

La justificación de las decisiones públicas en el Estado constitucional y democrático de Derecho

Por Graciela BARRANCO de BUSANICHE*

*Titular Ordinaria de la asignatura "Introducción a la Filosofía" que se dicta para el Ciclo Inicial Común en Ciencias Sociales (Abogacía, Lic. en Ciencia Política y Lic. en Sociología) y de la asignatura optativa "Teoría de la Argumentación". Dicta clases en la Maestría en Ciencias Sociales (FHUC-FCJS) y en el Doctorado en Derecho (FCJS). Es directora del PACT-CAID 2009 *Repensar el Estado, repensar la democracia* y del PI-CAID 2009 *Estado de Derecho, institucionalidad y discurso*.

En este artículo reflexionaremos sobre el nexo entre el (neo) constitucionalismo y el Estado democrático de Derecho. Tal vínculo nos compromete a demandar una justificación pública de las decisiones públicas colectivas, aceptando el hecho de un pluralismo razonable. Cómo se llega a construir la noción de “razón pública” es el punto que deseamos desarrollar, desde distintas opciones o modelos.

En “Sobre los derechos fundamentales” (2007), Luigi Ferrajoli define al Estado constitucional de Derecho como aquel en el que la legalidad está condicionada por su vinculación en lo formal y en lo sustantivo, con una constitución rígida. En ella está positivizado el “qué” de las decisiones públicas, que son los derechos fundamentales. No hay oposición ni tensión entre democracia, cuya característica es la participación de los ciudadanos en el gobierno político, y los derechos, como aparecen en la constitución. Pero, dice Ferrajoli, la idea de que todos o la mayoría de los ciudadanos deben compartir los valores contenidos en los derechos fundamentales, es falsa. Deriva de confundir la noción de Estado de Derecho con la de democracia política. Los derechos fundamentales están sustraídos de la esfera de la decisión política; es más, pertenecen a la “esfera de lo no decidible” y son límites contra las mayorías contingentes, que nunca pueden decidir ni su abolición ni su restricción.

Según algunos críticos, este constitucionalismo de los límites basados en derechos, se presenta bajo formulaciones tales como “todo se decide por mayoría salvo que la decisión vulnere los derechos constitucionales”. Además, supone que los derechos son entidades cuya interpretación, desarrollo o garantía no es controvertida ni requiere ninguna decisión adicional que no esté ya contenida en el mismo derecho. Como esto no es lo que sucede, parecen oponerse, por un lado, un método de administración de los derechos democrático, guiado por una mayoría y por sus representantes, elegidos y responsables políticamente, y otro método, que otorga el poder de administración de los derechos a una élite ilustrada no elegida democráticamente, la de los jueces. Esta sería una posible síntesis de la opinión contramayoritaria al constitucionalismo fuerte.

Según Celano (2009*a*), hay que prestar atención al contexto histórico en el que nace la idea de los derechos fundamentales. Surge con el movimiento de la Reforma y continúa con las guerras de la religión de los siglos XVI y XVII; así aparece el concepto de tolerancia para posibilitar la convivencia pacífica y se abandona la idea de que sólo la unidad religiosa garantiza la unidad social y política. Progresivamente, se abandona la idea de que la unidad religiosa, cultural o ideológica es imprescindible para la supervivencia del cuerpo político-social y se da cabida a la idea de que hay que aceptar como dato ineludible la existencia sincrónica de una pluralidad de visiones del mundo y conceptos del bien y que sólo esta aceptación permite evitar las guerras destructivas. En la segunda mitad del siglo XX y a partir de las constituciones de la segunda posguerra, se admitirá que la tolerancia no debe ser algo padecido sino que es más bien una oportunidad de enriquecimiento mutuo entre individuos y culturas. Hay coincidencia histórica entre esta aceptación positiva del pluralismo y la crisis del Estado de Derecho europeo del siglo XIX (el Estado legislativo de Derecho, según Ferrajoli). La idea de la unidad histórica del Estado nacional se ve cada vez más como improbable, ficticia o sustentada en intereses económicos y políticos parciales. Es en este contexto que surge el constitucionalismo de los límites de los derechos; teniendo de telón de fondo histórico el rechazo de las ideologías y de los Estados totalitarios de la primera mitad del siglo XX.

