

Las paradojas de la democracia: excluyendo voces del proceso deliberativo

Federico Orlando*

1. Introducción

Actualmente, en diversas partes de América Latina—inclusive en Argentina, claro—, los Gobiernos, los partidos políticos, los medios de comunicación, organizaciones no gubernamentales y diversos sectores de la sociedad han comenzado a comprometerse, con algunas dudas, obstáculos y diferencias, con la defensa de los derechos más fundamentales del hombre. Pero, lamentablemente, este proceso de fortalecimiento en la defensa y la promoción de ciertos derechos básicos no es acompañado por una discusión robusta sobre el papel que tiene, en el mismo, la democracia.¹

En esta línea, así como muchos/as abogan para comenzar a tomarnos en serio nuestros derechos, quizás sea necesario, también, que repensemos ciertas categorías conceptuales que giran en torno a la idea de democracia. En consecuencia, tomarnos la democracia en serio implica reconocer que ésta tiene un valor *en sí misma* que merece ser argumentado. Que merecen ser discutidos sus límites y sus fundamentos.

Para dar inicio a la discusión que aquí propongo, en los primeros dos acápites describiré una situación que ha ocurrido recientemente en nuestro país: la decisión del Congreso Nacional de impedirle a Luis Abelardo Patti la posibilidad de acceder al cargo de Diputado Nacional. La cuestión que me interesa discutir es la de determinar con suficientes fundamentos si ella ha sido la más acertada a los fines de proteger y robustecer el proceso deliberativo; o en otros términos, si con esa decisión la democracia sería fortalecida o bien debilitada.

En el tercer apartado describiré dos concepciones sobre la democracia: una instrumental y una epistémica, defendiendo esta última a partir de sus virtudes procedimentales. A estos fines detallaré, de la forma mas simplificada y clara posible, los rasgos característicos del constructivismo ético, concepción fundamental para comprender —y defender— la tesis epistémica. En el cuarto acápite intentaré demostrar cuáles son las falencias que giran en torno a una cierta idea de paradoja de la democracia, argumentado —principalmente— que ésta, en el caso Patti, sólo puede sostenerse desde una concepción débil y contingente de la misma. En quinto lugar intentaré defender una interpretación determinada del artículo 36 de la Constitución Nacional, contrargumentando alguna lectura de esta cláusula que algunos podrían sostener como argumento para excluir a ciertos sujetos del proceso deliberativo. En sexto y último lugar, voy a proponer una posible (y genuina) paradoja de la democracia, ahora a partir de una concepción deliberativa de la misma.

* Estudiante de Abogacía, Universidad de Buenos Aires. Agradezco muy especialmente las agudas observaciones y comentarios efectuados por Roberto Gargarella, Romina Faerman y Gustavo Maurino. Asimismo, agradezco la revisión y corrección del texto que realizó Patricia Bernal. Por supuesto, los errores —sean de contenido y/o de forma— que subsistan a pesar de todo ello, deberán ser reprochables sólo al autor.

1. Por supuesto, por razones de brevedad y de objeto, las causas descriptivas y sociológicas de este fenómeno no serán tratadas en este breve ensayo.

2. Definiendo a Luis Abelardo Patti

Para comenzar a ver el problema que he propuesto en la introducción, propongo la idea de pensar en Patti bajo dos paradigmas diferentes: uno que llamaré –sólo a los fines expositivos- “débil” y otro “fuerte”. Así, un primer y “débil” acercamiento a Patti nos dice que, en los últimos 15 años, se ha dedicado a la actividad política con cierto éxito sosteniendo un discurso de “mano dura”, todo ello, en el marco de la democracia. Este mismo individuo habría tenido una destacada y activa participación en la última dictadura militar. Sin embargo, en las últimas elecciones nacionales, ha obtenido importantes resultados electorales, manifestando –a pesar de su oscuro pasado- tener un expreso compromiso con el sistema democrático y con sus reglas. Esta sería una primera visión que tenemos de Patti que llamaremos “débil”.

Pero ocurre que, dado que somos responsables indagadores sobre nuestros posibles representantes, nos damos cuenta que Patti tiene una segunda “cara”, un tanto más “oculta y tortuosa”. Esta es la idea “fuerte” de Patti. Resulta que algunos archivos explicitan que Patti es un dirigente político que ha violentado el sistema democrático y los valores fundamentales de éste durante la última dictadura militar y que, a pesar de su posterior participación política en la democracia, no se puede observar tanto de sus discursos como de sus acciones, un compromiso consistente con la misma. Esta segunda visión del mismo sujeto nos permite suponer que el concepto de democracia de Patti es débil y que sólo es aceptada por él, en tanto reglas de un juego que, de ser posible, cambiaría. Probablemente, quien sostenga esta tesis “fuerte”, podría llegar a concluir que Patti sólo quiere acceder a los resortes del poder democrático con el único fin de ponerlos en crisis.

