa y derechos humanos*. Barcelona: Gedisa.
- Hoyos, Guillermo (1995). "Ética discursiva, derecho y democracia". En: Cristina Motta (ed.) *Ética y Conflicto*. Bogotá: TM-Uniandes.
- Hoyos, Luis Eduardo (2004) (ed.) *Estudios de filosofía política*. Bogotá: Universidad Externado – Universidad Nacional.
- Johnson, Loch (1986). *Acuerdos internacionales*. Buenos Aires: GEL.
- Jones, George (1991). "Presidentialization in a parliamentary system?". En: Colin Campbell – Margaret J. Wyszomirski (eds.). *Executive leadership in Anglo-American Systems*. University of Pittsburg Press.
- Kant, Immanuel (1987). *Ideas para una historia universal en clave cosmopolita y otros escritos sobre filosofía de la historia*. Madrid: Tecnos.
- _____. (1978). *Idea de una historia universal en sentido cosmopolita*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Knight, Jack – Johnson, James (1994). "Aggregation and Deliberation: On the Possibility of Democratic Legitimacy". En: *Political Theory*, Vol. 22, No. 2.
- _____. (1997). "What Sort of Equality Does Deliberative Democracy Require?". En: James Bohman – William Rehg (eds.). *Deliberative Democracy. Essays on Reason and Politics*. Cambridge, Mass.: The MIT Press.

- Konder, Leandro (1991). "Marxismo y melancolía". En: *Revista La Ciudad Futura* Nos. 25/26.
- Koons, Robert C. (1992). *Paradoxes of Belief and Strategic Rationality*. Cambridge University Press.
- Kriegel, Blandine (1996). *Cours de Philosophie Politique*. Paris: Librairie Generale Francaise.
- Kymlicka, Will (1995). *Multicultural Citizenship*. Oxford University Press.
- Laclauf, Ernesto - Mouffe, Chantal (1987). *Hegemonía y estrategia socialista*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Lafont, Cristina (1999). *The Linguistic Turn in Hermeneutic Philosophy*. Cambridge, Mass.: The MIT Press.
- _____. (2003). "Procedural Justice? Implications of the Rawls-Habermas Debate for Discourse Ethics". En: *Philosophy and Social Criticism* Vol. 29, No. 2.
- _____. (2004). "Moral Objectivity and Reasonable Agreement: Can Realism be reconciled with Kantian Constructivism?". En: *Ratio Juris* Vol. 17, No. 1.
- _____. (2005). "Justicia y legitimidad. La intrincada relación entre la política y la moral". En: María Herrera - Pablo De Greiff (eds.). *Razones de la justicia. Homenaje a Thomas McCarthy*. México D.F.: UNAM.
- _____. (2007). "Democracia y deliberación pública". En: Rodolfo Arango (ed.) *Filosofía de la democracia*. Bogotá: siglo del Hombre - Universidad de Los Andes.
- Lanzaro, Jorge (2003) (comp.). *Tipos de presidencialismo y coaliciones políticas en América Latina*. Buenos Aires: CLACSO.
- Laporta, Francisco (2001). "Los problemas de la democracia deliberativa". En: *Claves de Razón Práctica* No. 109.
- Linz, Juan (1984). "Democracy: Democracia Presidencial o Parlamentaria. ¿Hay alguna diferencia?". En: AA.VV. *Presidencialismo vs. Parlamentarismo, Materiales para el estudio de la reforma constitucional*. Buenos Aires: Eudeba.
- _____. (1993). *Presidentialism an democracy: a critical appraisal*. Kellogg Institute - WP200. Vers. cast. (1994). "Presidencialismo y democracia: una revisión crítica". En: *Desarrollo Económico*, IDES, Vol. 34, No. 135.
- López Medina, Diego (2004). *Teoría impura del derecho*. Bogotá: Legis - Universidad de los Andes.
- _____. (2006). *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis - Universidad de los Andes, 2da ed.
- Luhmann, Niklas (1994). *Teoría política en el estado de bienestar*. Madrid: Alianza.
- _____. (1999). *Politique et Complexité*. Paris: Cerf.
- Macedo, Stephen (1999) (ed.). *Deliberative Politics. Essays on "Democracy and Disagreement"*. Oxford University Press.
- Macfarquhar, Larissa (2001). "The Bench Burner An interview with Richard Posner". En: *The New Yorker*, Diciembre 10.

- MacIntyre, Alasdair (1981). *After Virtue*. London: Duckworth.
- Mackie, Gerry (2003). *Democracy Defended*. Cambridge University Press.
- Malem, Jorge F. (1990). *Concepto y justificación de la desobediencia civil*. Barcelona: Ariel.
- Manin, Bernard (1987). "On Legitimacy and Political Deliberation". En: *Political Theory*, Vol. 15, No. 3.
- _____. (1994). "Checks, balances and boundaries. The separation of powers in the constitutional debate of 1787". En: Biancamaria Fontana (ed.) *The Invention of the Modern Republic*. Cambridge University Press.
- _____. (1998). *Los principios del gobierno representativo*. Madrid: Alianza.
- Mansbridge, Jane (1983). *Beyond Adversary Democracy*. Chicago: University of Chicago Press.
- _____. (1992). "A Deliberative Theory of Interest Representation". En: Mark P. Petracca (ed.). *The Politics of Interests. Interest Groups Transformed*. University of California Press.
- _____. (2005). "Deliberation Everywhere". Trabajo presentado a *IVR Conference*, Granada.
- Martí, José Luis (1996). "Legitimacy and Diversity: Dialectical Reflections on Analytical Distinctions". En: *Cardozo Law Review* Vol. 17, Nos. 4-5.
- _____. (2001). "Democracia y Deliberación. Una reconstrucción del modelo de Jon Elster". En: *Revista de Estudios Políticos* No. 113.
- _____. (2005a). "The Sources of Legitimacy of Political Decisions: Between Procedure and Substance". En: Luc Wintgens (ed.) *The Theory and Practice of Legislation: Essays on Legisprudence*. Aldershot: Ashgate.
- _____. (2005b). "El fundamentalismo de Luigi Ferrajoli: un análisis crítico de su teoría de las derechos fundamentales". En: Miguel Carbonell – Pedro Salazar (eds.). *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta.
- _____. (2006). *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*. Madrid: Marcial Pons.
- _____. Besson, Samantha (2006) (eds.) *Deliberative Democracy and its Discontents. National and Post-national Challenges*. London: Ashgate.
- _____. (2007). "Republicanism y democracia: Principios básicos de una república deliberativa". En: Rodolfo Arango (ed.) *Filosofía de la democracia*. Bogotá: Siglo del Hombre – Universidad de los Andes.
- Mathews, David (1994). *Politics for People: Finding a Responsible Public Voice*. Chicago: University of Illinois Press.
- McCarthy, Thomas (1991). "Practical Discourse: On the Relation of Morality to Politics". En: *Ideals and Illusions*. Cambridge, Mass.: The MIT Press.
- Mejía Quintana, Oscar (1996). "El paradigma consensual del derecho en la teoría de la justicia de John Rawls" (Estudio Preliminar) a John Rawls, *El derecho de los pueblos*. Bogotá: Universidad de Los Andes, Facultad de Derecho.

