



“Teorías de la razón pública surgen de (...) conflictos entre los principios democráticos y liberales en una sociedad marcada por un ‘pluralismo profundo’”

La necesidad constitucional de una teoría de la razón pública*

180

Howard Schweber*

Uno de los debates más importantes en la teoría política liberal de las últimas dos décadas o más ha sido la idea de razón pública. Esta idea, desarrollada principalmente por John Rawls, quien postula que existen límites en la clase de justificaciones que los ciudadanos o las autoridades públicas deberían ofrecer en las discusiones políticas. El argumento básico es que uno no debería apelar a razones que un interlocutor no pueda esperar encontrar “accesibles”, entendiendo esto como “significativo para él”, y el caso particular que atrae más la atención es el uso de justificaciones religiosas para el accionar estatal. En un sistema de gobierno democrático y plural, ¿es apropiado que la mayoría promulgue leyes basadas en razones que dependen de una tradición religiosa que algunos ciudadanos no comparten? Por ejemplificar con un caso obvio, ¿es apropiado obligar a ciudadanos judíos, musulmanes, budistas o ateos a obedecer una norma por el simple hecho que expresa los valores cristianos? La teoría de la razón pública responde a esta pregunta con un “no”. Estas teorías argumentan que tenemos un deber de respeto mutuo para con nuestros conciudadanos que se rompe cuando a sabiendas apelamos a justificaciones por acciones gubernamentales que sabemos que ellos encontrarán incomprensibles.

La teoría ha sido atacada desde diversas perspectivas. Multiculturalistas, conservadores religiosos, neo-republicanos, nacionalistas, defensores de la democracia deliberativa, todos encuentran razones para rechazar la idea de límites en el discurso político público, sea porque consideran que esas limitaciones son excluyentes o porque consideran que conllevan una forma insuficientemente vigorosa de política.

Lo que a veces es reconocido y a veces no en estas críticas es la conexión directa que existe entre las razones de la razón pública y las razones del constitucionalismo. Algunas de las críticas a la razón pública realizan la conexión directamente y expresan su oposición a la idea de límites al discurso político en los términos de oposición a una idea de regímenes constitucionales basados en un Derecho superior. En este artículo quiero explorar esa relación un poco más.

* Traducción autorizada realizada por:

CONSTANTINO CAYCHO, Renato Antonio. Alumno de noveno (9no) ciclo de la Carrera Profesional de Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asistente de docencia del curso de Derecho Constitucional 2.

** Juris Doctor por la Universidad de Washington y Ph.D. en Gobierno por la Universidad de Cornell. Profesor Asociado de los Departamentos de Derecho y de Ciencia Política en la Universidad de Wisconsin - Madison.

En la parte I, haré una breve introducción de la teoría de la razón pública de Rawls. En la parte II, demostraré que algo como los límites de la razón pública están profundamente enraizados en la tradición del constitucionalismo estadounidense, asimismo, sugeriré que una teoría de la razón pública implica necesariamente una constitución que limite sustantiva y procedimentalmente la producción de las leyes en un sistema democrático. Para sustentar este argumento, en las partes III y IV, confrontaré distintos retos a la idea de razón pública e intentaré mostrar en ambos por qué no deberían ser persuasivos y por qué contradicen las presunciones básicas y necesarias del autogobierno constitucional. Finalmente, en la parte V, hablaré de las lecciones que pueden ser aprendidas de la unión con estas críticas y cómo la relación entre el constitucionalismo y la razón pública debería ser más desarrollada en respuesta.

Debo anotar que en esta discusión apelo a mi conocimiento de las prácticas constitucionales estadounidenses. Qué lecciones pueden quedar para el constitucionalismo en general o para las prácticas constitucionales de otros países y de otras culturas políticas es una pregunta que debe ser contestada por los lectores de *Foro Académico*¹.

I. TEORÍA DE LA RAZÓN PÚBLICA DE RAWLS

Teorías de la razón pública surgen del inevitable reconocimiento de la posibilidad de conflictos entre los principios democráticos y liberales en una sociedad marcada por un “pluralismo profundo” que significa que nos encontramos en una sociedad en donde los ciudadanos poseen diferentes valores que son potencialmente conflictivos y divergentes que traen al proceso político. Los límites constitucionales en el ejercicio del poder en una democracia pueden ser vistos como límites de la propia democracia. ¿Qué clase de límites liberales en el ejercicio del poder pueden hacer espacio para un pluralismo profundo y seguir siendo coherentes con el autogobierno democrático?

Una respuesta clásica a estas dificultades es alejar el foco de atención de la búsqueda de consensos en cuestiones de valor sustantivo o de política y apuntarlo en la dirección de los procedimientos de toma de decisiones. Enfo-

carnos en los procedimientos, de acuerdo a Robert Dahl, es una respuesta sensible a la demostración de que cualquier consenso que exista puede ser “muy limitado como para ser generalmente aceptado o muy general como para ser relevante y valioso” (Dahl, 1989: 283) Por otro lado, un consenso en las cuestiones del procedimiento democrático puede ser alcanzado mucho más fácilmente que un consenso sobre los resultados políticos (Hampshire, 1993: 46)². La apuesta por el procedimentalismo es, por tanto, una manera de preservar la neutralidad liberal en medio del disenso profundo, dejando el mayor espacio posible para las diferencias mientras se mantiene aun una base para una identidad común, una idea articulada en el modelo de “patriotismo constitucional” de Jurgen Habermas (Habermas, 2001: 74-76).

Los críticos se preguntan si acaso el procedimentalismo puro es una base suficiente para una identificación común. Por otro lado, uno puede preguntarse razonablemente si acaso el consenso en cuestiones de procedimiento es más fácil de alcanzar que el consenso en las cuestiones valorativas fundamentales, si solo para tal fin el acuerdo en cuestiones de procedimiento presupone un acuerdo en los valores fundamentales³. Las teorías de la razón pública son un intento de cerrar la brecha entre el procedimentalismo y la creencia en un compromiso sustantivo común. La idea es que enfocándonos en el contenido sustantivo del discurso salimos del procedimentalismo puro, pero al imponer límites al nivel del contenido de la justificación en lugar de un resultado político preservamos el espacio para ese consenso dentro de un pluralismo profundo. Ese es el proyecto de Rawls.

Para delimitar el argumento de Rawls, es necesario hacer un breve repaso del lugar de la razón pública en su más amplia y bien conocida teoría del liberalismo. Rawls sostiene que cualquier teoría comprensiva del liberalismo -una que defiende valores como “autonomía” como el bien más valioso- es inconsistente con el compromiso fundamental de valoración del pluralismo. Esencialmente, Rawls se apoya en un argumento sobre la justicia. Ninguna teoría comprensiva puede permitirse dar una justificación para el Estado liberal, dado que tal justificación extendería el poder fuera de los límites que un Estado liberal democrático tiene que aceptar. Para ser consecuente con el énfasis en la libertad individual, un

1 Este ensayo es un extracto de una discusión más larga de un libro por publicarse, “Democracy and Authenticity: Toward a Theory of Public Justification” (Cambridge University Press, publicación esperada para el 2011).

2 Para Hampshire, el valor del pluralismo no es algo meramente artificial de la política liberal sino un elemento ineludible de la sociedad humana. Por tanto, concluye, solo las normas procedimentales tienen la capacidad de asegurar un consentimiento de ancha base de parte de los gobernados que es necesario para la concepción liberal del gobierno democrático (Hampshire, 1989: 187) Al mismo tiempo, sin embargo, Hampshire insiste también que un compromiso a puros procedimientos tiene consecuencias necesariamente sustantivas, las cuales identifica en cinco prácticas que son siempre y necesariamente injustas y por tanto no están sujetas a resolución ni siquiera por simples procedimientos justos: esclavitud, absolutismo regio, trabajo desregulado, ausencia de oportunidades justas para las mujeres y la acumulación ilimitada de capital (Hampshire, 1989: 55-59, 63.). Es innecesario decir que, como en la lista de Rawls de precondiciones necesarias para la democracia, esta lista va más allá de las cuestiones sobre la justicia del procedimentalismo puro sino incluso más allá de los términos del mismo consenso liberal.

3 Ver, por ejemplo, el ensayo de Joshua Cohen “Pluralism and Proceduralism” (Cohen, 1994) Aparte de su propio argumento sobre la necesidad de justificaciones sustantivas para los principios procedimentales, Cohen identifica tres familias de argumentos que rechazan la división procedimental/sustantiva: “El nihilista afirma que procedimiento y sustancia vienen juntos, acepta el pluralismo moral y argumenta que tal pluralismo moral mina tanto el consenso procedimental como el sustantivo. El comunitario acuerda que ambos vienen juntos, está preocupado de que el pluralismo moral disminuya la efectividad de ambos, pero buscando afirmar que ambos consensos resisten al pluralismo moral -sea negándolo como hecho o presentando al consenso moral como un ideal atractivo y razonable-. El democrático-igualitario piensa que vienen juntos, acepta el pluralismo moral pero niega que tal aceptación excluya la posibilidad de consensos sustantivos (Cohen, 1994: 594).

