

Preferencias y Política*

Cass R. Sunstein**

Suele afirmarse que los postulados de la constitución estadounidense supusieron el rechazo de las concepciones de la política basadas en los ideales clásicos, en favor de una visión más moderna¹. No queda claro cuáles fueron exactamente los cambios, pero es posible identificar algunas tendencias prominentes.

La concepción clásica asume que el pueblo es un conjunto relativamente homogéneo de personas y estimula la participación activa de los ciudadanos en el gobierno. También, considera que el gobierno es consciente de –y está interesado en– los intereses de los ciudadanos; que busca inculcarles un compromiso con el bien público, del que él también se beneficia. Platón sostenía que la política era “el arte cuyo negocio es velar por las almas”²; y, para la concepción clásica, es en la virtud cívica –y no en los intereses individuales– donde yace la clave para el comportamiento político. Imponga o no el Estado a la nación una “visión global”³, se basa muy poco en los derechos individuales para limitar al gobierno. La visión que subyace a la política “republicana” es una de participación y deliberación frecuentes por parte de la ciudadanía, al servicio de las decisiones acerca de los valores conforme los cuales operará la nación.

Por el contrario, para la concepción moderna, el gobierno, sobre todo, respeta las diferentes concepciones del bien que tienen sus muchos ciudadanos. Se aprecia al pueblo tal cual es; no como debería ser. Al gobierno moderno no le importan las almas. Aunque se aseguran los procesos electorales, no existe un especial estímulo para la participación ciudadana. Se considera que es el autointerés, y no la virtud, lo que motiva el comportamiento político. Consecuentemente, la política

* Traducido por Leticia Cognard y revisado por Yamilé Nadra.

** Le agradezco a Jon Elster por los aportes valiosos acerca de estos temas; a Elizabeth Anderson, Joshua Cohen, George Loewenstein, Jon Macey, Jane Mansbridge, Frederick Shauer, y Elizabeth Wood por los comentarios al borrador inicial; y por sus respuestas a los participantes de la University of Toronto Legal Theory Workshop y la University of Chicago seminario guiado por Gary Becker y James Coleman en modelos racionales en las ciencias sociales. Una parte de este ensayo desarrolla argumentos presentados en los capítulos 1 y 2 del texto *After the Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State* (Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1990).

¹ Ver Gordon Wood, *The Creation of The American Republic, 1776-1787* (New York: W. W. Norton, 1972); Thomas Pangle, *The Spirit of Modern Republicanism: The Moral Vision of the American Founders and the Philosophy of Locke* (Chicago: University of Chicago Press, 1988); y Martin Diamond, “Ethics and Politics: The American Way,” in *The Moral Foundations of the American Republic*, ed. Robert Horwitz (Charlottesville: University Press of Virginia, 1986), pp. 75-106.

² *Las Leyes*. 650 b.

³ Véase John Rawls, “The Idea of an Overlapping Consensus,” *Oxford Journal of Legal Studies* 7(1987):1-25

típicamente –si no siempre– supone un esfuerzo para hacer que los intereses privados se orienten en una misma dirección. Está rodeada de controles que, en forma de derechos, protegen la libertad y la propiedad privadas de la intromisión pública. En el sistema así concebido el objetivo del gobierno es bastante modesto: crear reglas de funcionamiento básicas que permitan a los individuos satisfacer sus deseos y encargarse de sus asuntos personales. Mucho de esto está históricamente plasmado en El Federalista n° 10, en el que Madison re-describió el previamente denominado “problema republicano de la corrupción de la virtud” como “el problema liberal del control de las facciones”, que, según entendía Madison, era inevitable si se buscaba preservar la libertad.

En los hechos, la división convencional entre los “Padres Fundadores” estadounidenses y sus predecesores clásicos es bastante exagerada. Los “Padres Fundadores” buscaban crear una democracia deliberativa; una en la que las instituciones de representación, frenos y contrapesos en la división de poderes, y federalismo asegurara una deliberación entre iguales políticos más que una suma de intereses en un mismo sentido⁴. Pero es cierto que el respeto por las preferencias, más que la deliberación colectiva, parecen ser un aspecto distintivo del constitucionalismo estadounidense. Por cierto, la idea de que el gobierno debería rehusarse a evaluar las creencias personales acerca de qué es el bienestar (creencias a las que se considera subjetivas bajo cualquier punto de vista) da cuenta de amplio abanico de concepciones acerca de la estructura del gobierno y de los derechos individuales.

En este artículo quiero explorar la cuestión de si una democracia contemporánea no puede, en algunas ocasiones, dejar de lado las preferencias y creencias individuales; no a pesar de ser una democracia con un liberalismo saludable, sino precisamente por ese liberalismo.

