

## CAPÍTULO 18

### LA DEMOCRACIA Y LA AUTORIDAD DEL DERECHO

#### 1. LAS JUSTIFICACIONES «EPISTÉMICAS» DE LA DEMOCRACIA

Una mala manera de expresar esta idea es la de entender que lo que justifica la autoridad de las decisiones democráticas es un argumento epistémico. Lo que caracteriza a una justificación epistémica de la democracia es que entiende que el procedimiento democrático es el que da más garantías de corrección sustantiva de las decisiones tomadas. Si esto es verdad, es decir, si no hay un mecanismo más fiable que el democrático mediante el cual podamos determinar la corrección de una decisión, entonces se sigue que debe reconocerse a la decisión democrática autoridad final. No porque sea infalible, sino porque es menos falible que cualquier otro procedimiento alternativo. Como hasta ahora hemos entendido, las instituciones como estructuras que hacen probable el desempeño de funciones, es importante distinguir el argumento de este libro de estas explicaciones «epistémicas». Hacerlo nos obligará a ir más lejos de lo que ha llegado el argumento hasta ahora. Porque aunque las instituciones son estructuras que median funciones, su sentido no se limita a eso.

El problema con las justificaciones epistémicas de la democracia es que asumen que no hay conexión interna entre lo político y lo moral: suponen que hay diversas maneras de establecer lo que es moralmente el caso y entre ellas están los mecanismos de formación de voluntad política. Esto devalúa lo político, porque entonces la razón por la cual lo político es una fuente de normatividad es *externa* a lo político: es consecuencia de la comparación entre diversos métodos para identificar lo que es moralmente correcto. Esta manera



de entender la cuestión tiene varios problemas, de los cuales el más importante es que la conclusión de que los procedimientos políticos de formación de voluntad son los que son más probables de «acertar» a la solución correcta es contingente<sup>1</sup>.

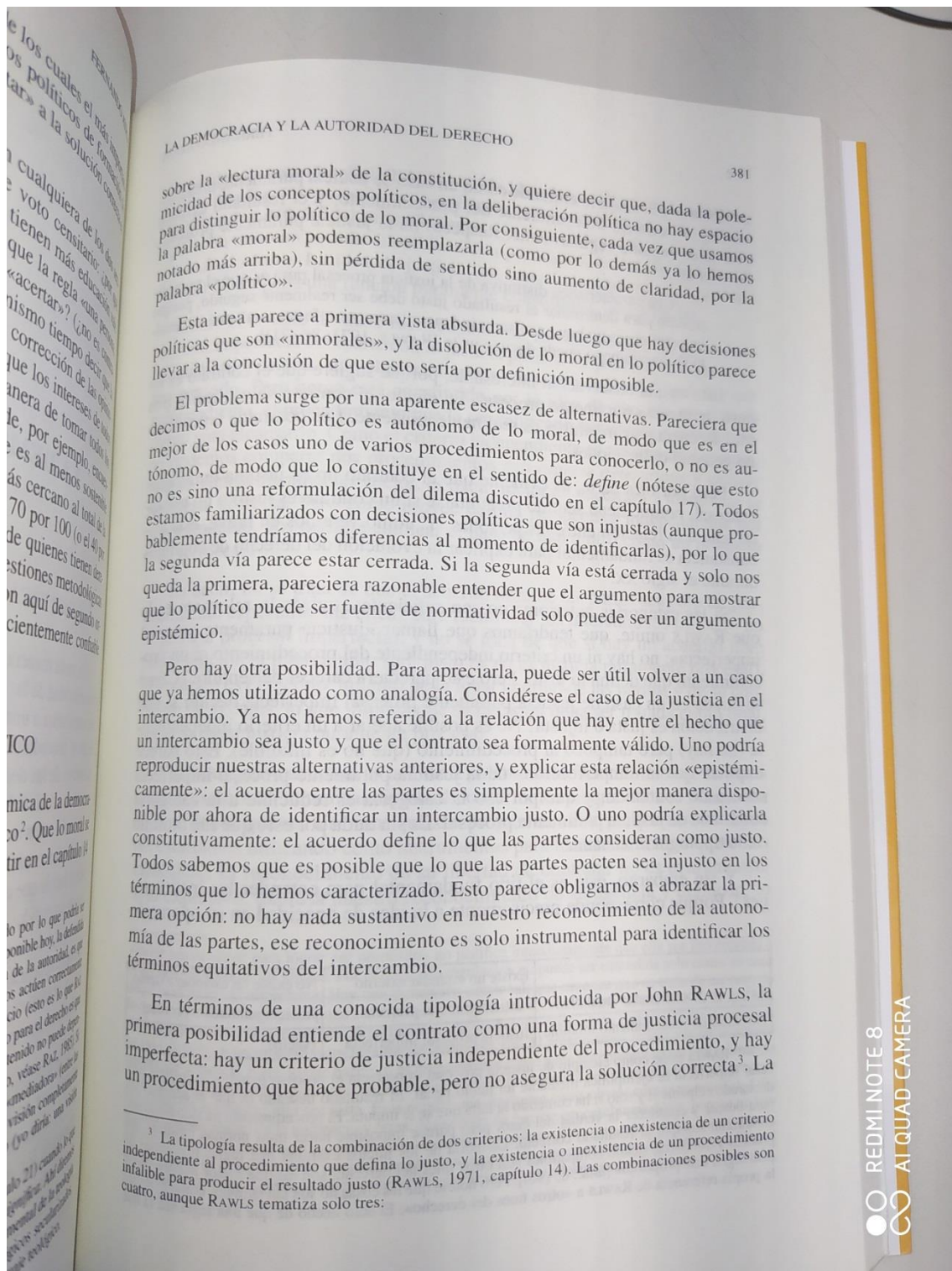
Nótese que aquí el argumento puede cortar en cualquiera de los dos sentidos. En el primero, a favor de alguna forma de voto censitario: ¿por qué excluir *a priori*, la idea de que el voto de quienes tienen más educación vale más? Después de todo, ¿qué demostración hay de que la regla «una persona, un voto» sea la que tienen más probabilidades de «acertar»? (¿no es contradictorio decir que la educación es importante y al mismo tiempo decir que la mayor educación no hace diferencias en cuanto a la corrección de las opiniones?). La respuesta usualmente será en la forma de que los intereses de todos merecen atención. Pero tampoco es obvio que la manera de tomar todos los intereses en cuenta sea mediante elecciones en vez de, por ejemplo, encuestas. En tiempos de participación electoral decreciente es al menos sostenible que sofisticadas encuestas podrían dar un resultado más cercano al total de la población que una elección en la que participa el 60 o 70 por 100 (o el 40 por 100, como en la última elección presidencial chilena) de quienes tienen derecho a voto. No se me escapa que habría una serie de cuestiones metodológicas que podrían ser problemáticas, pero estas cuestiones son aquí de segundo orden. ¿O es que si encontráramos a un encuestador suficientemente confiable dejaríamos de tener elecciones?

