

DEMOCRACIA E IGUALDAD^(*)

ROBERT POST

Profesor David Boies de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale.
Ph.D. por la Universidad de Harvard.

En este artículo discutiré la relación entre democracia e igualdad. El estudio de este tema se hace difícil porque "la democracia" es un término notoriamente vago y extenso. Es comúnmente usado como un sinónimo elástico para buen gobierno, estirándose hasta incluir todo lo que sea deseable en un estado. Entendida de este modo, por supuesto, la idea de democracia pierde contenido específico y mordacidad analítica. Si la democracia significa solamente un gobierno deseable y bueno, no necesitamos discutir acerca de la democracia, sino solo de las formas de igualdad que deben caracterizar a un estado moderno.

En este artículo tomaré un camino muy distinto. Examinaré cuidadosamente el significado de democracia y, habiendo fijado una definición, discutiré las conexiones lógicas y prácticas entre esta definición y varias formas de igualdad. Empiezo con lo que asumo como la premisa inobjetable de que la democracia se refiere a "la distinción entre autonomía y heteronomía: Las formas democráticas de gobierno son aquellas en las que las leyes son hechas por las mismas personas para las cuales se aplican (y por esa razón son normas autónomas), mientras que en las formas autocráticas de gobierno los legisladores son diferentes de aquellos a los cuales las leyes se dirigen (y son por lo tanto normas heterónomas)".¹ La pregunta a la que me referiré es la relación entre las formas autónomas de gobierno y la igualdad.

I.

¿Qué significa que una forma de gobierno sea autónoma? La democracia no es lo mismo que soberanía popular, una situación en donde la gente ejerce un control absoluto sobre su gobierno. La soberanía popular es compatible con formas de fascismo popular en donde un dictador lleva la genuina y espontánea aprobación de una población entera.² Tampoco es la democracia idéntica al gobierno de la mayoría, en donde una mayoría del pueblo ejerce control sobre su gobierno.³ A pesar de ello frecuentemente se dice que "cualquier clara restricción del poder de la mayoría, como por ejemplo un principio de libertad de expresión, es naturalmente antidemocrática, antimayoritario", una mayoría del electorado puede implementar reglas que son claramente inconsistentes con la democracia, por ejemplo, eligiendo a una monarquía para que gobierne. Estos ejemplos sugieren que la soberanía popular y el gobierno de la mayoría pueden estar íntimamente asociados con la práctica de la democracia, pero que ellos mismos no definen la democracia. Esto es por lo que no es difícil concluir que prácticas específicas de soberanía popular o gobierno de la mayoría son antidemocráticas.

¹ El presente artículo fue originalmente publicado en: *Law, Culture and the Humanities*, Vol. 1, p. 142, 2005.

² El presente artículo fue traducido al español por Alonso Guzmán Duránberg, Director de la Comisión de Edición y Ronald Cross Barragán, Miembro de la Comisión de Edición de *ADVOCATUS*.

³ BOBBIO, Norberto, *Democracy and Dictatorship: The Nature and Limits of State Power*, trad. Peter Kennedy (Cambridge, England: Polity, 1989), p. 127.

⁴ Sobre la distinción entre democracia y soberanía popular, ver POST, Robert, *Democracy, Popular Sovereignty, and Judicial Review*, En: *Columbia Law Review* No. 86 (1996) p. 429.

⁵ Pero ver DWYER, Robert, *A Preface to Democratic Theory*, University of Chicago Press, Chicago, 1957, p. 67.

⁶ SCHAUER, Frederick, *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, Cambridge University Press, Nueva York, 1982, pp. 40-41.

La democracia es distinta de la soberanía popular y el gobierno de la mayoría porque la democracia es una idea normativa que se refiere a valores políticos sustanciales⁵, mientras que la soberanía popular y el gobierno de la mayoría son términos descriptivos que se refieren a procedimientos específicos de toma de decisiones. Implícitos en la idea de democracia están los valores que nos permiten determinar si en circunstancias específicas los procedimientos de toma de decisiones son en efecto democráticos. Los gobiernos, por ejemplo, no se convierten en democráticos meramente porque hacen elecciones en donde las mayorías gobiernan. Elecciones como estas se hacen actualmente en Corea del Norte. Para determinar si estas elecciones hacen a Corea del Norte democrática es necesaria una investigación sobre si estas elecciones son implementadas de tal manera que reflejen los valores democráticos. Es un grave error confundir democracia con procedimientos específicos de toma de decisiones y no identificar los valores esenciales que la democracia, como una forma de gobierno, busca ejemplificar.