Estado liberal debe mostrar un compromiso con el mayor grado posible de neutralidad dentro de los acuerdos competitivos. Como consecuencia, Rawls argumenta, un liberalismo comprensivo requiere demasiado para ser consecuente con su propio compromiso.

En cambio, Rawls propone un “liberalismo político” que ofrece la posibilidad de una teoría política compatible con el valor del pluralismo. En el liberalismo político, la justificación para la acción estatal debe estar fundamentada en una fuente que no esté enraizada en ninguna doctrina comprensiva. Rawls encuentra ese origen en la idea de un “consenso yuxtapuesto”, un conjunto de principios en el que existen un amplio consenso y que son compatibles con el aún más amplio conjunto de doctrinas comprensivas. La idea no es simplemente tomar elementos comunes de una variedad de doctrinas comprensivas y así apelar a todas ellas en busca de justificación. El consenso yuxtapuesto busca estar “libre de posturas”, o sea, que no debe depender en la aceptación de ninguna doctrina comprensiva en particular. De esta forma, el consenso yuxtapuesto puede mantenerse como un fundamento independiente para las instituciones y las acciones del sistema político liberal que pueden ser justificadas separadamente desde cada una de las diferentes doctrinas comprensivas razonables que están representadas en la sociedad⁴.

La confianza en un consenso yuxtapuesto de valores libre de posturas tiene consecuencias para el lenguaje de la deliberación. El espacio para el consenso yuxtapuesto debe ser el centro de la construcción de los principios políticos de legitimación. Por tanto, esos principios deben estar articulados ellos mismos en términos que pue-

dan fundamentarse dentro de ese consenso. Esta es la base para el concepto rawlsiano de razón pública.

La razón pública rawlsiana es pública de tres formas: “como la razón de ciudadanos libres e iguales, es la razón de lo público, su temática es el bien común concerniente a las cuestiones de justicia política fundamental, tales cuestiones son de dos tipos, fundamentos constitucionales y asuntos de justicia elemental; y su naturaleza y contenido son públicos, siendo expresados en el razonamiento público por una familia de concepciones razonables de justicia política razonablemente pensadas para satisfacer el criterio de reciprocidad” (Rawls, 1997: 767). Críticamente, en esta formulación los requisitos de razón pública se aplican únicamente a las consideraciones de “fundamentos constitucionales” y “cuestiones de justicia elemental”⁵.

Pero el argumento a favor de los límites genera lo que Rawls llama “la paradoja de la razón pública”. “Seguramente, las cuestiones más fundamentales deberían ser solucionadas apelando a las verdades más importantes, no obstante esto trasciende largamente la razón pública”. La paradoja, en otras palabras, es el justificar las “cargas de juicio”, autoimpuestas por los límites de la expresión política que son asumidos en nombre de la preservación del carácter esencialmente liberal del sistema político. Para justificar esos límites dentro del genuino valor del pluralismo, Rawls apela a su principio fundamental de legitimación, el principio de reciprocidad. “Nuestro ejercicio de poder político es adecuado y por tanto justificable únicamente cuando es ejercido de acuerdo a una constitución de fundamentos a los cuales todos los ciudadanos pueden razonablemente reconocer a la luz de

4 Esta corta descripción es tomada de “Political Liberalism” (1996) y “Public Reason Revisited” (1997). Es importante reconocer que los límites que operan en la teoría completa de Rawls son tanto sustantivos como procedimentales. Más importante, la justificación del accionar estatal debe satisfacer el “principio de la diferencia” el cual establece que un sistema político debe beneficiar al menos favorecido si va a beneficiar al más favorecido. “El orden social no debe establecer y asegurar propuestas atractivas para los más beneficiados a menos que hacerlo favorezca a aquellos menos afortunados (Rawls, 1975: 75) Como señala Stephen Macedo, no obstante, el principio de la diferencia en sí mismo puede ser entendido como un principio de razón pública: “adoptar el principio de la diferencia es una forma de expresar el compromiso de los más favorecidos a principios que pueden ser justificados por todos. Cualquier cosa menor al principio de diferencia no aseguraría adecuadamente a los menos favorecidos su posibilidad de suscribir los principios de materia de orden constitucional como cualquier otro” (Macedo, 2000: 15-16). La cuestión es qué límites sustantivos en las elecciones políticas son necesarias para que el principio de la razón pública tenga efecto requiere de una consideración cuidadosa en su propio derecho, pero eso supera los alcances del presente artículo.

5 Aunque luego fue inconsistente con este punto, inicialmente Rawls no proponía que los requerimientos de la razón pública fuesen necesariamente inaplicables a otras discusiones, solo que el caso se veía menos seguro mientras más se alejaba de las cuestiones de principios básicos. “Mi objetivo es considerar primero el caso más fuerte donde las cuestiones políticas involucran cuestiones fundamentales. Si debemos deshonorar los límites de la razón pública, parecería que no debemos honrarlos en ningún lado. Si debemos mantenerlos, podemos entonces proceder en otros casos. Aun así, garantizo que usualmente es bastante deseable el cerrar cuestiones políticas invocando los valores de la razón pública. Sin embargo puede que esto no sea así siempre” (Rawls, 1996: 215). En textos posteriores, no obstante, Rawls parece retractarse de tal argumento previo, como el texto citado. Adicionalmente, mientras a veces Rawls propone que los requerimientos de la razón pública solo se aplican a jueces y políticos, en otras ocasiones sostiene que en tanto ideal, al menos, las normas de la razón pública también definen la ciudadanía. En “The Idea of the Public Reason Revisited” (1997), Rawls intenta acortar el campo de aplicación para los límites de la razón pública. “Es imperativo notar que la idea de razón pública no se aplica a todas las discusiones políticas de cuestiones fundamentales, sino solo a aquellas cuestiones en las cuales me refiero al foro político público. Este foro puede estar dividido en tres partes: el discurso de los jueces en sus decisiones, y especialmente el de los jueces de la Corte Suprema; el discurso de los oficiales de gobierno, especialmente miembros con capacidad de decisión del Ejecutivo y legisladores; y finalmente, el discurso de los candidatos a un cargo público y sus asesores de campaña”. Los ciudadanos ordinarios, en cambio, ocupan el espacio de la “cultura de base”. “Distintos y separados de este foro político tripartito está lo que llamo cultura de base. Esta es la cultura de la sociedad civil. La idea de razón pública no se aplica a la cultura de base con sus muchas formas de razón no pública ni ningún medio de comunicación social.” En el mismo artículo, sin embargo, Rawls también llama a los ciudadanos participantes en las discusiones políticas a adoptar las normas del foro público. “Idealmente los ciudadanos deben pensar como si fuesen legisladores y preguntarse qué reglas, fundamentadas por qué razones satisfaciendo el criterio de reciprocidad, podrían considerar más razonable promulgar” (Rawls, 1997:767-769). En la Presentación de Political Liberalism de 1996, Rawls propone que los ciudadanos deben imaginarse como jueces. “La razón pública ve al cargo de ciudadano y su deber de civilidad como análogo del cargo de juez y su deber de decidir casos. Así como los jueces deben resolverlos sobre la base de precedentes jurídicos y cánones reconocidos de interpretación de las normas y otros fundamentos relevantes, así los ciudadanos deben razonar sobre la razón pública y guiarse por el criterio de reciprocidad, cuando cuestiones esenciales de la Constitución o de justicia básica están en riesgo” (Rawls, 1996: IV).

los principios e ideales aceptables para ellos como razonables y racionales”. Como resultado, hay un “deber moral de civilidad [ciudadanía]” en los ciudadanos “de estar en la condición de explicarse uno al otro ... como los principios y políticas que defienden y por las que votan pueden ser fundamentadas por los valores políticos de la razón pública”. El ejercicio de este deber requiere que los ciudadanos justifiquen sus concepciones políticas desde una posición que se encuentre dentro del consenso yuxtapuesto. “Cuando la concepción política se encuentra fundamentada por un consenso yuxtapuesto de doctrinas comprensivas razonables, la paradoja de la razón pública desaparece. La unión del deber de civilidad con los grandes valores de la política genera el ideal de ciudadanos gobernándose a sí mismos ... Ciudadanos que afirman el ideal de la razón pública, no como resultado de un compromiso político, como un *modus vivendi*, sino dentro de sus propias doctrinas razonables” (Rawls, 1996: 216-218).

“Civilidad”, entonces, es lo que nos es requerido para aceptar los límites en la expresión de argumentos a pesar del hecho de que creamos que esos argumentos sean verdad. Rawls utiliza una analogía para las limitaciones en la admisión de medios probatorios en los juicios penales. En el caso de los procesos penales, el sacrificio de la posibilidad de afirmar ciertas cosas que creemos que son verdad está justificado por la creencia de que la consecuencia es un incremento en la confianza así como la justicia del sistema, construyendo así la norma básica que el Estado soporta en la carga de la prueba. Los límites de la razón pública rawlsiana están justificados por un imperativo político de similar importancia, fundado en una “concepción política de la justicia”. La concepción política consiste en una creencia en “ciertos derechos, libertades y oportunidades básicas”, a las cuales se les asigna una “prioridad especial”, y el compromiso con “medidas que aseguren a todos los ciudadanos medios adecuados para todo propósito que permitan hacer efectivo el uso de sus libertades y oportunidades básicas” (Rawls, 1996: 218, 223).