## 2. LA DISOLUCIÓN DE LO MORAL EN LO POLÍTICO

Para superar la insuficiencia de una concepción epistémica de la democracia debemos entender que lo moral se disuelve en lo político<sup>2</sup>. Que lo moral se disuelva en lo político es algo que ya observamos al discutir en el capítulo 14

<sup>1</sup> Otro problema, menos notorio pero más importante, es ejemplificado por lo que podría ser entendido como la justificación epistémica de la autoridad más sofisticada disponible hoy, la defendida en Joseph RAZ, 1986: 38-69. La idea, común a toda comprensión epistémica de la autoridad, es que la autoridad se justifica en la medida en que es más probable que los súbditos actúen correctamente cuando siguen las directrices de la autoridad que cuando descansan en su juicio (esto es lo que RAZ denomina la «normal justification thesis»). La implicación más evidente de esto para el derecho es que la identificación, por los súbditos, de las decisiones de la autoridad y de su contenido no puede depender del juicio de los súbditos acerca de lo que deben hacer (para este argumento, véase RAZ, 1985). Si esto fuera así, es evidente que la autoridad sería incapaz de cumplir su función «mediadora» (entre las razones aplicables a los súbditos y la acción de estos). Esto lleva a RAZ a una visión completamente distorsionada del razonamiento jurídico, de qué quiere decir aplicar el derecho (yo diría: una visión radicalmente escéptica), que hemos discutido en el capítulo 1.

<sup>2</sup> Esta afirmación deberá ser calificada más adelante (lo haremos en el capítulo 21) cuando lo que esté en discusión no sea lo que el lenguaje político significa, sino *el modo en que significa*. Ahí diremos que el lenguaje político significa imperfectamente, y en eso consiste la tesis fundamental de la teología política: no que la genealogía de los conceptos políticos está en conceptos teológicos secularizados, sino que el modo de significación del lenguaje político es el mismo que el del lenguaje teológico.



REDMI NOTE 8  
AI QUAD CAMERA

segunda explicación lo entiende como un caso de justicia puramente procesal: no hay un criterio independiente del procedimiento, y el resultado es justo si este es seguido regularmente. Respecto de la justicia puramente procesal, RAWLS dice:

Una característica distintiva de la justicia procesal pura es que el procedimiento para determinar el resultado justo debe ser realmente seguido, porque en estos casos no hay un criterio independiente por referencia al cual un resultado determinado puede decirse justo [RAWLS, 1971: 86 (71)].

Esta es una observación interesante, porque sugiere que el contrato es un caso de justicia puramente procesal. En efecto, el contrato solo justifica una transferencia patrimonial si es realmente existente. Los contratos hipotéticos no generan obligaciones.

Pero por otra parte, es evidente que el contrato no es justicia puramente procesal, porque tiene sentido preguntarse si un contrato es justo o no mirando solo a la relación entre las personas. Y, como veremos en breve, esta circunstancia es fundamental para explicar la evolución del derecho de contratos durante el siglo XX.