Hoy desde la política se admite que la tarea no es resolver las diferencias existentes en la sociedad sino, al contrario, mantener aquellas que contribuyen a crear controversias y que expresan una pluralidad irresoluble de puntos de vista y estilos de vida en una comunidad libre y moderadamente diversa. Desde el enfoque de los derechos fundamentales, sin embargo, aún se enfrentan dos posiciones. Una que se origina en Kant y que lleva a sostener, en teoría política, que no hay conflictos genuinos de derechos (con ideas similares en teoría del derecho y en teoría constitucional): la “colisión” entre derechos no es más que una apariencia. Otra que admite la posibilidad (tanto conceptual como empírica) de que no siempre es factible mantener en armonía a todos los valores, principios y derechos relevantes. La primera se apoya en el ideal de intentar siempre la búsqueda de razones, lo que supone a veces un recorte en los derechos (constricciones en sus condiciones de aplicación) y la definición del contenido esencial de cada uno, delimitando exhaustivamente sus condiciones de aplicación. Sin embargo, si se acepta que los derechos fundamentales son protegidos por “principios”, es problemático determinar de manera “exhaustiva” todas las condiciones relevantes de su aplicación. En la segunda posición, el conflicto no se niega y se exhibe particularmente a través de la problemática iusfilosófica de la relación entre derecho y moral.

Para una visión positivista, como la de Ferrajoli (2007), el problema entre la admisión de la pluralidad o del multiculturalismo y la vigencia de los derechos fundamentales, se basa en la confusión entre derecho y moral, entre un punto de vista interno y otro externo al derecho positivo. Una teoría del Estado constitucional de Derecho no supone ni requiere adhesión a los valores éticos políticos que éste incorpora jurídicamente. El neoconstitucionalismo debe sustraer de la competencia de la mayoría contingentes la adopción de ciertas decisiones y guiar y orientar la tarea de los legisladores hacia determinados objetivos y valores (que parecen conflictivos); lo hace a través de los límites que las constituciones rígidas imponen a la toma de decisiones políticas correctas. Sin embargo, subsiste un aspecto central del constitucionalismo pluralista y democrático contemporáneo: el de la vigencia de una justificación pública de las decisiones colectivas. Es decir, que las decisiones que tienen por objeto un tema de interés público deben adoptarse por el intercambio (deliberación) de razones públicas: este es el ideal de la “razón pública”, que vale tanto para los legisladores como para los jueces, así como para cualquier actor político del Estado democrático constitucional.

Si hoy nos preguntamos qué entender por “justificación pública”,¹ diríamos que es la idea de que ningún régimen es legítimo a menos que sea razonable que brinde a cada individuo razones para actuar. “Razonable desde el punto de vista de cualquier individuo” es una frase ambigua, que puede tener diferentes significados a partir de teorías diversas.

Ya volveremos sobre este punto. Antes nos detendremos en la expresión “ser una razón para la acción”. Si, por ejemplo, decimos que alguien no tiene ninguna razón para actuar de tal o cual modo, queremos decir que no es posible construir un relato con significado normativo sobre lo que él hace. Y decir que lo que él hace no tiene sentido normativo es decir que no hay razones que justifiquen lo que él hace, aun cuando podamos explicar lo que él hace aduciendo las mismas razones que él brinda para ello. Por ej., ante una posible multa por infracción a las leyes de tránsito, alguien puede aducir que él cruzó la calle distraídamente. La razón que el conductor da para explicar su accionar, no sirve para

¹ Según la *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2007.

justificarlo. En un contexto de deliberación (para la toma de decisiones) se buscan y evalúan diferentes razones justificativas para hacer algo (o para no hacerlo); la deliberación se guía por un propósito normativo. Cuando decimos que X tuvo tal razón para hacer Y, sólo explicamos su acción; cuando enunciamos cuáles fueron las razones de X, como agente, para hacer Y, estamos en el ámbito de la justificación.

