

DERECHOS, ESCEPTICISMO Y MAYORITARISMO: UN TRIÁNGULO IMPOSIBLE. UNA CRÍTICA A LA TEORÍA DE LA LEGITIMIDAD POLÍTICA DE JEREMY WALDRON

Rights, Skepticism and Majoritarianism: an Impossible Triangle. A Critique of Jeremy Waldron's Theory of Political Legitimacy

Gustavo Maurino

Resumen

El trabajo reconstruye y analiza críticamente la respuesta de Jeremy Waldron a importantes problemas sobre política y derecho, justicia y autoridad. Waldron reivindica al mismo tiempo una tesis no escéptica sobre la existencia los derechos morales-políticos, una tesis escéptica sobre la existencia de procedimientos epistémicos superiores para identificarlos, y una tesis positiva sobre la legitimidad política (mayoritarismo participativo). El trabajo argumenta que su respuesta solo resulta consistente si se añade un cuarto vértice: el presupuesto de "igualdad de agencia y capacidad epistémica" en los portadores de derechos. Pero su introducción requiere abandonar y redefinir dos de los otros elementos, lo que conduce finalmente a las respuestas típicas del deliberativismo epistémico. Las críticas de Waldron a la revisión judicial se reinterpretan sobre esa nueva base.

Palabras clave

democracia, derechos, Waldron, escepticismo moral, democracia mayoritaria, democracia deliberativa, revisión judicial

Abstract

The article reconstructs and critically analyzes Jeremy Waldron's responses to major problems on law and politics, justice and authority. Waldron claims at the same time a non-skeptical thesis about the existence of moral-political rights,

Gustavo Maurino, Universidad de Palermo. Correspondencia: Mario Bravo, 1050, piso 7°, Buenos Aires, Argentina. gmaurino@acij.org.ar

a skeptical thesis about the existence of more accurate epistemic procedures to identify them, and a positive thesis about political legitimacy (participatory majoritarianism). The paper argues that his theory is consistent only if a fourth vertex, implicit in the theory, is added (the “equality of agency and epistemic capacity” of rights-holders). But this explicit addition requires abandoning and redefining two of the other elements, and this eventually conducts us to the typical claims of epistemic deliberativism. Waldron’s criticisms to judicial review are reinterpreted on these new grounds.

Keywords

democracy, rights, Waldron, moral skepticism, majoritarian democracy, deliberative democracy, judicial review

I. Introducción

En los trabajos publicados en *Derecho y desacuerdos* (en adelante, DyD) (Waldron, 2005) y otros que han seguido su desarrollo,¹ Jeremy Waldron ensayó una respuesta a dilemas centrales de la política y el derecho, la justicia y la autoridad. A tal efecto construyó una teoría compleja apoyada en tres tesis centrales, intuitivamente muy atractivas, que se conectan y refuerzan mutuamente conformando un sofisticado triángulo argumental. Sus vértices son los siguientes:

- a) Una tesis no escéptica sobre la existencia de derechos morales y políticos en sentido fuerte (es decir, como cartas de triunfo contra los intereses mayoritarios).²

¹ Véase, fundamentalmente, Waldron, 2006.

² Véase Waldron, 2005, cap. 10 y Waldron, 2006, ap. II.C. En este último afirma: “Asumo que hay un fuerte compromiso de parte de la mayoría de los miembros de la sociedad con la idea de derechos de los individuos y las minorías [...] No necesitamos detenernos en los detalles de la teoría prevaleciente de los derechos. Asumo que el amplio compromiso de esta sociedad con los derechos involucra una conciencia acerca del consenso universal sobre los derechos humanos y la historia del pensamiento sobre los derechos. Asumo que este compromiso es un consenso vivo, que se desarrolla y evoluciona en la conversación de los defensores de los derechos acerca de estos y de lo que implican. Asumo que el compromiso con los derechos no es solo retórico y que los miembros de la sociedad toman los derechos en serio [...] Sin dudas, hay escépticos acerca de los derechos en toda sociedad, pero asumo que esta posición es atípica” (pp. 1364-1365, la traducción me pertenece).

- b) Una tesis escéptica sobre la existencia de procedimientos y agentes epistémicos infalibles (o más confiables que otros) para el acceso a la respuestas correctas (o más probablemente correctas que otras) en materia de derechos morales y políticos.³
- c) Una tesis positiva –es decir, no escéptica– y no instrumental sobre la legitimidad política (el mayoritarismo participativo).⁴

La teoría de Waldron luce original, elegante y sofisticada, y su triángulo resulta intelectualmente fascinante, por dos características fundamentales.

En primer lugar, el hecho de que su centro esté ocupado por la realidad omnipresente, innegable e inerradicable de los desacuerdos morales y políticos que caracteriza la vida social.⁵ Waldron no aspira a superar tales desacuerdos, ni a disolverlos filosóficamente; pero al mismo

³ Véase Waldron, 2005, cap. 5 y 11 y Waldron, 2006, ap. IV.

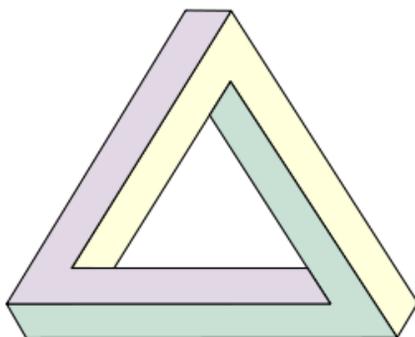
⁴ Véase Waldron, 2005, cap. 11, y Waldron, 2006, ap. III y V. En Waldron, 2006, sostiene: “Estoy presentando la necesidad de un procedimiento de decisión legítimo como la respuesta al problema del desacuerdo moral [...] necesitamos diseñar un procedimiento de decisión y necesitamos considerar razones relevantes para ese diseño [...] Dos clases de razones pueden ser consideradas. Las llamo “razones relativas a los resultados” y “razones relativas al proceso”, aunque ambas son relevantes para la cuestión del proceso de decisión [...] las “razones relativas al resultado” son, en el mejor de los casos, no concluyentes” (pp. 1371, 1372 y 1375, la traducción me pertenece). En DyD argumenta contra la plausibilidad de una “justificación instrumental” –relacionada con el logro de mejores resultados en la identificación de los derechos– para la legitimidad democrática.

⁵ DyD comienza con la siguiente frase: “Somos una multitud, y tenemos desacuerdos sobre la justicia. Esto es, no solo tenemos desacuerdos acerca de la existencia de Dios y el sentido de la vida, sino también acerca de cuáles son los términos justos de cooperación entre las personas que tienen desacuerdos acerca de la existencia de Dios y el sentido de la vida. Tenemos desacuerdos sobre lo que nos debemos los unos a los otros en términos de tolerancia, indulgencia, respeto, cooperación y ayuda mutua” (Waldron, 2005, p. 55). Lo fascinante de la posición de Waldron es que afirma esto, al tiempo que rechaza quedar comprometido con el escepticismo o el relativismo morales. Así lo expresa en Waldron, 2006: “La asunción del desacuerdo no tiene nada que ver con el relativismo moral. Uno puede reconocer la existencia de desacuerdo sobre cuestiones de derechos y justicia –uno puede incluso reconocer que tales desacuerdos son, a los propósitos prácticos políticos, irresolubles– sin ceder al reclamo metaético de que las cosas no son, de hecho, de ninguna manera en particular en relación con la cuestión en disputa entre los participantes. El reconocimiento del desacuerdo es perfectamente compatible con que haya una verdad acerca de los derechos y los principios del constitucionalismo –asumiendo que nuestra condición no es una en la cual la verdad de la cuestión se revele de una manera que no sea razonablemente disputable” (p. 1368, la traducción nos pertenece).

tiempo no renuncia a la búsqueda de una justificación para la autoridad política que reconozca dicha circunstancia. Su esfuerzo intelectual se aleja así del sendero rawlsiano, del camino de los escépticos y relativistas morales, y de la deriva del nihilismo posmoderno.⁶

En segundo lugar, el triángulo de Waldron tiene el encanto irresistible de las construcciones paradójicas, pues contiene posiciones escépticas y no escépticas, que se articularían mutuamente, con la inefable belleza de un “triángulo de Penrose”:

(A) Tesis NO escéptica sobre los derechos morales/políticos



(B) Tesis escéptica sobre el acceso a mejores respuestas morales/políticas

(C) Tesis NO escéptica y NO instrumental sobre la legitimidad política

⁶ En Waldron, 1998, nuestro autor se autocalificó como un “emotivista” en términos metaéticos. Ello no implicaba, según él, adoptar una tesis escéptica sobre los derechos. En tal sentido afirmaba que si a un emotivista le preguntaran: “¿Realmente crees que la gente REALMENTE tiene derechos?” probablemente responda ‘sí’, entendiendo que la pregunta solo demanda un compromiso más enérgico o enfático con los derechos en cuestión. Así que, no digamos que los emotivistas no pueden pensar que la gente tiene derechos” (p. 91, la traducción me pertenece). Estlund, 2000, también ha enfatizado que Waldron construyó su teoría de la legitimidad democrática sin apartarse de la convicción liberal de que hay derechos individuales que las decisiones políticas no deben violar, y que son límites al uso justo de los poderes de la mayoría.