Como vemos, tenemos dos posibles ideas sobre quién es Patti y, por lo tanto, qué representa Patti para la democracia. Posiblemente, una lectura rápida nos haga llegar a una conclusión que lejos está de ser cierta: si con la idea “débil” de lo que representa Patti acordamos “fácilmente” en que éste debe ser excluido del debate democrático, ¿cuanto más si adoptamos la segunda idea, la tesis “fuerte”, quizás la más cercana a la verdad? Pero aun adoptando ésta última, creo que es válido seguir preguntándonos aquello que motiva estos párrafos. Dicho de otra manera: aun asumiendo que Patti ha violado sistemáticamente el sistema democrático, que ha destruido y erosionado todos los valores que esta democracia intenta sostener, que es un dirigente que sólo acepta la democracia porque pocas posibilidades le quedan de estar en desacuerdo con ella, que es un fiel representante de la dictadura más violenta de nuestra historia, que reivindica la comisión de determinados delitos, etc., aun así ¿existen buenas razones para no permitirle jugar este juego llamado democracia?; la democracia argentina, ¿pierde o gana sin un dirigente como Patti en los órganos deliberativos? Propongo entonces que, en adelante, se entienda que Patti representa la segunda idea descripta, la tesis “fuerte”.

2. Patti y la negativa a ser parte del Congreso nacional

Como dije, en las últimas elecciones, Patti ha sido electo como diputado nacional con un importante caudal de votos. Así, le hubiese correspondido jurar como diputado nacional en representación de aquellos votantes. Empero, a pesar de no haber recibido

impugnaciones como candidato, la Cámara de Diputados resolvió impedir su incorporación al recinto.

Ahora bien, adentrémonos en algún argumento esgrimido por algún representante del pueblo de la Nación para tomar semejante decisión, teniendo siempre en mira las características de la idea “fuerte” de Patti. Vale aclarar, una vez más, que dejaremos de lado aquellas razones que se pudiesen dar y que giran en torno a la cuestión de si el Congreso tiene o no facultades para tomar esta decisión –razones que veremos sucintamente en el acápite 5-. Nos centraremos, entonces, en los argumentos que podrían esgrimir algunos/as diputados/as nacionales para sostener que un sistema democrático requiere de ciertas exclusiones para preservarse.

Intuyo que el argumento principal lo podemos resumir en una exposición, la del Diputado Nacional Miguel Bonasso. Para éste la discusión sobre la aceptación o rechazo de Patti es una discusión sobre la defensa de la calidad de la democracia. Por esta razón, el diputado Bonasso sostuvo que *“la defensa de la democracia supone, efectivamente, el respeto a la voluntad popular pero también supone el respeto irrestricto a los derechos humanos, porque si mañana la voluntad popular decidiera que exista la pena de muerte, en contra de nuestra Constitución, la voluntad popular estaría errada”*.² La significación que expresa esta categórica declaración es que el sistema democrático y su defensa supone que algunos personajes como Patti –en el sentido que ya caracterizamos- no sean partícipes del mismo. Las razones que esgrime el Diputado, en virtud del párrafo transcrito, pueden ser resumidas de la siguiente manera: la democracia parece conllevar una tensión entre la voluntad popular –en este caso expresada en las votaciones- y el respeto a ciertos derechos fundamentales previstos en la Constitución. Así, cuando esta voluntad popular, a través de una decisión, contradice cierto derecho fundamental, la Constitución debe ser un límite imposibilitando que esta decisión sea tomada. Es interesante el planteo del Diputado: la voluntad popular poco tiene que decir sobre el contenido de la Constitución, y la democracia así entendida sólo parece justificarse como un medio idóneo para la defensa de estos derechos fundamentales, que cuando se hallan amenazados por el pueblo, debe priorizar *cierto* contenido de la Constitución.

En este sentido, de todas estas proposiciones, para el Diputado Bonasso parecen inferirse ciertas conclusiones: toda persona que haya cometido determinado tipo de delitos violentando derechos fundamentales –o, lo que es lo mismo: la Constitución-, debe ser castigado por la democracia –o los representantes del pueblo- de la siguiente manera: este sujeto no merecerá el título de participante del proceso deliberativo. Llama la atención el papel de los Diputados frente a la voluntad popular: los representantes deben ser quienes *corrijan* al pueblo cuando éste se equivoque en cuanto a lo que sus decisiones determinen. Las críticas y debilidades de esta concepción serán tratadas en el acápite 5.