¿Qué está excluido por esta formulación? El caso más obvio es la apelación a la doctrina religiosa, aunque Rawls es explícito al señalar que doctrinas no religiosas pueden ser igual de comprensivas. Particularmente en el contexto estadounidense, no obstante, la forma de justificación que la teoría de la razón pública de Rawls más inmediatamente confronta es la justificación por apelación a algo como “valores cristianos” o enseñanzas bíblicas. Este argumento fue presentado inicialmente en la edición de 1993 de *Liberalismo Político*. En la edición de 1996, sin embargo, Rawls también añadió una introducción en la cual

cambiaba su punto de vista de una forma importante: “Ahora creo, y por tanto reviso [el argumento anterior], que tales doctrinas razonables pueden ser introducidas en la razón pública en cualquier momento, *siempre y cuando* en el debido curso de las razones públicas, dada una concepción política razonable, sean presentadas como suficientes para fundamentar cualquiera sea la doctrina comprensiva que busquen fundamentar. Llamo a esto la condición” (Rawls, 1996: ii-iii, énfasis agregado)⁶.

II. LA RAZÓN PÚBLICA EN LA TRADICIÓN CONSTITUCIONAL ESTADOUNIDENSE

La idea de que existen límites en el rango de justificaciones permitidas para la elaboración de normas no es nueva. Sorprendentemente, quizás, esa idea ha jugado un papel vital en el constitucionalismo estadounidense. El primer y más básico límite en las acciones de gobierno es el impuesto por la Constitución de los EEUU -más notoriamente después de la adopción de la 14ta Enmienda- es el requerimiento de que el Estado provea de justificaciones válidas para sus acciones. Las limitaciones a la libertad “arbitrarias” o “sin propósito” son presumiblemente inconstitucionales. La teoría es que la frase “debido proceso del derecho” se aplica a la creación de normas como a su aplicación, y el requerimiento más básico del debido proceso en la creación de normas es que nos debemos los unos a los otros razones para utilizar el poder coercitivo del Estado. “Porque yo lo digo” es la lógica del tirano; “porque nosotros, la mayoría, lo decimos” es la tiranía de la mayoría que Madison temía. En la frase feliz de Cass Sunstein, el rechazo de la arbitrariedad en la creación de normas es el establecimiento de una “república de razones” (Sunstein, 1993: 20).

Fue un paso inmediato pasar de la idea de que en una democracia las acciones del Estado requieren justificación a reparar que existen cierta clase de justificaciones que no son aceptables. El segundo límite constitucional básico es el que llamaré el principio de anti – denigración; el accionar estatal no puede estar justificado por el deseo de tratar a una categoría de personas como si valiesen inherentemente menos que otra⁷.

Nuevamente, el principio constitucional no es que no se deba permitir tal argumento, sino que si ese es el argumento sobre el que se basa la aprobación de la ley, se sospecha de la constitucionalidad de tal ley. Uno puede encontrar una clara defensa del principio de anti – denigración en *Yick Wo v. Hopkins* (1886), cuando la decisión de las autoridades de San Francisco de denegar permiso a los descendientes chinos para mantener lavanderías fue declarada inconstitucional porque no tenía una justifica-

6 En *Justice As Fairness* Rawls expande el campo de la condición para aplicarla en todas las circunstancias. Es esta concepción “mayor” de la razón pública rawlsiana a la que me adhiero aquí (Rawls, 2001: 90.)

7 Lo que llamo principio de “anti-denigración” está muy vinculado al principio de “anti-subordinación” postulado por Jack Balkin y Reva Siegel. Una de las diferencias importantes es que Balkin y Siegel se enfocan en las consecuencias para la práctica jurídica en un contexto histórico definido. “Existen diferentes formas de entender el compromiso de la Corte con la anti-subordinación. Todas involucrarían “juicios interpretativos sobre el significado social, el status y el gusto” que son contingentes a “los contextos fácticos e históricos y, en particular, a las leyes y normas sociales que prevalecen en una determinada sociedad en un determinado momento histórico”. Jack M. Balkin & Reva B. Siegel, “The American Civil Rights Tradition: Anticlassification or Antisubordination?” 58 *University of Miami Law Review* 9, 14-15 (2003). En cambio, el principio que postulo es una restricción más limitada a la justificación.

ción legítima. “La conclusión no puede ser otra” escribió el Juez Matthews, “que no existe razón para ella más que la hostilidad hacia una raza y una nacionalidad a la que pertenecen los demandantes, y la cual a los ojos del Derecho no está justificada”⁸.

Irónicamente, una segunda clara articulación del principio aparece en *Plessy v. Ferguson* (1896), un caso no recordado usualmente por este principio en particular. El argumento que fue presentado decía que el mantenimiento de una ley que mandaba a tener vagones de trenes segregados racialmente obligaría a las cortes a mantener leyes que requieran “carros separados para ser otorgados a quienes tengan el cabello de cierto color o quienes sean extraterrestres ... o requiriendo que la gente de color camine en un lado de la calle y la gente blanca en el otro”. La respuesta de Matthews fue la declaración directa del principio de que la ley, para ser constitucional, no puede ser ni arbitraria ni opresiva. “La respuesta para todos es que el ejercicio del poder de policía debe ser razonable, y extenderse solo a las leyes que son sancionados con buena fe para la promoción del bien público, y no para el fastidio o la opresión de una clase particular”⁹. La conclusión de Matthews de que la segregación racial satisfacía ese criterio merece nuestro más absoluto rechazo, pero el principio que estaba aplicando es central dentro de la lógica del constitucionalismo estadounidense.

El mismo principio ha sido aplicado más recientemente en otros contextos. En 1995, la Corte Suprema declaró sin efecto una enmienda en una Constitución estatal previniendo la sanción de leyes limitando la discriminación contra homosexuales en la base de que no podía ser explicada como otra cosa mas que como una expresión de un “puro deseo de dañar” a un grupo impopular¹⁰ y en el 2003, la Corte usó la misma lógica para declarar sin efecto a un estatuto contra la sodomía¹¹. Como en *Plessy*, el hecho de que las leyes en cuestión violasen el principio de anti denigración era lo que se discutía¹²; no obstante, la validez del principio de anti denigración era un hecho de consenso. Todas las normas deben tener propósitos válidos, y el deseo de dañar o denigrar a una clase de ciudadanos no es una finalidad válida, consecuentemente el deseo de dañar o denigrar a una clase de ciudadanos no puede servir como justificación para una norma constitucionalmente aceptable.

La regla contra la promulgación de leyes arbitrarias y el principio de anti denigración son ejemplos reconocibles y ampliamente aceptados de límites constitucionales de razón pública, y no son los únicos ejemplos que se pueden encontrar. Es igual el caso, por ejemplo, de la Primera Enmienda como es entendida hoy que no permite que el deseo de suprimir una idea, o de suprimir o promover una religión son justificaciones permitidas para legislar. Esta observación no implica, obviamente, que todos estén obligados a aceptar estos principios, sea como asunto de interpretación constitucional o sea como elemento para nuestro entendimiento de la democracia liberal. No obstante, la existencia de de principios perdurables y ampliamente aceptados (dentro del *establishment* jurídico) cierran el paso al argumento que considera que cualquier argumento para los límites es *per se* una abdicación radical de las tradiciones constitucionales estadounidense, o de los principios liberales en general.

III. MICHAEL OAKESHOTT Y LOS RETOS DEL ANTI-CONSTITUCIONALISMO CONSERVADOR

Describiendo los deberes que dieron nacimiento a los requerimientos de la razón pública, Rawls diseñó una idea de “civilidad”. Ese concepto ha sido explorado, evidentemente, con diversos efectos. Michael Oakeshott desarrolla una noción de “civilidad” expresada en términos de “límites adverbiales”, pero usa esta idea para desarrollar un argumento abiertamente anti constitucional.

La preocupación de Oakeshott es preservar la pluralidad para asegurar el desarrollo de las capacidades y disposiciones que fortalecen la democracia en condiciones de pluralismo¹³. Para Oakeshott, estas disposiciones requieren estar sustentadas en la tradición y un entendimiento de la política como un proyecto de auto expresión auténtica. Oakeshott hace una clara distinción entre dos tipos de asociación: “asociaciones de empresa” y “asociaciones civiles”, las “asociaciones de empresa”, las cuales son formadas para conseguir algún interés o fin común, y las “asociaciones civiles”. La frase “asociación civil” identifica específicamente a las formas de interacción política, mientras las asociaciones de empresa (o “de finalidad”) describen todo lo demás, desde “creyentes de la misma

8 Yick Wov. Hopkins, 118 U.S. 356, 374 (1886).

9 Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537, 549-50 (1896).

10 Refiriéndose a la enmienda, Kennedy dijo “su amplia tolerancia no se conlleva con las razones ofrecidas en tanto la enmienda no puede ser explicada por otra cosa que por un ánimo contrario a la clase que afecta” Romer v. Evans, 517 U.S. 620, 632 (1995).