Si fuera realmente posible articular una tesis consistentemente esceptica sobre nuestra epistemología moral/política con otras no escepticas sobre los derechos⁷ y la autoridad política, conciliando de ese modo la justicia moral sustantiva con la legitimidad política mientras se afirma la inerradicabilidad e insuperabilidad de los desacuerdos sociales, Waldron bien podía reclamar para su teoría un crédito descomunal.

Aunque también pudiera ser que la original construcción sea tan imposible de ensamblar como el conocido triángulo de Penrose, y que su atractivo sea solo el de una ilusión óptica –una intelectual, en este caso.

Lo cierto es que el carácter paradójico de la figura invita a revisar sus puntos de apoyo y las conexiones recíprocas entre ellos. En nuestro caso, no hemos resistido la tentación y este escrito presenta el resultado de la exploración.

Dado que comparto plenamente la tesis (A) y que me parece irresistible su emplazamiento del desacuerdo en el centro de lo político, mi revisión se focaliza en la construcción y articulación entre (B) y (C).

Argumentaré que el triángulo de Waldron es, en efecto, una figura imposible de articular. Creo que en realidad su teoría descansa en un cuarto elemento que quedó de alguna forma oculto a sus propios ojos. Su necesaria incorporación demanda el ajuste de los vértices (B) y (C) originarios, pero tomados en su conjunto ofrecen una nueva figura que no es paradójica ni imposible: una pirámide de base triangular. La secuencia de mi argumento será la siguiente:

⁷ Mostrando abiertamente su “emotivismo”, Waldron se manifestó expresamente como anti-realista en términos metaéticos (Waldron, 1998). Sin embargo en ese mismo artículo se ocupó de justificar reiteradamente que su escepticismo epistémico, es decir, su rechazo a la existencia de algún procedimiento institucional más confiable que otros para acceder a respuestas correctas sobre los derechos era independiente de aquella posición metaética, y también debía ser la conclusión a la que llegara un realista. De hecho, lo atractivo de su escepticismo epistémico es el hecho de que lo postule como un punto fatal incluso si el punto de partida es la convicción (realista o emotivista) sobre la existencia de derechos morales. En términos metaéticos, lo que el emotivista niega es el estatus de “descripción de un hecho moral independiente” a los juicios morales, no la pertinencia de una convicción positiva sobre que las personas tengan derechos morales (lo cual es ciertamente complicado para describir, como bien debía Waldron en el párrafo citado en la nota anterior).

En primer lugar explicaré que el “mayoritarismo participativo” solo resulta una tesis no escéptica inteligible –y consistente con (A)– si es construido, en contra de lo que Waldron pretendía, como una tesis instrumental. Y afirmo que, aunque nuestro autor no lo advirtiera, su mayoritarismo participativo es instrumental a la realización de un valor fundante, que no es sustantivo sino procedimental, y que llamaré la “igualdad de agencia/competencia epistémica” de los portadores de derechos.

Luego voy a sostener que el cambio en la configuración de (C) hace necesaria una revisión de (B), en la que se debe abandonar el escepticismo y reconocer una preferencia epistémica favorable a las decisiones mayoritarias.

Finalmente, argumentaré que una vez que se modifica la tesis (B), el “mayoritarismo participativo” resulta una tesis de la legitimidad política menos atractiva –y menos consistente con los otros elementos de la nueva figura– que otra alternativa, que Waldron tenía a mano y no quiso adoptar: el “deliberativismo mayoritarianista”.

A modo de conclusión, propongo una respuesta al tema de la revisión judicial –uno de sus temas fetiches– desde la perspectiva del deliberativismo mayoritarianista, que lleva sus propuestas más allá del rechazo radical de la revisión sustantiva con última palabra, que Waldron desarrollara en *The Core of the Case against Judicial Review*.

a) La justificación del mayoritarismo participativo como principio de legitimidad

Waldron es un mayoritarista. Sostiene que los únicos arreglos institucionales legítimos para definir desacuerdos políticos son los que adoptan procedimientos y mecanismos de decisión mayoritarios. La mayoría solo podría dejarse de lado si hubiera algún otro procedimiento que maximizara la posibilidad de acceder al conocimiento de las respuestas correctas en asuntos morales/políticos de un modo que permitiera superar los desacuerdos radicales. Pero no existe tal mecanismo. La decisión mayoritaria es el único procedimiento compatible con la

igualdad de los sujetos, en contextos de desacuerdo político. No porque la voz de la mayoría sea la voz de Dios, ni porque la mayoría no se equivoque, sino más bien porque carecemos de un procedimiento decisorio que genere respuestas correctas, y los desacuerdos morales/políticos entre iguales son inerradicables e insuperables.

En la introducción de DyD expresa:

Cuando los ciudadanos o sus representantes discrepan acerca de qué derechos tenemos o qué se desprende de tales derechos, la afirmación de que dicha discrepancia no puede ser superada mediante procedimientos mayoritarios, sino que debe asignarse la determinación final de la misma a un pequeño grupo de jueces, parece casi un insulto... Los ciudadanos podrían pensar que si los desacuerdos sobre estas cuestiones van a ser zanjados mediante un recuento de votos, entonces son sus votos o los de sus representantes, que deben rendirles cuentas, los que deberían ser contados (Waldron, 2005, pp. 71-72).

Pero Waldron no es un mayoritarista vacío, aritmético o estadístico. No es un fetichista de la mayoría, ni valora cualquier mayoría en cualquier circunstancia. En la misma sección de la que extrajimos la cita precedente, afirma:

Procederé en este libro bajo la presuposición de que las personas votan, con mayor o menor regularidad, según sus opiniones reflexivas e imparciales [...] presupondré que, a fin de que el derecho reclame autoridad [...] los que participen en su creación deben hacer todo lo posible para ocuparse de buena fe de las cuestiones sobre las que, como ellos saben, están en desacuerdo con los demás. Si lo hicieran de otro modo, deberíamos replantearnos la autoridad de la legislación y su relación con la existencia de los desacuerdos. Y si actúan con motivación mixta... encontramos ante una situación mixta e indeterminada por lo que respecta a la legitimidad y a la autoridad (Waldron, 2005, p. 71).

Su tesis de la legitimidad democrática enlaza la decisión mayoritaria con un fuerte derecho de participación igualitaria. En el capítulo XI de DyD, Waldron alude a la participación como “el derecho de los derechos”, y luego –en el capítulo XIII– identifica a las condicio-

nes de participación como un haz de “derechos constitutivos del proceso democrático”. Junto con esos derechos coloca a otros, que presenta como “condiciones de la legitimidad democrática”, y que comprenden la libertad de expresión y de asociación, y el derecho a una consideración seria y no desdeñosa de sus intereses en el proceso político. Ambos núcleos son etiquetados como “derechos asociados a la democracia” (Waldron, 2005, p. 388).

Por supuesto, estos derechos –como cualquier otro que tienen las personas– son inerradicablemente controvertidos. Pero más allá de este rasgo ineludible subyace un elemento invariable, implícito en la idea misma de considerar a alguien como portador de derechos –cualesquiera sean estos, incluso si no tenemos forma de saber cuáles son–: Waldron destaca que la consideración de una persona como portadora de derechos –a diferencia de los animales o los edificios protegidos, en sus propias palabras– implica necesariamente una cierta actitud hacia ella: “Es imposible [...] pensar en una persona como portadora de derechos y no considerarla como alguien que tiene el tipo de capacidad necesaria para averiguar cuáles son sus derechos” (Waldron, 2005, p. 347).⁸

Dicha capacidad se predica igualmente de todos los que son considerados portadores de derechos. Esa cualidad implica, necesariamente, la de ser un agente epistémico ubicado en una posición privilegiadamente única para el discernimiento de los derechos, pero igualmente única que la de todos los demás portadores de derechos.

Ahora bien, dada nuestra relativa igualdad epistémica y el desacuerdo inerradicable, Waldron declara imposible cualquier proyecto de justificación de la legitimidad política que pretenda fundar instrumentalmente la autoridad, es decir, que la legitime por su aptitud para identificar los derechos.

Tales proyectos son imposibles porque: “En mitad del desacuerdo moral no disponemos de ninguna epistemología moral no controvertida” (Waldron, 2005, p. 359). Toda justificación instrumental incu-

⁸ Waldron no aclara expresamente si su juicio es moral, empírico o analítico. Asumo que debe ser moral, pues solo así puede fundar un argumento moral; más allá de cuál sea el status que se pudiera reivindicar para un juicio semejante a nivel empírico.

re fatalmente en una petición de principios que traiciona la igualdad epistémica; ellos presuponen –inevitablemente– “que estamos en posesión de la verdad acerca de los derechos a la hora de diseñar un procedimiento de autoridad cuya misión sea resolver esa misma cuestión” (Waldron, 2005, p. 349).⁹

Por ello defiende como la única posible su tesis de que “los portadores de derechos tienen el derecho a resolver por sí mismos los desacuerdos acerca de los derechos que poseen en términos de igualdad” (Waldron, 2005, p. 351). Al ser no instrumental hacia los derechos, ella evita la petición de principio y “es la respuesta más natural al problema de la autoridad y a los desacuerdos acerca de los derechos que ocasionan dicho problema” (Waldron, 2005, p. 351).

