

## Comentarios Bibliográficos

### ***La Constitución de la Democracia Deliberativa según Carlos Nino***

*Por Roberto Gargarella \**

Cuando a fines de 1993 se produjo su trágico fallecimiento, Carlos Nino se hallaba seguramente en el punto más alto de su carrera intelectual. Era dueño, entonces, de un pensamiento maduro que combinaba aportes de múltiples disciplinas: la filosofía política, la filosofía del derecho, el derecho constitucional. Desbordado por nuevas ideas e inquietudes, Nino convirtió a dicha situación, también, en su momento de mayor productividad. Como prueba de tal excepcional coyuntura vale recordar que Nino dejó a su muerte tres libros básicamente terminados. «Derecho, Ética, y Política» -publicado en España- fue el primero en salir a la luz, y estuvo dedicado a profundizar sus estudios de filosofía del derecho. Los otros dos libros resultaron publicados, inicialmente, por la Universidad de Yale, y ahora acaban de ser traducidos al castellano. Una de tales obras, «Juicio al mal absoluto», estuvo dedicada a examinar, a través de sofisticadas herramientas teóricas, la política de derechos humanos implementada por el gobierno de Alfonsín (política ésta en cuyo diseño había participado el mismo Nino). El otro libro, del cual voy a ocuparme en lo que queda de este escrito, fue «La Constitución de la Democracia Deliberativa» (CDD) en el cual el profesor argentino apareció acompañando una discusión de la cual, directa o indirectamente, tomaron parte los autores más importantes de la filosofía política contemporánea.

En relación con este último trabajo interesa decir, ante todo, que la aproximación de Nino al debate sobre la “democracia deliberativa” resultó pionera: Nino había comenzado a trabajar sobre el tema hace ya varios años, a través de sus estudios acerca de la justificación del orden jurídico (estudios que salieron a la luz, por ejemplo, en su libro “Ética y derechos humanos”). De todos modos, y más allá de este dato circunstancial, conviene decir que el enfoque de Nino resalta a partir de algunas virtudes fundamentales, como la de su solidez (conseguida a fuerza de apoyar su análisis en múltiples bases teóricas) y su falta de “ingenuidad” (demostrada a través del tratamiento de las objeciones que se presentan habitualmente contra la propuesta de la “democracia deliberativa”).

El trabajo de Nino analiza una compleja tensión que parece propia del constitucionalismo, y que surge de la confluencia entre tres elementos centrales

---

\* Doctor en Derecho, 1990, Universidad de Buenos Aires; Master en Derecho 1992 y Doctor en Derecho 1993, Universidad de Chicago.

a tal disciplina: los derechos, la democracia, y la práctica legal. Llamativamente, la combinación entre tales elementos resulta más que conflictiva aunque (curiosamente o no) los estudios habituales sobre el constitucionalismo, simplemente, hayan tendido a desentenderse de tal situación. En este sentido, uno de los principales atractivos del libro de Nino consiste, justamente, en desnudar los problemas más graves inscriptos dentro del constitucionalismo. A continuación, y como forma de presentar “La Constitución de la Democracia Deliberativa,” voy a hacer referencia a algunos de los interrogantes y dificultades que se examinan en dicha obra.

En primer lugar, en CDD se plantea un problema que parece inherente a la mayoría de los ordenamientos constitucionales modernos. Ocurre que casi todas las constituciones hoy vigentes (como la argentina o la norteamericana) tienden a conjugar sin mayores reparos una cierta declaración de derechos con el establecimiento de determinados procedimientos democráticos. Sin embargo, dicha operación resulta, en verdad, mucho más riesgosa de lo que parece, dado que ideales como los citados apuntan hacia direcciones contrapuestas: la idea de derechos sugiere que existen ciertos principios básicamente indiscutibles e irrenunciables; mientras que la idea de democracia sugiere que todas las cuestiones de interés público deben estar sujetas a la discusión (y que no hay, en tal sentido, “cotos vedados” a la discusión colectiva). Considerar, entonces (como suele considerarse) que el ideal de los derechos y el de la democracia son simplemente complementarios constituye un error muy grave. Más bien, tales ideales compiten entre sí. Por ello, podríamos decir, cuanto más lugar le demos a las decisiones democráticas, más vamos a restringir la idea de derechos. Por el contrario, cuanto más amplia sea nuestra lista de derechos, más estrecho va a ser el campo que le quede a la discusión democrática. De manera adicional, una vez que advertimos la dificultad citada (el tipo de tensión existente entre las ideas de derechos y de democracia), conviene que nos interroguemos acerca del mismo sentido de la empresa que emprendemos al crear o defender una Constitución. En efecto, ¿cómo se justifica la pretensión de combinar, dentro de un mismo texto, ideales que parecen contradictorios entre sí?