11 Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003) Escribiendo por la mayoría, el Juez Kennedy invocó el principio de anti-denigración en los términos de la idea de que es impropio de un estado alentar el prejuicio contra una clase afectada a través de una ley. “Cuando una conducta homosexual se convierte en crimen por una ley estatal, tal declaración por sí misma es una invitación a convertir a los homosexuales en blanco de discriminación tanto en la esfera pública como en la privada. Lawrence, 539 U.S. at 575.

12 El Juez Scalia escribió una dissenting opinion bastante aguda en Romer en la cual insistía que los ciudadanos de Colorado estaban escogiendo bandos en “una Kulturkampf”, un uso un tanto misticador del término que usó el Canciller Bismarck en su campaña para deshacerse de la influencia política de la Iglesia Católica en Alemania. Romer v. Evans, 517 U.S. 620, 636 (1996). Scalia no estuvo en desacuerdo, sin embargo, en que si hubiese creído que la ley reflejaba un “puro deseo de dañar” a los homosexuales, hubiese sido por ese hecho considerada inválida.

13 Es usual pensar en Oakeshott como una figura clave en el desarrollo del conservadurismo anti-gubernamental moderno, “la eminencia gris detrás del thatcherismo” en palabras de Jonathan Raban, antes que como un pensador liberal específico. (Raban, 2007: 6). Dejando de lado el punto de que mucho de la división entre las ideologías “liberales” y “conservadoras” se dan dentro del vocabulario del liberalismo consensual, la asociación directa de Oakeshott con políticas anti-liberales es cuestionable. La base para la identificación de Oakeshott como un conservador es usualmente su énfasis dual en la importancia de la tradición y el particularismo histórico. Esto último recibió una articulación vulgar en la famosa frase de Margaret Thatcher: “no existe algo como la sociedad”. Para un análisis más serio, ver Franco, 2003: 500 – 02.

fe” a “socios en... una fábrica de clarinetes” (Oakeshott, 1990: 114) Cada una de estas formas de asociación está vinculada a una forma particular de política. Concebir el Estado como una asociación de empresa lleva a una política del “auto revelamiento” en la cual revelamos nuestras preferencias e intereses. En tal asociación de empresa, “los agentes se relacionan uno con el otro en acuerdos sobre las finalidades que persiguen”. En la política del auto - revelamiento, el test a superar de todas las acciones es si contribuyen o no a alcanzar la finalidad común (Oakeshott, 1990: 118, 116-17).

En cambio, un entendimiento del Estado como una asociación civil lleva a la política de auto – nomía. La autonomía es la expresión de la identidad y valores de uno, los elementos de la subjetividad de una persona sobre las cuales forma sus preferencias. Aquí, los motivos de la conducta son “sentimientos”, los principios sobre los cuales un sujeto “se permite a sí mismo actuar” antes que una finalidad deseada. Para vincular tal conducta, un agente se ve obligado a “normar o re – normarse a sí mismo como desea ser” de una forma “relacionada (...) con la integridad de su carácter, y no con su entendimiento sobre una situación contingente a la que debe responder” (Oakeshott, 1990: 72-73).

La conexión con el pluralismo recae en que la pertenencia a una asociación civil no requiere un acuerdo en los fines. “La asociación civil es una condición moral, pero no se preocupa de la satisfacción de los deseos y los resultados sustantivos sino con los términos sobre los cuales la satisfacción de esos deseos debe ser buscada”. Por tanto, el Estado es moral con respecto a los medios, pero neutral con respecto a la elección de los fines, al menos dentro de un amplio rango de posibilidades¹⁴. Esa neutralidad, de hecho, es la base del status moral de la asociación civil.

“Dado que la obligación a actuar ‘civilizadamente’ o ‘justamente’ no es una obligación de realizar ninguna acción sustantiva, un Estado, bajo este entendimiento, es una asociación moral y no de empresa” (Oakeshott, 1991: 454) Ese contenido moral conecta la asertividad de la neutralidad con respecto a los fines del espacio de la autenticidad. Dentro de las asociaciones civiles, la prueba a superar es si sus acciones pueden articular “condiciones dignas de autonomía”, antes que los requerimientos más

restrictivos de consistencia con un programa de acción predeterminado. Para Oakeshott, el mantenimiento de una asociación civil requiere un deseo de parte de sus participantes de separar sus roles como ciudadanos de aquellos que surgen de las otras asociaciones que dan forma a su vida, “separando... todo aquello que los diferencia uno del otro” y se relacionan en igualdad moral. Más allá, la finalidad de la asociación política de Oakeshott no es contraria a primera vista ni a los límites constitucionales ni a los límites de la razón pública rawlsiana. Esos puntos de desencuentro surgen cuando Oakeshott describe a la política desviada, una descripción que llena de alguna forma sus poco claros elementos de los ideales políticos realizados correctamente.

El peligro que Oakeshott teme surge cuando uno concibe al Estado como una asociación de empresa, un peligro que es recogido en su descripción de “racionalismo” político¹⁵. El racionalismo político se caracteriza por la tendencia a tratar la política como un ejercicio pragmático de resolución de problemas antes que como la expresión de identidades aspiracionales; la creencia en el valor de los principios abstractos y de la educación formal como guía la acción política; y la creencia en la capacidad de los individuos de lograr la auto-recreación a través del razonamiento crítico reflexivo.

“Intelectualmente, (la ambición del) racionalista no es realmente compartir la experiencia de la humanidad sino mostrarse como un *self made man*. Y esto le da a sus actividades prácticas y académicas una deliberación y auto-conciencia casi preternaturales”. El racionalista “no carece de humildad”. Puede imaginar un problema que permanezca impávido al ataque de su propia razón. Pero no puede imaginar una política que no consista en solucionar problemas, o un problema política para el que no hay solución racional” (Oakeshott, 1991: 7, 9-10).

La fe del racionalista en el “conocimiento de los libros” antes que en un “conocimiento concreto y genuino de los intereses permanentes y la dirección de la sociedad” lleva a una multiplicidad de malos resultados cuando se aplica al diseño de las instituciones de gobierno. Uno de estos es la tendencia al planeamiento central y al fracaso de constituir instituciones políticas que reflejen adecuadamente la cultura de la sociedad en la que operan. Un segundo peligro relacionado es la tendencia a una inclusividad democrática temeraria.

14 “Dado que las asociaciones civiles no tienen ningún propósito propio, un Estado tomado en esos términos se acomoda inherentemente a todas las expresiones de las propiedades asociativas de sus miembros” (Oakeshott, 1990: 314.) La apelación a la neutralidad se mantiene limitada por los compromisos morales a las limitaciones en los medios y en casos extremos por la necesidad del mismo propósito de la asociación. “La así llamada neutralidad moral de las prescripciones civiles es una media verdad que debe ser complementada por el reconocimiento de la propia asociación civil como una condición moral y no prudencial.” (Oakeshott, 1990: 174-75.). Esta observación cuestiona algunas de las lecturas más extremas de la teoría de la neutralidad de Oakeshott. Raban propone que, de sus propias palabras, el rechazo de Oakeshott del “racionalismo” a favor de la neutralidad moral lleva a un rechazo de gran parte de la actividad gubernamental moderna. “Bajo esta concepción, los signatarios de la Constitución estadounidense, Marx, Engels y Hitler eran racionalistas” junto a cualquier programa diseñado para emplear los recursos del gobierno para mejorar el bienestar social (Raban, 2007: 7.) Para una lectura similar, ver Galston, 1991: 3.

15 “Usted vea, Señor, en esta era ilustrada soy lo suficientemente valiente para confesar que somos usualmente hombres de sentimientos que no nos han enseñado; eso en lugar de desterrar todos nuestros viejos prejuicios, los estimamos... los estimamos porque son prejuicios; y mientras más duran, y mientras más generalizados están, más los estimamos... El prejuicio hace rendir las virtudes del hombre ante su hábito; y no solo ante una serie de actos inconexos. A través del prejuicio, su deber se convierte en parte de su naturaleza.” Para Burke, la preferencia por esta forma de conocimiento inarticulado y pre-racional está directamente conectado con la preferencia por la religión. “Sabemos, y lo que es mejor sentimos internamente, que la religión es la base de la sociedad civil”. La misma clase de prejuicio sentido, antes que argumento racionalizado, dio a Burke la seguridad de que los ingleses no deberían desear cambios en el orden político. “Estamos resueltos a mantener una Iglesia establecida, una monarquía establecida, una aristocracia establecida y una democracia establecida” (Burke [1790], 2009: 87, 90, 91.)

Oakeshott distingue entre las calificaciones de un ciudadano y las calificaciones de una persona apta para estar en el gobierno; esta es una distinción que los racionalistas desconocen. Al no darse cuenta que las asociaciones políticas deben ser expresivas antes que meramente instrumentales, el racionalista imagina que se puede confiar en aquellos sin experiencia de poder y por tanto busca llevar al gobierno “al nuevo gobernante, la nueva clase dominante, y la nueva política... por no decir nada de la incursión del nuevo sexo”. Es por este deseo *naïf* de traer a las clases sin experiencia al gobierno que el racionalista depende de la educación formal antes que en el largo aprendizaje propio de la actividad política.