Todo procedimiento no mayoritario de discernimiento del contenido de los derechos –tanto los asociados a la democracia como los demás– hiere la democracia. Por eso, en el capítulo XIII de *DyD*, Waldron argumenta que Ely y Dworkin estaban equivocados en sus intentos de reivindicar, como consistentes con la democracia, ciertos arreglos institucionales que alienan las decisiones sobre los derechos y las condiciones de legitimidad democrática de las manos de los portadores de los derechos. La frase que resume su pensamiento es la siguiente: “Todo está al alcance de nuestra mano en una democracia, incluso los derechos asociados a la democracia misma” (Waldron, 2005, p. 410).

Pero, insistimos, para Waldron ello sería así porque carecemos de un camino para llegar a mejores respuestas, o respuestas correctas, sobre los derechos o la democracia; porque carecemos de un procedimiento epistémicamente incontrovertible, o siquiera mejor que otros, para superar nuestros desacuerdos de buena fe, mientras estamos en un pie de igualdad.

La reconstrucción realizada permite apreciar cómo cada vértice del triángulo de Waldron debe retorcerse, para que el segmento alcance a los otros dos y la figura no estalle. En efecto, los vértices (A) y (C) solo pueden mantenerse juntos, por la paradójica imposibilidad que se con-

⁹ Waldron argumenta convincentemente a mi juicio que todo diseño realizado con miras instrumentales (respecto de los derechos) requiere presuponer ciertas ideas acerca de los derechos (véase Waldron, 2005, pp. 348 y ss.)

forma en (B). En igual sentido, (A) y (B) solo pueden coexistir en la medida que son mediados por la peculiar estructura de legitimidad que se conforma en (C). Finalmente, (B) y (C) solo pueden coexistir inteligiblemente por la fuerza gravitatoria de la tesis (A).

Seguidamente veremos que el triángulo de Waldron no es paradójico, sino que en realidad se apoya en un –cuarto– elemento oculto.

b) El mayoritarismo participativo es en realidad una tesis instrumental: revisión del vértice (C)

Waldron intentó romper todo vínculo instrumental entre su mayoritarismo participativo y la identificación de respuestas correctas al contenido de los derechos; y reivindicó que su tesis sobre la legitimidad no era instrumental respecto a los derechos. Su mayoritarismo no estaba al servicio de la realización de (alguna teoría sobre) los derechos.

Pero Waldron era aún más ambicioso en su pretensión, pues presentaba su alegación sobre el mayoritarismo participativo como no instrumental a ningún valor en absoluto. La decisión mayoritaria resultaría una especie de principio decisorio por *default*, procedimentalmente equitativo para balancear desacuerdos entre iguales de manera respetuosa hacia esa igualdad:

Mejor que cualquier otra regla, la Decisión Mayoritaria es neutral entre los resultados controvertidos, trata a igualitariamente a los participantes y le da a cada opinión expresada el peso más grande posible compatible con un peso igual a todas las opiniones. Cuando estamos en desacuerdo sobre los resultados deseados, cuando no queremos desviar por adelantado la cuestión de una manera y otra, y cuando cada participante relevante tiene un reclamo moral para ser tratado como un igual en el proceso, entonces la Decisión Mayoritaria –o algo parecido a ella– es el principio a usar... (Waldron, 2006, p. 1388, la traducción nos pertenece).

Waldron parece entender que el atractivo del mayoritarismo es intuitivamente perceptible; al punto de que no estima necesario hacer un argumento completo sobre él. No se dedica a explicar cuál sería el fundamento positivo por el cual sería equitativo tratar a los participantes como iguales, o dar a sus opiniones un peso igual. Tampoco se dedica a justificar por qué deberíamos aceptar que cada participante relevante tiene un reclamo moral (válido) para ser tratado como igual, o qué implica dicho título.¹⁰ Y, precisamente, en eso que Waldron no se ocupa de fundamentar reside, a mi entender, un valor al que su mayoritarismo participativo es instrumental.

Es cierto que su tesis de la legitimidad no es instrumental hacia la realización de ningún resultado sustantivo sobre los derechos. Pero eso no significa que sea una tesis no instrumental en absoluto.

Por el contrario, sostengo que su tesis sí es instrumental, y lo es con respecto a un valor procedimental, no sustantivo, a saber: “la igualdad de agencia/competencia epistémica” de los portadores de derechos. Se trata de un elemento que el razonamiento de Waldron reconoce e identifica –sin darle un nombre particular, claro– pero que no acierta a señalar expresamente como un valor fundante, o incluso presupuesto, de su tesis de legitimidad. Veámoslo con más detalle.

El énfasis de la argumentación en favor del mayoritarismo participativo estuvo centrado en un punto que podríamos llamar “negativo”: la situación de empate propia del desacuerdo entre los portadores de derechos, dado el equilibrio que se presupone en relación con las capacidades epistémicas de los sujetos. Partiendo de este equilibrio, Waldron concluía que la decisión mayoritaria resultaba el procedimiento más equitativo para decidir un desacuerdo; o en su caso –en un segundo nivel– el procedimiento más equitativo para decidir cuál es el procedimiento más equitativo para decidir un desacuerdo.

¹⁰ Eisgruber, 2002, ha señalado y criticado este punto. Waldron no provee un argumento convincente que lleve desde la idea de “respeto igual por cada uno” a la “regla de la mayoría” sin adoptar posición sustantiva alguna acerca del contenido de la idea de “respeto igual”. Por supuesto, si Waldron diera ese paso, su ambición de sostener una teoría no instrumentalista de la legitimidad se arruinaría.

Pero según hemos visto en el apartado anterior, Waldron encuentra algo mucho más importante que este empate o equilibrio epistémico en los portadores de derechos. Algo que sin dudas estima valioso, y no meramente un hecho desnudo –como podría ser el empate o equilibrio epistémico. Además de valioso, Waldron considera a ese rasgo como inseparable de la circunstancia misma de identificarlos o reconocerlos portadores de derechos –pues está implícito en ella–, y es lo que llamo, la “igualdad de agencia/competencia epistémica” para discernir los derechos. En sus palabras: “La atribución de cualquier derecho, como dije, es típicamente un acto de fe en la agencia y la capacidad para el razonamiento moral de todos y cada uno de los individuos implicados” (Waldron, 2005, p. 346).

La decisión mayoritaria solo puede ser legítima –solo resulta el procedimiento más equitativo– en la medida en que opere de manera consistente con el reconocimiento de la trascendental “igualdad de agencia/competencia epistémica” entre los sujetos. El mayoritarismo no es intrínsecamente equitativo, ni es equitativo por *default*. Solo resulta equitativo y legítimo en la medida que realice ese valor agencial/competencial de los portadores de derechos.

Ese principio fundamental, que Waldron encuentra implícito en la idea de reconocer a alguien como portador de derechos, es lo que se expresa en plenitud el siguiente pasaje:

Cuando argumentamos sobre los derechos de alguien, es probable que esa persona que está siendo objeto de la conversación posea un punto de vista meditado sobre la materia. Y puesto que el objetivo de cualquier argumento sobre derechos tiene que ver con el respeto que le es debido a esta persona, en tanto que ser activo y dotado de razón, difícilmente estaremos en disposición de decir que nuestra conversación toma en serio *sus* derechos si al mismo tiempo ignoramos o nos deshacemos de cualquier cosa que él tenga que decir sobre la cuestión (Waldron, 2005, p. 347, resaltado en el original).

El mayoritarismo solo es legítimo, valioso, en la medida que “tome en serio” a los portadores de derecho; y solo lo hace en la medida que les reconoce una clase de participación relevante y especial, consisten-

te con lo que está implícito en la circunstancia de reconocerlos como portadores de derechos; concretamente, su estatus de “igual agencia/capacidad epistémica” para identificar los derechos. Porque, como ya hemos citado, “es imposible [...] pensar en una persona como portadora de derechos y no considerarla como alguien que tiene el tipo de capacidad necesaria para averiguar cuáles son sus derechos” (Waldron, 2005, p. 347).

Waldron también enfatizaba este punto en el trabajo que realizara en homenaje a la obra de Carlos Nino. Allí destacaba esta particular igualdad agencial de los participantes, como uno de los rasgos fundamentales que daban sentido a la regla de la mayoría en la adopción de decisiones en la Corte Suprema:

Decimos que la Corte en sí es una autoridad, pero también es verdad que cada uno de los nueve miembros de la corte es, por el momento, una autoridad, al menos con el fin de determinar cuál tiene que ser la posición de la Corte. El hecho de que, por ejemplo, el juez Clarence Thomas, esté a favor de una decisión a favor del apelante en algún caso en particular no es irrelevante respecto de cuál debería ser la decisión del tribunal en ese caso. Por el contrario, su decisión debería contar a favor del apelante y de hecho, prevalecer, salvo que otro juez sostenga la visión contraria. Esta posición suena inocua, incluso trivial, pero su efecto es excluir ciertos procedimientos que de otra forma estarían disponibles para generar una decisión en circunstancias de desacuerdo entre los jueces. Podríamos, por ejemplo, tirar una moneda cuando los jueces están en desacuerdo. Pero ese procedimiento sería objetable precisamente porque no tendría en cuenta el hecho de que al menos un juez estaba a favor de una decisión determinada como una razón para apoyar esa decisión en lugar de su alternativa. Si tiráramos una moneda trataríamos a las opiniones de los jueces como carentes de interés (excepto tal vez para establecer los antecedentes del desacuerdo necesario para invocar el procedimiento de tirar una moneda) (Waldron, 2004, p. 263).