Se ha debatido cuál es el tipo de razones que pueden justificar nuestras acciones. Algunos han sostenido que las razones están en lugar de hechos externos al individuo que delibera (externalismo) mientras que otros afirman que los hechos referidos a las razones que tengo como agente no son hechos independientes de aquello que me motiva a actuar (internalismo). Ha sido Bernard Williams (1993) quien ha sostenido contemporáneamente una postura internalista normativa sobre las razones para actuar. Hablar de la verdad de un enunciado de razón interna implica hablar de hechos relativos a las motivaciones del agente. Si hay una razón para la acción, es porque algunos a veces actúan por estas razones. Si lo hacen, sus razones deben figurar en una explicación correcta de su acción. Si R es una razón justificativa para actuar, puede ser una razón explicativa de la conducta del agente. Williams sostiene que, a través de rutas deliberativas sólidas, llegamos a establecer razones justificativas que se conectan con nuestras motivaciones; también que, desde el punto de vista de cualquier individuo, puede haber razones justificativas (a las que se llega por deliberación) conectadas con las motivaciones de cada uno de ellos. Estas últimas serán razones universales, pero Williams duda de su existencia.

Se han diseñado diversas teorías para dar cuentas del carácter de la “justificación pública”; todas intentan articular el concepto de “legitimidad” con el de “justificabilidad”.

El modelo del diálogo sin restricciones dice que la manera apropiada de tomar decisiones según el ideal democrático de justificación pública es la discusión a favor y en contra de propuestas alternativas, hasta llegar a un consenso. Se entiende por “discusión” a la forma de “discusión crítica” (Van Eemeren, Grootendorst, 2002) tal como aparece, entre otras teorías, en la pragmadialéctica. En ella se indaga cómo usar el discurso argumentativamente para justificar (o refutar) racionalmente un punto de vista (o una decisión). Se estudia al discurso argumentativo como un caso de interacción verbal y se lo evalúa según estándares de razonabilidad. El ideal de razonabilidad puede ser asumido por una concepción retórica, que considera que un argumento es aceptable si la audiencia lo aprueba. Este es un enfoque antroppo-relativista. Pero en la dialéctica, la argumentación es parte de una discusión crítica en la que la razonabilidad se define en relación con el procedimiento adecuado para alcanzar la resolución de las divergencias en los puntos de partida. Este es un enfoque crítico racionalista. En el enfoque retórico el discurso se desenvuelve en pos de lograr efectos persuasivos sobre la audiencia. En el enfoque dialéctico se busca convencer a las personas a través de una reflexión sobre aquellos argumentos que exhiben una mayor fuerza lógica, a favor o en contra de un punto de vista (o decisión). Aquí la argumentación es un medio racional para convencer al oponente crítico y lograr su adhesión reflexiva a nuestro punto de vista, es decir, el objetivo es alcanzar un acuerdo razonable o consenso.

En una discusión crítica orientada al consenso, la justificación pública puede definirse de tal modo que sólo se satisfaga en condiciones ideales. O, se puede definir en términos más realistas y empíricos. Hay distintas versiones del modelo de la discusión ideal: la de Habermas, la de Apel, la de Alexy. En todas se establece que una creencia es razonable para un individuo si es conforme a las creencias y motivaciones que el individuo “debería tener”, si

fuera “idealmente racional” hasta donde se lo permitieran su falibilidad y su finitud. Se supone que hay una lectura unívoca, accesible a todos, sobre qué es razonable creer o desear desde las creencias y deseos específicos de cada individuo con relación a los asuntos públicos. Ahora bien, sabemos que puede darse un desacuerdo razonable cumpliendo con las mismas demandas de la razón, es decir, que en una comunidad diferentes grupos de individuos pueden entender de modo diferente qué está y qué no está públicamente justificado. Los partidarios de la “comunidad ideal de comunicación” dirían que el consenso sólo se lograría si la discusión prosiguiera ilimitadamente. No vamos a tematizar aquí las críticas a la versión del modelo “según condiciones ideales”.