3. Algunas ideas en torno a la democracia

Tal como lo anticipé en la introducción, la problemática que estamos considerando puede intentar resolverse a partir de la adopción de una determinada teoría de la democracia.

2. Ver el debate en <http://www1.hcdn.gov.ar/sesionesxml/provisorias/124-14.htm>.

Esto es, una tesis que fundamente y, a la vez, otorgue límites a la democracia. En un atinado ensayo, Félix Ovejero Lucas³ destaca que la democracia posee un problema de fundamentación: si algún extraterrestre nos preguntase ¿por qué la democracia y no otro sistema? Las respuestas serían de diversa índole y no serían, justamente, claras y consistentes. El autor, entonces, nos señala que se puede hablar de tres grandes maneras de responder a esta pregunta: una tesis instrumental, una historicista y una epistémica. Como veremos, me interesa mostrar las tesis instrumental y la epistémica, por ello me centraré en éstas, dejando de lado la descripción de la tesis historicista.

La primera de ellas se caracteriza por entender a la democracia como un instrumento. Su cercanía a una concepción utilitaria de la democracia es tan clara como los rasgos consecuencialistas de sus argumentos. Básicamente, esta concepción sostiene que la democracia se encuentra fundamentada en tanto es el mejor sistema institucional que permite maximizar el bienestar general de la comunidad. Justamente, “la democracia se justificaría en nombre del bienestar porque la democracia es la traducción de unas preferencias individuales que son, por definición, la expresión de las demandas de bienestar”.⁴ La principal crítica que puedo realizar a esta concepción de la democracia es que ésta se encuentra justificada en tanto y en cuanto sea el mejor medio posible para lograr aquel objetivo (que para los utilitaristas será el bienestar de la comunidad). La democracia es, por lo tanto, superable si otro medio nos asegura de mejor manera aquel objetivo primario.

Como podemos observar, la tesis instrumental no alcanza para dar un sustento autónomo a la democracia en términos kantianos: que la democracia pueda justificarse en sí misma independientemente de otras cuestiones (así sea el bienestar general o los rasgos culturales aceptados por una sociedad en un momento histórico determinado).

La tesis epistémica, parece acercarse a una idea plausible de justificación en el sentido que acabo de destacar. Esta tesis sostiene que la democracia es un principio irrefutable que perdura a través de los diferentes momentos históricos. En consecuencia la idea de “superar” la democracia es un “sinsentido”, “la democracia es básica, no discutible, fundante: no hay razones ulteriores que la cimienten. No sólo que no sea superable, es que la misma idea de superación resulta un sinsentido, no se sabe muy bien qué quiere decir.”⁵

Los fundamentos de una concepción epistémica de la democracia podemos hallarlos en el constructivismo ético. Para ello, es sumamente esclarecedora la descripción –y defensa– realizada por Carlos Nino. Dicha cosmovisión establece que mecanismos como el debate y el diálogo nos permiten tomar decisiones no buenas o malas, sino correctas o incorrectas.⁶ Dicho de otro modo: la decisión que emane de un discurso moral cumpliendo con las precondiciones del mismo, será la mejor posible. Ahora bien, ¿cuál es la estructura de ese discurso moral? En el marco del mismo no se encuentra prevista la posibilidad de

3. Ovejero Lucas, Félix. “Teorías y fundamentaciones de la democracia”, en *Republicanismo contemporáneo*, Andrés Hernández comp., Siglo del Hombre editores, 2002.

4. Op. cit, página 168.

5. Op. cit, página 192.

6. Por supuesto, existen divergencias entre diferentes autores sobre ello. Habermas, por ejemplo, sostiene que el producto final de una deliberación es la respuesta correcta en términos morales. Para Nino, en cambio, no será la respuesta correcta sino la mejor posible.

establecer argumentos falaces, o aquellos que remitan a autoridades divinas o humanas. Nino diría que “el discurso moral está dirigido a obtener una convergencia en acciones y actitudes, a través de una aceptación libre por parte de los individuos, de principios para guiar sus acciones y sus actitudes frente a acciones de otros”.⁷ Este es entonces el rasgo característico del discurso moral: su autonomía. Ahora bien, esto no es suficiente para asegurar un consenso en cuestiones morales. Hace falta la condición de imparcialidad en sus participantes. Ésta exige considerar cada interés de los participantes del discurso moral por sus propios méritos y no tomando en cuenta la persona en quien se origina; requiere que la concepción de otras personas esté incluida en nuestras propias valoraciones. Nino dirá que “el aspecto formal básico del discurso moral, que consiste en adoptar un punto de vista imparcial, no sería un rasgo distintivo del discurso moral sino que sería un presupuesto fundamental del mismo”.⁸