Una cosa es afirmar que existen concepciones contrapuestas acerca de lo bueno; otra es sugerir que los resultados políticos deben justificarse por –o al menos deben respetar– las preferencias individuales. Una parte significativa de mi trabajo tratará sobre el fenómeno de las preferencias endógenas. Con este término quiero indicar que las preferencias no son fijas y estables sino que se adaptan a una gran variedad de factores, incluyendo el contexto en el cual la preferencia se expresa, las reglas legales existentes, las elecciones pasadas que se han realizado, y la cultura en general. El fenómeno de preferencias endógenas suscita dudas en cuanto a la teoría de que un gobierno debe respetar los deseos y creencias particulares en todos o al menos la mayoría de los contextos⁵.

⁴ En efecto, los participantes en la tradición liberal, en sus formas clásicas, enfatizan la necesidad de deliberación en el gobierno y le dan un gran valor a la virtud política. Muchos liberales no toman a las preferencias privadas como la base para la elección social sin tomar en cuenta las fuentes y consecuencias o las razones que pueden ofrecerse en apoyo. Ver “Beyond the Republican Revival”, *Yale Law Journal* 97 (1988): 1539-89

⁵ Sobre los límites de las teorías basadas en las preferencias ver Amartya Sen, “rational Fools: A Critique of the Behavioral Foundations of Economic Theory,” *Philosophy & Public Affairs* 6, n 4 (summer 1997):317-44; Jon Elster, *Sour Grapes* (New Cork: Cambridge University Press, 1983); and John Roemer, “Rational Choice, Marxism,” en *Analytical Marxism*, ed. John Roemer (New York: Cambridge Universtiy Press, 1986), pp.191-201. La satisfacción de preferencias en los mercados puede crear el dilema del prisionero o problemas de acción colectiva, y los controles gubernamentales son una solución natural. No tratare este problema aquí.

En la literatura, como sumatoria a las teorías económicas y políticas, también podemos explorar este tema. Ver Martha Nussbaum, *Love’s Knowledge* (New York: Oxford University Press, 1990), y “Shame, Separateness and Political Unity: Aristotle’s Criticism of Plato,” en *Essays on Aristotle’s Ethics*, ed. Amelie Rorty (Berkeley: University of California Press, 1980), pp.395-435. No es por accidente que los escritores políticos y economistas miren la literatura. Ver, e.g. Elster, *Sour Grapes*.

Conlleva también otros problemas como la racionalidad y extensión de la protección constitucional a la libertad de expresión, la representación proporcional y los frenos y contrapesos; también, las razones de –y los límites a– la regulación gubernamental de las artes, radiodifusión y medioambiente. Trato estos temas en diferentes partes de este artículo.

El argumento se desarrolla en diversas etapas. En la sección I expongo algunas ideas convencionales acerca del bienestar y la autonomía, en conjunción con el carácter endógeno de los deseos, para argumentar en contra de la idea de que el gobierno nunca –o casi nunca– debería dejar de lado las preferencias individuales. En la sección II afirmo que, en tres categorías de casos, debería pasarse por encima de las preferencias individuales, expresadas en elecciones de consumo. La primera categoría incluye lo que denomino “juicios colectivos”, incluyendo creencias, aspiraciones sobre la justicia social y objetivos altruistas. La segunda incluye preferencias surgidas de la adaptación a limitaciones indebidas en las oportunidades disponibles, o a contextos injustos. La tercera apunta a los problemas intrapersonales de acción colectiva que –a lo largo de la vida– vulneran el bienestar individual. Sugiero que en todos estos casos, una democracia debería ser libre y quizás está obligada a pasar por encima de las preferencias individuales. En la sección III hago algunos comentarios sobre la relevancia de estas cuestiones para temas recientes de debate constitucional. Estos incluyen la representación proporcional en la política y la regulación gubernamental del “mercado” de los discursos que se expresan, incluyendo los derechos de acceso a los medios, los controles democráticos sobre el proceso electoral, los discursos de odio y la pornografía.

I. En Contra del “Bienestarismo” Subjetivo.

¿Deben ser las preferencias los fundamentos de las decisiones en una democracia constitucional?