Esa igualdad de agencia/competencia epistémica es lo que Waldron trata de maximizar, y lo que constituye el fundamento de la legitimidad:

De hecho, tratamos de darle una oportunidad de expresar su opinión [to have a say], tanto como podamos, aunque por supuesto ello está limitado por el hecho de que estamos tratando de responder equitativamente al caso que puede hacerse, siguiendo la misma línea, en el sentido de tomar en cuenta la voz de cada ciudadano individual. Le damos a cada persona la oportunidad de expresión más grande posible compatible con una igual para los otros. Éste es nuestro principio (Waldron, 2006, pp. 1388-89, la traducción nos pertenece).

Por supuesto, también será inerradicable el desacuerdo acerca de lo que demanda, permite o prohíbe “la igualdad de agencia/competencia epistémica” en términos de participación y expresión –de tomarse en serio los derechos de los portadores de derechos. Pero los pasajes que acabamos de transcribir revelan que dicha igualdad es aceptada por Waldron como principio fundamental. Es prácticamente un principio trascendental –o presupuesto–, pues no puede rechazarse sin que se incurra en una inconsistencia pragmática con la aceptación de la tesis de que los sujetos son “portadores de derechos” o “participantes relevantes”.

Ellos “deben necesariamente” ser agentes epistémicos –iguales agentes epistémicos– en el proceso de decisión mayoritario; y no solo votantes. No es el voto igualitario, sino la participación agencial igual (la voz) previa al voto igualitario lo que provee legitimidad al mayoritarismo participativo.

La “igualdad de agencia/competencia epistémica” es el principio fundamental subyacente a la estructura de legitimidad del “mayoritarismo participativo”. No es un principio sustantivo (orientado a los resultados), sino procedimental. Pero ese es el valor respecto del cual el mayoritarismo participativo resulta instrumental.

Esa agencialidad/capacidad epistémica –y no la equidad matemática del voto– explica la preferencia y el atractivo del mayoritarismo frente a otros procedimientos matemáticamente equitativos para resolver situaciones de desacuerdo-empate epistémico inerradicable, tales como el azar, o la decisión de un tercero.

Waldron justifica la preferencia por el método mayoritario frente al azar en los siguientes términos:

En primer lugar la decisión mayoritaria difiere del método de lanzar una moneda al aire en que da un peso positivo al hecho de que un determinado miembro del grupo sostenga una cierta opinión [...] afirma que [...] el hecho de que dicho individuo respalde la opción X es una razón para que el grupo adopte la opción X, aun cuando existan desacuerdos...no se trata de una razón concluyente, pero aun así cuenta en favor de que el grupo adopte X (Waldron, 2005, pp. 184-185).

En la misma línea, justifica su preferencia frente al método de asignar la decisión a un individuo en particular (un soberano hobbesiano, en su ejemplo):

El método hobbesiano concede un peso decisivo a solo una de las opiniones en conflicto, sin importarle particularmente a cuál de ellas, y dejando poco o ningún peso al resto. El método de la decisión mayoritaria, por el contrario, implica el compromiso de dar *igual* peso al punto de vista de cada persona en el proceso [...] De hecho, intenta dar al punto de vista de cada individuo el máximo peso posible en el proceso compatible con un peso igual para el punto de vista de los demás [...] el método atribuye un poder de decisión máximo a cada uno, sujeta solo a la restricción de la igualdad. En este sentido, la decisión mayoritaria se presenta a sí misma como un método *equitativo* de toma de decisiones (Waldron, 2005, p. 185).

El mayoritarismo es la respuesta preferida para Waldron, porque valora que los portadores sean los agentes –iguales– de la decisión; y ello es así porque reconocerlos como portadores de derechos implica reconocerlos como agentes igualmente competentes en términos epistémicos para esa tarea. Para él no puede ser una mera fatalidad –un hecho desnudo– la circunstancia de que los portadores de derechos deban decidir algo relativo a sus derechos. Por el contrario, es un imperativo derivado conceptualmente de –implicado en– lo que es ser un portador

de derechos. Y también lo es la condición de que los portadores sean igualmente decisores.¹¹

Por tanto, el mayoritarismo participativo sí es un principio de legitimidad política instrumental. No tiende a realizar ningún valor sustantivo, sino uno de tipo procedimental, implicado conceptualmente en la idea de que los “participantes relevantes” de la política son “portadores de derechos”. Ese valor que el proceso político debe realizar para ser legítimo y que Waldron considera realizado en el mayoritarismo participativo es el valor de la “igualdad de agencia/competencia epistémica”.

c) *La igualdad de agencia/competencia epistémica y la existencia de un procedimiento superior para conocer los derechos: reconfiguración del vértice (B)*

El reconocimiento y explicitación de la igualdad de agencia/competencia epistémica como valor fundante de la legitimidad política tiene implicancias críticas para la tesis escéptica sobre los procedimientos más confiables para acceder a la verdad acerca de los derechos en contextos de desacuerdo y de equilibrio epistémico.

¹¹ Waldron enfatiza el punto de la agencia de los propios sujetos en la definición que los concierne, en los siguientes términos:

El cambio del derecho a través de un proceso legislativo público y transparente presenta al cambio legal como un ámbito apropiado para la acción política por parte del público [...] la idea de que, *en algún sentido, el derecho pertenece a los miembros del público*, y por esa razón ellos tienen títulos legítimos para participar, directamente o a través de sus representantes [...] Es su derecho, son sus leyes, *no algo destinado a serles impuesto por una camarilla gobernante* que está mejor capacitada que el pueblo para determinar cómo debería cambiar el derecho, y mejor capacitada para hacerlo cuando no son distraídos por la opinión pública o la participación popular... Esto me lleva a un segundo principio importante, que *la elaboración del derecho no solo debería ser un proceso abierto y transparente, sino que también debería ser un proceso que pueda ser plausiblemente atribuido a la gente y describible como un proceso de autogobierno* (Waldron, 2003, p. 380; la traducción y las cursivas son nuestras).

Desde el momento en que Waldron valora positivamente la capacidad epistémica de los portadores de derechos –al punto de considerarlos los únicos agentes competentes para ejercer dicho juicio, todos en igualdad de condiciones– le resulta, a mi juicio, ineludible reconocer la pertinencia del teorema de Condorcet. Y junto con ello, se debería modificar significativamente la tesis escéptica que conformaba el vértice (B) del triángulo.

El reconocimiento de la agencia/competencia epistémica privilegiada en todos los portadores de derechos demanda el reconocimiento de que el juicio mayoritario entre iguales –bajo condiciones consistentes con dicha igualdad de agencia/competencia–, resulte cuanto menos en principio, o *ex ante*, más probablemente acertado o correcto que el juicio de cualquier otra clase de agencia con la cual pudiéramos compararla. Esto no implica afirmar que el juicio mayoritario sea infalible, ni que en todo caso concreto la respuesta que efectivamente concite la adhesión mayoritaria estará más cerca de la corrección.

El escepticismo epistemológico de Waldron es correcto y consistente en relación con la evaluación concreta, *ex post*, de una determinada posición o decisión en un caso concreto –no tenemos una metateoría con base en la cual podamos saber si cierta propuesta o decisión ha sido la correcta.

Pero no lo es en desde una perspectiva general y *ex ante* –si se asume la igualdad de agencia/competencia epistémica de los sujetos. Desde esa perspectiva, el procedimiento mayoritario –en la medida que actualice la igualdad de agencia/capacidad epistémica– tiene más probabilidades antecedentes de llegar al discernimiento correcto de los derechos, e incluso de lo que las condiciones de igualdad presuponen o requieren.

Es importante destacar que Waldron se refirió muchas veces al teorema de Condorcet, haciéndolo en términos favorables, y adoptando, en relación con él, las siguientes posiciones:

- a) Que la tesis aritmética del teorema de Condorcet es matemáticamente correcta: es decir,

“supongamos que la probabilidad de que cada votante escoja la respuesta correcta es mayor que 0.5 [...] Luego, siempre y cuando los votos se emitan de manera independiente entre sí, la probabilidad de que la respuesta alcanzada por mayoría simple sea la correcta es algo mayor que 0.5, y se incrementa hacia la certeza a medida que el tamaño del grupo de votantes crece” (Waldron, 2005, p. 209).

b) Que no está demostrado como “verdad de la sociología política” la pertinencia del hecho –que sostenía Condorcet en su tiempo– según el cual “la competencia media individual tendía a declinar a medida que se incrementaba el tamaño del grupo” (Waldron, 2005, p. 210).¹²

b.1) Alternativamente, que “no hay razones para pensar que [ello] compense exactamente el efecto aritmético [de incremento de la probabilidad de corrección de la respuesta como resultado de la agregación mayoritaria]” (Waldron, 2005, p. 210).¹³

(c) Que “el teorema de Condorcet se aplica a las probabilidades *ex ante*” de decisión correcta (Waldron, 2005, p. 215).

(d) Que “es imposible [...] pensar en una persona como portadora de derechos y no considerarla como alguien que tiene el tipo de capacidad necesaria para averiguar cuáles son sus derechos” (Waldron, 2005, p. 347).