Los valores de la autonomía son esenciales para la democracia. En el contexto del gobierno del estado, estos valores son asociados con la práctica de la autodeterminación.⁶ Debemos preguntarnos, por lo tanto, qué significa para un pueblo dedicarse a la práctica de la autodeterminación. Esta práctica es usualmente interpretada para significar que las personas sean hechas responsables en última instancia por decisiones gubernamentales, sea tomando directamente dichas decisiones o eligiendo a aquellos que lo hacen.⁷ Pero, para mí, este es un recuento insuficiente de la práctica de la auto-gobernación. Por razones que explicaré, pienso que es preferible decir que la práctica de la auto-gobernación requiere que un pueblo tenga la garantizada convicción de que están inmiscuidos en el proceso de gobernarse ellos mismos.⁸ La distinción es crucial, ya que enfatiza la diferencia entre tomar decisiones particulares y reconocer decisiones particulares como propias. El auto-gobierno se trata de la autoría de decisiones, no de la toma de decisiones.

Podemos probar esta distinción imaginando una situación en la que la gente en su capacidad colectiva toma decisiones, pero en la que los individuos dentro de la colectividad se sienten deseperadamente alienados de estas decisiones. Supongamos, por ejemplo, que en el Estado X a los ciudadanos se les da la facilidad de contar con terminales interactivos de computadoras, los cuales deben usar por las mañanas para registrar sus preferencias sobre diversos asuntos. Cada mañana una agenda para decisiones (hecha por una asamblea electa) se muestra en el terminal. Los ciudadanos del Estado X deben decidir qué color de ropa debe usarse; qué menú debe servirse para el almuerzo y la comida; los límites urbanos de cobertura del colegio público del vecindario; si debe colocarse un semáforo en una intersección local; y así sucesivamente. Asumamos que los ciudadanos del Estado X pueden obtener de su computadora cualquier información que consideren relevante para sus votos, incluyendo información relativa a los posibles puntos de vista de otros ciudadanos.

Más aún, imaginemos que el Estado X no tiene discursos públicos. No hay ni periódicos ni medios de comunicación. El Estado prohíbe los partidos políticos y las asociaciones. Proscribe las protestas públicas y prohíbe a los individuos publicar sus puntos de vista a otros ciudadanos. Cada ciudadano debe tomar sus decisiones en aislamiento. Sin embargo, las decisiones en el Estado X son tomadas sobre la base del voto mayoritario de la colectividad y todos los individuos son, de allí en adelante, obligados a cumplir: usar ropa azul, o servir pollo en el almuerzo, o atender a un colegio

⁵ Sobre la democracia como un valor sustantivo, ver: MICHELMAN, Frank, *Review and Democracy*. En: *California Law Review* No. 86, 1998, p. 319.

⁶ KEISEN, Hans, *General Theory of Law and State*, trad. Anders Wedberg, Russell B. Russell, New York, 1961, pp. 294-286.

⁷ Ver por ejemplo MERLEJON, Alexander, *Political Freedom: The Constitutional Powers of the People*, Harper, Nueva York, 1948.

⁸ El concepto de una "convicción garantizada" está destinado a indicar que una convicción subjetiva de auto-gobierno no es una condición ideológica y preclusiva para la realización de valores democráticos. La convicción debe soportar escrutinio, lo que significa que siempre está abierta a objeciones que intentan convencer a un ciudadano de que su experiencia de auto-gobierno es errónea.

en particular, o detenerse en la intersección local. Los individuos en el Estado X se sienten completamente alienados de estas decisiones. Ellos no se identifican con ellas y, en cambio, se sienten controlados y manipulados por la fuerza externa de la colectividad. ¿Llamariamos nosotros al Estado X un ejemplo de sociedad que se embarca en la autodeterminación?

A pesar de que en el Estado X las personas retienen su habilidad, "como una colectividad, de decidir su propio destino"⁹, lo que equivale a tomar decisiones por mayoría, dudo mucho que caractericemos al Estado X como una democracia. Seremos más propensos a condenarlo como una tiranía distópica. Rousseau diagnosticó hace mucho la razón de esta condena: la toma colectiva de decisiones es meramente opresiva salvo que haya alguna conexión interna entre las voluntades particulares de los ciudadanos individuales y la voluntad general de la colectividad.¹⁰

Claro que no es plausible alegar, como pueda pensarse que hacía Rousseau, que puede existir una completa identidad entre las voluntades particulares de los ciudadanos individuales y la voluntad general del Estado democrático. Basta con que los ciudadanos individuales puedan reconocer en esa voluntad general la potencialidad de su propia autoría.¹¹ Cuando esto ocurre, la toma colectiva de decisiones es democrática porque se experimenta como autodeterminación.