Las doctrinas de política formal son una guía de estudio que reemplaza el verdadero conocimiento de la material. “Ninguna de estas clases tuvo tiempo para adquirir educación política antes de llegar al poder, cada una necesita una guía, una doctrina política, para poder empezar el hábito del comportamiento político. El Racionalista, escribe Oakeshott, “nunca entiende que toma alrededor de dos generaciones aprender una profesión” (Oakeshott, 1991: 27, 30, 39).

Las consecuencias de este entendimiento para la gobernabilidad democrática son predecibles. Oakeshott tiene poca paciencia con el énfasis madisoniano en los arreglos institucionales como por la utopía marxiana; se refiere a ambos como ejemplos de “racionalismo convertido en revuelta”.

El problema, entonces, es tratar a la política de forma instrumental. Si uno ve el sistema político como un mecanismo para la satisfacción de intereses o el logro de ciertas metas políticas, tiene perfecto sentido insistir en que cada uno debería ser incluido y que una forma limitada, incluso artificial, de discurso político debería ser concebido para acomodar las formas resultantes de la pluralidad. En esa perspectiva, “el gobierno” y la sociedad no son entidades distintas de forma clara: este es el reclamo esencial del gobierno *representativo*.

La visión de Oakeshott es cercana a la opuesta; en su descripción, la sociedad es una gran masa floreciente de confusión comprendida en una infinita variedad de asociaciones de empresa, mientras el gobierno es dirigido por profesionales condicionados por múltiples generaciones de experiencia cuya meta es expresar o realizar los aspectos aspiracionales de la identidad nacional común de los ciudadanos, donde los límites de la razón pública de Rawls son diseñados para crear espacio para la máxima participación en términos equivalentes; los límites adverbiales de Oakeshott son la demostración de las disposiciones de una ciudadanía que identifica los límites de la participación.

Es fácilmente reconocible que la descripción del gobierno de Oakeshott es distintivamente británica mientras la

de Rawls es distintivamente estadounidense; sin embargo, más allá de esta observación, uno debe considerar la fuerza de las preocupaciones de Oakeshott en tanto se aplican a una Constitución como la de los Estados Unidos. Una forma de ver estas implicancias es en términos de lenguaje; la teoría de Rawls postula la necesidad de una forma específica de lenguaje político constitucional.

Oakeshott, en cambio, busca asegurar que la política se exprese en “popular”, el lenguaje orgánico y ordinario de aquellos que han sido considerados aptos para la ciudadanía o para un rol en el gobierno a través de generaciones de condicionamiento. Oakeshott señala que su concepción de civilidad conlleva un “lenguaje de diálogo popular” que se vincula a todas las formas posibles de interacción social, argumentando que las demandas de su robusta versión de civilidad pueden ser entendidas por cualquiera que no “haya sido tan pobremente educado que sea incapaz de hablarlo inteligiblemente” (Oakeshott, 1990: 123-24).

Para Oakeshott, el racionalista busca conseguir la inclusión creando instrumentalmente un lenguaje político desvinculado de cualquier experiencia social duradera, en cambio, propone que la política debe desenvolverse en el lenguaje popular de la sociedad, el lenguaje en el cual los ideales políticos de gobierno surgen tras generaciones en una ciudadanía formada por un auto-entendimiento ampliamente compartido. La expresión de tal auto-entendimiento común en política es entonces llevada a cabo por una clase gobernante de individuos que están profundamente sumergidos en las tradiciones políticas heredadas de la sociedad.

Existe un paralelo interesante aquí, entre los elementos lingüísticos del argumento de Oakeshott y de las teorías del lenguaje ordinario. Estas son teorías que consideran que la democracia requiere que los políticos democráticos se desenvuelvan en el lenguaje de la experiencia ordinaria precisamente para asegurar que la política siga siendo inclusiva. Richard Flathman, tomando un argumento de Oakeshott, postula que una política liberal verdadera requiere espacio para el “lenguaje popular” y una vinculación con un cubrimiento oscurecedor mutuo (Flathman, 1992: 80-2; Oakeshott, 1991: 180)¹⁶. Es así que, donde Rawls busca que todos los ciudadanos hablen en un lenguaje mutuamente inteligible de justificación política, Flathman celebra la pluralidad de entendimientos que surgen orgánicamente en una sociedad diversa y clama por una política que haga espacio para que se escuchen esas voces¹⁷.

El rol preciso que juega el lenguaje ordinario en estos postulados no es del todo claro. Ciertamente, la apelación a una forma de política capaz de enganchar a la gente “donde vivan” y que incluya las preocupaciones y compromisos sentidos por los ciudadanos es fácil de en-

16 Ver también Flathman, 2005: Capítulo 5. El estándar de Flathman del encubrimiento mutuo oscurecedor pone su argumento directamente en contra de las presunciones optimistas de varios autores democrático-deliberativos así como a los autores de la razón pública.

17 Hannah Pitkin, también encuentra razones para buscar la inclusión del lenguaje ordinario en el discurso político de los significados socialmente generados antiformalistas y antifundacionistas de Wittgenstein. (Pitkin, 1973: 326, 340). La preocupación por preservar la experiencia de lo “ordinario” en la política puede rastrearse como influencia de Leo Strauss, entre otros. Para una excelente discusión sobre esa conexión, ver Pippin, 2003.

tender; pero, precisamente, ¿cuál es el rol que tal lenguaje ordinario desempeña en mantener esa posibilidad y contra qué alternativa se presenta? Stanley Cavell presenta un particular argumento desarrollado en respuesta a estas preguntas. Cavell postula un rol para el lenguaje ordinario en un ideal perfeccionista de auto-transformación que podría llamarse (con el perdón de Ronald Dworkin), lenguaje ordinario purificándose a sí mismo¹⁸.

El argumento de Cavell es, entonces, de alguna forma el de Oakeshott vuelto contra sí mismo, una apelación a la conducta de la política en términos de lenguaje ordinario para efectuar cambios antes que preservar la tradición y envalentonar una auto-evaluación del entendimiento recibido antes que su mera expresión.

Cavell argumenta que el elemento crítico del potencial transformador de la deliberación política reside en su capacidad de demostrar las contradicciones en las concepciones políticas de los ciudadanos revelando distorsiones que se presentan en su uso ordinario del lenguaje. Para demostrar esta posibilidad, Cavell presenta el caso de un dueño de esclavos en Estados Unidos previo a la Guerra Civil que se refiere a sus esclavos humanos como ganado. El dueño de esclavos, afirma Cavell, no quiere decir realmente lo que dice, y su error en el significado de su propio uso del lenguaje reside en el núcleo del sistema de ideas que justifica la deshumanización de personas diferentes a él.

Lo que no ve no es algo sobre los esclavos exactamente, y no exactamente sobre los seres humanos. Más bien, no percibe algo sobre sí mismo, o más bien, sobre su conexión con esas personas, sus relaciones internas con ellos, por decirlo. Cuando quiere que le sirva la mesa una mano negra, no le satisfaría una pezuña negra. Cuando viola a una esclava o la toma como concubina no siente que, por tal hecho, haya cometido sodomía... Tampoco intenta convertir a sus caballos al cristianismo ni los aleja del frío. Todo en su relación con sus esclavos muestra que los trata más o menos como humanos (Cavell, 1999: 376-77).

La idea no es simplemente que la expresión pública deba ser un reflejo del discurso privado, En cambio, es la dispersión de los modos ordinarios de hablar en un espacio público específico lo que le provee de su potencial transformador. Andrew Norris señala que, mientras Rawls piensa la distinción entre el discurso público y el discurso privado en los términos de los modos de hablar, para Cavell la distinción involucra “voz y agencia”, de tal forma que lo público es el espacio de dominio de “una voz que usamos cuando conversamos con el otro”. La

voz pública es una que, a través del conocimiento que no somos “privados con respeto” con respecto al otro, nos permite probar nuestro uso ordinario del lenguaje y que se nos muestre sus distorsiones¹⁹.

Expuesto a las pruebas de la comunicación pública, las maneras de pensar del dueño de esclavos serían reveladas como inconsistentes y auto-contradictorias en maneras que el propio dueño de esclavos estaría forzado a reconocer.

Entendido de esta manera, la apelación al lenguaje ordinario no tendría que oponerse a algunos entendimientos del constitucionalismo. El problema es que la premisa que Cavell encuentra en el lenguaje ordinario se ve minada por su propio ejemplo. Por ejemplo, no hay razón por la cual el dueño de esclavos deba dividir el mundo de las cosas vivientes en dos categorías: humanos y bestias. No sólo el lenguaje popular, sino también el jurídico, del sur de los Estados Unidos antes de la Guerra Civil trataba a los esclavos como una categoría intermedia, a veces totalmente humanos y *simultáneamente* en otras formas como si no lo fuesen²⁰.

Por tanto, la supuesta “contradicción” del lenguaje ordinario podría estar enteramente en el ojo de quien discrepa del punto de vista, en ese momento el acto de señalar eso no sería efectivo.

La observación de que puede haber discrepancias sobre lo que se puede considerar como contradicción también apunta a otro aspecto del lenguaje ordinario, el fenómeno del mutuo cubrimiento oscurecedor al que Flathman se refería. Pero mientras Oakeshott celebra y busca preservar tal cubrimiento, Cavell lo identifica como la condición de la relación entre el amo y el esclavo; y, por tanto como algo que superar. Si, como Norris entiende a Cavell, lo público es definido como un modo de dirigirse, entonces un modo de dirigirse mutuamente incomprendido destruye la propia estructura pública que está llamada a preservar. Las instituciones públicas liberales no pueden ser “verdaderamente públicas” si son consideradas incomprensibles.