En segundo lugar, CDD nos llama la atención sobre otro problema: nos sugiere que la idea misma de tener un texto constitucional, con la enorme relevancia y la ambición de permanencia que suelen resultar propias de tales textos, parece también insostenible. ¿Cuál es, en definitiva, la razón para defender un texto escrito hace buena cantidad de años por gente de la que conocemos poco o nada, y votado, tal vez, varias generaciones antes que la nuestra? Nótese que, para responder este tipo de interrogantes no puede apelarse, por ejemplo, a la extraordinaria inteligencia de tales autores (¿por qué ellos más que nosotros?); o a la excepcionalidad de aquél momento fundacional (¿por qué decir que hoy vivimos un momento menos crucial, o poco importante?). Menos aún puede apelarse al consenso supuestamente extraordinario alcanzado al tiempo de dictarse la Constitución. Esto último parece obvio si tomamos el caso de cualquier Constitución más o menos “nueva” como la argentina (¿por qué debemos darle más importancia al acuerdo alcanzado en el marco de una Convención Constituyente que al consenso tal

vez unánime al que hoy pueda llegarse dentro de las paredes del Congreso?) y mucho más en el caso de una Constitución “antigua” como la norteamericana (en cuya creación no participaron segmentos importantísimos de la población, como las mujeres, las personas de color, los grupos con recursos escasos, etc.). Finalmente, tampoco puede justificarse la Constitución apelando a un incierto consenso tácito (¿cuál consenso tácito? En todo caso, además ¿no se está llamando consenso a nuestra resignación frente a las enormes dificultades de modificar dicho documento, a partir de las trabas que nos impusieron nuestros antecesores?).

Cuando advertimos que la justificación de la Constitución no puede descansar sobre las supuestas virtudes intelectuales de sus autores, ni en las particularidades propias del momento de su redacción, es razonable que nos sintamos movidos a vincular dicha justificación con los peculiares contenidos del texto constitucional. Sin embargo, cuando optamos por esta estrategia (en apariencia más aceptable) quedamos nuevamente encerrados en caminos que parecen no tener salida. En efecto, adviértase lo siguiente: si consideramos que el texto constitucional es moralmente aceptable o no según si recepta o deja de receptar ciertos principios, quedamos enfrentados a alguna de estas dos posibilidades, ambas inatractivas: si la Constitución con la que contamos no incorpora los principios que valoramos, o incluye otros opuestos (por ejemplo, al no dar cabida a la libertad de expresión, o al amparar la esclavitud), entonces la Constitución nos resulta injustificada, moralmente inaceptable; pero si el texto constitucional efectivamente incorpora tales contenidos, entonces resulta redundante, ya que los valorábamos con antelación a su ingreso o no en la Constitución. En definitiva, este tipo de razonamientos nos acercan muy peligrosamente a lo que Nino llama “la paradoja de la irrelevancia moral de la Constitución.”

Las consideraciones anteriores, que muestran la tremenda crisis teórica que surge apenas presionamos sobre las nociones básicas del constitucionalismo, resultan una muestra reducidísima de las dificultades realmente existentes en esta área, a muchas de las cuales Nino procura hacer frente en su trabajo. Quiero decir, si el constitucionalismo se tomase en serio preguntas como las hasta aquí presentadas, tendría que dedicar buena parte de sus energías (hoy ocupadas en una multiplicidad de otras cuestiones) a resolverlas. Ahora bien, si (a los fines de no quedar estancados en el punto de partida) decidimos dejar para otro momento la confrontación de tales cuestiones, aún así nos quedarían una infinidad de otros interrogantes fundamentales por resolver. Al respecto, considérense algunas preguntas como las siguientes, referidas también al texto constitucional, pero que dejan totalmente de lado las difíciles cuestiones relativas a la justificación del mismo. Imaginemos que tenemos una Constitución que cuenta con un importante respaldo popular, que ha sido creada de una manera irreprochable, y cuyo contenido parece moralmente atractivo. Aún en dicha situación excepcional, correspondería que nos ocupemos de otras múltiples cuestiones preliminares, a las que normalmente tendemos a dejar de lado. Por ejemplo, corresponde que nos preguntemos cómo es que se hace para interpretar adecuadamente el texto constitucional. Piénsese, por un lado (y sólo para comenzar con un problema más o menos obvio), que tenemos que encontrar