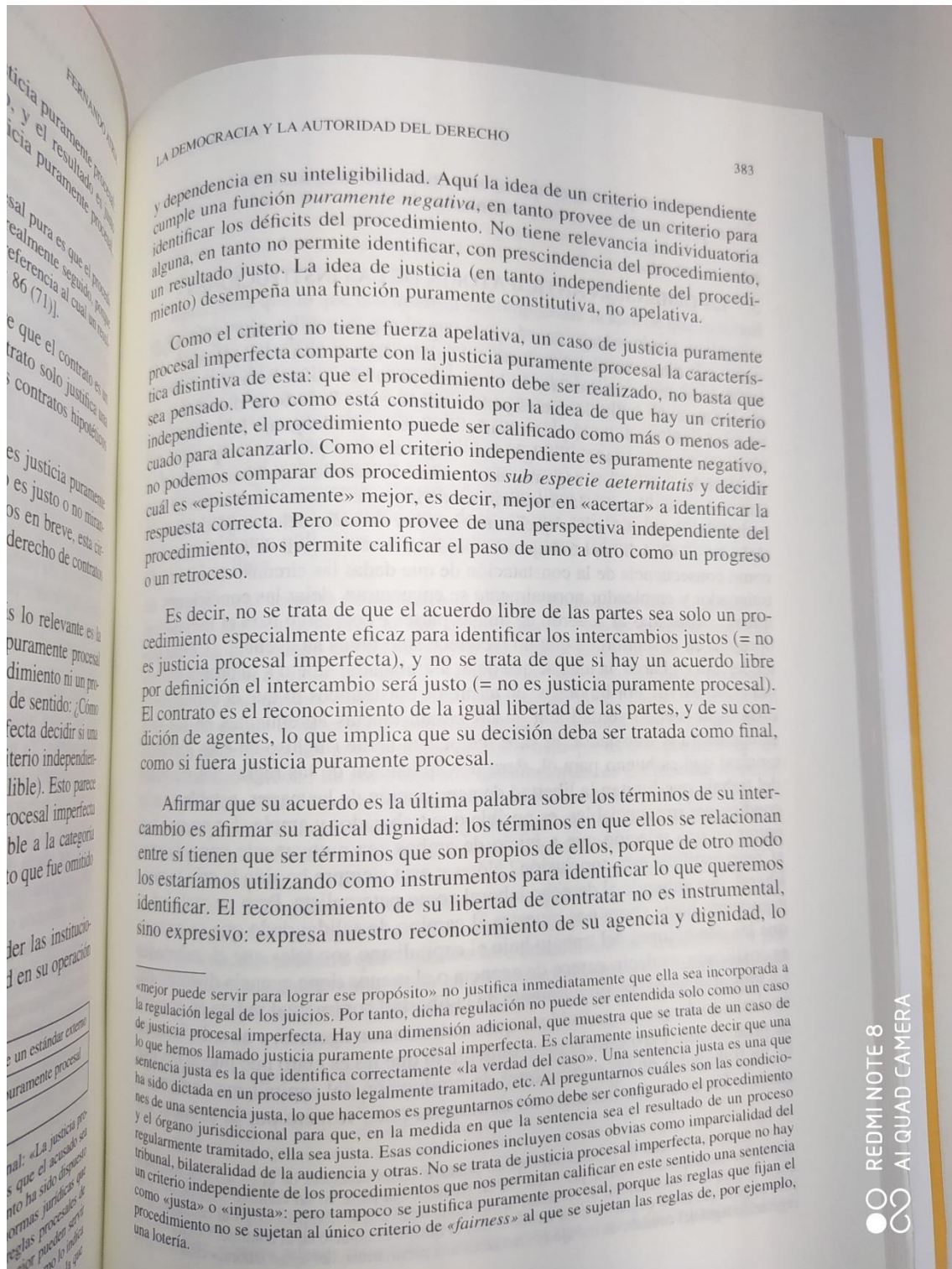
Si las categorías anteriores no son suficientes, quizás lo relevante es la que RAWLS omite, que tendríamos que llamar «justicia puramente procesal imperfecta»: no hay ni un criterio independiente del procedimiento ni un procedimiento que defina lo justo. Pero esto pareciera carecer de sentido: ¿Cómo se puede en un caso de justicia puramente procesal imperfecta decidir si una distribución es justa o injusta? No es posible apelar a un criterio independiente (no hay) pero tampoco al procedimiento (que no es infalible). Esto parece implicar que la «imperfección» de la justicia puramente procesal imperfecta carece de contenido, y que por eso la categoría es reducible a la categoría rawlsiana de justicia puramente procesal. Es sin duda por esto que fue omitido de la tipología rawlsiana.

Y sin embargo, este es el tipo fundamental para entender las instituciones<sup>4</sup>. Porque corresponde precisamente a la idea de opacidad en su operación

	Existe un estándar externo	No existe un estándar externo
Existe un procedimiento infalible	Justicia procesal perfecta	Justicia puramente procesal
No existe un procedimiento infalible	Justicia procesal imperfecta	(vacío)

<sup>4</sup> RAWLS pone como ejemplo de justicia procesal imperfecta el proceso penal: «La justicia procesal imperfecta se ejemplifica mediante un juicio penal. El resultado deseado es que el acusado sea declarado culpable si y solo si ha cometido la falta que se le imputa. El procedimiento ha sido dispuesto para buscar y establecer la verdad del caso, pero parece imposible hacer unas normas jurídicas que conduzcan siempre al resultado correcto. La teoría de los juicios examina qué reglas procesales de pruebas y similares, siendo compatibles con otros fines del derecho, son las que mejor pueden servir para lograr este propósito» [ibid.: 85 (90)]. Pero nótese que las cosas no son tan simples, como lo indica la propia referencia de RAWLS a «otros fines del derecho». El solo hecho de que una regla sea la que