En este punto volvemos a la ecuación de Oakeshott entre el constitucionalismo y el racionalismo político. Oakeshott aparece ahora con razón al señalar que el constitucionalismo y las instituciones políticas liberales generalmente dependen de la separación entre el espacio de dominio de lo político y el espacio de dominio de la experiencia social; Flathman y Cavell tienen razón al identificar la que la razón de esta separación tiene que ver con el lenguaje.

La función constitucional de una teoría de la razón pública es ahora vista con una nueva perspectiva; aparece

18 Dworkin usa la imagen de “el Derecho purificándose a sí mismo” para reflejar las consecuencias de sus normas de integridad y coherencia en la interpretación judicial (Dworkin, 1986: 400-04.) La frase viene de la descripción de Lord Mansfield del common law: “El common law se purifica a través de reglas tomadas de la fuente de la justicia, y es por tal razón superior a cualquier acto del Parlamento” *Omychard v. Barker*, (1744) 26 Eng. Rep. 15, 23.

19 “La teoría liberal necesita un entendimiento más rico de la voz y la agencia si desea seguir justificándose... también necesita clarificar cómo sus instituciones públicas pueden ser verdaderamente públicas y no solo pantallas de humo y herramientas para las clases y facciones privilegiadas”, una formulación que recuerda a la preocupación de Young a que apelación al “bien común” no sea fácilmente utilizada para disfrazar el hecho de la inequidad estructural (Norris, 2002: 829-30).

20 Para una discusión de la caracterización del Derecho esclavista del sur y su conexión con las categorías de humanidad pensadas usualmente en el sur previo a la Guerra Civil, ver Schweber, 2004: capítulos 5 y 6.

como el resguardo constitucionalmente necesario *contra* el mutuo cubrimiento oscurecedor del lenguaje ordinario o la necesidad de limitar la participación de aquellos que están profundamente vinculados con una identidad heredada de la cual la política es una expresión, pero ¿qué ocurre con la preocupación de Cavell con la distorsión? Cavell señala que es en los momentos en que reconocemos los elementos de distorsión en el lenguaje ordinario que la clase de injusticias que las constituciones presumiblemente querían evitar se vuelven más evidentes. Si en el caso de los gobiernos constitucionales se depende de tales distorsiones, ¿no nos regresa eso a la posición anti-constitucionalista de Oakeshott?

La respuesta, creo, es que los argumentos para una política popular se resisten a considerar la posibilidad de lo que podríamos llamar *distorsiones virtuosas*, ilustradas en la conexión que he venido señalando entre las constituciones y la razón pública. Como demuestra la experiencia estadounidense, la adopción de una constitución escrita ha generado un efecto limitante en el lenguaje en los términos por los cuales cierta clase de argumentos políticos deben ser expresados para ser considerados aceptables; una de las consecuencias de este fenómeno es la exclusión de cierta clase de argumentos que sólo pueden ser articulados en lenguaje popular.

Pero son aquellos argumentos exclusivamente populares -argumentos que no pueden ser traducidos al lenguaje de la razón pública constitucional- los lugares comunes para la injusticia no evaluada. El dueño de esclavos no tiene problemas en describir al esclavo como un categoría intermedia, ni humano ni bestia, pero a menos que esa categoría intermedia sea reconocida jurídicamente no puede hacer de hace caracterización denigrante la base para afirmar sus derechos como propietario²¹.

Una generación después de la abolición de la institución de la esclavitud en EEUU, fue el momento en que el principio de anti – denigración fue reconocido en *Plessy*. Las limitaciones adverbiales del lenguaje constitucional no popular resultaron tener exactamente las mismas consecuencias sustantivas que describí previamente en los términos de la razón pública de Rawls: excluyen ciertas acciones del gobierno de ser justificadas de alguna forma.

IV. EL CASO DEL ANTI CONSTITUCIONALISMO AGONISTA/MULTICULTURAL

La apelación de Flathman al “mutuo encubrimiento oscurecedor” conlleva ecos de un reto bastante distinto para la razón pública, sugerido por los escritores demo-

cráticos agonistas. Mientras Oakeshott es vinculado con la derecha anglo-estadounidense, el reto sugerido por los agonistas vienen de la izquierda europeo continental²². Y mientras los teóricos del lenguaje ordinario descritos en la sección previa estaban preocupados por asegurar que el orden político deba estar enraizado en una identidad común auténtica, los agonistas buscan que la democracia liberal asegure más espacio para el conflicto entre esas identidades.

Es así que, los teóricos democráticos agonistas cuestionan la razón pública de Rawls y al liberalismo en general, por sus intentos de suprimir o limitar los conflictos como un elemento del diálogo político. Para estos autores, el conflicto que es eliminado del dominio de lo político sólo se convierte en más peligroso. Consecuentemente, argumentan, cualquier intento de excluir la articulación de cierta clase de justificaciones del discurso político es, en última instancia, destructivo, un argumento que nos lleva a una versión diferente de anti-constitucionalismo.

Chantal Mouffe postula la superioridad de una visión “multi-polar” de la política por sobre una versión “cosmopolita” que busca minimizar la competencia partidaria, tanto para mejorar el significado de la experiencia de la elección política y asegurar que una esfera agonista de debate político provea una alternativa para el antagonismo moral ilimitado. Bajo esta perspectiva, la democracia se caracteriza por conflictos entre grupos cuyas actitudes políticas están basadas en afiliaciones de grupo formadoras de identidad antes que en intereses en conflicto. Mouffe no está apelando a identidades políticas esencialistas, en tanto las bases para estas afiliaciones formadoras no necesariamente tienen que ver con las categorías tradicionales como raza, clase o grupo étnico. Ella argumenta, más bien, que las identidades construidas socialmente, diferentes y en conflicto, son previas en la entrada a la esfera política y la realidad de los reclamos de esas identidades en conflicto debe ser acomodada por la política democrática.

Aquí, Mouffe señala una distinción entre la política ordinaria y “la política”. La política ordinaria representa la eliminación de esos conflictos, y consecuentemente la subordinación de ciertos grupos, mientras que “la política” es el momento de agitación y desunión que cuestiona los acuerdos previamente tomados. (Mouffe, 2005: 9; ver también Laclau y Mouffe, 2001; Rancierre, 1999: 18).²³ “La política” no se refiere a “las diversas prácticas de la política convencional” sino más bien a “la misma forma en que la sociedad está instituida”. La política no es un espacio de “libertad y deliberación pública”. En general,

21 El punto obvio de referencia aquí es la descripción del Juez Tanney del status de los esclavos negros al momento de la adopción de la Constitución en *Dredd Scott v. Sanford*. Para una excelente tratamiento de la ambigüedades constitucionales involucradas en el caso, ver Graber, 2008. Graber concluye que es posible señalar que la decisión de Tanney era legalmente correcta, una observación que lleva a Graber a considerar al fenómeno de lo “constitucionalmente malvado”, una práctica moralmente repugnante que es o tolerada o requerida por la Constitución.

22 Con esto no sugiero que no existan importantes autores estadounidenses de la escuela agonista. Ver, por ejemplo, Honig, 1992 y 2001

23 Existe una comparación interesante a ser realizada entre la visión de la política de Mouffe y aquella articulada por Sheldon Wolin en su famoso ensayo “Democracia Fugitiva”. La concepción de Wolin se basa en el modelo republicano clásico del auto-gobierno local de ciudadanos participantes, activos e iguales. Esas formas de interacción, ejemplificadas en la tradición de las audiencias Ayuntamiento de New England así como en la polis aristotélica, son para Wolin sitios de debate irrestricto que abre posibilidades ilimitadas de cambio. Extendido a democracias más grandes, estas formas de acción y discurso se vuelven momentos “fugitivos” de verdadera democracia expresada en los momentos restauradores de cambio revolucionario. (Wolin, 1994: 23, 18-19.)

el intento de usar la deliberación o el compromiso de unir las brechas entre las diferencias entre ciudadanos es infructuoso.

La cuestión de la democracia, argumenta Mouffe, “no es cómo negociar un compromiso entre intereses que compiten, ni como alcanzar un consenso ‘racional’, por ejemplo, totalmente inclusivo y sin ninguna exclusión”. En cambio, Mouffe postula que la expresión de cualquier idea política incluye la negación de otras, así que “todo orden es político y está basado en alguna forma de exclusión” (Mouffe, 2005: 9, 14, 18.) El liberalismo, no obstante, no solo excluye los valores en competencia, va más allá y niega su propia existencia. “El liberalismo”, escribe Mouffe “debe negar la política en su dimensión antagonista” (Mouffe, 2005: 10).