(e) Que “es empíricamente cierto que los ciudadanos y los representantes votan a menudo de buena fe y sobre la base de opiniones relativa-

¹² En un artículo escrito una década antes que DyD Waldron (1989) ya había defendido, con tres argumentos, bastante simples y obvios, la tesis de que el debate y la discusión colectiva aumentan la competencia de los participantes, sin violar la independencia de sus votos, en términos del teorema. Si bien el trabajo se refería concretamente a la plausibilidad de aplicación del teorema de Condorcet a la teoría de la voluntad general de Rousseau, resultaba ineludible la conexión entre los argumentos que adoptaba en aquel entonces y sus presuposiciones sobre la capacidad epistémica de los portadores de derechos, su interpretación sobre el tipo de juicios que realizan los cuerpos legislativos, etcétera.

¹³ Más bien al contrario. En otro artículo anterior a DyD, Waldron (1993, p. 412) afirmaba con bastante claridad su confianza epistémica en la subsistencia del teorema de Condorcet en grandes comunidades:

Tal vez algo acerca de la dinámica de la discusión puede sostener la competencia promedio a un nivel en el que el teorema de Condorcet produce resultado favorable [...] suponga que un debate tiene lugar ahora, y la gente en ambos bandos trata de convencer a sus oponentes con argumentos. Si se trata de una cuestión donde el argumento racional es posible, y si la gente involucrada en el debate es susceptible al argumento racional e inmune a la mera retórica [...] y no está motivada por intereses particulares, entonces esperaríamos que al final del debate las chances de que cierta persona arrive a la respuesta correcta se ampliarían en gran medida.

mente imparciales sobre la justicia, los derechos y el bien común” (Waldron, 2005, p. 70).¹⁴

Como consecuencia de tales tesis, Waldron queda comprometido a aceptar que la decisión mayoritaria entre los portadores de derechos –en condiciones participativas consistentes con su igualdad de agencia/capacidad epistémica, cualesquiera sean éstas– resulta, *ex ante*, un procedimiento epistémicamente superior a cualquier otra alternativa, para discernir las respuestas correctas a las cuestiones sobre los derechos y el bien común; e incluso también a la cuestión de las condiciones participativas presupuestas en el reconocimiento del carácter de portadores de derecho.

Las posiciones mayoritarias portan una razón epistémica para prevalecer sobre otras en un contexto de desacuerdo –no solo una razón de equidad, o por *default*. Ello es así, pues, en términos generales y *ex ante*, son más probablemente correctas que las posiciones minoritarias –en virtud de la regla matemática del teorema de Condorcet–, y carecemos (como bien señalara nuestro autor) de un procedimiento epistémicamente superior para evaluarlas *ex post* o en particular.¹⁵

¹⁴ El mismo punto fue enfatizado en Waldron, 1993. Allí distingue entre las visiones de Bentham y Rousseau acerca del comportamiento de los ciudadanos en la adopción de decisiones públicas. El primero consideraba a la acción de los individuos sobre la base del autointerés, y el segundo la reconstruía como orientada hacia el bien común. Waldron sostenía que la visión de Rousseau era superior en términos normativos, sin ser ingenua ni fantasiosa en términos empíricos.

¹⁵ Bayón, 2009, ha presentado de manera muy completa las críticas contemporáneas a la pertinencia del Teorema de Condorcet en las decisiones políticas, varias de las cuales apuntan a la condición de la competencia epistémica suficiente por parte de los sujetos. Bayón sostiene que las prácticas de democracia deliberativa podrían justificarse sustantivamente, sin necesidad de argumentos epistémicos (que en su opinión, de alguna forma siempre tienen que apoyarse en Condorcet). En tal sentido, presenta como superiores a las posiciones que defienden las prácticas deliberativas como exigidas por –y realizadoras de– de la igualdad y autonomía de las personas. Lo curioso de esta clase de defensa es que ellas presuponen o afirman (normativamente) la igualdad y autonomía de los sujetos –o incluso más intensamente aún, su igual autonomía moral, política–, es decir, la igual autonomía para formarse juicios morales, para elegir planes de vida, tener preferencias políticas, etcétera. Y esa asunción es básicamente lo mismo que requiere la aplicabilidad del teorema de Condorcet. La igual autonomía moral-política de las personas –que es postulada como un principio normativo, no como juicio empírico– es análoga a la igual agencia/competencia epistémica que Waldron presupone. Si se asume ese principio resulta pragmáticamente inconsistente postular que algunos sujetos deben ser tratados como menos compe-

A mi modo de ver, Waldron no podía rechazar esta conclusión, a menos que rechazara al mismo tiempo el principio que sustenta y está presupuesto en su convicción de considerar a las personas “portadores de derechos” o “participantes relevantes” de los desacuerdos.

Sin embargo, a pesar de afirmar prácticamente todo lo que debía ser afirmado para sostener la superioridad epistémica de las decisiones mayoritarias –en un marco consistente con la igualdad de agencia/capacidad epistémica–, se quedó siempre al borde de dicha tesis y prefirió afirmar su posición escéptica acerca de la confiabilidad de algún procedimiento decisorio –su vértice (B).

Es probable que Waldron haya insistido con la tesis escéptica (B), a pesar de todo lo que decía sobre el teorema de Condorcet, porque estaba comprometido en la defensa una tesis no instrumental de la legitimidad (su tesis (C) original). Pero, según hemos visto, su tesis de la legitimidad es mejor entendida como instrumental respecto de un valor procedimental (la agencia/capacidad epistémica) cuyos presupuestos se entrelazan con el teorema de Condorcet, y son incompatibles con el escepticismo epistémico general, o *ex ante*.¹⁶

d) De la mayoría participativa y la democracia deliberativa: reconfiguración del vértice (C) y construcción de la pirámide

Ahora bien, una vez que damos este paso que Waldron se resistía a dar, y se reconoce el valor privilegiado de la elección mayoritaria, a

tentes o menos autónomos que otros (menos aún, resultaría aceptable postular que la autonomía de estos sujetos es defectuosa o “epistémicamente no confiable”) y esto equivale a aceptar (normativamente, que no es lo mismo que postular empíricamente) la condición básica para que funcione el teorema de Condorcet.

¹⁶ Estlund, 2000, sugiere que Waldron creía –erradamente– que solo podría defenderse un valor procedimental (por ejemplo uno de tipo epistémico) si apuntaba a la realización de una concepción pública *sustantiva* que fuera incontrovertible, lo que era inadmisibles con base en el principio del desacuerdo. Estlund distingue entre un “substantive epistemic account” y un “formal epistemic account”, y señala de manera impecable que el segundo –que predica de un procedimiento que tiene la tendencia a llegar a lo correcto desde el punto de vista de la justicia o el bien común, cualquiera sea la mejor concepción de estos valores– es perfectamente consistente con la subsistencia de los desacuerdo sustantivos. Mi punto en este trabajo es que el sistema de Waldron solo resulta consistente si se reconfiguran sus elementos en ese sentido.

la luz de la “igualdad de agencia/competencia epistémica”, el tránsito desde el “participacionismo mayoritario” hacia el deliberativismo también resulta inevitable.

La igualdad de agencia/competencia epistémica deposita en cada portador de derechos la capacidad de identificar las respuestas correctas, de manera única y especial, y en igualdad con los demás portadores de derechos.

Esta agencialidad epistémica única que se les reconoce, expresa el valor de la autonomía moral. Ese es el sentido que se desprende de la afirmación según la cual: “La atribución de cualquier derecho, como dije, es típicamente un acto de fe en la agencia y la capacidad para el razonamiento moral de todos y cada uno de los individuos implicados” (Waldron, 2005, p. 347). El propio Waldron equiparaba su posición a la idea rawlsiana de atribuir a las personas un sentido de la justicia. La autonomía moral consiste precisamente en esa agencialidad/competencia. Por eso resultaría pragmáticamente inconsistente realizar este “acto de fe” y negar la pertinencia del teorema de Condorcet y sus proyecciones epistémicas.

Pero Waldron se detenía en este punto y no profundizaba en las implicancias del reconocimiento de este elemento fundamental –aunque poco explotado– de su teoría, para la cuestión de la legitimidad de la autoridad política. Solo sugirió tentativamente, terminando su trabajo de homenaje a Nino, que tal vez “el mejor modelo de democracia sería aquél que integre y haga encajar su versión de la deliberación con una versión del voto y la regla de la mayoría, en el sentido que he bosquejado...” (Waldron, 2004).

Ese paso debe ser dado, pues el mayoritarismo participativo es insatisfactorio una vez que se aclara el presupuesto de igualdad de agencia/competencia epistémica, y se deja de lado el escepticismo sobre las condiciones en que una decisión pública tiene, *ex ante*, más chances de ser correcta. El deliberativismo es en realidad inescapable para que las tesis de Waldron encajen consistentemente.

La agencialidad epistémica podría considerarse como una propiedad dicotómica; que se tiene –se reconoce– o no, a determinada enti-

dad –los portadores de derechos. Waldron distingue entre un humano como portador de derechos y un animal no humano como beneficiario de derechos, separándolos categorialmente en relación con su capacidad epistémica (Waldron, 2005, p. 347).