Pero cuando los ciudadanos se sienten alienados de la voluntad general, o del proceso por el cual la voluntad general es creada, el voto es meramente un mecanismo para la toma de decisiones, un mecanismo que puede fácilmente volverse opresivo y antidemocrático. De esto se sigue que el valor de la democracia puede ser logrado solo si hay una mediación continua entre autodeterminación colectiva y la autodeterminación individual de los ciudadanos particulares.¹² Si la democracia requiere que los ciudadanos sientan su gobierno como propio, como representativo, deben sentir al estado como receptivo, de alguna manera, a sus propios valores e ideas, icómo es esto teóricamente posible bajo las condiciones modernas de diversidad, en donde los ciudadanos de un estado son heterogéneos y están en desacuerdo entre sí? El centro de análisis debe cambiar de las decisiones estatales específicas al proceso por el cual estas decisiones son autorizadas. Los ciudadanos deben experimentar ese proceso como receptivo de sus propios valores e ideas.

Esta es la teoría de la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, que descansa en la idea de que si los ciudadanos son libres de participar en la formación de opinión pública y si las decisiones del estado son receptivas de la opinión pública, los ciudadanos serán capaces de sentir como suyo a su gobierno, incluso si tienen puntos de vista diversos o, en todo caso, están en desacuerdo. Es por ello que la Primera Enmienda, que es anti-mayoritaria, es, sin embargo, tratada como "la guardiana de nuestra democracia".¹³ Hans Kelsen, si bien hablando de la democracia y no de la Primera Enmienda, explicó el tema de esta manera:

⁹ FISS, Owen, *Liberalism Divided: Freedom of Speech and the Many Faces of State Power*, Westview Press, Boulder, Colorado, 1996, pp. 37-38.

¹⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques, *The Social Contract*, trad. al inglés de Maurice Cranston, Penguin Books, Londres, 1968, pp. 58-62. Intrascamente Rousseau el parecer consideraba que la voluntad general se formaría a través de únicamente un proceso tan iterativo como el que he esbozado: "De las deliberaciones de un pueblo debidamente informado, y siempre que sus miembros ni tengan comunicación entre ellos, el gran número de pequeñas diferencias siempre producirá una voluntad general y la decisión siempre será buena" (p. 73). Esto sugiere que Rousseau puede haber tenido una mejor comprensión de los prerrequisitos analíticos de la democracia que de la dinámica social necesaria para su realización.

¹¹ Para una completa explicación de este argumento, ver POST, Robert, *Milligan's Alaska: Individual Autonomy and the Reform of Public Discourse*, en *University of Colorado Law Review* No. 64, 1993, p. 1109.

¹² He sostenido en otros momentos que "la problemática esencial de la democracia [...] reside en la reconciliación de la autonomía individual y colectiva". POST, Robert, *Constitutional Domains: Democracy, Community, Management*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1995, p. 7. Para una discusión más detallada, ver POST, Robert, *Between Democracy and Community: The Legal Constitution of Social Force*, en: CHAPMAN, John W. y SHAPIRO, Ian, (editores), *Democratic Community: Notes XXXIV*, New York University Press, Nueva York, 1993, pp. 163, 178-79.

¹³ *Brown v. Hartlage*, 436 U.S. 45, 60 (1982).

"Un sujeto es políticamente libre en la misma medida en que su voluntad individual esté en armonía con la voluntad 'colectiva' (o 'general') expresado en el orden social. Una armonía tal entre la voluntad 'colectiva' y la individual es garantizada solo si el orden social es creado por los individuos cuyo comportamiento regula. Orden social significa determinación de la voluntad del individuo. Libertad política, esto es, libertad bajo el orden social, es autodeterminación del individuo a través de su participación en la creación del orden social. (...)

La voluntad de la comunidad, en una democracia, es siempre creada a través de una continua discusión entre mayoría y minoría, o través de una libre valoración de argumentos a favor y en contra de una determinado reglo sobre un tema determinado. Esta discusión sucede no solo en el parlamento, sino también, y más que nada, en las reuniones políticas, en los periódicos, libros y otros vehículos de opinión pública. Una democracia sin opinión pública es una contradicción de términos".¹⁴

La Primera Enmienda protege el proceso comunicativo por el cual el pueblo estadounidense trabaja hacia un "acuerdo" que es "no coaccionado y alcanzado por ciudadanos en forma consistente con su forma de verse a ellos mismos como libres e iguales entre sí".¹⁵ Claro que bajo las condiciones modernas de heterogeneidad, un verdadero acuerdo es imposible, por lo que la noción de acuerdo funciona meramente como una "idea regulativa"¹⁶ para la formación de opinión pública. Si usamos el término "discurso público" para referirnos al proceso comunicativo por el cual la opinión pública se forma, podemos decir que el discurso público continua pero infructuosamente lucha para mediar entre la autodeterminación individual y colectiva para producir "una voluntad general, comunicativamente formada y discursivamente clarificada en la esfera pública política".¹⁷

En una democracia moderna, por lo tanto, los ciudadanos son libres de insertarse en el discurso público para hacer al estado receptivo de sus ideas y valores, con la esperanza de que incluso si el estado actúa de forma inconsistente con estas ideas y valores, los ciudadanos puedan, a pesar de ello, mantener su identificación con el estado. Hay mucho de la ley constitucional de libertad de expresión que se desprende de esta formulación, pero para los fines del presente artículo recalzaré solo que las democracias modernas deben, con relación a este tema, tomar a sus ciudadanos, en la medida en que se insertan en el discurso público, como personas iguales y autónomas.