- _____. (1997). *Justicia y democracia consensual*. Bogotá: Siglo del Hombre – Uniandes.
- _____. (1998). *Derecho, legitimidad y democracia deliberativa*. Bogotá: Temis.
- _____. (2001). *La problemática iusfilosófica de la obediencia al derecho y la justificación constitucional de la desobediencia civil*. Bogotá: Unibiblos.
- _____. (2002). “Tribunal constitucional, desobediencia civil y democracia deliberativa”. En: Andrés Hernández (comp.) *Republicanismo Contemporáneo*. Bogotá: Siglo del Hombre – Universidad de los Andes.
- _____. (2005a). *Teoría política, democracia radical y filosofía del derecho*. Bogotá: Temis.
- _____. (2005b). “La filosofía política de John Rawls (II)”. En: Juan José Botero (ed.) *Con Rawls y contra Rawls*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Departamento de Filosofía.
- _____. (2009). “La desobediencia civil revisitada. Problematicidad, situación y límites de su concepto”. En: Revista *Co-herencia* Vol. 6, No. 10 (enero-junio).
- _____. Jiménez, Carolina (2005). “Nuevas teorías de la democracia. De la democracia formal a la democracia deliberativa”. En: *Colombia Internacional* No. 62. Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Sociales.
- Menéndez, Agustín (1999). “El Legado de uno de los precursores de la democracia deliberativa”. En: *Res Pública*, No. 3.
- Mesure, Sylvie (1999). “La discussion republicaine du liberalisme moderne”. En: Alain Renaut et al. *Les Critiques de la Modernité Politique*. Paris: Calmann-Levy.
- Michelman, Frank (1996). “Between facts and norms” (Book reviews). En: *The Journal of Philosophy*. New York: Columbia University, Vol. XCIII, No. 6.
- Mouffe, Chantal (1999). *El retorno de lo político*. Barcelona: Paidós.
- Mulhall, Stephen – Swift, Adam (1992). *Liberals & Communitarians*. Oxford & Cambridge: Blackwell.
- Murillo, Gabriel – Pizano, Lariza (2003). *Deliberación y construcción de ciudadanía*. Bogotá: Universidad de los Andes, Departamento de Ciencia Política.
- Negri, Antoni (2003). *La forma-Estado*. Madrid: Akal.
- _____. (1994). *El poder constituyente*. Madrid: Libertarias.
- _____. (2004). *Multitud*. Barcelona: Debate.
- _____. Michael Hardt (2001). *Imperio*. Bogotá: Los de Abajo.
- _____. Michael Hardt (2004). *Multitud*. Barcelona: Debate.
- Nelson, William (1980). *On Justifying Democracy*. Londres: Routledge & Kegan.
- _____. (2000). *Marbury vs. Madison: The Origins and Legacy of Judicial Review*. Kansas University Press.

- Nino, Carlos Santiago (1984). *Ética y derechos humanos*. Buenos Aires: Paidós. 2da ed. (1989). Barcelona: Ariel.
- _____. (1988). "Presidencialismo vs. Parlamentarismo". En: AA.VV. *Presidencialismo vs. Parlamentarismo*. Buenos Aires: Eudeba.
- _____. (1989a). *Ética y derechos humanos*. Barcelona: Ariel, 2da ed.
- _____. (1989b). *El constructivismo ético*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- _____. (1991). "La democracia epistémica puesta a prueba. Respuesta a Rosenkrantz y Ródenas". En: *Doxa* No. 10.
- _____. (1992a) *Un país al margen de la ley*. Buenos Aires: Emecé.
- _____. (1992b) *El presidencialismo puesto a prueba*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- _____. (1993a) "Contexto social y régimen de gobierno". En: *Doxa* No. 14.
- _____. (1993b). "Transition to Democracy, Corporatism and Presidentialism with Especial Reference to Latin America". En: Douglas Greenberg et al. (eds.). *Constitutionalism and Democracy. Transition in the contemporary World*. Oxford: Oxford University Press.
- _____. (1996). *The Constitution of Deliberative Democracy*. New Haven: Yale University Press. Vers. cast. (1997) *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa.
- _____. (1997). *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa.
- _____. (2000). *Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea.
- _____. (2004). "El racionalismo crítico y la fundamentación de la ética". En: Félix Schuster (ed.) *Popper y las ciencias sociales*. Buenos Aires: Editores de América Latina.
- Nohlen, Dieter (1998). *El presidencialismo renovado*. Caracas: Nueva Sociedad.
- Nozick, Robert (1990). *Anarquía, Estado y Utopía*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- O'Donnell, Guillermo (1994). "Delegative democracy?". En: *Journal of Democracy* Vol. 5 No. 1.
- _____. (2007). *Disonancias. Críticas democráticas a la democracia*. Buenos Aires: Prometeo.
- Offe, Claus (1988). "Razón y política: el poder de las instituciones". En: *Revista La Ciudad Futura* No. 10.
- _____. (1990). *Contradicciones en el Estado de Bienestar*. Madrid: Alianza.
- _____. (2004). "El diseño institucional en los procesos de transición de Europa de Este". En: Robert Goodin (Comp.). *Teoría del diseño institucional*. Barcelona: Gedisa.
- _____. Schmitter, Philippe (1995). "Las paradojas y los dilemas de la democracia liberal". En: *Revista de Filosofía Política*. No. 6. Madrid: CSIC.