LA DEMOCRACIA  
y dependenci  
cumple una  
identificar lo  
alguna, en ta  
un resultado  
miento) des  
Como e  
procesal im  
tica distint  
sea pensad  
independie  
cuado para  
no podem  
cual es «e  
respuesta  
procedim  
o un retro  
Es de  
cedimier  
es justic  
por defir  
El contr  
dición d  
como si  
Afi  
cambio  
entre si  
los esta  
identif  
sino e  
«mejor  
la regul  
de justic  
lo que h  
sentenc  
ha sido  
nes de  
y el ór  
regular  
tribuna  
un cri  
como  
proces  
una le



que en realidad quiere decir que es constitutivo de su agencia. No es un instrumento para reconocer, es reconocimiento.

### 3. LA DIMENSIÓN ANTICIPATORIA DE LAS INSTITUCIONES

¿No es esto un largo desvío para llegar al punto de partida? ¿No implica el argumento anterior, aunque no quiera decirse con esas palabras, que su acuerdo en los hechos *define* lo que es justo? La diferencia entre afirmar que su acuerdo define lo que es justo y afirmar que lo justo se disuelve en lo acordado, de modo que, para decirlo de nuevo con lenguaje habermasiano, ambas dimensiones son co-originales, es que esto nos permite comprender los casos en los cuales nos negamos a entender su acuerdo como justo porque lo que podríamos llamar «las condiciones de la justicia conmutativa» no se han cumplido. Pensemos en lo que ocurrió con el derecho del trabajo durante el siglo XX. El derecho del trabajo se separó del derecho civil de la contratación como consecuencia de la constatación de que dadas las circunstancias en que trabajador y empleador normalmente se encuentran, dejar las condiciones de trabajo entregadas al acuerdo de ambas partes es opresivo para el trabajador, opresivo en el sentido de que no reconoce sino niega su agencia. ¿Cómo entender, sin embargo, la idea de que dejar al trabajador sujeto a su propia voluntad es opresivo? Por hipótesis, en términos epistémicos lo que el economista diría sigue siendo verdad aun en las circunstancias apremiantes en las que se encuentra el trabajador: él sabe mejor que nadie (incluso en esas circunstancias) qué es bueno para él. Pero por aplicación de las reglas del derecho del trabajo que limitan la libertad de negociación de las partes, estableciendo condiciones irrenunciables, es posible que trabajador y empleador no puedan entrar en una relación que a juicio de ambos sea mutuamente conveniente. ¿Cómo justificar esta conclusión? Nótese: esta siempre ha sido la crítica neoliberal, que entiende al derecho laboral como paternalista. Pero en realidad el argumento hasta ahora nos muestra el camino de salida: de lo que se trata es que las condiciones del trabajo bajo el capitalismo son tales que el trabajador es cosificado, es decir, carece de agencia o al menos tiene agencia disminuida. La importancia del reconocimiento de la libertad contractual radica en el reconocimiento de que los individuos que contratan son agentes, y no solo factores de producción. Pero esto es precisamente lo que no es claro que pueda decirse de un trabajador en las condiciones de producción del capitalismo contemporáneo<sup>5</sup>. En estas condiciones, no demuestra poco respeto por la agencia del