Desde el punto de vista agonista, una sociedad pluralista está irremediabilmente dividida y la apariencia de unidad en un Estado pluralista es un delgado velo para eliminación de la diferencia. La visión del agonismo de Mouffe toma dos premisas articuladas por Carl Schmitt: primero, que la democracia, como cualquier otra idea política, solo puede ser exitosa excluyendo y eliminando a los valores en competencia; y segundo, que la identidad se expresa más poderosa e importantemente en la acción política, un punto que Mouffe enfatiza en su valoración de las “pasiones” y la “dimensión afectiva” de la participación política. (Mouffe, 2005: 24-5) Para los autores agonistas como Mouffe, la política democrática *debe* alcanzar un nivel de demandas de identidad auténticas, como ocurre con las divisiones entre izquierda y derecha.

“(…) Para poder movilizar pasiones hacia diseños democráticos, la política democrática debe tener un carácter partidario. Esta es, de hecho, la función de la división de izquierda/derecha”. Los ciudadanos se movilizan por su identidad política experimentada afectivamente, no por un conjunto de intereses o compromisos accesibles a través de cálculos racionales. Estas identidades individuales, como sistemas de valores políticos, son exclusivos y excluyentes. “La creación de una identidad”, escribe, “implica el establecimiento de una diferencia, diferencia que suele ser construida en base a la jerarquía, por ejemplo, entre forma y fondo, blanco y negro, hombres y mujeres, etc.” (Mouffe, 2005: 6, 15.)

Tal conclusión, sin embargo, deja el problema de cómo responder al reto del pluralismo.

Es en este punto que Mouffe se separa del libreto de Schmitt; mientras Schmitt concluye que el pluralismo es insostenible en una democracia, Mouffe y otros agonistas pluralistas buscan una alternativa.

Según ellos, lo que se requiere no es la búsqueda ilusoria de una salida a los conflictos de las demandas de identidad, sino una forma de manejar esas demandas irreducibles y por tanto manejar los conflictos que generan. “A pesar de lo que varios liberales quieren que creamos, la

especificidad de la política democrática no es superar la oposición nosotros/ellos, sino la forma distinta en que esta es establecida. Lo que la democracia requiere es dibujar la distinción nosotros/ellos en una forma que sea compatible con el reconocimiento del pluralismo que es constitutivo de la democracia moderna”²⁴ (Mouffe, 2005: 14).

Dado que el conflicto entre las demandas de identidad conflictivas son persistentes y e irresolubles, ni un modelo de adición en el nivel de la expresión preferente ni un modelo deliberativo dedicado a la perfección del proceso de formación de la preferencia son una estrategia significativa.

En cambio, Mouffe argumenta la superioridad de una visión “multipolar” de la política que provea de una estructura que mejore el significado de la experiencia de la elección política y que asegure una esfera política agonista de debate político provea de una alternativa para superar el antagonismo moral. La idea es que permitiendo a múltiples y fundamentalmente distintos grupos competir por la autoridad da a cada uno la experiencia de participación, mientras el reconocimiento mutuo que resulta preserva una coexistencia estable por la aceptación mutua de la arena política como el sitio de debate. Por otro lado, el intento liberal de denegar los “elementos irreduciblemente antagonistas presentes en las relaciones sociales” lleva a una “sensación de desorientación a la luz de sus manifestaciones e... impotencia en cómo enfrentarlas” (Mouffe, 1993: 140).

Esta descripción de la política obviamente no deja espacio para una teoría de la razón pública. Los autores agonistas de esta escuela arriban a una oposición a los límites constitucionales en el discurso público por una forma de interacción entre identidad y lenguaje; como lo señala Jacques Rancière, los conflictos políticos profundos surgen de los problemas del “conocimiento de si acaso hay una posibilidad de ver el objeto que ellos (los participantes) designan como el objeto visible del conflicto. Es el conocer si acaso el lenguaje común en el que están exponiendo lo incorrecto es realmente un lenguaje común.” (Rancière, 1999: 50.) James Tully señala este punto con mayor énfasis.

Tully señala que a la luz de un pasado de una historia de opresión, el conservadurismo inherente del discurso jurídico resulta tanto en exclusión como en la previsión de la crítica igualitaria.

¿Cómo pueden los que proponen el reconocimiento traer las demandas a un foro público del cual tales culturas han sido excluidas o en el cual han sido menospreciadas por siglos? Ellos pueden aceptar el lenguaje y las instituciones de la autoridad, en cuyo caso sus demandas serán rechazadas por los conservadores o comprendidas por progresistas en un lenguaje y con instituciones cuya imparcialidad y soberanía ellos cuestionan.

24 Esta visión está en alguna tensión con otro punto de vista anterior de Mouffe, expresado en *The Democratic Paradox*, en la cual ella se toma de manera mucho más explícita la visión schmittiana que localiza al antagonismo contra los “adversarios” como el núcleo de la experiencia de la política democrática (Mouffe, 2000).

*O podrían rehusarse a jugar el juego, en cuyo caso se convierten en marginales y entran al sistema a la fuerza o toman las armas.*²⁵ (Tully, 1995: 56.)

Tal como el deseo de Rancierre de asegurar espacio para la competencia entre lenguajes políticos mutuamente incomprensibles, el anticonstitucionalismo de Tully descansa finalmente en un deseo de reconocimiento extendido a los elementos auténticamente constitutivos de la identidad de experiencia local colectiva. El resultado es la negación del deseo, sino acaso de la misma posibilidad, de unidad demótica que es la precondition para los límites constitucionales.

La negación de tal posibilidad es lo que guía a los autores agonistas a rechazar mecanismos parecidos a la constitución diseñados para crear la ilusión de unidad que prevenga el reconocimiento de los conflictos que lo subyacen. “El pluralismo es *radical* solo en la medida en que cada uno de los términos de su pluralidad de identidades encuentre en sí mismo el principio de su propia validez (...) y este pluralismo radical es *democrático* en la medida que la auto-constitución de cada uno de sus términos es el resultado de desplazamientos en el imaginario igualitario. Por tanto, el proyecto por una democracia plural y radical es, en un sentido primario, nada más que la lucha por la máxima autonomización de las esferas en la base de la generalización de la lógica equivalencia-igualitaria.” (Laclau y Mouffe, 2001: 167)

Otra implicación anticonstitucional de la postura agonista tiene que ver con el rol de las instituciones. Mouffe y otros agonistas buscan un momento de incertidumbre de final abierto en las prácticas institucionalizadas de la democracia. Argumentan que el hecho de una incertidumbre omnipresente preserva la posibilidad de reabrir conflictos previamente eliminados y así provee de una oportunidad a los grupos previamente excluidos del discurso hegemónico de entrar al diálogo. Así, Charles Lefort escribe que la democracia “inaugura una historia en la cual la gente experimenta una incertidumbre fundamental como base del poder, el derecho y el conocimiento” (LeFort, 1988: 19).

La posición procedimental de Dahl descrita previamente estaba enraizada en la idea de que la estabilidad de las instituciones democráticas depende en la posibilidad de que los perdedores en una ronda de toma de decisiones pudiesen esperar razonablemente esperar tener la oportunidad de competir por el mismo tema en el futuro. El argumento agonista extiende esta idea al propio orden político y social, sosteniendo que un orden particular que existe en un momento determinado siempre está sujeto a ser revisado y enmendado en el futuro. Por tanto, una sociedad gobernada democráticamente sería una “cuyas

estructuras institucionales incluyan, como parte de lo ‘normal, de la reproducción ‘regular’, el momento de disolución del vínculo socio-simbólico. (Lefort, 1988: 147-48, citando a Zizek, 1989)²⁶.

Tanto los elementos de la incertidumbre institucional como los rechazos de los límites en el discurso político son posiciones esencialmente anti-constitucionales. Esto no sugiere que el agonismo implique anarquismo, ni tampoco siquiera que exista algo como un conjunto de límites constitucionales está implícito en este argumento a pesar de la protesta de Tully.

Mouffe ve la posibilidad de una forma de gobierno democrática en la cual el conflicto esté permitido de abrir momentos de posibilidad transformativa sin tener que requerir a los ciudadanos que abandonen sus profundas diferencias, en el nombre de una unidad homogenizante, ni tampoco invitando a la destrucción del propio sistema de gobierno democrático. De esa forma, para los agonistas existe una dimensión que persiste a través de los momentos de cambio dramáticos en la forma de un compromiso mutuo a la futura posibilidad de cambio.

Es este meta-compromiso de aspecto constitucional lo que separa al agonismo del simple antagonismo; en realidad, de muchas maneras el modelo depende de los compromisos que comparten la función; sino la forma, de los límites de la justificación pública, dado que las justificaciones de cierta clase – aquellas que cerrarían la posibilidad de cambio – irían contra la premisa necesaria de la democracia política. Sin embargo, si continuamos usando el término “constitucional” en el sentido estadounidense, declaraciones limitantes sustantivas de un Derecho superior, entonces la antipatía mutua hacia las teorías de la razón pública y las limitaciones constitucionales son claras.

Luego, la conexión entre esos puntos de oposición ilumina la propuesta opuesta, ese *sopORTE* al gobierno constitucional implica la aceptación de una versión de la teoría de la razón pública. Institucionalmente, las constituciones necesariamente limitan o al menos inhiben la posibilidad de cambio, solo por la virtud de las especificaciones de los procedimientos que deben ser seguidos en ese proceso. Adicionalmente, la idea de un Derecho superior fortalecido – cuyo contenido va más allá de una declaración de apertura a cambiar todo excepto la apertura al cambio – crea un fenómeno de fortalecimiento jurídico y político sin importar cuáles son los términos en que ese Derecho superior es formulado.