- Oquendo, Ángel (2000). "Reflexiones sobre las premisas, el contenido y la variabilidad del concepto de la democracia". En: *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 5, No. 1.
- _____. (2002). "Deliberative Democracy in Habermas and Nino". En: *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 22, No. 2.
- Outhwaite, William (1994). "Law and the state". En: *Habermas: A Critical Introduction*. Stanford: Stanford University Press.
- Passerind'Entrèves, Maurizio (1998). *Multiculturalism and Deliberative Democracy*. Barcelona: Institut de Ciències Polítiques i Socials, Working Paper 136.
- Paterman, Carole (1970). *Participation and Democratic Theory*. Cambridge University Press.
- Pettit, Philip (1997). *Republicanism*. Oxford University Press. Vers. cast. (1999) *Republicanism*. Barcelona: Paidós.
- _____. (1999). "Republican freedom and contestatory democratization". En: Ian Shapiro – Casiano Hacker-Cordón (eds.). *Democracy's Value*. Cambridge University Press.
- _____. (2000). "Democracy, Electoral and Contestatory". En: *Nomos* No. 42.
- _____. (2004). "Liberalismo y republicanism". En: Gargarella, Roberto – Ovejero, Félix – Martí, José Luis (eds.). *Nuevas ideas republicanas*. Barcelona: Paidós.
- Pinto, Julio (2002). "La evolución del concepto del presidente plebiscitario del Reich de Weber y Schmitt". En: Jorge Dotti – Julio Pinto (comps.) *Carl Schmitt, su época y su pensamiento*. Buenos Aires: Eudeba.
- Pitkin, Hannah F. (1967). *The Concept of Representation*. University of California Press.
- _____. (1981). "Justice: On Relating Private and Public". En: *Political Theory*, Vol. 9, No. 3.
- Pocock, Jhon G. A. (1975). *The Machiavellian Moment*. Princeton University Press.
- Pogge, Thomas (2002). *World Poverty and Human Rights: Cosmopolitan Responsibilities and Reforms*. Cambridge: Polity Press. Vers. cast. (2005) *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*. Barcelona: Paidós.
- _____. (2007). "Reconocidos y violados por la ley internacional". En: Francisco Cortés Rodas – Miguel Giusti (eds.). *Justicia global, derechos humanos y responsabilidad*. Bogotá: Siglo del Hombre – Universidad de Antioquia.
- _____. (2009). *Hacer justicia a la humanidad*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- _____. Barry, Christian (2005) (eds.). *Global Institutions and Responsibilities: Achieving Global Justice* Oxford: Basil Blackwell.
- Pogge, Thomas – Reddy, Sanjay (2010). "How Not to Count the Poor". En: Sudhir Anand – Paul Segal – Joseph E. Stiglitz (eds.). *Debates on the Measurement of Global Poverty*. Oxford: Oxford University Press.

- Posner, Richard (2002). "Dewey and Democracy: A Critique". En: *Transactional Viewpoints* 1 (Summer).
- _____. (2003). *Law, Pragmatism and Democracy*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- _____. (2004). "John Dewey and the Intersection of Democracy and Law". En: Elias L. Khalil (ed.) *Dewey, Pragmatism, and Economic Methodology*. London: Routledge.
- _____. Landes, William (1975). "The Independent Judiciary in an Interest - Group perspective". En: *Journal of Law and Economics* No. 18.
- Quesada, Fernando (2004). "Procesos de globalización: hacia un nuevo imaginario político". En: *Siglo XXI: ¿Un Nuevo Paradigma de la Política?* Barcelona: Anthropos.
- Rawls, John (1971). *A Theory of Justice*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press. Vers. cast. (1995a). *Teoría de la justicia*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- _____. (1977). "A Theory of Civil Disobedience". En: Ronald Dworkin (ed.) *The Philosophy of Law*. Oxford University press.
- _____. (1980). "Kantian Constructivism in Moral Theory". En: *Journal of Philosophy*. Vol. 77, No. 9. Columbia University, New York. The 1980 Dewey Lectures at Columbia University.
- _____. (1985). "Justice as Fairness: Political not Metaphysical". En: *Philosophy & Public Affairs* (Summer) Vol. 14, No. 3.
- _____. (1986). *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia*. Madrid: Tecnos.
- _____. (1987). "The Basic Liberties and Their Priority". En: S. M. McMurrin (ed.) *Liberty, Equality, and Law*. University of Utah Press.
- _____. (1995). *Liberalismo político*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- _____. (1996). *El liberalismo político*. Barcelona: Crítica.
- _____. (1999). *Collected Papers*. Samuel Freeman (ed.) Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- _____. (2001). *The Law of Peoples with "The Idea of Public Reason Revisited"*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- _____. (2002a). *La justicia como equidad: una reformulación*. Barcelona: Paidós.
- _____. (2002b). *Lecciones sobre la historia de la filosofía moral*. Barcelona: Paidós.
- Rehg, William (1997). "Legitimacy and Deliberation in the Epistemic Conception of Democracy: Between Estlund and Habermas". En: *The Modern Schoolman*. No. 74.
- Renaut, Alain et al. (1999). *Les Philosophies Politiques Contemporaines*, Paris: Calmann-Levy.
- Riggs, Fred W. (1988). "La supervivencia del presidencialismo en EE.UU.: Prácticas para-constitucionales". En: AA.VV. *Presidencialismo vs. Parlamentarismo*. Buenos Aires: Eudeba.