Si pasamos al enfoque empírico descriptivo del mismo, hay que respetar las razones que un individuo acepta como justificativas, aun cuando se basen en creencias falsas o deseos inaceptables. Los conceptos evaluativos de “buena razón”; “creencia verdadera” o “valores adecuados” no podrían ser guía para lograr el consenso. Esta versión tiene muchos puntos débiles: puede que el diálogo no resuelva, sino que exacerbe el conflicto, aun cuando lo positivo sería que se aclararan las razones del desacuerdo. Si el desacuerdo persiste cada ciudadano saca a la luz y pone a consideración las razones que son propias de sus convicciones más profundas. Pero es injusto que las decisiones vinculantes para una comunidad se tomen sobre este tipo de razones. Si esto no es civilizado, ¿puede decirse que los ciudadanos han llegado a un acuerdo aun cuando éste sea incompleto y abstracto o genérico?

Si entendemos a la razón pública como fundamento de nuestra concepción normativa de los términos en que los ciudadanos pueden intentar resolver sus desacuerdos sobre la justicia (Rawls, 1996), lo que se pretende de la filosofía política es que emprenda un proceso argumentativo para averiguar cuál de los muchos enfoques aparentemente razonables sobre la justicia se acepta como fundamento consensuado para la razón pública. Sin embargo, en *El liberalismo político* (1996), Rawls sostiene que en una sociedad bien ordenada la gente puede compartir una misma concepción de justicia basada en diferentes fundamentos morales y políticos. En la sociedad no sólo hay desacuerdos sobre la justicia sino también hay desacuerdos sobre el bien. Rawls distingue entre distintos modelos del pasaje de los muchos a lo uno. Hay ciertas concepciones del bien que Rawls considera “comprehensivas” (tienen la ambición de contestar a todas las grandes preguntas sobre valores); cada una puede convivir con otras concepciones en un *modus vivendi* por un tiempo *sin* estar dispuesta a abandonar o debilitar sus propias tesis. Pero estas concepciones generan demandas que sólo les atañen a ellas mismas y a sus partidarios, sin entrar a considerar un equilibrio entre sus demandas y las que provienen de otras concepciones. Estas diferencias entre las concepciones morales, éticas y políticas de las personas han sido siempre un fundamento a favor del escepticismo moral. ¿Cómo zanjar estos desacuerdos, entendiendo que a cada concepción comprehensiva del bien le corresponde su propia teoría de la justificación?

Rawls considera que una aceptación inicial de la concepción liberal de la justicia como mero *modus vivendi* podría evolucionar paulatinamente hacia un “consenso por superposición” (Waldon, 2003). Llegará un punto en el cual los políticos razonables podrán presuponer que se ha alcanzado un acuerdo entre los participantes, por lo menos en un nivel general, sobre los principios de justicia que deben aplicarse. Ahora bien, si Rawls entiende que hay una manera de zanjar los desacuerdos sobre principios políticos (y no ya los desacuerdos comprehensivos acerca del bien en una sociedad pluralista) es porque supone

que las teorías particulares de la justicia son independientes de la rivalidad entre concepciones del bien (que son por lo general concepciones religiosas y filosóficas en conflicto). A estas últimas concepciones las tilda de irrazonables. Las cuestiones sobre la justicia deben ser abordadas desde la base de la “razón pública”, y en este ámbito se dejan de lado los desacuerdos surgidos de teorías comprensivas pero rivales sobre el bien.

Lo que está aquí en juego es una idea de consenso como “convergencia”. Rawls habla de un tránsito de los muchos a lo uno como de la convergencia hacia una conclusión desde distintos grupos de premisas. Si S es razonable desde el punto de vista de A a partir de las razones de A, puede ser razonable desde el punto de vista de B a partir de las razones de B, aunque las razones de A no sean idénticas a las de B. A este abandono de la diversidad subyacente (que permanece intacta) por un consenso superficial sobre los juicios, Rawls lo llama “consenso superpuesto”. Esta convergencia se produce sólo a partir de doctrinas “razonables”, que son aquellas que reconocen el peso del juicio al que se arriba por deliberación, aun cuando también reconocen la razonabilidad del desacuerdo entre temas éticos y políticos y, a pesar de ello, asumen la obligación de no eludir los arreglos sociales mutuamente beneficiosos. Se advierte que la noción de “consenso superpuesto” sustituye, en la razón pública, a la idea de “verdad completa” por la idea de “razonabilidad”; y esta última parece conducir a una tautología: “es razonable aquello en torno a lo cual se dará el consenso unánime entre individuos razonables”.