Por otro lado, y siguiendo con las precondiciones, encontramos en la teoría de Nino tres principios morales que exigen su reconocimiento y aceptación para dar esa discusión moral. Estos principios son: el de autonomía, el de dignidad y el de inviolabilidad. Resumidamente, el principio de autonomía implica reconocer la libre elección de concepciones personales de lo bueno y de planes de vida basados en ellas. El principio de inviolabilidad prohíbe que los individuos sean despojados de la posibilidad que otorga el primer principio; y el de dignidad exige que la voluntad de todo hombre sea tomada en serio. Esto se condice con el imperativo categórico kantiano de que *el hombre debe ser un fin en sí mismo*. Por último, es necesario que todo debate moral tenga como precondición el igual respeto de cada una de las voces. Esto es, no sólo que todos puedan expresarse, sino que lo hagan en igual condición.⁹

De esta manera, la norma básica del discurso moral surge como resultado de poder cumplir las precondiciones de un proceso deliberativo: los principios morales, una idea de igualdad, la autonomía del discurso y el principio de imparcialidad. Así, podríamos sostener que aquella norma básica es el contenido de un acuerdo mínimo tácito que suscribiríamos *hipotéticamente* cuando participamos seria y genuinamente en un discurso moral. En otros términos, cumplidas estas precondiciones y logrando esta norma básica, estaremos en condiciones de “sentarnos” para discutir sobre cuestiones morales. El resultado de esa discrepancia, gracias al cumplimiento de esos requisitos procedimentales subyacentes, no será una solución buena o mala sino que será la mejor solución posible. Solución que nos permitirá determinar cuáles son nuestros derechos fundamentales, cuáles son sus contenidos y cuáles sus alcances.

La institucionalización de la discusión moral es la democracia. O dicho de otro modo: la democracia es el sucedáneo institucionalizado del discurso moral como práctica social. La razón es sencilla: la discusión, la defensa pública de diversas opiniones, la igualdad de

7. Nino C; *Ética y derechos humanos*, Editorial Astrea, página 109.

8. Op. cit.; Pág. 117.

9. La discusión de si esta idea de igualdad se encuentra contemplada en el principio de autonomía, o bien en la condición de imparcialidad, o bien es autónoma a ellas, debe dejarse de lado. Sin embargo, me arriesgo a decir que este requisito de “igualdad procedimental” es un requisito, y por lo tanto necesario, en toda discusión moral. Asimismo, la necesidad de robustecer el procedimiento deliberativo a través de reconocer la igualdad de sus participantes puede verse en autores como John Ely, Owen Fiss, etc.

las voces para participar en un proceso deliberativo, etc., que conforman el marco institucional de una democracia “conforman un conjunto de circunstancias y procedimientos que sin ser, en rigor, ellos mismos principios normativos, permiten acercarse a las mejores opiniones prácticas”.¹⁰ Es necesario reconocer que la virtud de la democracia epistémica se encuentra relativizada por el cumplimiento de determinados factores. Nino, en este sentido, ha expresado que “la capacidad epistémica de la discusión colectiva y de la decisión mayoritaria para detectar soluciones moralmente correctas no es absoluta, sino que varía de acuerdo con el grado de satisfacción de las condiciones que subyacen al proceso. Estas condiciones son: que todas las partes interesadas participen en la discusión y decisión; que participen de una base razonable de igualdad y sin ninguna coerción; que puedan expresar sus intereses y justificarlos con argumentos genuinos; que el grupo tenga una dimensión apropiada que maximice la probabilidad de un resultado correcto; que no haya ninguna minoría aislada, etc.”¹¹ Seguiré entonces, elaborando el análisis desde esta última concepción.

4. La (supuesta) paradoja de la democracia

Muchos de quienes defienden una tesis epistémica de la democracia podrían sostener que el caso de Luis Patti es una buena muestra que nos permite ver una supuesta paradoja en la democracia. Esta paradoja supone que si bien la democracia parece ser defendible por su valor epistémico, hay determinadas voces que *por sus posiciones morales sobre determinadas cuestiones*, al contrario de robustecer el proceso deliberativo de una democracia, lo debilitan.¹² Por consiguiente, un supuesto defensor de esta idea si analizase el caso de Patti podría sentenciar que la asunción de este tipo de sujeto que secuestró, torturó y mató personas debilitará el sistema democrático pudiendo silenciar a sus pares o bien incumpliendo con el “respeto mutuo”,¹³ violentando a las instituciones democráticas. Conseguimos observar claramente la similitud entre el argumento esgrimido por el diputado Bonasso y un defensor de la paradoja de la democracia.