- Roca Pérez, Victoria (2003). *Derecho y Razón práctica en Carlos Nino*. Alicante: Biblioteca Virtual.
- Ródenas, Ángeles (1991). "Sobre la justificación de la democracia en la obra de Carlos S. Nino". En: *Doxa* No. 10.
- Rodríguez, José María (1992). *Historia del pensamiento jurídico*. Madrid: Universidad Complutense. Vol. II.
- Rodríguez, María Luisa (2005). *Minorías, acción pública de inconstitucionalidad y democracia deliberativa*. Bogotá: Universidad Externado.
- Romero, Rodrigo (1981). "John Rawls: el contrato social revivido". En: *Praxis Filosófica*, No. 4. Universidad del Valle, Departamento de Filosofía, Cali.
- Rosenfeld, Michel (1995). "Law as discourse: bridging the gap between democracy and right". En: *Harvard Law Review*, Vol. 108.
- _____. Arato, Andrew (1998) (eds.). *Habermas on Law and Democracy*. University of California Press.
- Rosenkrantz, Carlos (1991). "La democracia: una crítica a su justificación epistémica". En: *Doxa* No. 10.
- _____. (2004). "La teoría de la democracia epistémica revisitada". En: Harold Hongju - Ronald Slye (comps.) *Democracia Deliberativa y Derechos Humanos*. Barcelona: Gedisa.
- Rossiter, Clinton (1948). *Constitutional Dictatorship*. Princeton University Press.
- Sainsbury, R. Mark (1995). *Paradoxes*. Cambridge University Press.
- Sánchez, Rubén - Rodríguez, Federmán A. (2007). *Seguridad, democracia y seguridad democrática*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Sancho, Carmen (2003). "Un modelo diferente de democracia. La democracia deliberativa". En: *Revista de Estudios Políticos* No. 122. Centro de Estudios Constitucionales de Madrid.
- Sandel, Michael (1982). *Liberalism and the Limits of Justice*. Cambridge University Press.
- _____. (1996). *Democracy's Discontent*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Sartori, Giovanni (1990). "Neither Presidentialism nor Parliamentarism". En: Juan J. Linz - Arturo Valenzuela (eds.). *Presidential or Parliamentary Democracy*. John Hopkins University Press.
- Schattschneider, Elmer E. (1960). *The Semisovereign People*. New York: Dryden Press.
- Schmitt, Carl (1996). *Sobre el parlamentarismo*. Madrid: Tecnos.
- Shapiro, Ian (1999). "Enough of Deliberation. Politics is about Interests and Power". En: Stephen Macedo (ed.) *Deliberative Politics. Essays on "Democracy and Disagreement"*. Oxford University Press.
- Shugart, Matthew - Carey, John (1992). *Presidents and assemblies, Constitutional design and electoral dynamics*. Cambridge University Press.

- Singer, Peter (1973). *Democracy and Disobedience*. Oxford University press.
- Skinner, Quentin (1978). *The Foundations in Modern Political Thought*. Cambridge University Press.
- _____. (1981). *Machiavelli*. Oxford University Press.
- _____. (1986). *Los fundamentos del pensamiento político moderno*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- _____. (1990). "The Republican Ideal of Political Liberty". En: Gisela Bock – Quentin Skinner – Maurizio Viroli (eds.). *Machiavelli and Republicanism*. Cambridge University Press.
- _____. (1998). *Liberty before Liberalism*. Cambridge University Press.
- _____. (1990). *Machiavelli and Republicanism*. Cambridge University Press.
- Steiner, Jurg – Bächtiger, Andre – Spörndli, Markus – Steenbergen, Marco (2004). *Deliberative Politics in Action. Analysing Parliamentary Discourse*. Cambridge University Press.
- Stolarz, Ackroyd (2000). *Algunas consideraciones acerca de la representación en Carlos S. Nino*. Mimeo.
- _____. (2001). *Representación, democracia directa y valor epistémico: Cuestiones acerca de la teoría epistémica de Carlos Nino*. Mimeo.
- Stotzky, Irwin (2004). "Crear las condiciones para la democracia". En: Harold Hongju – Ronald Slye (comps.) *Democracia Deliberativa y Derechos Humanos*. Barcelona: Gedisa.
- Stuart Mill, John (2001). *Consideraciones sobre el gobierno representativo*. Madrid: Alianza.
- Sunstein, Cass. (1988). "Beyond the Republican Revival". En: *Yale Law Journal*, Vol. 97. Vers. cast. (2004) "Más allá del resurgimiento republicano". En: Roberto Gargarella – Félix Ovejero – José Luis Martí (eds.). *Nuevas ideas republicanas*. Barcelona: Paidós.
- _____. (1991). "Preferences and Politics". En: *Philosophy and Public Affairs* Vol. 20, No. 3.
- _____. (1993a). *After the Rights Revolution Reconceiving the Regulatory State*. Harvard University Press.
- _____. (1993b). *Democracy and the Problem of Free Speech*. New York: The Free Press.
- _____. (1997). *Free Markets and Social Justice*. Oxford University Press.
- _____. (1998). *The Partial Constitution*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- _____. (1999). *One Case at a Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- _____. (2001). *Designing Democracy. What constitutions do*. Oxford University Press.
- _____. (2003). "The Law of Group Polarization". En: James Fishkin – Peter Laslett (eds.). *Debating Deliberative Democracy*. Oxford: Basil Blackwell.