Este es el motivo por el que Jean Piaget estaba profundamente en lo correcto al observar que "la esencia de la democracia reside en su actitud hacia la ley como producto de la voluntad colectiva, y no como algo que emana de una voluntad trascendental o de la autoridad establecida por derecho divino. Es por lo tanto la esencia de la democracia reemplazar el respeto unilateral a la autoridad por el respeto mutuo de voluntades autónomas".¹⁸

II.

Estamos ahora en capacidad de deducir nuestro primer postulado sobre la relación entre democracia e igualdad. La democracia requiere que las personas sean tratadas de igual manera, en el mismo grado en que son participantes autónomos en el proceso de auto-gobernación. Esta forma de igualdad es fundacional para la democracia, porque se deriva de la definición misma de democracia. La democracia requiere de una igualdad de participación democrática.

La democracia continuamente se esfuerza por reconciliar la autodeterminación de los ciudadanos individuales con la auto-gobernación del estado. Esto significa que la democracia debe

¹⁴ Kelsen, *Princ. Op. Cit.*, pp. 265-88.

¹⁵ Rawls, John, *Justice as Fairness: Political Not Metaphysical*. *Et. Philosophy and Public Affairs* No. 14, 1985, pp. 229-30.

¹⁶ Fendler, J.N., *Kant and the Transcendental Object: A Hermeneutic Study*. Oxford University Press, Nueva York, 1981, p. 241.

¹⁷ Habermas, Jürgen, *The Theory of Communicative Action*, trad. Thomas McCarthy, Beacon Press, Boston, 1987, p. 81.

¹⁸ Piaget, Jean, *The Moral Judgment of the Child*, trad. Marjorie Gabain, Free Press, Nueva York, 1965, pp. 362-363.

ver a cada ciudadano como una persona autónoma y autodeterminada, por lo menos en tanto sea relevante mantener una identificación viva con el auto-gobierno del estado. Cada ciudadano es igual en este aspecto. A tal grado que el estado trata a ciudadanos de manera desigual en una forma relevante; por ejemplo, permitiendo a algunos ciudadanos tener mayor libertad de participación en el discurso público que otros, el estado se convierte en heterónimo con respecto a esos ciudadanos que son tratados desigualmente. El estado por lo tanto pierde su derecho a la legitimación democrática con respecto a estos ciudadanos. De aquí se sigue que cada ciudadano en una democracia tiene derecho a ser tratado igual con respecto a las formas de conducta que constituyen participación democrática autónoma.

Esta definición de igualdad democrática es, por supuesto, formal y funcional. Su contenido preciso debe ser establecido a través de la especificación de las formas de participación democrática. Estas formas nos son dadas social e históricamente y distintas formas implicarán diferentes formas de igualdad democrática. Por ejemplo, igualdad en el contexto de votar será diferente que igualdad en el contexto del discurso público. Votar para elegir autoridades a nivel nacional o regional se entiende como un método a través del cual los ciudadanos participan en la elección de sus líderes. Dado que todos los ciudadanos son afectados por esta elección, reconocemos la igualdad de agencia de los ciudadanos por el principio de "una persona, un voto". El principio significa que cada ciudadano debe ser tomado en cuenta como formalmente igual a cualquier otro en la influencia que su agencia pueda contribuir a las decisiones públicas.

El propósito de la comunicación dentro del discurso público, en cambio, no es tomar decisiones, sino dar poder a los ciudadanos para que participen en la opinión pública en formas que les permitirán creer que la opinión pública se convertirá potencialmente receptiva de sus puntos de vista. Si bien la igualdad en el voto es medida en términos de igualdad de influencia en las decisiones finales, la igualdad de participación en el discurso público no puede ser medida de esta forma. Dado que la influencia en el debate público es una cuestión de persuadir a otros para que vean las cosas desde la perspectiva de uno, el estado puede igualar la influencia en el debate público solo si controla el proceso íntimo e independiente por el cual los ciudadanos evalúan las ideas de otros. Esfuerzos tales son intrínsecamente indeseables cuando son realizados por el estado, tanto porque las ideas no son iguales –la propia estructura del debate público descansa en la premisa de distinguir las buenas ideas de las malas– como porque cualquier esfuerzo gubernamental de esta índole, probablemente colindaría con lo tiránico.