Parecería que quien sostiene una tesis epistémica de la democracia podría sostener una paradoja y fundamentar, de este modo, la exclusión de Patti de un órgano deliberativo. No obstante, sostener esta posición implica errar un punto sustancial: si se es coherente con una idea epistémica de la democracia difícilmente se podría excluir a un sujeto de un proceso deliberativo, y aun siendo posible no sería el caso de Patti. Me dedico, entonces, a fundar esto último.

En primer lugar, a la idea de que Patti silenciará a sus pares y que incumplirá el “respeto mutuo”, se le podría responder que, ciertamente, este individuo ha demostrado en los últimos años un compromiso con el sistema, participando durante 15 años en el ejercicio democrático, y mayor muestra de un respeto por las instituciones que ésta es difícil de encontrar.

10. Ovejero Lucas, Felix. Op. cit, página 197.

11. Nino, Carlos. *La constitución de la democracia deliberativa*, página 180.

12. Una buena descripción –y defensa– de esta postura la podemos encontrar en el texto de Demián Zayat, que forma parte de este debate.

13. Op.cit.

Además, suponer que si Patti llegase a ser diputado, éste imposibilitaría el debate –amedrentando a sus pares, por ejemplo- es un hecho que difícilmente se dé en la realidad política de un país medianamente “mejorado” en cuanto a instituciones políticas se refiere.

En segundo lugar, cabe preguntarnos una idea deliberativa de la democracia como la antedicha, ¿se condice con la exclusión –por razones de ciertas concepciones morales *a priori*- de ciertas voces de ese proceso deliberativo? Podemos aventurar una respuesta: parecería que no, y no es posible por la sencilla razón de que cuantas más voces participen en este proceso mejores razones tendremos para pensar que el producto de esta deliberación será la mejor respuesta posible. Es decir, en un proceso deliberativo donde son respetados los principios de autonomía, de igualdad y de imparcialidad, se fuerza a todo/a participante a que someta a juicio de sus semejantes todos y cada uno de sus argumentos, aceptando –este/a participante- la posibilidad de cambiar de posición. De esta manera, el compromiso moral de la democracia se traduce en precondiciones del discurso moral, que por ser procedimentales no son “no-sustantivos”. Si Patti es respetuoso de estos requisitos procedimentales –¿hay buenas razones para creer lo contrario?- los argumentos que sostienen su exclusión dejan de ser relevantes. En este sentido, Patti no nos da buenas razones para creer que callará las voces de sus pares, y esto independientemente de lo antipáticas que puedan ser algunas de sus posiciones. Regresando al punto anterior: aun suponiendo lo peor de Patti, que sus verdaderas intenciones respecto a la democracia sean otras, lo único que podemos sostener es que este individuo ha decidido jugar el juego de la democracia respetando sus reglas. Por tal motivo, se torna problemático sostener la idea de que Patti, habiendo expresado cierto compromiso con el sistema democrático, violente la autonomía que el discurso moral exige como precondición. En este sentido, tomarnos en serio la democracia –epistémica, claro- implica fundamentalmente darle valor al proceso deliberativo. Y esto conlleva, entre otras consecuencias, creer que en el debate Patti podrá cambiar su posición o que sus pares se vean convencidos por sus argumentos.

Nótese, entonces, cuál es el punto que destaco: la exclusión de una voz de un proceso deliberativo no podría producirse, tal como la paradoja lo expresa, por alguna valoración moral que de ella se haga –por ejemplo si Patti defiende la tortura como mecanismo “idóneo” para la averiguación de delitos-. No niego la posibilidad de una paradoja, lo que pongo en tela de duda es que ésta esté justificada según lo han hecho algunos de sus defensores, es decir, según si lo que sostiene moralmente Patti sobre determinadas cuestiones –la integridad física, el valor de la república, etc.- nos guste o no. En todo caso –y a ello dedicamos el último acápite- la (posible y genuina) paradoja de la democracia será por otras razones.

En tercer lugar, el error fundamental del diputado Bonasso y de quienes defienden la (supuesta) paradoja de la democracia es que el concepto de democracia sobre el cual la fundan parece asemejarse a una idea instrumental, pero no epistémica de la misma. La idea esbozada por éstos/as parece sostener que la democracia tiene que ver con la toma de decisiones sobre la vida colectiva, criterio que una tesis epistémica comparte y sostiene. Sin embargo, la democracia se encontraría justificada porque representa la mejor manera de defender ciertos derechos fundamentales. Sólo así se puede justificar esta idea de que la exclusión de determinadas voces, en virtud del contenido que de ellas emana, permite cuidar a la democracia: si excluimos ciertas voces –como Patti, por ejemplo- podemos

proteger ciertos derechos –como el de la integridad física ante la tortura- e instituciones fundamentales –no reivindicación de la dictadura militar-. Sólo así podemos entender que la democracia requiere un examen *a priori* de ciertas posiciones morales.