- _____. (2004). *The Second Bill of Rights*. New York: Basic Books.
- _____. (2009). *A Constitution of Many Minds: Why the Founding Document Doesn't Mean What It Meant Before*. Princeton University Press.
- _____. Holmes, S. (1999). *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York: Norton. Vers. cast. (2011) *El costo de los derechos*. Buenos Aires: Siglo XXI – Igualitaria (en prensa).
- Talisso, Robert B. (2005). “Deliberative Democracy Defended: A Response to Posner’s Political Realism”. En: *Res Publica* No. 11.
- Taylor, Charles (1989). *Sources of the Self*. Cambridge: Harvard University Press.
- Thompson, Denis (1999). “Democratic Theory and Global Society”. En: *Journal of Political Philosophy*, Vol. 7, No. 2.
- Tocqueville, Alexis (1996). *La democracia en América*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Tribe, Laurence (2001). “Bush vs. Gore and its disguises”. En: *Harvard Law Review*. Vol. 115, No. 1.
- Tulis, Jeffrey (2000). *Deliberation between institutions*. Workshop, University of Texas, Austin.
- Tushnet, Mark (1999a). *Comparative Constitutional Law*. New York: Foundation Press.
- _____. (1999b). *Taking the Constitution away from the Courts*. Princeton University Press.
- Virno, Paolo (2003). *Virtuosismo y Revolución*. Madrid: Traficantes de Sueños.
- Vile, Maurice (1967). *Constitutionalism and the Separation of Powers*. Oxford: Clarendon Press.
- Waldron, Jeremy (1999). *Law and Disagreement*. Oxford University Press.
- Walzer, Michael (1970). *Obligations. Essays on Disobedience, War, and Citizenship*. Cambridge, Mass.: Harvard University press.
- _____. (1983). *Spheres of Justice*. New York: Basic Books. Vers. cast. (1993). *Las esferas de la justicia*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Wellmer, Albrecht (1996). “Condiciones de una cultura democrática”. En: *Finales de Partida*. Madrid: Cátedra.
- White, Morton (1987). *Philosophy, the Federalist, and the Constitution*. Oxford University Press.
- White, Stephen K. (ed.) (1995) *The Cambridge Companion to Habermas*. Cambridge University Press.
- Wood, Gordon (1992). *The Radicalism of the American Revolution*. New York: Vintage Books.
- _____. (1995). “Democracy and the American Revolution”. En: Dunn, J. (ed.) *Democracy. The Unfinished Journey, 508 B.C. to A.D. 1993*. Oxford University Press.
- Young, Iris M. (1997). “Difference as a Resource for Democratic Communication”, in Bohman and Rehg.

- _____. (1998). "Political theory: an overview". En: Robert E. Goodin - Hans-Dieter Klingemann (eds.). *Political Science*. Oxford University Press.
- _____. (2000a). *Inclusion and Democracy*. Oxford University Press.
- _____. (2000b). "La democracia y 'el otro': más allá de la democracia deliberativa". En: *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 5, No. 1.
- _____. (2001). "Activist Challenges to Deliberative Democracy". En: *Political Theory*, Vol. 29, No. 5.
- _____. (2003). "Polity and Group Difference: A Critique of the Ideal of Universal Citizenship". En: *Theorizing Citizenship*. Ronald Beiner (ed.). State University of New York Press.
- Zagrebelsky, Gustavo (2007). "Jueces constitucionales". En: Miguel Carbonell (ed.) *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Madrid: Trotta.
- Žižek, Slavoj (1992). *El Sublime Objeto de la Ideología*. Madrid: Siglo XXI.
- _____. (2004a). "Más allá de la democracia. La impostura liberal". En: *Violencia en Acto*. Buenos Aires: Paidós.
- _____. (2004b). *Repetir Lenin*. Madrid: Akal.
- _____. (2005a). "Del Homo Sucker al Homo Sacer". En: *Bienvenidos al desierto de lo Real*. Madrid: Akal.
- _____. (2005b). *La suspensión política de la ética*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

TÍTULOS PUBLICADOS EN ESTA COLECCIÓN

Copia disponible www.eafit.edu.co/investigacion

Cuaderno 1 – Marzo 2002

Sector bancario y coyuntura económica
el caso colombiano 1990 – 2000
Alberto Jaramillo, Adriana Ángel Jiménez,
Andrea Restrepo Ramírez, Ana Serrano Domínguez
y Juan Sebastián Maya Arango

Cuaderno 2 – Julio 2002

Cuerpos y controles, formas de regulación civil.
Discursos y prácticas en Medellín 1948 – 1952
Cruz Elena Espinal Pérez

Cuaderno 3 – Agosto 2002

Una introducción al uso de LAPACK
Carlos E. Mejía, Tomás Restrepo y Christian Trefftz

Cuaderno 4 – Septiembre 2002

Las marcas propias desde la perspectiva del
fabricante
Belisario Cabrejos Doig

Cuaderno 5 – Septiembre 2002

Inferencia visual para los sistemas deductivos
LBPco, LBPC y LBPO
Manuel Sierra Aristizábal

Cuaderno 6 – Noviembre 2002

Lo colectivo en la constitución de 1991
Ana Victoria Vásquez Cárdenas,
Mario Alberto Montoya Brand

Cuaderno 7 – Febrero 2003

Análisis de varianza de los beneficios de las
empresas manufactureras en Colombia, 1995-2000
Alberto Jaramillo (Coordinador),
Juan Sebastián Maya Arango,
Hermilson Velásquez Ceballos,
Javier Santiago Ortiz,
Lina Marcela Cardona Sosa

Cuaderno 8 – Marzo 2003

Los dilemas del Rector: El caso de la Universidad
EAFIT
Álvaro Pineda Botero

Cuaderno 9 – Abril 2003

Informe de Coyuntura: Abril de 2003
Grupo de Análisis de Coyuntura Económica

Cuaderno 10 – Mayo 2003

Grupos de investigación
Escuela de Administración
Dirección de Investigación y Docencia

Cuaderno 11 – Junio 2003

Grupos de investigación Escuela de Ciencias y
Humanidades, Escuela de Derecho, Centro de
Idiomas y Departamento de Desarrollo Estudiantil
Dirección de Investigación y Docencia

Cuaderno 12 – Junio 2003

Grupos de investigación – Escuela de Ingeniería
Dirección de Investigación y Docencia