Pero aunque el “título” de agente epistémico podría tal vez consistirse con la estructura de todo-o-nada (pues es resultado de un reconocimiento trascendental-categorial), su ejercicio performativo debe configurarse ineludiblemente como admitiendo grados de agencialidad efectiva –o de autonomía en la formación del juicio.

Ello es así porque el elemento que Waldron identifica como expresivo de esa autonomía es no solo la agencialidad epistémica, sino también la capacidad de autonomía de juicio, “una habilidad para deliberar moralmente” (Waldron, 2005, p. 346); y toda capacidad o habilidad puede en principio actualizarse en mayor o menor medida –o estar más cerca o lejos de actualizarse, que a los efectos de nuestro punto es lo mismo.

En consecuencia, siempre resultará posible evaluar –aunque previsiblemente estaremos en desacuerdo sobre las respuestas– qué condiciones institucionales incrementan o disminuyen la actualización, o plena efectivización, de esas capacidades/habilidades para el ejercicio de la agencialidad epistémica. Es posible discernir cuáles la robustecen performativamente, qué distribución de tales condiciones es consistente con –o frustrante de– la igualdad y autonomía epistémica, etcétera.

Como hemos visto, ya en sus trabajos tempranos sobre Rousseau y Condorcet, Waldron tenía una idea más o menos clara acerca de esas condiciones, y ellas apuntaban directamente en el sentido en que apunta el deliberativismo. En efecto, identificaba al debate y la discusión colectiva como elementos que expandirían la competencia epistémica de los sujetos participantes (Waldron, 1989 y 1993).

La ventaja epistémica de decisión mayoritaria de los portadores de derechos admite grados, según el nivel de actualización, o de cercanía de actualización, de sus capacidades y agencialidad epistémicas.¹⁷

¹⁷ Para una revisión de los obstáculos y limitaciones empíricas a la actualización de esas capacidades en las comunidades políticas reales de la actualidad, y dos conclusiones opuestas so-

Dichas circunstancias están conceptualmente atadas a la efectivización de la autonomía agencial de los sujetos, de manera consistente con una autonomía semejante de los demás, tal que no se destruya el valor categorial único de su agencia epistémica.

Esto es, precisamente, el núcleo estructural de algunas concepciones deliberativas, como las desarrolladas por autores como Carlos Nino o Jürgen Habermas. Lo peculiar y más atractivo de esos deliberativismos no reside tanto en su promesa de un consenso imparcial, unánime, basado en los principios correctos –que Waldron ha criticado como negativamente utópico–, sino en su construcción de una estructura de decisión (la deliberación pública-inclusiva-participatoria-argumentativa-mayoritaria) consistente con –y maximizadora de– los presupuestos de igualdad y autonomía agencial que todo defensor no iusnaturalista de la tesis de los derechos morales tiende a adoptar como necesidad conceptual (o incluso como presupuesto trascendental).

El deliberativismo que consideramos aquí postula una justificación epistémica para la democracia, en tanto se institucionalice mediante procedimientos inclusivos, participatorios y basados en la discusión pública igualitaria y razonada, que incrementen las tendencias hacia la imparcialidad en la toma de decisiones colectivas por parte de los propios agentes concernidos por ellas.¹⁸

Esta posición, en contra de lo que sugieren ciertas caricaturas críticas, no desprecia la decisión mayoritaria. Tampoco considera que toda decisión no unánime carezca de valor moral o epistémico. Al contrario. En la medida que las condiciones de dicha decisión hayan actualizado de manera significativa la agencia/capacidad epistémica de los participantes, la respuesta que cuenta con apoyo mayoritario porta *ex ante* un *pedigree* epistémico superior a cualquier otra. Ese *pedigree* epistémico provee legitimidad a la decisión mayoritaria.

bre su impacto para las tesis epistémicas, véase Martí, 2006, y Bayón, 2009.

¹⁸ Para una argumentación, según la cual el deliberativismo solo es consistente cuando se fundamenta en el valor epistémico de la democracia, incluso cuando solo se apoye suavemente en el teorema de Condorcet, véase Martí, 2006. Para una crítica a esa posición, véase Bayón, 2009.

El gobierno de la mayoría es legítimo porque —o en la medida que— maximiza las posibilidades de que alcancemos las mejores respuestas acerca del contenido y alcance de nuestros derechos.¹⁹

Resulta en realidad curioso que Waldron no haya adoptado explícitamente un enfoque deliberativista-epistémico-mayoritario. No solo no adoptó el deliberativismo sino que —más allá de algún coqueteo como el que hemos reseñado más arriba en su comentario homenaje a Nino— lo rechazó explícitamente como una tesis atractiva sobre la autoridad de la legislación (Waldron, 2005, pp. 159-161).

En su opinión, los deliberativistas presentaban un enfoque “ingenuo”; sus “defensores contemporáneos [...] ponen el acento en la conversación y el consenso como valores centrales” (Waldron, 2005, p. 159). Según su entendimiento del deliberativismo, la subsistencia de un desacuerdo —y eventualmente la realización de una votación para ponerle fin— “deben parecer el reconocimiento de un fracaso” (Waldron, 2005, p. 160). El enfoque deliberativista “implica que algo debe estar mal en la política de la deliberación si la razón fracasa, si el consenso se nos escapa y si no nos queda otra cosa que contar manos alzadas” (Waldron, 2005, pp. 159-160).

Si bien Waldron reconoce que algunos deliberativistas —cita a Gutmann y Thompson— aceptan e incorporan la subsistencia inerradicable del desacuerdo, incluso después de la deliberación, no pareció interesa-

¹⁹ En una de sus últimas obras, Carlos Nino sumaba un principio adicional para completar la justificación de la mayor legitimidad de las decisiones mayoritarias, por razones epistémicas, incluso en el marco del desacuerdo y la incertidumbre. Si se partía de la base de que tales procedimientos tenían *ex ante* mayores chances de acertar en la respuesta, y no contábamos con ningún otro procedimiento superior *ex post*, la superioridad de los mecanismos deliberativos-mayoritarios venía moralmente apoyada por el llamado “principio de maximización de la actuación moralmente correcta”:

[T]odo sistema moral debe incluir el principio que establece que se deben maximizar las posibilidades de obrar en forma moralmente correcta [...] y si llegamos a la conclusión de que, en términos generales, la discusión colectiva y la decisión mayoritaria son métodos más fiables de acceder a soluciones moralmente más correctas que la reflexión individual aislada, esto nos dará una razón para calibrar la decisión colectiva aun cuando nuestra reflexión individual nos asegure, tal vez acertadamente, en algún caso, que la decisión es errónea (Nino, 1994, p. 187).

do en explorar los presupuestos epistémicos y de autoridad de los más sofisticados desarrollos del deliberativismo.

Roberto Gargarella y José Luis Martí entienden –generosamente– que Waldron “lejos de convertirse en un enemigo de la democracia deliberativa, en realidad defiende una particular concepción de esta teoría de la democracia” (Gargarella y Martí, 2004, p. 41). No creo que sea así; Waldron ha sostenido consistentemente una visión desdeñosa y despectiva del deliberativismo.²⁰

Lo que sí creo, y este trabajo recorre ese camino, es que sus mejores tesis solo son inteligibles y consistentes si se reajustan de manera que encajen en el molde del deliberativismo-epistémico-mayoritario.

En todo caso, lo que seguro no ha hecho Waldron fue asociar su idea de agencia/capacidad epistémica moral, implícita en el reconocimiento de los portadores de derechos como tales, con la legitimidad de la autoridad mayoritaria. Y mucho menos asoció esos elementos con la defensa de la deliberación y decisión mayoritarias como el procedimiento epistémicamente más confiable para adoptar las respuestas correctas en cuestiones de moralidad política.²¹

Y esos elementos constituyen el núcleo fundamental de algunas de las más atractivas y sofisticadas teorías deliberativistas que se articu-

²⁰ Véase, por ejemplo, Waldron, 2010, p. 1051, donde dice:

[Dworkin] me ha sugerido que los pasajeros [en su ejemplo del bote salvavidas, quienes deben decidir cuál de los naufragos morirá para salvar al resto] solo continuarían conversando sobre la cuestión hasta que el asunto pareciera claro. Esa idea es un ejemplo –tan notable como se pudiera encontrar– de la animada visión –común entre los deliberativistas– según la cual la “deliberación estilo coloquio” (si tuviera la duración suficiente) obvia la necesidad de votar.

En su artículo, Estlund, 2000, expresa la misma visión acerca de la resistencia de Waldron a abrazar el deliberativismo.

²¹ Su mayor esfuerzo por vincular deliberación y voto llegó a sostener la igualdad de autoridad decisoria entre los votantes, pero sin adherir a la dimensión epistémica propia del deliberativismo. En Waldron, 2004, llegó hasta el punto de afirmar:

Esta igualdad de voto tiene el tipo de conexión con la deliberación que estoy buscando. Porque el voto de cada miembro cuenta igualmente, la deliberación en circunstancias de igualdad es respetuosa de su audiencia de una forma en la que la deliberación en condiciones de desigualdad no lo sería (Waldron, 2004, p. 264).

laran desde las últimas décadas del siglo XX (Nino, 1991 y 1996, entre muchos otros).