Si bien esta idea encuentra una importante aceptación en muchos/as teóricos políticos, filosóficos y jurídicos,¹⁴ creo que, fundamentalmente, posee tres grandes problemas. Primero, cae en los obvios problemas que goza toda tesis “fundamentalista”,¹⁵ esto es, ¿qué derechos fundamentales deben ser protegidos? ¿Su positivización internacional es el criterio de validez para responder a ello?, etc. En segundo lugar, esta posición deja de darle valor al proceso deliberativo de la democracia pues duda, con razones poco consistentes, de la capacidad de la democracia para transformar preferencias impersonales de sus participantes. En este sentido, tanto el diputado Bonasso como el defensor de la (supuesta) paradoja de la democracia parecen ver a las preferencias y a los intereses de las personas como inalterables. Por último y principalmente, el problema de concebir a la democracia de esta manera conlleva la consecuencia de su perdurabilidad. La democracia así entendida tiene un punto final: podemos cambiar la manera de autogobernarnos si encontramos otro medio que proteja mejor aquellos bienes. Pensemos, por ejemplo, en un dictador benevolente, ilustrado, conocedor de los intereses ciudadanos: ¿seguiríamos, en este caso, defendiendo un gobierno democrático? La democracia se torna, entonces, en un sistema sumamente precario pues la satisfacción del bien colectivo puede prescindir de la vía democrática. Y si la democracia es superable, puede separarse la idea de democracia de la de progreso moral, estableciendo una relación meramente circunstancial entre moralidad y democracia. Así, “el problema de justificar la democracia por sus consecuencias positivas para el goce del bien reside en que ella es un modo demasiado contingente para adscribir valor a la democracia”.¹⁶ Sostener lo contrario implica vaciar a la democracia de su contenido sustantivo para tornarla un mero instrumento, a los fines de asegurar algunos derechos, acercándose a una posición mas fundamentalista e instrumental que epistémica. Sin embargo, si sostenemos que el valor de la democracia radica en un proceso deliberativo robusto entonces podemos pensar que existe una conexión que no es meramente instrumental entre lo que decide una mayoría y lo que es moralmente correcto. La justificación epistémica que estoy defendiendo es “un intento de relacionar de manera intrínseca al sistema democrático con lo que es moralmente correcto, es decir, de establecer una conexión de principio entre la regla de la mayoría y las razones morales o el valor moral”.¹⁷

5. El artículo 36° de la Constitución Nacional

El defensor de la (supuesta) paradoja de la democracia podría traer a colación un último argumento. La Constitución establece las reglas del juego democrático y la exclusión

14. Ejemplos de ello son Mill, John Stuart, *Considerations on representative government*; Schumpeter, *Capitalismo, Socialismo y Democracia*; Dahl, Robert, *Preface to democratic theory*.

15. Utilizo la noción de fundamentalismo en el mismo sentido en que es utilizado en Ackerman y Rosenkrantz, “Tres concepciones de la democracia constitucional”, Centro de Estudios Institucionales.

16. Nino, *La constitución de la democracia deliberativa*, página 106.

17. Rosenkrantz C., “La teoría de la democracia epistémica revisada”, en *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Harold Koh y Ronald Slye compiladores, Gedisa, 1999, páginas 279-293.

de la que venimos hablando parecería encontrarse justificada justamente en el artículo 36 de la Constitución Nacional¹⁸. Zayat, en su ya citado ensayo destaca que “la existencia de una norma como la del artículo 36, que básicamente dispone que la Constitución mantendrá su imperio aún si se interrumpiera el orden democrático, y que impone sanciones a los autores de los actos de fuerza que se realicen contra la Constitución, viene a consolidar la idea de Constitución como proceso democrático. (...) De este modo, se dispuso que las personas que hayan participado en dichos actos deben ser sancionados y excluidos de la vida pública, impidiéndoles ocupar cargos públicos a perpetuidad”.¹⁹ Son muchos los constitucionalistas en Argentina y en Estados Unidos que apoyan la tesis de que la obligatoriedad de la Constitución radica en que el sistema democrático requiere de ciertas restricciones que permitan su funcionamiento,²⁰ y para Zayat, parecería que la interpretación correcta del artículo es ésta: una restricción que facilita el funcionamiento del sistema democrático.