Cuaderno 13 – Julio 2003

Programa Jóvenes Investigadores – Colciencias:
El Área de Libre Comercio de las Américas y
las Negociaciones de Servicios
Grupo de Estudios en Economía y Empresa

Cuaderno 14 – Noviembre 2003

Bibliografía de la Novela Colombiana
Álvaro Pineda Botero, Sandra Isabel Pérez,
María del Carmen Rosero y María Graciela Calle

Cuaderno 15 – Febrero 2004

Publicaciones y Ponencia 2003
Dirección de Investigación y Docencia

Cuaderno 16 – Marzo 2004

La Aplicación del Derecho en los Sistemas Jurídicos Constitucionalizados
Gloria Patricia Lopera Mesa

Cuaderno 17 – Mayo 2004

Productos y Servicios Financieros a gran Escala para la Microempresa: Hacia un Modelo Viable
Nicolás Ossa Betancur

Cuaderno 18 – Mayo 2004

Artículos resultado de los Proyectos de Grado realizados por los Estudiantes de Ingeniería de Producción que se graduaron en el 2003
Departamento de Ingeniería de Producción

Cuaderno 19 – Junio 2004

Artículos de los Proyectos de Grado realizados por los Estudiantes de Ingeniería Mecánica que se graduaron en el año 2003
Departamento de Ingeniería Mecánica

Cuaderno 20 – Junio 2004

Artículos resultado de los Proyectos de Grado realizados por los Estudiantes de Ingeniería de Procesos que se graduaron en el 2003
Departamento de Ingeniería de Procesos

Cuaderno 21 – Agosto 2004

Aspectos Geomorfológicos de la Avenida Torrencial del 31 de enero de 1994 en la Cuenca del Río Fraile y sus fenómenos Asociados
Juan Luis González, Omar Alberto Chávez, Michel Hermelín

Cuaderno 22 – Agosto 2004

Diferencias y similitudes en las teorías del crecimiento económico
Marleny Cardona Acevedo, Francisco Zuluaga Díaz, Carlos Andrés Cano Gamboa, Carolina Gómez Alvis

Cuaderno 23 – Agosto 2004

Guidelines for oral Assessment
Grupo de investigación Centro de Idiomas

Cuaderno 24 – Octubre 2004

Reflexiones sobre la Investigación desde EAFIT
Dirección de Investigación y Docencia

Cuaderno 25 – Septiembre 2004

Las Marcas Propias desde la Perspectiva del Consumidor Final
Belisario Cabrejos Doig

Cuaderno 26 – Febrero 2005

Publicaciones y ponencias -2004-
Dirección de Investigación y Docencia

Cuaderno 27 – Marzo 2005

El mercadeo en la industria de la confección – 15 años después -
Belisario Cabrejos Doig

Cuaderno 28 – Abril 2005

La sociología frente a los espejos del tiempo: modernidad, postmodernidad y globalización
Miguel Ángel Beltrán, Marleny Cardona Acevedo

Cuaderno 29 – Abril 2005

“Oxidación fotocatalítica de cianuro”
Grupo de investigación Procesos Ambientales y Biotecnológicos -GIPAB-

Cuaderno 30 – Mayo 2005

Evaluación a escala de planta piloto del proceso industrial para la obtención de aceite esencial de cardamomo, bajo la filosofía “cero emisiones”
Grupo de investigación Procesos Ambientales y Biotecnológicos -GIPAB-

Cuaderno 31 – Junio 2005

La demanda por formación permanente y consultoría universitaria
Enrique Barriga Manrique

Cuaderno 32 – Junio 2005

Artículos de los proyectos de grado realizados por los estudiantes de ingeniería mecánica que se graduaron en el año 2004
Escuela de Ingeniería
Departamento de Ingeniería Mecánica

Cuaderno 33 – Julio 2005

Pulverización de colorantes naturales por secado por atomización
Grupo de investigación Desarrollo y Diseño de Procesos -DDP-
Departamento de Ingeniería de Procesos

Cuaderno 34 – Julio 2005

“Fotodegradación de soluciones de clorofenol-cromo y tolueno-benceno utilizando como catalizador mezcla de dióxido de titanio (TiO₂), bentonita y ceniza volante”
Grupo de investigación Procesos Ambientales y Biotecnológicos -GIPAB-
Edison Gil Pavas

Cuaderno 35 – Septiembre 2005

Hacia un modelo de formación continuada de docentes de educación superior en el uso pedagógico de las tecnologías de información y comunicación
Claudia María Zea R., María del Rosario Atuesta V., Gustavo Adolfo Villegas L., Patricia Toro P., Beatriz Nicholls E., Natalia Foronda V.

Cuaderno 36 – Septiembre 2005

Elaboración de un instrumento para el estudio de los procesos de cambio asociados con la implantación del TPM en Colombia
Grupos de investigación:
Grupo de Estudios de la Gerencia en Colombia
Grupo de Estudios en Mantenimiento Industrial (GEMI)

Cuaderno 37 – Septiembre 2005

Productos y servicios financieros a gran escala para la microempresa colombiana
Nicolás Ossa Betancur
Grupo de investigación en Finanzas y Banca
Área Microfinanzas

Cuaderno 38 – Noviembre 2005

Proceso “acoplado” físico-químico y biotecnológico para el tratamiento de aguas residuales contaminadas con cianuro
Grupo de investigación Procesos Ambientales y Biotecnológicos -GIPAB-

Cuaderno 39 – Febrero 2006

Lecture notes on numerical analysis
Manuel Julio García R.
Department of Mechanical Engineering

Cuaderno 40 – Febrero 2006

Métodos directos para la solución de sistemas de ecuaciones lineales simétricos, indefinidos, dispersos y de gran dimensión
Juan David Jaramillo Jaramillo, Antonio M. Vidal Maciá, Francisco José Correa Zabala

Cuaderno 41- Marzo 2006

Publicaciones, ponencias, patentes y registros 2005
Dirección de Investigación y Docencia