Por supuesto, ningún deliberativista ha propuesto que la deliberación igualitaria, participativa y pública genere un consenso efectivo que elimine el desacuerdo, ni mucho menos un consenso correcto; ni tampoco se ha sugerido que los resultados de una votación mayoritaria sean infalibles, o que contemos con una epistemología neutral para testear tales resultados.

Pero sí se han defendido la mayor potencia epistémica, en general y *ex ante*, de tales procedimientos, en la medida que realicen consistentemente (hasta donde podamos estimarlo) los presupuestos de igualdad de agencia/competencia epistémica de los sujetos, y maximicen que los procedimientos deliberativos “tomen en serio” los intereses y sobre todo las razones expresadas por todos los portadores de derechos.

El deliberativismo-epistémico-mayoritario es más consistente con los propios presupuestos waldronianos que su mayoritarismo participativo, y que cualquier mayoritarismo aritmético.

Nada de esto niega el correcto punto de Waldron cuando sostiene que “todo sigue estando a nuestro alcance”, y que nada puede legítimamente sustraerse a la agencialidad decisoria de los portadores de derechos.

No tenemos razones para temer a esta circunstancia, en la medida que el desacuerdo inerradicable se institucionalice con base en los cuatro elementos que ahora podemos identificar. La figura que resulta, una vez que se realizan los ajustes propuestos a la tesis original de Waldron, se sigue pareciendo a un triángulo, pero no lo es.

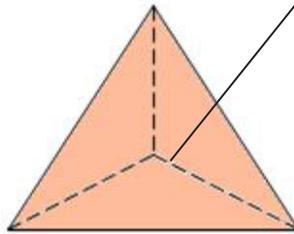
Es ahora una pirámide triangular. La figura inicial parecía imposible —y lo era—, porque ocultaba un cuarto vértice, que viene a resolver los apoyos mutuos entre los otros tres, al tiempo que modifica su configuración original. El ajuste entre estos cuatro vértices es posible ahora porque ninguno de ellos es escéptico.

El flujo entre los puntos realiza el refuerzo mutuo entre ellos, ya que la legitimidad política es instrumental —respecto de un valor procedimental, y no sustantivo— y se apoya en un elemento que Waldron uti-

lizaba en su construcción, pero no identificaba expresamente, como sustento de la legitimidad (“igualdad de agencia/competencia epistémica”). La incorporación de este cuarto elemento –que resulta implicado en la aceptación de la tesis (A), y conceptualmente derivado de ella– se suma a la reconfiguración no escéptica de la tesis (B) y la reconfiguración de la tesis (C) en términos de deliberativismo mayoritario, para dar lugar a esta nueva figura:

(C) Tesis NO escéptica
sobre la autoridad,
procedimentalmente instrumental
(deliberativismo-epistémico-mayoritario)

(D) Igualdad de
agencia-competencia epistémica



(A) Tesis NO escéptica
sobre los derechos
morales/políticos

(B) Tesis NO escéptica sobre
los procedimientos –*ex ante*–
para llegar a respuestas correctas
(mayoría en condiciones de igualdad
epistémica)

e) *La revisión judicial en el deliberativismo mayoritarista*

Consistente con sus tesis originales, Waldron ha sido un intenso crítico –en términos de legitimidad democrática– de arreglos institucionales contramayoritarios tales como la revisión judicial. Sus críticas a posiciones como las de Ely (1981) y Dworkin (1996) –que por diversos caminos intentaban conciliar la democracia y alguna forma de revisión judicial– han sido fuertes y resistentes. Ellas se sostenían fundamental-

mente en el escéptico vértice (B) de su triángulo original, junto con su concepción no instrumental de la autoridad política —su vértice (C).

En esta sección veremos cómo impactan en la crítica a la revisión judicial, la reconfiguración de la tesis (C) y el descarte de la tesis (B) originarias.

Como afirmación general resulta claro que en el marco de la figura modificada que hemos construido, el argumento contrario a la revisión judicial se mantiene,²² e incluso se fortalece con relación a lo que Waldron llegara a sostener.

En efecto, en el marco del triángulo original, Waldron reconocía que su tesis epistémica escéptica le generaba complicaciones para la elaboración de una respuesta positiva que justificara la legitimidad de la solución mayoritaria frente a la judicial; ya que “la decisión democrática sobre la democracia” parecería incluir una petición de principio o una circularidad irremediable.

La salida ensayada frente a esta dificultad, en el capítulo XIII del libro (Waldron, 2005), resultaba puramente defensiva. Se contentaba más bien con alegar que la paradoja sobre las precondiciones de legitimidad política es inerradicable, cualquiera sea la estructura política de que se trate.²³ Por tanto, esta dificultad no justificaba el pase a una estructura de decisión basada en un enfoque que atienda a los resultados para este tipo de cuestiones (dado que él era escéptico sobre la existencia de dichas estructuras).

Waldron no estaba seguro de que “la decisión mayoritaria sobre la naturaleza y los límites de la toma de decisiones mayoritarias” fuera una petición de principio (Waldron, 2005, p. 403). Su respuesta es más bien que la cuestión no tiene ninguna salida que no implique en alguna medida una petición de principio. De este modo, su argumento podría ser exitoso para descartar la superioridad de enfoques como los de

²² Véase Nino, 1993, donde afirma como principio general la incompatibilidad entre una concepción deliberativa/epistémica de la democracia y la revisión judicial.

²³ Para un análisis de este punto, y el argumento de que la paradoja no afecta solo a la democracia deliberativa, ni a la democracia, véase Martí, 2008. Allí se destaca la contribución del propio Nino a la identificación de la paradoja, así como las complicaciones de la solución que el autor propusiera para ella.

Dworkin o Ely (que proponían una decisión no mayoritaria acerca de las condiciones de legitimidad de las decisiones mayoritarias), pero no para defender positivamente su tesis.

Por supuesto, Waldron no podía hacer una defensa positiva. Estaba limitado por su escepticismo epistémico y su idea no instrumental de la legitimidad mayoritaria.

Desde el punto de vista del deliberativismo mayoritario –apoyado en la tesis no escéptica de la nueva figura– sí tenemos una razón positiva (epistémica) para impugnar la revisión judicial sustantiva –sea para identificar los derechos asociados a la democracia, o cualquier otro– y preferir en principio los procedimientos deliberativo-mayoritarios.

Simplemente, la mayoría deliberativa resulta más confiable que cualquier otro procedimiento alternativo para realizar esa clase de juicio de manera acertada. Por lo menos, es seguro que resulta más confiable –*ex ante*– que la decisión de un solo individuo (un súper juez), o de un grupo de individuos (la mayoría de jueces de una corte suprema).

El deliberativismo-epistémico-mayoritario impugna –junto con Waldron– la revisión judicial sustantiva con la última palabra asignada a los jueces. Más aún, desde esta posición es posible impugnar la justificación de toda revisión judicial sustantiva (cosa que Waldron no hacía). Pero por otro lado, se admite su reorientación en clave procedimental-justificatoria, en la que los jueces podrían incluso tener la última palabra en términos formales.²⁴

La revisión judicial debería enfocarse exclusivamente en la custodia –*ex post*– de la efectivización de la igualdad de agencia/competencia epistémica de los portadores de derechos en los procedimientos y decisión colectivas.²⁵ En esos términos resulta consistente con los presupuestos que conforman la pirámide de legitimidad política presentada.

²⁴ Waldron afirmó que no pretendía impugnar toda forma de revisión judicial, y concentró su argumento contra la revisión judicial sustantiva con la última palabra en los jueces (véase Waldron, 2006) Sin embargo, no avanzó ninguna propuesta desarrollada acerca de algún modelo alternativo de revisión judicial que le pareciera valioso y consistente con sus tesis generales.

²⁵ La posición que defiende se aparta también de una de las formas en que Nino defendió la revisión judicial deliberativa. Si bien este autor justificó la revisión procedimentalmente, la configuró operacionalmente de manera sustantiva –cercano a la posición de Ely– vinculando la re-

La revisión judicial que este deliberativismo puede defender no es sustantiva en su justificación ni en su operación. No se activa en relación con el contenido de las decisiones mayoritarias ni con el contenido de derechos –ni aquellos que pudieran ser afectados por las mayorías ni los que pudieran considerarse presupuestos de su legitimidad.

Su ámbito de acción debe ceñirse exclusivamente a la dinámica procedimental y de justificación discursiva que rodean a las decisiones mayoritarias, a la luz del presupuesto de igualdad de agencia/competencia epistémica.

La identificación de una falla procedimental/justificatoria –postulada a resultados del ejercicio de la revisión judicial– es una clase de interferencia justificada en –y colaborativa hacia– la operación deliberativa-mayoritaria. Esta clase de intervención resulta consistente con –y deferente al– privilegiado *pedigree* epistémico de la decisión deliberativa-mayoritaria, y no produce una alienación sustantiva de la decisión.

En los hechos, consiste en la revisión de que nadie haya sido tratado en concreto, en el contexto de la decisión cuestionada, como un animal, o un edificio (para volver a la comparación de Waldron) en el desarrollo procedimental y justificatorio de la decisión. Se trata de asegurar que haya sido tratado de manera consistente con las implicancias de su título de portador de derechos. La revisión judicial no mira la decisión sustantiva, sino su construcción procedimental/justificatoria.