Ciertamente, algún argumento que esbozaría quien sostiene esta idea sería que esta suerte de “pena” cumple la función de desalentar a futuros violadores, o bien que ésta se encuentra justificada por el temor que genera en la sociedad el pensar en la clase de uso del aparato coercitivo que aquellos sujetos pudiesen darle.²¹ Es innegable la similitud entre esta decisión y los argumentos esgrimidos por el Diputado Bonasso. Repitiendo lo antes dicho: cuando se produce una tensión entre la decisión popular y determinados derechos previstos en la Constitución, los resortes democráticos deben actuar resolviendo esta tensión a favor de lo que prescribe nuestra Carta Magna.

Antes de realizar un intento de crítica a esta idea, debo destacar que el punto que alienta este ensayo es, definitivamente, otro. Lo que intento poner en tela de discusión -incluso sin pretensiones de dar respuestas contundentes al respecto- no es si la decisión de los legisladores tenía sustento normativo en el artículo 36 o no, sino cuándo la democracia puede excluir voces del procedimiento que ella misma supone -si es que juzgamos que exista tal posibilidad, claro-. En este acápite me interesa ahondar en la idea de la exclusión del proceso deliberativo presuponiendo la idea de la Constitución como límite, y si éste, tal como fue planteado, es un argumento plausible para sostener la decisión tomada por nuestros legisladores.

18. Artículo 36. “Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos. Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el artículo 29 inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas. Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de estos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las provincias, los que responderán civil y penalmente de sus actos. Las acciones respectivas serán imprescriptibles...”

19. Zayat, Demián, op. cit.

20. El debate sobre los límites de las decisiones de los representantes del pueblo respecto a lo previsto en la Constitución es por demás interesante. Para profundizar sobre ello propongo la lectura de Holmes, Stephen, “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, en Jon Elster y Rune Slagstad comp., *Constitucionalismo y democracia*, Fondo de Cultura Económica, Pág. 217-262. Para su crítica ver Rosenkrantz, Carlos; op. cit.

21. Por obvias razones de objeto, las discusiones sobre la eficacia y la legitimidad de la pena en el castigo de este tipo de hechos las dejaré de lado.

Es interesante, entonces, comenzar preguntándonos qué entendemos cuando sostenemos esta idea de la Constitución como límite al proceso democrático. Es decir, ¿a qué tipos de límites estamos haciendo referencia cuando de Constitución se habla? Si entendemos como límites a *vedar la posibilidad de quiénes pueden o no tomar cierta decisión pública*, o bien si entendemos como límite a que *ciertas decisiones no puedan ser tomadas*. Para resolver esta disyuntiva bajo la idea de democracia que vengo defendiendo, creo que debemos tener en mira que la restricción no debe justificarse simplemente como un mecanismo que facilitaría y permitiría que el sistema –democrático deliberativo– funcione, sino como un medio que permita aumentar el valor epistémico de la democracia. En este sentido, entender el artículo 36 de la CN como una cláusula que facilita y permite que el sistema democrático funcione, no toma en cuenta los requisitos procedimentales que subyacen a todo discurso moral. Ahora bien, entenderla como un medio que agrega valor epistémico a la democracia tendría el problema de, en primer lugar, no poder aplicarse al caso "Patti" por las razones ya expuestas; y en segundo lugar, presupone que la Constitución sí dice algo sobre las limitaciones al proceso deliberativo en cuanto a los participantes del mismo. Pero, una vez más, esta segunda proposición desnaturaliza la idea de límite al proceso mayoritario. Cuando sostenemos que la Constitución impone vallas a las decisiones mayoritarias, lo que estamos diciendo no es otra cosa sino que la Constitución prescribe que determinadas decisiones no pueden ser tomadas –o de serlo, no serán válidas–, pero creo poder sostener que la Constitución no dice nada sobre quiénes pueden sentarse a discutir democráticamente. En este sentido, podemos reconocer dos tipos de límites: aquellos que surgen de los requisitos procedimentales y aquellos que emanan de la Constitución. Estos últimos no están vinculados con los primeros, pues sólo nos dicen algo respecto a qué decisiones pueden tomarse y cuáles no, pero no sobre quiénes pueden tomarlas.²² Así, aun entendiendo al artículo 36 como una cláusula limitativa, ésta debería ser entendida como un límite en el segundo sentido, es decir, un límite sobre las decisiones pero no sobre los sujetos legitimados para participar en su proceso de formación. Juzgar al artículo 36 bajo esta perspectiva nos permite ser consistentes con aquella idea de restricción que enriquece el valor epistémico de la democracia.