Cuaderno 42- Mayo 2006

A propósito de la discusión sobre el derecho penal “moderno” y la sociedad del riesgo
Diana Patricia Arias Holguín
Grupo de Estudios Penales (GEP)

Cuaderno 43- Junio 2006

Artículos de los proyectos de grado realizados por los estudiantes de ingeniería mecánica que se graduaron en el año 2005
Departamento de Ingeniería Mecánica
Escuela de Ingeniería

Cuaderno 44- Junio 2006

El “actuar en lugar de otro” en el código penal colombiano, ámbito de aplicación y problemas más relevantes de la fórmula del art. 29 inciso 3

Susana Escobar Vélez

Grupo de Estudios Penales (GEP)

Cuaderno 45- Septiembre 2006

Artículos de los proyectos de grado realizados por los estudiantes de ingeniería de diseño de producto que se graduaron en el año 2004 y en el 2005-1

Departamento de Ingeniería de Diseño de Producto
Escuela de Ingeniería

Cuaderno 46- Octubre 2006

Comentarios a visión colombia

II Centenario: 2019

Andrés Ramírez H., Mauricio Ramírez Gómez y
Marleny Cardona Acevedo

Profesores del Departamento de Economía

Antonio Barboza V., Gloria Patricia Lopera M.,

José David Posada B. y José A. Toro V.

Profesores del Departamento de Derecho

Carolina Ariza Z. – Estudiante de Derecho

Saúl Echavarría Yepes-

Departamento de Humanidades

Cuaderno 47- Octubre 2006

La delincuencia en la empresa:
problemas de autoría y participación
en delitos comunes

Grupo de Estudios Penales (GEP)

Maximiliano A. Aramburo C.

Cuaderno 48 – Octubre 2006

Guidelines for Teaching and
Assessing Writing

Grupo de investigación – Centro de Idiomas (Gici)

Ana Muñoz, Sandra Gaviria, Marcela Palacio

Cuaderno 49 – Noviembre 2006

Aplicación de los sistemas fotocatalíticos para la destrucción de compuestos orgánicos y otras sustancias en fuentes hídricas

Grupo de investigación Procesos Ambientales y Biotecnológicos -GIPAB-

Edison Gil Pavas, Kevin Molina Tirado

Cuaderno 50 – Noviembre 2006

Propuestas metodológicas en la construcción de campos problemáticos desde el ciclo de vida de las firmas y el crecimiento industrial de las Mipymes

Grupo de Estudios Sectoriales y Territoriales

Departamento de Economía

Escuela de Administración

Marleny Cardona Acevedo

Carlos Andrés Cano Gamboa

Cuaderno 51 – Enero 2007

Producto de telepresencia para la educación superior en el ámbito nacional

Departamento de Ingeniería de Sistemas

Departamento de Ciencias Básicas

Helmuth Treftz Gómez,

Pedro Vicente Esteban Duarte

Andrés Quiroz Hernández, Faber Giraldo Velásquez

Edgar Villegas Iriarte

Cuaderno 52 – Febrero 2007

Patrones de compra y uso de vestuario masculino y femenino en la ciudad de Medellín

Departamento de Mercadeo

Belisario Cabrejos

Cuaderno 53 – Febrero 2007

El debate sobre la modernización del derecho penal

Materiales de investigación

Grupo de investigación

Grupo de Estudios Penales (GEP)

Juan Oberto Sotomayor Acosta,

Diana María Restrepo Rodríguez

Cuaderno 54 – Marzo 2007

Aspectos normativos de la inversión extranjera en Colombia: Una mirada a la luz de las teorías de las Relaciones Internacionales
Pilar Victoria Cerón Zapata y
Grupo de investigación en Inversión Extranjera:
Sabina Argáez, Lina Arbeláez y Luisa Victoria Euse

Cuaderno 55 – Abril 2007

Publicaciones, ponencias, patentes y registros 2006
Dirección de Investigación y Docencia

Cuaderno 56 – Abril 2007

Capital humano: una mirada desde la educación y la experiencia laboral
Marleny Cardona Acevedo, Isabel Cristina Montes Gutiérrez, Juan José Vásquez Maya, María Natalia Villegas González, Tatiana Brito Mejía
Semillero de investigación en Economía de EAFIT –Siede–
Grupo de Estudios Sectoriales y Territoriales –EsyT–

Cuaderno 57 – Mayo 2007

Estado del arte en el estudio de la negociación internacional
María Alejandra Calle
Departamento de Negocios Internacionales
Escuela de Administración

Cuaderno 58 – Julio 2007

Artículos de los proyectos de grado realizados por los estudiantes de ingeniería mecánica que se graduaron en el año 2006
Escuela de Ingeniería
Departamento de Ingeniería Mecánica

Cuaderno 59- Octubre 2007

Desarrollo de nuevos productos (DNP)
Jorge E. Devia Pineda, Ph.D.
Grupo de investigación Desarrollo y Diseño de Procesos y Productos -DDP-
Departamento de Ingeniería de Procesos

Cuaderno 60- Marzo 2008

Artículos de proyectos de grado realizados por los estudiantes de ingeniería de diseño de producto que se graduaron desde el 2005-2 hasta el 2007-1
Grupo de investigación en Ingeniería de Diseño

Cuaderno 61- Marzo 2008

Memorias cátedra abierta teoría económica
Marleny Cardona Acevedo, Danny Múnera Barrera, Alberto Jaramillo Jaramillo, Germán Darío Valencia Agudelo, Sol Bibiana Mora Rendón

Cuaderno 62- Abril 2008

Publicaciones, ponencias, patentes y registros - 2007
Dirección de Investigación y Docencia

Cuaderno 63- Junio 2008

Proyectos de investigación 2006
Escuela de Ingeniería

Cuaderno 64- Junio 2008

Proyectos de grado de Ingeniería de Sistemas 2006-2007
Ingeniería de Sistemas

Cuaderno 65- Junio 2008

Aplicación de la electroquímica en el tratamiento de aguas residuales
Grupo de investigación en procesos ambientales y biotecnológicos
Línea de investigación: Procesos avanzados de Oxidación