Carlos Nino ha captado de manera muy gráfica las implicaciones de la revisión judicial en clave procedimental/justificatoria en uno de sus últimos libros:

La dimensión procedimental:

Los jueces necesariamente deben ejercer un control del procedimiento democrático. Ese control no se limita a las *condiciones formales* que establece una Constitución, ya que son tanto o más importantes las condiciones [...] respecto de las *oportunidades de participación igualitaria en la discusión, la amplitud del debate, su concentración en principios,*

visión judicial con la definición y protección de una cierta categoría de derechos, que llamó “a priori” para el funcionamiento de la democracia. Véase Nino, 1993 y 1996.

la relativa libertad de decisión, la adecuación del procedimiento de representación, la sensibilidad del sistema para reflejar el consenso público... (Nino, 1992, p. 693, resaltado añadido).

La dimensión justificatoria:

La potencialidad que este enfoque asigna al control judicial de constitucionalidad es sumamente amplia [...] determina algunas condiciones que el procedimiento legislativo debe satisfacer [...] *si bien los jueces no deben entrar a valorar la validez de las razones que tiene el legislador o un órgano ejecutivo para dictar una norma jurídica, sí tienen que exigir que haya tales razones...* El proceso democrático debe desarrollarse en forma deliberativa, y no hay deliberación si las decisiones no están acompañadas de razones. *Hay por cierto una línea fina entre la determinación de que haya una verdadera razón y que haya una razón verdadera, pero no por ser tenue el límite los jueces pueden ignorarlo...* (Nino, 1992, p. 696, resaltado añadido).

Por supuesto, esta revisión contramayoritaria, procedimental/justificatoria, bien podría funcionar con una dinámica –formal– de reenvío hacia el proceso colectivo de deliberación y decisión mayoritaria, a fin de que los participantes de la decisión reevalúen sus condiciones a la luz de su propio entendimiento sobre ellas y, en su caso, la ajusten a la realización y actualización de los presupuestos de la igualdad de agencia/competencia epistémica. Pero también podría funcionar formalmente con la última palabra del caso en manos del poder judicial, dejando a los canales políticos la reelaboración y definición de las condiciones de legitimidad deliberativa –que podrían dar lugar a posteriores intervenciones judiciales.

De ese modo, la mayoría deliberativa no resulta ultrajada, sino respetada en su posición epistémica privilegiada. A los sujetos concernidos les corresponderá reevaluar las condiciones procedimentales/justificatorias de la decisión, y obrar en consecuencia, como autoridad epistémica privilegiada. No hay razones para pensar que dicha reevaluación no se hará de buena fe, y con un esfuerzo a una reconsideración

imparcial, tal como Waldron asume, correctamente, que debemos aproximarnos a las mayorías.

La dignidad de la mayoría tampoco resulta ultrajada –anticipamos– si luego de su reevaluación, y de una nueva decisión que incluya la reconsideración de las condiciones de procedimiento/justificación de la decisión original y/o de su contenido, ella resultara también cuestionada y llevada a una evaluación judicial, siempre que dicho examen se refiera –a su vez– a las condiciones procedimentales/justificadoras de esta última.²⁶

La apertura reevaluatoria de las condiciones y limitaciones a la toma de decisiones mayoritarias, a pedido de un portador de derecho, no es una afrenta a la mayoría, ni un desplazamiento elitista, en la medida que ninguna instancia decisoria tenga supremacía política definitiva sobre la mayoría deliberativa.

El deliberativismo-epistémico-mayoritario que aquí se defiende, tiene lugar para instancias de revisión judicial procedimental/justificatoria dotadas de capacidad para reactivar la discusión sobre la forma en que las decisiones mayoritarias han tomado en serio, en el caso concreto, a los portadores de derechos. Todo sigue estando en nuestras manos, como agentes epistémicos únicos, responsables de tratarnos mutuamente de manera consistente con reconocernos iguales agentes morales.²⁷

Por supuesto, dado el hecho irremediable del desacuerdo, y la circunstancia de que la confianza epistémica en la mayoría es solo *ex ante* y no incluye certeza alguna, es posible que en ciertas ocasiones existan desacuerdos políticos inerradicables acerca de algún elemento relativo a la igualdad de agencia/competencia epistémica en una comunidad dada.

²⁶ En todo caso, el núcleo de este modelo consiste en que la revisión judicial opere sobre las cuestiones procedimentales/justificadoras, y no tanto en quién tenga o no la última palabra en un caso. En una comunidad comprometida con la igualdad/autonomía agencial, y enmarcada en desacuerdos inerradicables, en términos políticos no hay últimas palabras.

²⁷ Defiendo la consistencia de este modelo de revisión judicial como el verdaderamente consistente con el deliberativismo, en “Una justificación democrática para la revisión judicial. Contribuciones de la obra de Carlos Nino”, en *Análisis Filosófico*, 2015 (en prensa).

Ese es el tipo de tensiones que debemos aceptar, fatalmente, sin garantía procedimental alguna de que sean resueltas; y menos aún de que sean resueltas exitosamente de manera consistente con –nuestra idea acerca de– los presupuestos de la igualdad epistémica. Ése es el tipo de tensiones que puede dar lugar a revoluciones paradigmáticas en los entendimientos básicos sobre la legitimidad, la justicia, el conocimiento moral, etcétera, a revoluciones culturales, políticas o constitucionales de una comunidad política.

No hay teoría que pueda dominar performativamente las propias condiciones de su existencia y sentido. No hay capacidad epistémica superior a la que nos iguala como agentes autónomos. Y no veo nada de inaceptable en esa comprensión de los límites de una interpretación, una teoría, o una práctica política. Al fin y al cabo, como bien sostenía Waldron, el desacuerdo conforma las circunstancias de la política, y ocupa el interior de nuestra pirámide.

Referencias bibliográficas

- Bayón, Juan Carlos, 2009: “¿Necesita la república deliberativa una justificación epistémica?”. *Diritto & Questioni Pubbliche*, núm. 9, pp. 189-228.
- Dworkin, Ronald, 1996: *Freedom's Law*. Cambridge, Harvard University Press.
- _____, 2014: *Justicia para erizos*, trad. de Horacio Pons. Buenos Aires, FCE.
- Eisgruber, Christopher L., 2002: “Democracy and Disagreement: A Comment on Jeremy Waldron’s *Law and Disagreement*”. *Legislation and Public Policy*, 6, pp. 35-47.
- Gargarella, Roberto y Martí, José Luis, 2005: “Estudio preliminar. La filosofía del derecho de Jeremy Waldron: Convivir entre desacuerdos”, en Jeremy Waldron, *Derecho y desacuerdos*. Madrid, Marcial Pons, pp. 13-48.
- Ely, John H., 1981: *Democracy and Distrust*. Cambridge, Harvard Paperbacks.
- Estlund, David, 2000: “Jeremy Waldron on law and disagreement”. *Philosophical Studies*, 99, 1, pp. 111-28.

- Martí, José Luis, 2006: *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*. Madrid, Marcial Pons.
- _____, 2008: “Un callejón sin salida. La paradoja de las precondiciones (de la democracia deliberativa) en Carlos S. Nino”, en Marcelo Alegre, Roberto Gargarella y Carlos Rosenkrantz (eds.), *Homenaje a Carlos S. Nino*. Buenos Aires, La Ley, pp. 307-323.
- Nino, Carlos, 1991: “The Epistemological Moral Relevance of Democracy”. *Ratio Juris*, vol. 4, núm. 1, pp. 36-51.
- _____, 1992: *Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires, Astrea.
- _____, 1993: “A Philosophical Reconstruction of Judicial Review”. *Cardozo Law Review*, núm. 14, pp. 799-846.
- _____, 1994: *Derecho, moral y política*. Barcelona, Ariel.
- _____, 1996: *The Constitution of Deliberative Democracy*. New Haven, Yale University Press.
- Waldron, Jeremy, 1989: “Democratic Theory and the Public Interest: Condorcet and Rousseau Revisited”. *American Political Science Review*, vol. 83, núm. 4, pp. 1322-1328.
- _____, 1993: “Rights and Majorities: Rousseau Revisited”, en *id.*, *Liberal Rights Collected Papers – 1981-1991*. Cambridge, Cambridge University Press.
- _____, 1998: “Moral Truth and Judicial Review”. *American Journal of Jurisprudence*, vol. 43, núm. 1, art. 4. Disponible en <http://scholarship.law.nd.edu/ajj/vol43/iss1/4/>
- _____, 2003: “Legislating with Integrity”. *Fordham Law Review*, núm. 72, pp. 373-394.
- _____, 2004: “Deliberación, desacuerdo, y votación”, en Harold Koh y Ronald Slye (eds.) *Democracia deliberativa y derechos humanos*. Barcelona, Gedisa, pp. 249-268.
- _____, 2005: *Derecho y desacuerdos*, trad. de José Luis Martí y Águeda Quiroga. Madrid, Marcial Pons.
- _____, 2006: “The Core of the Case against Judicial Review”. *Yale Law Journal*, vol. 115, pp. 1346-1406.

_____, 2010: "A Majority in the Lifeboat". *Boston University Law Review*,
núm. 90, pp.1043-1057.

Recepción: 3/7/2014

Revisión: 24/12/2014

Aceptación: 10/03/2015