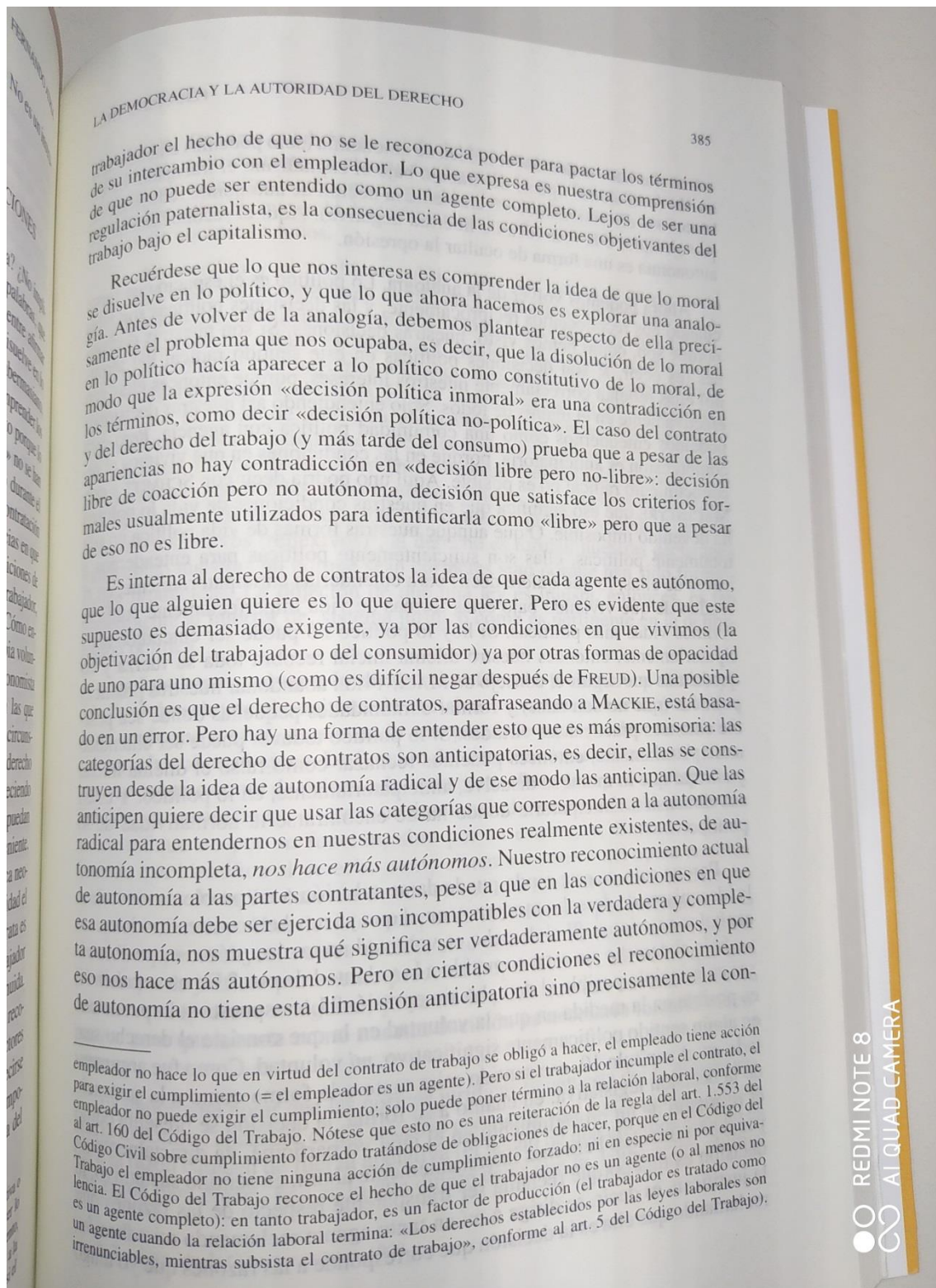
<sup>5</sup> Cuando un factor de producción deja de producir como se espera de él (= deviene relativa o absolutamente improductivo), se prescinde de él. Cuando una parte en un contrato deja de hacer lo que se espera de él (= incumple el contrato) la otra parte tiene una acción para exigir el cumplimiento, para exigirle que actúe conforme a los términos que él mismo estableció en el contrato. Conforme a la regulación legal del contrato de trabajo (y esto no es una peculiaridad del «plan laboral» chileno), si el

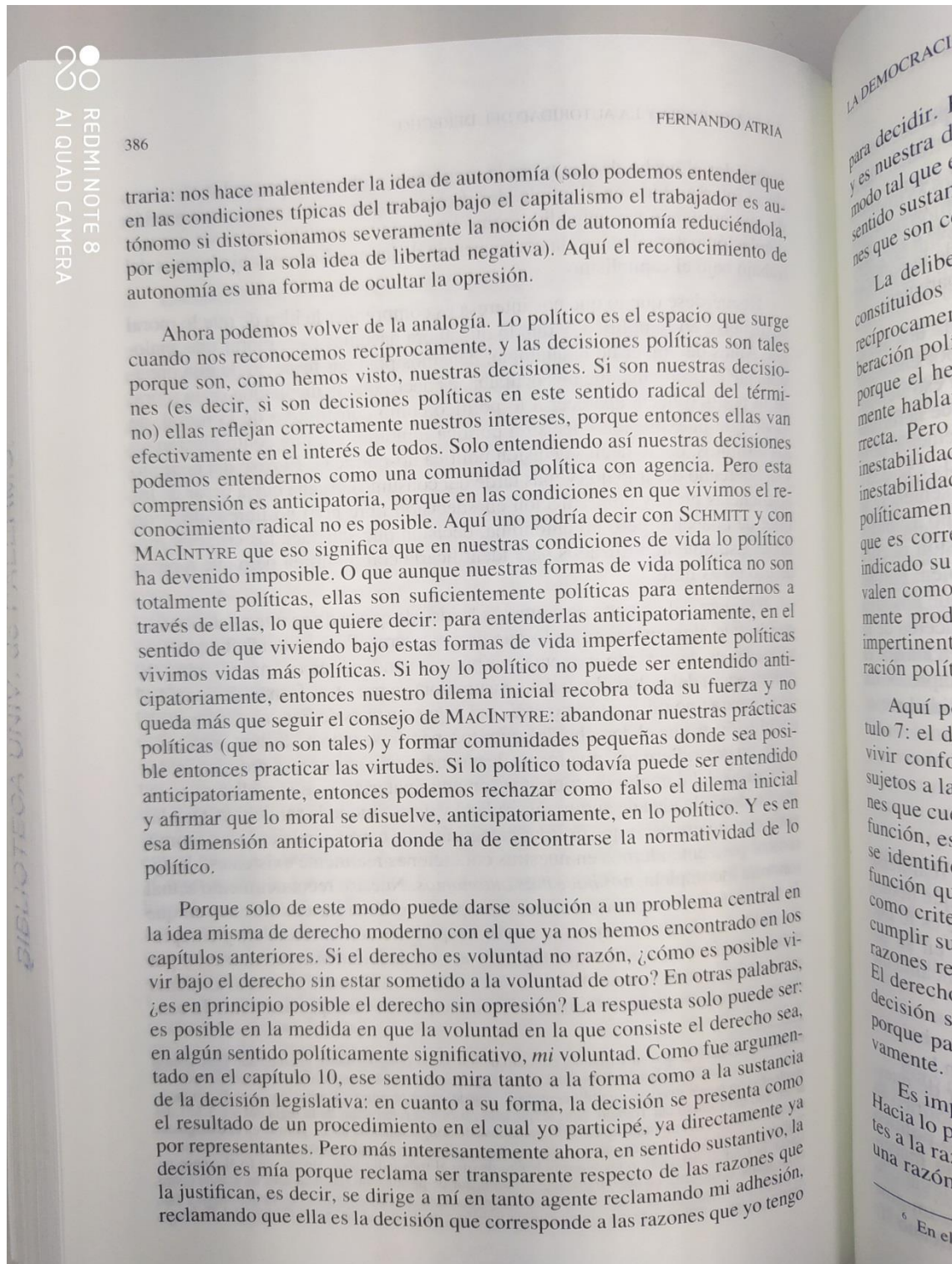
trabajador el  
de su interca  
de que no pu  
regulación pa  
trabajo bajo