Por estas razones la igualdad de agencia en el contexto del discurso público es medida garantizando a cada ciudadano el derecho a expresarse en el discurso público de una forma que le permitirá creer que la opinión pública será receptiva de su agencia. Esta función no puede ser alcanzada ofreciendo a cada ciudadano idénticas cantidades de expresión, porque un ciudadano bien puede considerar un monto determinado de expresión como inadecuado a sus necesidades comunicativas y, por lo tanto, sentirse alienado de la opinión pública, incluso si esa cantidad es igual al monto dado a todos los demás ciudadanos.

Por este motivo la Primera Enmienda característicamente permite a las personas hablar en las formas, maneras y circunstancias de su elección. La Primera Enmienda descansa en la esperanza de que cuando las personas están en la libertad de hablar en formas que ellos creen son adecuadas a su significado y convicción, pueden llegar a sentir que se les ha dado la oportunidad de afectar la opinión pública y, por lo tanto, mantener una identificación con un estado que es receptivo de la opinión pública. Si el estado regula demasiado cuándo y cómo una persona puede hablar, el discurso puede perder su habilidad de mediar entre la autodeterminación individual y colectiva.

En el contexto del discurso público, por lo tanto, la igualdad de agencia relevante es inherente a la libertad de expresarnos de una manera de nuestra propia elección. A veces hay tensión entre

el discurso como instrumento de autodeterminación individual y el discurso como instrumento de autodeterminación colectiva. En el contexto de las campañas electorales, por ejemplo, ha habido voces frecuentes en pro de la regulación del discurso público. Consideremos:

- (1) El discurso de los candidatos debe restringirse sobre la base de que la población como un todo ha decidido ver las elecciones como ilegítimas porque algunos candidatos son tan adinerados que su discurso es mucho más prominente que el de otros candidatos. Las restricciones al discurso son justificadas en el principio de "legitimidad democrática".
- (2) El discurso de los candidatos debe restringirse sobre la base de que todos los candidatos deben tener igual acceso al electorado y algunos candidatos son tan adinerados que su discurso es mucho más prominente que el de los otros candidatos. Las restricciones al discurso son justificadas sobre un principio de "justicia" que sostiene que a cada candidato debe brindársele la "misma" cantidad de discurso que a cualquier otro, de tal manera que ningún candidato pueda "ahogar" el discurso de sus competidores.

El Escenario (1) nos lleva a un genuino dilema dentro de la teoría democrática, porque postula condiciones en donde el discurso que sirve los propósitos de la autonomía individual ha puesto en riesgo la habilidad del discurso público de servir como un medio de autodeterminación colectiva.

Si la autonomía personal es restringida censurando el discurso de candidatos individuales, la legitimidad democrática está perdida con respecto a dichos candidatos. Sin embargo el ejercicio irrestricto de autonomía individual minará la capacidad del discurso público de servir su más importante función de mediar entre la autonomía individual y la colectiva para el resto de la población. El estado pondrá en riesgo valores democráticos ya sea regulando o no regulando. A pesar de que el Escenario (1) parece plantear una interrogante sobre la relación entre democracia e igualdad, en realidad plantea la pregunta de cómo, dentro de los términos de la teoría democrática, el propósito de la auto-gobernación puede ser cumplido de mejor manera.

III.

En este respecto, el Escenario (1) contrasta claramente con el Escenario (2). En el Escenario (2) el discurso de los candidatos es regulado sobre la base de un principio de "justicia" que no deriva de la lógica de la legitimidad democrática, pero que en cambio lo hace de una noción independiente de "igualdad" entre candidatos.¹⁹ Si en el Escenario (2) la inequidad entre los candidatos no ha causado deslegitimación del proceso electoral, la censura bajo el Escenario (2) comprendería la autonomía de los candidatos sin una garantía correspondiente en la autonomía colectiva. El concepto de igualdad en el Escenario (2) puede, por lo tanto, estar en tensión con los propósitos de la legitimidad democrática, que requiere que a los candidatos se les brinde la igualdad para actuar autónomamente, no la igualdad asociada con iguales cantidades de discurso.²⁰

Esta conclusión es bastante poderosa, ya que sugiere que muchas formas de igualdad asociadas con nociones de justicia distributiva o imparcialidad pueden en realidad ser inconsistentes con la democracia. Esta inconsistencia ocurre cuando las demandas de justicia distributiva o imparcialidad

¹⁹ Para una declaración particularmente clara de esta noción ver, por ejemplo, Harper vs. Canada (Attorney General), 2004 SCC 34, at ¶ 63 ("El actual régimen de publicidad de las elecciones es la respuesta del Parlamento a la decisión de esta Corte en *Lithin v. Quebec (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 569). El régimen está típicamente estructurado en el modelo igualitario de elecciones. El propósito objetivo de este régimen es promover la justicia electoral creando igualdad en el discurso político. El régimen promueve la igual representación de punto de vista brindando la publicidad de televisión a los candidatos, los cuales, como ha reconocido esta Corte, son importantes e influyentes participantes del proceso electoral").