V. CONSTITUCIONALISMO Y RAZÓN PÚBLICA

A pesar de que las críticas de los agonistas son bien tomadas en tanto nos advierten sobre los peligros de tra-

25 Nikolas Kompridis traza esta conexión en su descripción del anti-constitucionalismo multicultural de Tully. “Creo que James Tully da un importante paso en la dirección correcta cuando reconoce que la lucha por el reconocimiento no es una lucha por el reconocimiento de las demandas de identidad legítimas de cada uno sino una lucha sobre las normas de reconocimiento. Cambiando el foco hacia las propias normas de reconocimiento, Tully conecta la lucha por el reconocimiento intersubjetivo con la luchar sobre cómo deseamos ser gobernados. (Kompridis, 2007: 287)

26 Como sugieren estas notas, la literatura sobre la teoría agonista democrática reúne un gran número de libros escritos y co-escritos por un número más bien discreto de investigadores. Para una revisión de esta literatura, ver Wiley, 2002.

tar demasiado de imponer la uniformidad o eliminar los conflictos, o exageran en presentar minorías de una clase u otra con la elección de Hobson de participar en términos que no son los propios o proclamando su alejamiento del sistema.

Podríamos útilmente preguntar algo como lo siguiente: “¿Cuál es el modo de constitucionalismo *menos* limitante, que *menos* justifica un sentido de exclusión o de status de minoría política permanente?” De alguna forma esto retorna a nosotros con la problemática que llevó a Dahl a privilegiar el procedimentalismo puro: es mucho más posible que el consenso pueda ser alcanzado en materia de puro procedimiento que en resultados políticos. Pero como todos los autores críticos que he revisado aquí coinciden, no es suficiente simplemente distinguir entre procedimientos y resultados.

La cuestión más difícil tiene que ver con los términos de la participación, la posibilidad de auto-expresión y la naturaleza de la justificación política. Las cuestiones más difíciles, en otras palabras, tienen que ver con el lenguaje. Aplicando la separación de Dahl entre sustancia y procedimiento a las cuestiones de lenguaje constitucional, nos lleva sorprendentemente de forma directa a una teoría de la razón pública. Rawls postula que es posible llegar a un acuerdo entre personas razonables en estándares del *lenguaje* de la justificación política entre desacuerdos profundos como en resultados deseables o incluso sobre justificaciones deseables. El constitucionalismo estadounidense, he sugerido, se sostiene en un consenso de esa clase, empezando con la propuesta de que las justificaciones arbitrarias o denigrantes no son modos *constitucionalmente* aceptables del discurso político.

Existe, sin dudas, un elemento de racionalismo político funcionando en esta formulación, como Oakeshott temía. Pero es un elemento de racionalismo pequeño, comprometido con el razonamiento libre sobre cómo las cuestiones políticas deben ser debatidas y determinadas, no sobre el resultado sustantivo de esas políticas. Flathman tiene razón al preocuparse sobre una forma política liberal que no permitiría interacción entre voces que se oscurecen mutuamente, pero la solución debe ser encontrar un espacio de inteligibilidad mutua, no el rendirse a una forma de democracia limitada a sus correspondientes preferencias pre-políticas. Los debates sobre el lenguaje político ofrecen tal posibilidad, una discusión que salga de nuestros compromisos anteriores mutuamente oscurecidos sobre la cuestión de qué espacio de conversación política mutuamente inteligible es posible.

El deseo de Cavell por un modo de diálogo público transformador que convoque a los ciudadanos a reconocer las contradicciones en su entendimiento popular, también está funcionando en este proyecto. La articulación de los estándares constitucionales es intrínsecamente aspiracional; somos más propensos a sensibilizarnos por las diferencias entre nuestro lenguaje popular y nuestro lenguaje constitucional que por las demandas de los dialécticos de haber descubierto fallas en la lógica semántica de nuestra forma ordinaria de hablar.

Esto, también está implícito en el proyecto de gobierno democrático, el cual encuentra el momento de “la política” de Mouffe en la formulación de los vínculos de tal espacio discursivo político, y provee procesos democráticos para la enmienda, interpretación y construcción de mecanismos para revisar los resultados de tal proceso. En algún punto, sin dudas, Oakeshott tiene razón al señalar que algún grado de homogeneidad es una precondición para la empresa constitucional, tal como Tully tiene razón al señalar que podemos imaginar personas o grupos de personas que no están aptos para participar en una empresa constitucional particular. Pero las constituciones democrático liberales con intentos de dibujar un camino medio entre la tradición estática y la completa incertidumbre, una política basada en identidades homogéneas y una política compuesta de extraños mutuamente incomprensibles: ese proyecto, que he sostenido aquí, necesariamente involucra una teoría de la razón pública, un punto aclarado por aquellos que se oponen más tenazmente a ambas empresas.

BIBLIOGRAFÍA

- BURKE, Edmund. *Reflections on the Revolution in France*. Ed. L.G. Mitchell. Oxford, 2009.
- CAVELL, Stanley. *The Claims of Reason: Wittgenstein, Skepticism, Morality and Tragedy*. Oxford, 1999.
- DAHL, Robert. *Democracy and Its Critics*. New Haven, 1989.
- DAHL, Robert A. *A Preface to Democratic Theory, Expanded 50th Anniversary Edition*. Chicago, 2006.
- DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge, MA, 1986.
- FLATHMAN, Richard E., *Pluralism and Liberal Democracy*. Baltimore, 2005.
- FLATHMAN, Richard E. *Willful Liberalism: Voluntarism and Individuality in Political Theory and Practice*. Oxford, 1992.
- FRANCO, Paul. “Oakeshott, Berlin and Liberalism.” *Political Theory* 31 (2003): 484-507.
- GALSTON, William. *Liberal Purposes: Virtues and Diversity in the Liberal State*. Cambridge, 1991.
- GRABER, Mark. *Dred Scott and the Problem of Constitutional Evil*. Cambridge, 2008.
- HABERMAS, Jurgen. *The Postnational Constellation: Political Essays*, ed. and trans. Max Pensky. Cambridge, MA, 2001.
- HAMPSHIRE, Stuart. “Liberalism: The New Twist.” *New York Review of Books*, Aug. 12, 1993: 44-6.
- HONIG, Bonnie. “Dead Rights, Live Futures: A Reply to Habermas’ ‘Constitutional Democracy.’” *Political Theory* 29 (2001): 792-805.

- HONIG, Bonnie. *Political Theory and the Displacement of Politics*. Ithaca, NY, 1993.
- KOMPRIDIS, Nikolas. "Struggle over the Meaning of Recognition: A Matter of Identity, Justice or Freedom?" *European Journal of Political Theory* 6 (2007): 277-89.
- LACLAU, Ernesto y Chantal Mouffe. *Hegemony and Socialist Strategy: Toward a Radical Democratic Politics*. London, 2001.
- LEFORT, Charles. *Democracy and Political Theory*. Minneapolis, 1988.
- MACEDO, Stephen. "In Defense of Liberal Public Reason: Are Slavery and Abortion Hard Cases?" In *Natural Law and Public Reason*, eds. Robert P. George and Christopher Wolfe. Washington, D.C., 2000: 11-49.
- MOUFFE, Chantal. *On the Political*. New York, 2005.
- MOUFFE, Chantal. *The Democratic Paradox*. London, 2000.
- MOUFFE, Chantal. *The Return of the Political*. London, 1993.
- NORRIS, Andrew. "Political Revisions: Stanley Cavell and Political Philosophy." *Political Theory* 30 (2002): 828-51.
- OAKESHOTT, Michael. *Rationalism in Politics and Other Essays*. Indianapolis, 1991.
- OAKESHOTT, Michael. *On Human Conduct*. Oxford, 1990.
- PIPPIN, Robert. "The Unavailability of the Ordinary: Strauss on the Philosophical Fate of Modernity." *Political Theory* 31 (2003): 335-358.
- PIPKIN, Hannah Fenichel. *Wittgenstein and Justice: On the Significance of Ludwig Wittgenstein for Social and Political Thought*. Berkeley, CA 1973.
- RABAN, Jonathan. "Cracks in the House of Rove," *New York Review of Books*, April 12, 2007: 6-10.
- RANCIERRE, Jacques. *Disagreement: Politics and Philosophy*. Minneapolis, 1999.
- RAWLS, John. "The Idea of Public Reason Revisited." *University of Chicago Law Review* 64 (1997): 765-807.
- RAWLS, John. *Justice as Fairness: A Restatement*, ed. Erin Kelly. Cambridge, MA 2001.
- RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York, 1996.
- RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge, MA, 1975.
- SCHWEBER, H. *The Creation of American Common Law 1850-1880: Technology, Politics, and the Construction of Citizenship*. Cambridge, 2004.
- SUNSTEIN, *The Partial Constitution* (Cambridge, MA 1993), 20.
- TULLY, James. *Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity*. Cambridge, 1995.
- WILEY, J. "The Impasse of Radical Democracy." *Philosophy and Social Criticism* 28 (2002): 483-8.