una vía para salvar las ambigüedades y oscuridades propias del lenguaje natural, propio de cualquier Constitución; y que necesitamos, además, de un método para salvar las contradicciones que puedan surgir entre las distintas cláusulas constitucionales. Por otro lado, y más gravemente, tenemos que encontrar la forma de completar (los que podrían interpretarse como) “vacíos” constitucionales (por ejemplo, nuestra Constitución ¿hace referencia al aborto, aunque no lo mencione? ¿dice algo acerca de nuestro derecho de consumir literatura racista?). Necesitamos, en definitiva, reconocer el contenido preciso de los términos incorporados en la Constitución, contra el riesgo de que la misma se convierta en una “mera hoja de papel,” a la cual cada uno lee como le parece. Considérese, por caso, una situación como la siguiente: todos podemos estar perfectamente de acuerdo con la idea de incorporar el principio de igualdad en la Constitución, y todos podemos entender, a grandes rasgos, qué es lo que significa la idea de igualdad. Pero luego ¿cómo hacemos para saber el significado concreto de tal término frente a casos más específicos? ¿Cómo hacemos para saber si tal mandato constitucional en favor de la igualdad nos pide, por ejemplo, que demos ventajas especiales a la mujer embarazada frente a otros trabajadores; o que beneficiemos a minorías históricamente discriminadas frente a grupos tradicionalmente más aventajados? Del mismo modo, y para dar un último ejemplo, considérese que todos podemos estar de acuerdo con el derecho a la libertad de expresión, y todos podemos entender, en líneas generales, su contenido, pero disentir gravemente en cuanto a su significado preciso, por ejemplo, en relación con las expresiones de un determinado grupo que proclama su superioridad racial, u otro que pide la abolición del sistema democrático.

Las preguntas planteadas en el párrafo anterior nos mueven a tomar posición en cuanto al método adecuado para interpretar la Constitución, una pregunta que lleva años sin ser respondida satisfactoriamente (¿debemos recurrir al método “originalista,” para interpretar la Constitución de acuerdo con las intenciones originarias de sus creadores? ¿debemos interpretarla, en cambio, de acuerdo con lo que hoy, nosotros, pensamos al respecto? ¿cómo debe reaccionar el intérprete si existe una práctica establecida por la cual se tiende a interpretar un cierto artículo de una cierta forma, cuando dicha práctica aparece como moralmente disvaliosa? ¿debe respetar dicha práctica o dejarla de lado? ¿hasta qué punto, en todo caso, corresponde que preservemos la continuidad de una determinada práctica?)

De modo adicional, las preguntas anteriores nos abren un nuevo campo plagado de interrogantes. Fundamentalmente ¿cuál es el organismo o la persona que debe estar a cargo de tal interpretación? Adviértase, por un lado, que dado todo lo que se encuentra en juego a través de la interpretación constitucional, debemos ser especialmente cuidadosos en el modo en que vamos a contestar esta pregunta. Claramente, una Constitución mayoritariamente respaldada (a partir de la inclusión de determinados contenidos, normalmente interpretados de una cierta manera) puede llegar a ser “puesta en riesgo” a través de la labor de quien deba interpretarla. En las democracias modernas, esta cuestión resulta especialmente seria dado que existe ya un mecanismo institucional prefijado (y muy polémico) para llevar adelante dicha interpretación. En efecto, en sociedades como la nuestra son los jueces quienes están a cargo de realizar la

interpretación constitucional, lo que implica una elección institucional preocupante, al menos, dado que dicha tarea pasa a quedar en manos del poder que (en términos relativos) es el que cuenta con menor legitimidad democrática. Ocurre que los jueces, y en especial los jueces del tribunal superior, no suelen ser elegidos democráticamente; y además, tampoco pueden ser removidos luego de perder -si es que contaban con él- respaldo popular (compárese la situación de los jueces con la de los legisladores, por ejemplo, que sí son elegidos por decisión popular, y que sí pueden ser removidos, a través de las elecciones, si la ciudadanía pierde su confianza en ellos). Luego, y dada la solución institucional por la que se ha optado, sucede que en la práctica muchas de las preguntas constitucionales más importantes terminan siendo resueltas por los jueces y no, por ejemplo, por los ciudadanos (por ejemplo, preguntas tales como: ¿tenemos o no derecho a distribuir la riqueza de este modo? ¿tenemos o no derecho a organizar la educación de tal otra forma?).