Recuerde  
se disuelve e  
gía. Antes de  
samente el p  
en lo polític  
modo que la  
los términos  
y del derecho  
apariencias  
libre de coa  
males usual  
de eso no es

Es inter  
que lo que  
supuesto es  
objetivación  
de uno para  
conclusión  
do en un en  
categorías  
truyen desc  
anticipen q  
radical para  
tonomía in  
de autonom  
esa autonom  
ta autonom  
eso nos ha  
de autonom

empleador no  
para exigir el c  
empleador no  
al art. 160 del  
Código Civil s  
Trabajo Civil s  
lencia. El em  
es un agente c  
un agente cua  
irrenunciables





traria: nos hace malentender la idea de autonomía (solo podemos entender que en las condiciones típicas del trabajo bajo el capitalismo el trabajador es autónomo si distorsionamos severamente la noción de autonomía reduciéndola, por ejemplo, a la sola idea de libertad negativa). Aquí el reconocimiento de autonomía es una forma de ocultar la opresión.

Ahora podemos volver de la analogía. Lo político es el espacio que surge cuando nos reconocemos recíprocamente, y las decisiones políticas son tales porque son, como hemos visto, nuestras decisiones. Si son nuestras decisiones (es decir, si son decisiones políticas en este sentido radical del término) ellas reflejan correctamente nuestros intereses, porque entonces ellas van efectivamente en el interés de todos. Solo entendiendo así nuestras decisiones podemos entendernos como una comunidad política con agencia. Pero esta comprensión es anticipatoria, porque en las condiciones en que vivimos el reconocimiento radical no es posible. Aquí uno podría decir con SCHMITT y con MACINTYRE que eso significa que en nuestras condiciones de vida lo político ha devenido imposible. O que aunque nuestras formas de vida política no son totalmente políticas, ellas son suficientemente políticas para entendernos a través de ellas, lo que quiere decir: para entenderlas anticipatoriamente, en el sentido de que viviendo bajo estas formas de vida imperfectamente políticas vivimos vidas más políticas. Si hoy lo político no puede ser entendido anticipatoriamente, entonces nuestro dilema inicial recobra toda su fuerza y no queda más que seguir el consejo de MACINTYRE: abandonar nuestras prácticas políticas (que no son tales) y formar comunidades pequeñas donde sea posible entonces practicar las virtudes. Si lo político todavía puede ser entendido anticipatoriamente, entonces podemos rechazar como falso el dilema inicial y afirmar que lo moral se disuelve, anticipatoriamente, en lo político. Y es en esa dimensión anticipatoria donde ha de encontrarse la normatividad de lo político.

Porque solo de este modo puede darse solución a un problema central en la idea misma de derecho moderno con el que ya nos hemos encontrado en los capítulos anteriores. Si el derecho es voluntad no razón, ¿cómo es posible vivir bajo el derecho sin estar sometido a la voluntad de otro? En otras palabras, ¿es en principio posible el derecho sin opresión? La respuesta solo puede ser: es posible en la medida en que la voluntad en la que consiste el derecho sea, en algún sentido políticamente significativo, *mi* voluntad. Como fue argumentado en el capítulo 10, ese sentido mira tanto a la forma como a la sustancia de la decisión legislativa: en cuanto a su forma, la decisión se presenta como el resultado de un procedimiento en el cual yo participé, ya directamente ya por representantes. Pero más interesantemente ahora, en sentido sustantivo, la decisión es mía porque reclama ser transparente respecto de las razones que la justifican, es decir, se dirige a mí en tanto agente reclamando mi adhesión, reclamando que ella es la decisión que corresponde a las razones que yo tengo