Cuaderno 66- Junio 2008

Comparative analyses of policies, legal basis and reality of SME financing in China and Colombia
Marleny Cardona A., Isabel Cristina Montes G., Carlos Andrés Cano G., Bei Gao
Grupo de Estudios Sectoriales y Territoriales –EsyT–
Departamento de Economía

Cuaderno 67- Septiembre 2008

Artículos de los proyectos de grado realizados por los estudiantes de ingeniería mecánica que se graduaron en el 2007
Ingeniería Mecánica

Cuaderno 68- Septiembre 2008

El banco de las oportunidades de Medellín
Caso de investigación
Ernesto Barrera Duque
Grupo de investigación la Gerencia en Colombia

Cuaderno 69- Noviembre 2008

Las dimensiones del emprendimiento empresarial:
La experiencia de los programas Cultura E y Fondo Emprender en Medellín
Marleny Cardona A., Luz Dinora Vera A.,
Juliana Tabares Quiroz
Grupo de Estudios Sectoriales y Territoriales
-Esys-
Departamento de Economía

Cuaderno 70- Diciembre 2008

La inserción de la República Popular China en el noreste asiático desde los años 1970: ¿hacia un nuevo regionalismo?
Informe final proyecto de investigación
Adriana Roldán Pérez, Melissa Eusse Giraldo,
Luz Elena Hoyos Ramírez y
Carolina Duque Tobón

Cuaderno 71 - Marzo 2009

Proyectos de GRADO 2008 - Artículos
Escuela de Ingeniería
Departamento de Ingeniería de Procesos

Cuaderno 72 - Abril 2009

Publicaciones, ponencias, patentes, registros y emprendimientos 2008
Dirección de Investigación y Docencia
Universidad EAFIT

Cuaderno 73 - Mayo 2009

El caso coca nasa.
Análisis Jurídico de la política del Estado Colombiano en materia de comercialización de alimentos y bebidas derivados de hoja de coca producidos por comunidades indígenas
Nicolás Ceballos Bedoya
Grupo de investigación "Justicia y Conflicto"
Escuela de Derecho

Cuaderno 74 - Junio 2009

Artículos de proyecto de grado realizados por los estudiantes de Ingeniería mecánica que se graduaron en el 2008
Ingeniería Mecánica

Cuaderno 75 - Agosto 2009

Innovación para el desarrollo de productos
Jorge E. Devia Pineda, Elizabeth Ocampo C.,
Astrid Eliana Jiménez R.,
María Angélica Jiménez F.,
Sandra Milena Orrego L., Ana Lucía Orozco G.
Grupo de Investigación Desarrollo y Diseño de Procesos y Productos -DDP-
Departamento de Ingeniería de Procesos

Cuaderno 76 - Agosto 2009

Artículos de proyecto de grado realizados por los estudiantes de Ingeniería de Sistemas semestres 2008-1, 2008-2 Y 2009-1
Departamento de Ingeniería de Sistemas

Cuaderno 77 - Agosto 2009

Estudio longitudinal de los procesos de implantación de tpm en una empresa del sector automotriz (sofasa),
y la dinámica de cambio seguida
Gustavo Villegas López, Director del proyecto e Investigador principal EAFIT
Alfonso Vélez Rodríguez, Investigador principal EAFIT
Grupo de Estudios en Mantenimiento Industrial (Gemi)

Escuela de Ingenierías
Departamento de Ingeniería Mecánica
Grupo de Estudios de Gerencia en Colombia
Escuela de Administración
Departamento de Organización y Gerencia

Cuaderno 78 - Noviembre 2009

Sobre la internacionalización de la justicia penal o el derecho penal como instrumento de guerra
Daniel Ariza Zapata
Grupo de investigación Justicia y Conflicto
(Grupo de estudios de Derecho penal y filosofía del derecho)
Escuela de Derecho

Cuaderno 79 - Enero 2010

Industrialización de la riqueza vegetal: oportunidades sociales y económicas
Jorge E. Devia Pineda, Elizabeth Ocampo C., Luis Alejandro Betancur G., Juliana Hernández G., Juliana Zapata N., Juliana Botero R., Ana Lucía Carmona C.
Grupo de investigación Desarrollo y Diseño de Procesos –DDP–
Departamento de Ingeniería de Procesos

Cuaderno 80 - Marzo 2010

Publicaciones, ponencias, patentes, registros y emprendimientos 2009
Dirección de Investigación y Docencia

Cuaderno 81 - Abril 2010

Análisis de la deserción estudiantil en los programas de pregrado de la Universidad EAFIT
Isabel Cristina Montes Gutiérrez,
Paula María Almonacid Hurtado,
Sebastián Gómez Cardona,
Francisco Iván Zuluaga Díaz,
Esteban Tamayo Zea
Grupo de Investigación Estudios en Economía y Empresa Departamento de Economía
Escuela de Administración

Cuaderno 82 - Mayo 2010

Los avatares de una guerra innominada apuntes acerca de la caracterización y denominación del conflicto armado colombiano
Carolina Ariza Zapata
Nataly Montoya Restrepo
Grupo de Investigación Derecho y Poder
Escuela de Derecho

Cuaderno 83 - Agosto 2010

Artículos de proyecto de grado realizados por los estudiantes de Ingeniería Mecánica que se graduaron en el 2009
Ingeniería Mecánica

Cuaderno 84 - Noviembre 2010

Populismo punitivo en Colombia: Una aproximación a la política legislativa de las recientes reformas de los delitos sexuales
Natalia Torres Cadavid
Área de Derecho Penal
Escuela de Derecho

Cuaderno 85 - Enero 2011

Colección Bibliográfica

La democracia deliberativa a debate
Leonardo García Jaramillo (coordinador)
Lucas Arrimada, Roberto Gargarella,
Cristina Lafont, José Luis Martí,
Oscar Mejía Quintana, Andrés Palacios Lleras,
Maria Luisa Rodríguez