La concepción de “consenso superpuesto” de Rawls está sujeta a innumerables críticas que tampoco desarrollaremos aquí. Jeremy Waldron adelanta la siguiente: ¿cómo se entienden, en política, estos consensos que parecen convivir con un olvido sobre los desacuerdos de fondo?

Cass Sunstein (2010) es un teórico del derecho que sostiene que, si no partimos de esa perspectiva, tendrían que declararse imposibles las decisiones e interpretaciones constitucionales. La gente se pone de acuerdo acerca de prácticas y derechos constitucionales, pero no acerca de “la” teoría constitucional. Es típico de los llamados casos difíciles; cuando las personas no acuerdan sobre una cuestión abstracta buscan un descenso conceptual y el silencio sobre los desacuerdos básicos es un mecanismo social para generar convergencia a pesar del punto de partida completo (y también a pesar de la heterogeneidad, la incertidumbre y las limitaciones de las capacidades humanas y las limitaciones temporales). Esto es lo que Sunstein llama “acuerdo carente de una teoría completa”. A veces ese acuerdo sólo lo es acerca de un resultado. Será el caso de la plena particularidad: no cabe ofrecer razones públicas a favor de una determinada acción o decisión porque éstas pueden resultar inadecuadas. En el caso del constitucionalismo en un Estado democrático de Derecho donde el pluralismo es un hecho, se busca dar razones a partir de principios de nivel medio o bajo.

Es un hecho que en política se llega a acuerdos carentes de una teoría completa sobre resultados particulares, y esto también ocurre en muchas áreas del Derecho. Como Sunstein defiende el valor de la discusión pública como modo de decidir sobre los asuntos de interés común, sostiene que en el Estado constitucional y democrático de Derecho los jueces deben tomar decisiones “estrechas” o “poco profundas”, restringidas al caso concreto. Es la ciudadanía la que debe resolver dilemas teóricos sustantivos y profundos, por ej., “eutanasia ¿sí o no?”. Dada la pluralidad de concepciones del bien enfrentadas entre sí, no corresponde que los jueces decidan tomando partido por unas concepciones sobre otras.

Los principios teóricos establecen las condiciones para analizar los casos prácticos a partir de criterios racionales, pero sólo garantizan cierta estabilidad en las razones para la acción (López de la Vieja, 2000). Son un punto de partida que “dan líneas” y sirven para justificar

decisiones. Pero, el hecho de que se produzcan serios desacuerdos sobre los valores fundamentales propicia que Sunstein proponga que “teoricemos de forma incompleta”. Admite tanto las ventajas de situaciones donde existen reglas claras e imparciales como las ventajas de la analogía entre casos similares. Parece buscar un modelo alejado tanto de los principios dogmáticos como de los casos difíciles. Los principios sólo tienen la fuerza de las razones pero su aplicabilidad es reducida e indirecta. Establecen las premisas de la discusión como marco general para encontrar las mejores razones para la acción.

Pero, ¿en virtud de qué “algo” es una razón? En general, la respuesta (según Celano, 2009b) está en la *endoxa* (Aristóteles, *Tópica*): en virtud de nuestras intuiciones, del “juicio ponderado” de Rawls en la búsqueda de un equilibrio reflexivo. Esto nos lleva a sostener que, como en tiempos y lugares diversos, los diversos individuos parten de diferentes *endoxa*, la fuerza del argumento es histórica y culturalmente variable. Entonces, ¿hay en sociedades pluralistas una reserva de *endoxa* que sirva de soporte común a las razones y a un intercambio de razones (discusión crítica, deliberación)? Sólo consideraciones imparciales pueden valer como razones en una deliberación pública y allí reside la diferencia entre “argumentar” y “negociar”. Pero, ¿es posible trazar esta distinción en una discusión que se da en una sociedad pluralista? ¿O la que separa la argumentación genuina (crítica y dialéctica) de la “mera persuasión” (retórica)?