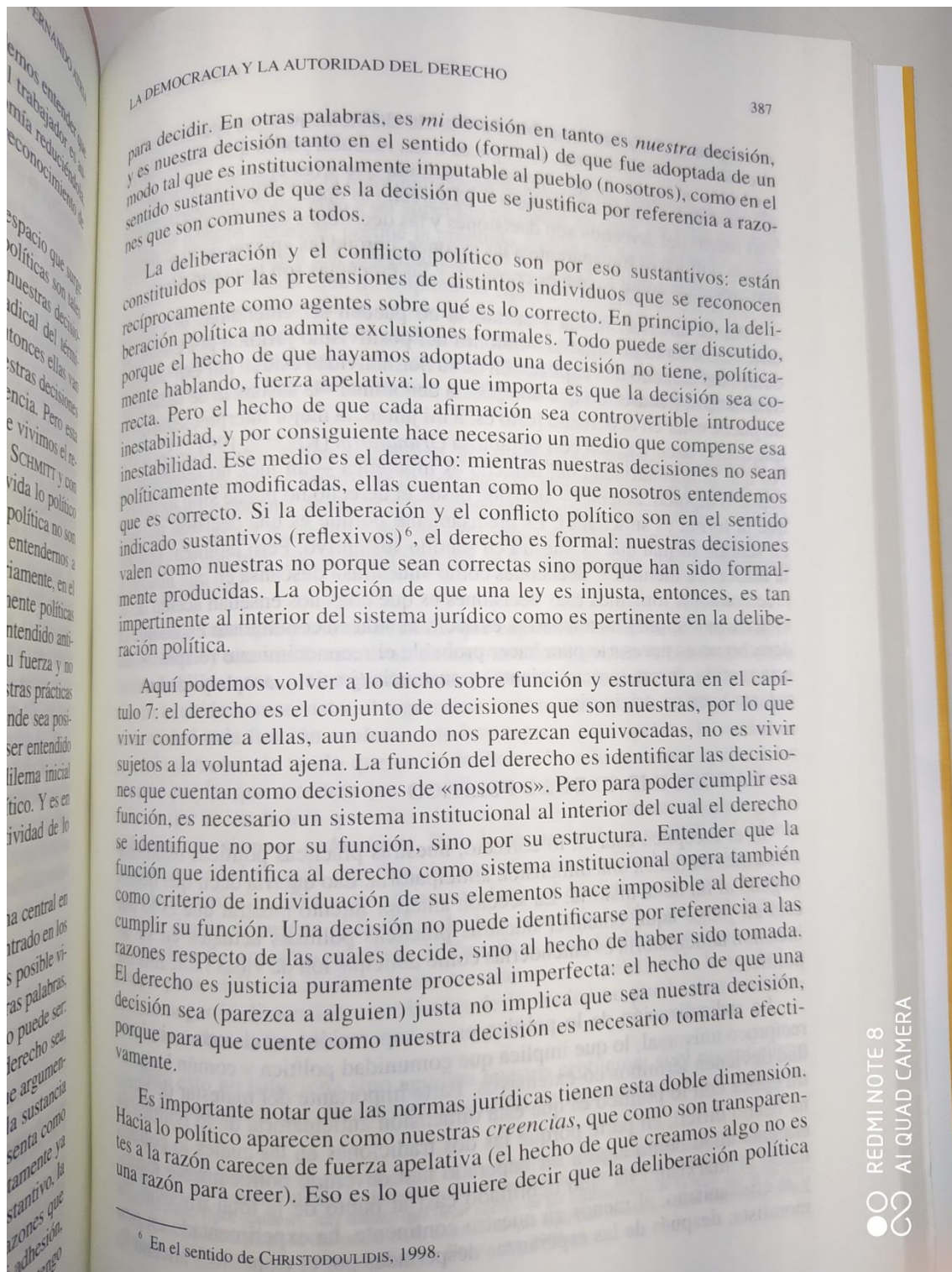
para decidir. E  
y es nuestra d  
modo tal que e  
sentido sustan  
nes que son co

La delibe  
constituidos p  
recíprocamer  
beración polí  
porque el he  
mente hablan  
recta. Pero  
inestabilidad  
inestabilidad  
políticament  
que es corre  
indicado sus  
valen como  
mente prod  
impertinent  
ración polít

Aquí po  
tulo 7: el d  
vivir confo  
sujetos a la  
nes que cue  
función, es  
se identific  
función qu  
como crite  
cumplir su  
razones re  
El derecho  
decisión s  
porque pa  
vamente.

Es imp  
Hacia lo p  
tes a la raz  
una razón

<sup>6</sup> En el



no admite exclusiones formales. Pero hacia el sistema jurídico aparecen como *decisiones* y las decisiones son opacas a sus razones, por lo que tienen fuerza apelativa: el hecho de que hayamos decidido que  $x$  (es el caso) cuenta como una razón para actuar conforme a  $x$ . El derecho es opaco a sus razones, porque «las piezas del derecho» son decisiones y las decisiones son opacas a sus razones; la política es transparente a las razones, porque las «piezas de la política» son creencias sobre lo que es correcto, y las creencias son transparentes.