²⁰ Para un debate al respecto, ver POST, Robert, *Equality and Autonomy in First Amendment Jurisprudence*, Michigan Law Review No. 95, 1987, pp. 1517, 1534-38.

ponen en riesgo la participación autónoma de las personas dentro de un auto-gobierno democrático, el cual es necesariamente presupuesto por el proyecto de autodeterminación autónoma.

Desde la perspectiva de los principios igualitarios que están implícitos en la justicia distributiva, los requisitos de autodeterminación autónoma pueden llegar a parecer retrógrados y libertarios. La igualdad requerida por la democracia, que es una igualdad de autodeterminación autónoma, puede fácilmente ser experimentada como delgada y formal, en contraste con las robustas formas de igualdad sustantiva típicamente asociadas con las teorías de la justicia distributiva.

La tensión entre igualdad y libertad que actualmente caracteriza a la jurisprudencia de la Primera Enmienda está típicamente ubicada en el límite entre una idea de igualdad que se centra en la igualdad de agencia y una idea de igualdad que se centra en la justicia distributiva. Imaginemos, por ejemplo, estos dos escenarios:

- (3) El discurso del ciudadano A, que consiste en palabras agresivas, excluye a todos los demás ciudadanos de participar en el discurso público.
- (4) El discurso del ciudadano A, que consiste de un discurso racista, excluye a los ciudadanos del grupo B de participar en el discurso público.

En el Escenario (3), la censura estatal al ciudadano A, que alienará a A del discurso público y por lo tanto arrebatará a A la posibilidad de experimentar legitimidad democrática, es justificada en términos de proteger el discurso público. De qué manera esta censura puede ser justificada, si es que en efecto puede serlo, y ser consistente con la democracia es una cuestión que debe ser resuelta enteramente con la lógica de la legitimidad democrática.

En el Escenario (4), en cambio, la supresión del discurso del ciudadano A, por parte del estado, es justificada en términos de proteger el acceso al discurso público del grupo B, y no tanto en términos de los requisitos del discurso público en sí. El Escenario (4) es típico de la tensión encontrada en la jurisprudencia de la Primera Enmienda que caracteriza controversias como la regulación del discurso de odio, que estuvo envuelto en la infame marcha de Nazis en Skokie, o en la supresión de la pornografía, la cual se dice que subordina a la mujer. En el Escenario (4) la potencial pérdida de legitimidad democrática para A al suprimir su discurso debe ser sopesada con la potencial pérdida de legitimidad democrática para el grupo B al no suprimir el discurso.

Este balance puede tal vez ser encajonado dentro de la lógica de la legitimidad democrática, como en el Escenario (3). Pero como comúnmente se dice, el balance tiene que ser encajonado tomando en cuenta los reclamos sustantivos de igualdad que el grupo B pueda hacer. Esto es especialmente verdad si el grupo B es, de otro modo, subordinado u oprimido.²¹ Siempre que el balance está encajonado de esta forma y siempre que esta respuesta a la pregunta produce resultados que son diferentes a los que se llegaría si la pregunta se resolviera únicamente dentro de la lógica de la legitimidad democrática, los reclamos de igualdad sustantiva están en tensión con la democracia.

Mucho depende, por lo tanto, de nuestro entendimiento de la lógica de la legitimidad democrática. Esta lógica requiere que los ciudadanos sean tratados igualmente con respecto a los requisitos de la participación autónoma en la práctica del auto-gobierno. La naturaleza de estos requisitos dependerá de nuestro preciso recuento de los prerrequisitos de la agencia autónoma. Así por ejemplo, Amartya Sen es famosamente asociada con "el enfoque de la capacidad"²², el cual

²¹ En efecto, comúnmente se alega que el discurso de A debe ser censurado no para proteger al discurso público, sino para promover las justas demandas de igualdad del Grupo B. Ver, por ejemplo, MATSUUDA, *Man, Public Response to Racist Speech: Considering the Victim's Story*, *Michigan Law Review* No. 87, 1989, pp. 2320, 2358.