Finalmente, y para cerrar el panorama de cuestiones abordadas por el nuevo trabajo de Nino, quisiera volver un instante sobre las mencionadas ideas de democracia y derechos. Al respecto diría que, aún si pusiéramos entre paréntesis la discusión acerca de la posibilidad de tornar compatibles tales nociones, nos quedarían, en este terreno, graves cuestiones por responder. Quiero decir, empresas como la de consagrar legalmente ciertos derechos, u organizar los procedimientos democráticos a partir de los cuales una determinada sociedad va a tomar sus decisiones, plantean dificultades extraordinarias. Así, por ejemplo, cuando hablamos de derechos corresponde que nos preguntemos de dónde es que van a surgir tales derechos: ¿quién va a estar legitimado para enunciarlos? Piénsese en lo paradójico de una de las respuestas más habituales frente a tal interrogante, que consiste en decir “tenemos los derechos que las mayorías decidan incorporar en la Constitución.” Frente a quien sostenga una afirmación de este tipo -que implica decir que los derechos son creados a partir del debate democrático- alguien, razonablemente, podría reaccionar diciendo: “¿pero cómo, no era, justamente, que los derechos actuaban como límites frente a los reclamos democráticos? ¿cómo puede ser entonces que las mismas mayorías que pueden tener la tentación de “arrasar” con ciertas minorías sean las encargadas de establecer cuáles van a ser los derechos frente a los cuales van a detenerse?”

Del mismo modo, y en relación con el concepto de democracia utilizado, corresponde que nos preguntemos: ¿De qué tipo de democracia hablamos cuando hablamos de incorporar en la Constitución reglas de procedimientos democráticos? ¿de la democracia en la que pensaba Rousseau, en la que los participantes votaban pero no discutían entre ellos? ¿de la democracia “pluralista” que “toma como dadas” las preferencias de los distintos agentes, y que ve como negativa la participación activa de los ciudadanos en política? ¿O es que vamos a considerar a la democracia, en cambio (y tal como la considera Nino) como un procedimiento de toma de decisiones basado en la discusión de “todos los potencialmente afectados”?

Imaginemos ahora que, junto con Carlos Nino, identificamos a la idea de democracia, básicamente, con la idea de discusión pública, y defendemos a la misma a partir de sus virtudes epistémicas (esto es, a partir de su capacidad

para ayudarnos a identificar decisiones correctas, en el sentido de decisiones imparciales, decisiones no sesgadas en favor de ningún grupo en particular). Si aceptamos este tipo de consideraciones (tarea a favor de la cual Nino dedica buena parte de su obra), todavía nos quedan por resolver una infinidad de interrogantes cruciales. Por ejemplo, necesitamos conocer cuáles son las instituciones que, en la práctica, más contribuyen a favorecer el ideal de la discusión pública. En este sentido, por ejemplo, corresponde que nos hagamos alguna pregunta acerca del sistema político más valioso (¿resulta preferible un sistema presidencialista-plebiscitario, o un sistema parlamentario?). Además, y por otro lado, deberíamos abordar interrogantes como los siguientes: ¿La idea de discusión pública excede los límites de la discusión entre políticos, o tiene que ver, exclusivamente, con la discusión entre los funcionarios públicos? ¿Debe resultarnos preocupante el hecho de que la mayoría de la población sea relativamente apática en materia política? ¿Debe preocuparnos o no que la comunicación pública dependa, fundamentalmente, de la capacidad económica, de los lazos con el poder o de las amistades de aquellos que pretendan hablar? ¿Debemos alarmarnos o no cuando ciertos temas de interés público resultan sistemáticamente relegados de la agenda de la discusión colectiva? ¿Nos debe bastar, por ejemplo, con el hecho de que no existan restricciones a la discusión, para considerarnos satisfechos en relación con el citado ideal del debate público, o debemos, en cambio, crear incentivos especiales en favor de tal debate?

Si el libro de Carlos Nino se hubiera limitado a llamarnos la atención acerca de (entre muchos otros) los cruciales problemas citados, ya hubiera bastado como emprendimiento intelectual, y como valiosa contribución al constitucionalismo. Sin embargo, Nino no sólo nos alerta acerca de tales cuestiones, habitualmente descuidadas aún por los especialistas y estudiosos del tema. Notablemente, procura articular respuestas para la mayoría de los interrogantes planteados y, notablemente también, lo hace de un modo muy promisorio, guiado por el talento y el rigor que ya le habíamos conocido a través de su obra anterior.