Ahora bien, esta última idea nos da otro argumento de por qué Patti sí puede participar del proceso deliberativo. Si entendemos que la Constitución es un límite a ciertas decisiones del pueblo, ¿por qué no permitir un proceso deliberativo robusto? En este sentido, si lo que nos preocupa es que Patti nos pueda convencer sobre la legitimidad de la tortura, ¿por qué excluirlo del debate al respecto si la Constitución es clara respecto a la misma? Con mayor razón si tenemos en cuenta los diversos instrumentos internacionales de derechos humanos que poseen jerarquía constitucional.

22. Alguien podría sostener con buenas razones que los requisitos procedimentales, por su carácter moral, también son límites a ciertas decisiones y por tanto no se refieren sólo a quiénes pueden tomarlas. Omito esta discusión por dos razones. En primer lugar, por cuestiones de tiempo; pero, en segundo lugar, porque creo que sostener esto no contradice mi idea de límite establecido en la Constitución. Es decir, aun sosteniendo esto último de los requisitos del discurso moral, puedo seguir sosteniendo con idénticas razones que la Constitución sólo se refiere a ciertas decisiones y no a quiénes pueden tomarla.

6. Una posible (y genuina) paradoja de la democracia

Subsiste un interrogante acerca de una posible paradoja en la democracia: aceptando una visión deliberativa de la misma, como la que aquí ya caractericé, podría llegar a sostener una suerte de paradoja que se puede expresar en dos grandes ideas. La primera radica en que, si cumplimos todos los requisitos subyacentes a un proceso deliberativo ideal, la decisión de éste podría llegar a exigir su fin. Es decir, podría llegar a suceder que la democracia tome democráticamente –redundancia aparte– la opción de que ésta debe dejar de existir: un proceso deliberativo consistente con los requisitos procedimentales puede llegar a decidir el fin de ese mismo proceso. Igualmente, subrayaría que, presuponiendo el cumplimiento de aquellos requisitos, difícil es que esta opción realmente exista. Es decir, al participar de un proceso semejante con las virtudes que expresé que tiene, es poco posible que sus participantes, convencidos de las ventajas de este proceso, decidan su fin. Una vez más, esto es contra-fáctico aunque, no por ello, deja de ser una posibilidad plausible.

La segunda expresión de una posible (y genuina) paradoja de la democracia implica sostener que ésta sí puede excluir voces de ella. Pero esta exclusión, en todo caso, sólo podría suceder en el caso en que algún/a participante del proceso deliberativo no respete aquellos requisitos procedimentales. Si un grupo de personas se pone de acuerdo con que el diálogo es la mejor manera de determinar quién de ellos/as será el/la que los conduzca, aquél que intente utilizar un garrote para imponer su voluntad difícilmente será aceptado en ese debate. Otro ejemplo podría ser la existencia de grupos o individuos que se caractericen por callar voces imposibilitando la expresión de otros.²³ En este sentido, estos sujetos no estarán respetando la idea de igualdad que supone el discurso moral. Estos “derechos a priori” que intenta resguardar la democracia nos dan la pauta de que existen buenas razones –pero sumamente delicadas– para creer que hay voces que pueden –y hasta deben– ser excluidas del proceso deliberativo.

Sostener que la Constitución es conformada a través de una práctica discursiva colectiva implica defender la postura de que todos pueden –y quizás deben– participar en ella, salvo aquellos que no respetan la autonomía de sus pares o bien que callen voces. Y la idea de excluir sobre la base de no respetar la autonomía o la igualdad discursiva no responde tanto al reproche moral de este tipo de actitudes, sino justamente a la preservación de esta práctica que, como comunidad, encontramos valiosa.

Pero como adelantáramos inicialmente, el objeto de este breve ensayo es otro. Pues las preguntas que circundan estos párrafos intentan –y sólo son un intento– de inicio de una reflexión y un debate sobre cómo la democracia puede –y hasta debe– reaccionar ante determinados sujetos que mantienen discursos difíciles de defender. En algún punto, estoy sosteniendo que ya es tiempo de pensar en cómo la democracia debe responder a hechos del pasado que, sin ningún lugar a dudas, han tocado el nervio central de nuestra manera de autogobernarnos. Nos referimos, por supuesto, a la dictadura más violenta de nuestra historia. Quizás reflexionar y discutir sobre ello sea una buena manera de poder empezar a tomarnos la democracia en serio.

23. La idea de voces que callan voces puede ser explorada en autores como Owen Fiss al referirse a “expresiones de odio”. Fiss O., *La ironía de la libertad de expresión*, Gedisa, 1998.