²² SEN, Amartya, *Capability and Well-Being*. En: NUSSBAUM, Martha y SEN, Amartya, (editores), *The Quality of Life*. Clarendon Press, Nueva York, 1993, p. 43.

sostiene que cada persona debe ser dotada con una serie de capacidades que correspondan a "su posibilidad efectiva de alcanzar varias funciones valiosas como parte de su vida".²² Sen es notablemente, y tal vez intencionalmente, ambiguo sobre si la serie de capacidades a ser brindada a cada persona deben ser medidas por el criterio de "justicia como imparcialidad"²³, o, en cambio, por el criterio de "autonomía".²⁴

Entendida en este último sentido, la democracia puede requerir una equitativa distribución del set de capacidades requerido para la personería autónoma; entendida en el sentido anterior, la democracia puede estar en tensión con la igual distribución del set de capacidades requerido por la justicia distributiva.

IV.

La asociación de la democracia con los principios de igualdad de la justicia distributiva está generalizada y es bastante común. Recientemente sostuvo una conferencia en México, por ejemplo, donde la pregunta de la discusión era: "¿La democracia requiere una noción igualitaria más amplia que nivele todas las diferencias sociales, culturales y económicas que son inconsistentes con la igualdad moral de todos los ciudadanos?" Esta concepción del asunto meramente se enfoca en la relación entre democracia y fuertes principios igualitarios sustantivos. He sostenido hasta ahora, sin embargo, que la democracia presupone una especie distinta de igualdad, una igualdad medida en términos de la agencia autónoma requerida por la legitimidad democrática. También he sostenido que los principios igualitarios de justicia distributiva o de imparcialidad pueden, en circunstancias particulares, estar en tensión con la democracia.

Esta conclusión sin lugar a dudas será controversial, ya que por lo general se piensa que, implícita con la idea de democracia, está una noción de igualdad sustantiva fuerte que fluye de la igualdad moral de los ciudadanos.²⁵ Pero si entendemos que la democracia, tal como he sostenido, descansa fundamentalmente en un compromiso con la autodeterminación colectiva, requiere solo de aquellas formas de igualdad ciudadana que son necesarias para que el proyecto de autodeterminación colectiva triunfe. Y, como hemos notado, muchas formas de igualdad pueden en realidad interferir con la libertad individual requerida por este proyecto. En la raíz hay una profunda tensión teórica entre la democracia y varias nociones de justicia distributiva que buscan proteger la igualdad moral de los ciudadanos. En la medida en que la democracia es una forma de gobierno comprometida con la autodeterminación, la democracia debe también comprender autodeterminación sobre el significado de la igualdad moral de los ciudadanos.²⁷

Lo que cuenta como "igualdad moral" será controversial sin lugar a dudas, y una democracia resolverá estas controversias haciendo referencia a la autodeterminación de sus ciudadanos. Una democracia decidirá el significado de igualdad moral en el contexto de la discusión pública y debate. Los defensores de principios igualitarios fuertes típicamente han sostenido que este debate ofrece

²² *Ibid.*, p. 30.

²³ Sen desarrolló el enfoque de las capacidades como una respuesta a Rawls. Ver: SEN, Amartya, *Justice: Means Versus Freedom*. En: *Philosophy and Public Affairs* No. 19, Primavera, 1990, p. 111.

²⁴ SEN, Amartya, *Rights and Agency*. En: *Philosophy and Public Affairs* No. 11, Inverno, 1982, pp. 2, 24. En este trabajo anterior, Sen utilizó su enfoque "un sistema de derechos de capacidad". *Op. Cit.*, p. 14. En un trabajo posterior, Sen se refiere a este aspecto de su teoría como "libertad del bienestar", que se refiere a "la efectiva libertad de una persona de vivir bien y estar bien". SEN, Amartya, *Capability and Well-Being*. *Op. Cit.*, 1993, p. 39. Sen se explica al decir que la libertad es valiosa tanto como un fin como un medio. DREZE, Jean y SEN, Amartya, *India: Development and Participation*, 2da edición, Oxford University Press, Nueva York, 2002, pp. 1-8.

²⁵ Ver por ejemplo, GUTMAN, Amy, *Democracy in Disarray*, Princeton University Press, Princeton, 2001, p. 26 ("Cuando uso el término democracia, significa un compromiso político a la igualdad civil de sus individuos").

²⁷ Como ejemplos ver ACKERMAN, Bruce, *We the People*, Foundations, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1991, pp. 26-27.

una protección inadecuada para la justicia distributiva, porque creen que el juicio de los ciudadanos puede ser distorsionado gracias a la influencia de prejuicios e inclinaciones personales.²⁸

Consecuentemente, han usado la idea de derechos precisamente para confinar el ejercicio de la autodeterminación. La sustancia para estos derechos está característicamente determinada por la referencia a varias formas de razón filosófica. Esta razón puede estar en tensión con, y ser profundamente antitética con, las determinaciones políticas de la legitimidad democrática.