Por lo anterior, forma y sustancia no pueden ser entendidas una sin la otra. El esfuerzo de algunas versiones del positivismo jurídico por encontrar dentro del derecho una explicación de su normatividad estuvo por eso siempre destinado al fracaso. Lo que uno podría denominar «la sustancia de la forma» no puede estar en el derecho [esto es, a mi juicio, la mejor interpretación de lo que quería decir Kelsen con su famosa *Grundnorm* (Kelsen, 1991: 232-235)]. No que la normatividad del derecho es hipotética —un juez no sentencia al acusado hipotéticamente— sino que desde el derecho no puede sino asumirse que la forma es suficiente]. Es precisamente porque es una decisión nuestra en sentido formal que es nuestra en sentido sustantivo. Pero también: porque la manera de identificar decisiones como «nuestras» descansa en que nosotros efectivamente tomamos esas decisiones es que ellas nos enseñan acerca de la vida en condiciones no alienadas, es decir, la vida en condiciones en las que el derecho no es necesario para hacer probable el reconocimiento recíproco. En este sentido, forma (procedimiento) y sustancia (justicia, aceptabilidad racional, etc.) son co-originarias.

#### 4. LA POSIBILIDAD DE LO POLÍTICO

Si el escéptico está en lo correcto, nuestras prácticas políticas realmente existentes no tienen una dimensión anticipatoria. Eso querría decir que hemos llegado al fin de la historia. La sección anterior intentó mostrar qué es lo que está en juego aquí: entender nuestras prácticas políticas actuales en su dimensión anticipatoria es entenderlas como anticipación de vidas radicalmente políticas.

La radicalización de lo político es su superación: es el reconocimiento recíproco universal, lo que implica que comunidad política y común humanidad devienen términos co-extensivos. Parte importante del malestar de nuestra época con lo político es que esta dimensión anticipatoria de lo político se ha hecho difícil, en parte porque las dos tradiciones en las cuales lo político era entendido como algo a ser superado han devenido políticamente marginales: el marxismo ha sido debilitado casi al punto de la total irrelevancia, y el cristianismo, al menos en nuestro continente, ha experimentado un giro moralista, después de las esperanzas despertadas por el Concilio Vaticano II.

LA DEMOC

Si hay tod  
a la teolog

Pero e  
tendía lo p  
causa de r  
sí misma:  
tiferamen  
vez de pr  
el except  
como pra  
ticas pol  
escéptica

Si lo  
verdad i  
tido pret  
para dec  
cisiones  
de los p

Her  
cismo s  
la funci  
Como t  
a la ver  
propria  
razones  
ción de  
consign  
de que  
función  
el suel  
constit  
porque  
porque  
narnio

Pe  
es tan

7  
precisar  
Reino d  
ración.  
y Segu

REDMI NOTE 8

AI QUAD CAMERA



Si hay todavía espacio para ellas en Latinoamérica, es en buena parte gracias a la teología de la liberación<sup>7</sup>.

Pero es evidente que la marginalización política de las tradiciones que entendía lo político como algo a ser superado no puede en rigor ser vista como la causa de nuestro malestar, porque la pregunta podría entonces doblarse sobre sí misma: ¿qué explica esa marginalización? Y esta pregunta puede ser fructíferamente enfrentada (que no respondida aquí) invirtiendo sus términos. En vez de preguntarnos, como lo hemos hecho hasta ahora, por el modo en que el escepticismo respecto de la verdad reinterpreta nuestras prácticas políticas como prácticas opresivas, hemos de preguntarnos qué hay en nuestras prácticas políticas que han hecho no solo posible sino plausible su interpretación escéptica.

Si lo dicho más arriba es correcto, el escepticismo político respecto de la verdad implica que es imposible el derecho sin opresión, porque no tiene sentido pretender que una decisión es transparente respecto de «nuestras» razones para decidir de ese modo si la idea de «nosotros» es solo un «mito», si esas decisiones no son más que la manifestación de las preferencias auto-justificantes de los poderosos.

Hemos visto que parte de la razón que explica el hecho de que el escepticismo sea hoy una visión relativamente generalizada está en la confusión entre la función apelativa y la función constitutiva de la verdad o la objetividad. Como también hemos visto, el argumento hobbesiano es suficiente para negar a la verdad toda función apelativa: no hay espacio para apelar a la verdad *in propria persona*, de modo que en la deliberación solo podemos apelar a las razones por las que creemos que *x* es el caso, respecto de las cuales la afirmación de que es verdadero que *x* (es el caso) es radicalmente transparente y por consiguiente, *siempre redundante*. Pero la negación de la posibilidad misma de que la verdad cumpla una función apelativa no implica la negación de su función constitutiva. Por tanto, debemos decir: el escéptico que para remover el suelo donde se yergue el fanático declara superada la idea de verdad como constitutiva de nuestras prácticas deliberativas está doblemente equivocado: porque para acallar al fanático basta mostrar su uso apelativo de la verdad, y porque negar la dimensión constitutiva de la verdad no puede sino transformarnos a todos en fanáticos.

Pero esto no soluciona sino agudiza nuestro problema: si el escepticismo es tan incompatible con la auto-comprensión de nuestras prácticas políticas,

<sup>7</sup> Y correspondientemente, la teología de la liberación fue condenada o, al menos, impugnada precisamente por mantener abierta la dimensión de superación de lo político contenida en la idea del Reino de Dios. Y por supuesto, hay mucho que decir acerca de las limitaciones de la teología de la liberación. Sobre la teología de la liberación en la dimensión que aquí nos interesa, véase SEGUNDO, 1991, y SEGUNDO, 1989. Sobre sus limitaciones, véase GONZÁLEZ, 2005.