En una sociedad pluralista, cuando apelamos a “nuestras” intuiciones (por ej., en materia de redistribución de la riqueza) no se sabe de qué cosa estamos hablando porque: ¿quiénes somos “nosotros”? Sobre cuestiones de importancia crucial no es posible una argumentación genuina en una sociedad pluralista. Por lo tanto, la justificación pública puede ser mera retórica. Alguien puede decir que S (una decisión, una solución) es legítima porque en la actualidad hay una convergencia de razones maximizadoras a favor de S; otro se puede oponer a S porque no hay un consenso normativo de razones universalizables a favor de S.

La noción de legitimidad pública es ambigua *prima facie*. ¿Cuáles serán aquellos rasgos que debe exhibir todo análisis de la justificación pública? Por una parte, debe guardar distancia de los intereses empíricos individuales o de grupos, tomados como razones, para ser una argumentación genuina; por otro, debe ser de un impacto tal sobre esos individuos o grupos que los motive y dé razones para actuar de acuerdo a sus demandas. La distancia normativa y el impacto motivacional parecen contrapuestos.

Tal como describe Celano (2009a) el discurso público europeo “está apresado en los límites de una narración rudimentaria” o plagado de burdas simplificaciones (Amartya Sen). Lo mismo ocurre en estas latitudes. ¿Cuándo estamos autorizados para sospechar de ese discurso e intentar desenmascarlo? Cuando el que lo emite no está dispuesto a aportar explícitamente razones para defender su tesis, ya que su origen es causado por mecanismos psicológicos, sociales o políticos tales que, si se aclararan, invalidarían las tesis de partida.

Los psicólogos cognitivos han estudiado diversas formas de “irracionalidad motivada”: las uvas amargas, la denegación, la proyección, el autoengaño, en general, el *wishful thinking* surgido del temor a la necesidad de tener que elegir. Las falsedades del discurso ideológico, por su propia característica de falsedad o por ser expresiones de falsa conciencia, nos habilitan a suspender, aunque sea temporalmente, la actitud deliberativa. Su refutación es *ad hominem*: equivale a descalificar al interlocutor como socio en la discusión. La actitud deliberativa del que se enrola en el discurso público no puede estar exenta de una crítica racional.

En filosofía política “aceptamos y abrazamos la circunstancia de una pluralidad de puntos de vista y los desacuerdos agudos que éstos generan [...] Reconocemos que el debate tiene su importancia en tanto que interacción colectiva como método de acercarnos a la compleja verdad. Las verdades simples, autoevidentes, pueden formarse en mentes simples, pero las verdades complejas (en cuya categoría incluyo todas las proposiciones sobre los derechos individuales) emergen, en palabras de Mill, sólo ‘por el duro procedimiento de una lucha entre combatientes peleando bajo banderas hostiles’” (Waldron, 2003).

Bibliografía

- Celano, Bruno** (2009a) “Razón pública e ideología” en *Derecho, justicia, razones*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- (2009b) “La forza dell’ argomento migliore” en *Diritto e questioni pubbliche* N° 9, Palermo.
- Ferrajoli, Luigi** (2007) “Sobre los derechos fundamentales” en M. Carbonell (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid.
- López de la Vieja, María Teresa** (2000) “Ética y modelo de los principios” en *Doxa* N° 23, Universidad de Alicante, Alicante.
- Rawls, John** (1996) *El liberalismo político*, Crítica, Barcelona.
- Sunstein, Cass** (2010) *Acuerdos carentes de una teoría completa en derecho constitucional*, Icesi, Cali.
- Van Eemeren, Frans; Grootendorst, Rob** (2002) *Argumentation. Analysis. Evaluative presentation*, L. Erlbaum Assoc. Pub., New Jersey
- Waldron, Jeremy** (2003) *Derecho y desacuerdos*, Marcial Pons, Madrid.
- Williams, Bernard** (1993) *La fortuna moral*, UNAM, México.