No es el caso, sin embargo, que la democracia y principios igualitarios fuertes deban necesariamente estar en oposición entre sí. Principios igualitarios fuertes pueden, en circunstancias particulares, reforzar la democracia de forma significativa. La democracia requiere que las personas se identifiquen con el estado, incluso si están en desacuerdo con las decisiones particulares del estado. A pesar de que una participación libre dentro del discurso público es una condición necesaria para esta identificación, está lejos de ser una condición suficiente. Imaginemos, por ejemplo, un grupo de ciudadanos que son libres de hablar y participar dentro de la esfera de la opinión pública, pero que son, a pesar de ello, carentes de medios de subsistencia, marginados, estigmatizados y subordinados. Es poco probable que estos ciudadanos se identifiquen con el estado de la forma requerida por la legitimidad democrática. El trato desigual de estos ciudadanos puede bien llevarlos a su exclusión. En un caso tal, el mantenimiento de legitimidad democrática requerirá que esta exclusión sea atenuada, lo que traería como consecuencia el arreglo de las condiciones de igualdad excluyentes.

Lo que se desprende de este razonamiento no es que la democracia incluye dentro de sí compromisos con principios igualitarios fuertes, sino que la violación sistemática de estos principios puede a veces llevar al fracaso de la legitimidad democrática. La diferencia es significativa, ya que si bien la democracia requiere afirmativamente que los ciudadanos sean tratados como iguales con respecto a las dimensiones de su agencia autónoma relevante para una legitimación democrática, no contiene un requisito tal con respecto a otras desigualdades.

La democracia requiere que solo sean atenuadas las desigualdades que minan la legitimidad democrática. No requiere de esto ni por motivos de imparcialidad o justicia distributiva, ni por ningún compromiso filosófico que se encuentre fuera del debate democrático y la toma de decisiones, sino simplemente porque tales desigualdades minan la legitimidad democrática.²⁹ La democracia no requiere de la total rectificación de estas desigualdades, sino solo de la rectificación necesaria para mantener legitimidad democrática.

La inquietante implicancia de este razonamiento es que la democracia es bastante compatible con importantes formas de subordinación de estatus, siempre y cuando estas formas de subordinación no sean sentidas por los ciudadanos como exclusión. En un tiempo en el que la absoluta falta de poder de las mujeres era aceptada como natural y justa, por ejemplo, la democracia no requeriría que esta terrible forma de subordinación termine.³⁰ Pero tan pronto como esta injusticia funcionó para excluir a los ciudadanos de su gobierno, los argumentos basados en la democracia estuvieron disponibles

²⁸ *Ibid.*, pp. 10-14; *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 152 n.4 (1938).

²⁹ Para una discusión con argumentos democráticos de este tipo ver POST, Robert, *Introduction*. Afor Bakke. En: POST, Robert y ROGIN, Michael, editores, *Race and Representation: Affirmative Action*. Zone Books, Nueva York, 1998, pp. 13, 22-24; POST, Robert, *Social Hierarchies and the First Amendment*. En: MACKINNON, Catharine A. y SIEGEL, Reva B., editores, *Directors in Sexual Harassment Law*. Yale University Press, New Haven, Connecticut, 2004.

³⁰ Si bien la democracia requiere que los ciudadanos que sean partícipes de la práctica del auto-gobierno sean tratados igualmente en la misma medida que concierne a su participación, ella misma no define al conjunto de ciudadanos que deben ser considerados partícipes. Como lo ha señalado JENNINGS: "lo que no puede decirse hasta que alguien decida quién es la gente". JENNINGS, Ivan, *The Approach to Self-Government*. Cambridge University Press, Cambridge, 1956, p. 36. Incluso hoy en día, por ejemplo, las niñas no son consideradas partícipes en el proceso democrático.

para sostener que esta absoluta falta de poder era incompatible con la legitimidad democrática y debía, por lo tanto, ser atenuado en el nombre de la democracia.

Estos ejemplos sugieren que los principios igualitarios fuertes pueden establecer una dinámica y dialéctica relación con la democracia. En la medida en que estos principios pasan a ser políticamente relevantes, hacen visibles y opresivas las desigualdades e instan a los ciudadanos a sentir estas desigualdades como excluyentes, preparan el camino para el eventual surgimiento de argumentos democráticos en pro de la atenuación de estas desigualdades. Hay pues una íntima relación entre democracia y principios igualitarios fuertes. La democracia no trae por sí misma estos principios, pero es sustancialmente afectada por ellos, ya que debe permanentemente considerar estas amenazas a la legitimidad democrática generadas por dichos principios. La democracia en este sentido está sumamente ligada a compromisos igualitarios.

No debemos olvidar, sin embargo, que compromisos igualitarios pueden también poner en peligro la autonomía necesaria para la práctica del auto-gobierno. La democracia y la igualdad están, por lo tanto, atadas en un nudo indisoluble que las refuerza y antagoniza entre sí.