En la política contemporánea, y en los ámbitos político, económico y legal, la respuesta a esta pregunta suele ser afirmativa. La economía moderna, por ejemplo, está dominada por un concepto de bienestar basado en la satisfacción de preferencias existentes, medidas por la voluntad de pagar; en la política y en el derecho el denominado “paternalismo” no es bien visto ni en la esfera pública ni en la privada⁶. Pero la idea de que el gobierno debe tomar a las preferencias como base para las decisiones

⁶ David Gauthier, *Morals by Agreement* (New York: Oxford University Press, 1986), expone argumentos sobre el tema. Un ejemplo representativo en la intersección de la economía y el derecho lo encontramos en Richard Posner, *Economics of Justice* (Cambridge, Mass: Harvard University Press; 1983), p.53. Existen obviamente críticas en todos estos campos. En la economía, ver Sen, “Rational Fools”; en la política, ver Elster *Sour Grapes*.

Es notable que los grandes expositores del liberalismo en los siglos 19 y 20 son enfáticos en su rechazo de la visión que dice que la satisfacción de las preferencias existentes es adecuada para propósitos éticos y políticos. Ver John Stuart Mill, *Considerations on Representative Government*, ed. C.V. Shields (1861; New York: Liberal Arts Press, 1958), y *The Subjection of Women*, ed. Susan Moller Okin (1869; Indianapolis: Hackett; 1988); y John Rawls, *A Theory of Justice* (Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1971). Mill es especialmente enfático en su rechazo a esta postura en el trabajo en el que critica a Bentham por la idea de que “decir que a un hombre le debe gustar alguna cosa y disgustar alguna otra parece un acto de despotismo tanto del moralista como del político”. Mill, por el contrario, insiste en la necesidad de explorar las influencias “en la regulación de las aficiones y los deseos” y apunta a “la deficiencia de un sistema ético que no pretende ayudar a los individuos en la formación de su carácter” (*Mill on Bentham and Coleridge*,

políticas es bastante moderna. Esto no quiere decir que sea una idea sin fundamentos. En parte función de la percepción (bastante exagerada) de que es difícil hacer comparaciones interpersonales de utilidad, la idea es también producto de las dificultades epistemológicas para evaluar las preferencias en términos de su verdadera conexión con el bienestar individual y –quizás más que todo– del verdadero peligro político de dejar que el gobierno determine esas cuestiones.

La constelación de ideas que emergen de estas consideraciones ha sido excepcionalmente influyente. Representa una idea de justificación política que puede ser descripta como “bienestarismo subjetivo”⁷. Conforme esta concepción el gobierno –incluso, o quizás especialmente, en una democracia– sólo debe atender las ideas de bienestar que sus ciudadanos sostienen de manera subjetiva. Una gran cantidad de enfoques políticos resultan ser versiones del “bienestarismo subjetivo”. Esto incluye, por ejemplo, a ciertas formas de utilitarismo; la teoría de que alguna forma de eficiencia paretiana debería ser la norma fundamental para la vida política; la oposición al paternalismo en la vida pública y privada; enfoques de la política desde la perspectiva de las teorías de la negociación; y concepciones de la política que ven al proceso democrático como un esfuerzo para conglomerar las preferencias individuales.

Es importante entender que el “bienestarismo” subjetivo así definido puede o no estar acompañado de la noción más amplia de que las cuestiones morales y éticas deben tratarse en términos subjetivos o de bienestar. Es una concepción política –más que ética– aquella según la cual al “bienestarismo” subjetivo subyace una gran cantidad de enfoques sobre cómo debe ser la vida pública, incluyendo ideas sobre arreglos institucionales y derechos individuales o colectivos. Lo que quiero argumentar aquí es que el “bienestarismo” subjetivo, aun como una concepción política, es insostenible como referencia a los principios de autonomía o bienestar; los mismos principios que se supone que le dieron origen.

La objeción inicial a la idea de que el gobierno debería tomar a las preferencias “como son”, o como la base de las decisiones políticas, no se sostiene. Si las preferencias de las personas son bienes, derechos, o cualquier otra cosa, depende de que el gobierno se las haya dado antes. No hay

ed.F.R.Leavis [London: Chatto & Windus; 1950], pp.68, 71, 70). Por supuesto, como creía Mill, existe una diferencia entre lo que un sistema ético y lo que un sistema político pueden aportar a la cuestión.

Dewey sostiene algo similar al invocar la necesidad de una reflexión crítica sobre “las condiciones bajo las cuales los objetos se disfrutan” y las “consecuencias de estimarlos y quererlos”; también, cuando argumenta que “*los juicios de valor son juicios sobre aquello que deben regular la formación de los deseos, afectos y placeres*” (John Dewey, *The Quest for Certainty: A Study of the Relation of Knowledge and Action* [New York: Putnam, 1960], pp.259, 265, 272-73; énfasis en el original).

⁷ Le agradezco a Joshua Cohen por esta formulación. Aquí no explorare la complejidad de la noción de “preferencias”. Con el término sólo me refiero a las elecciones observadas especialmente en el comportamiento del mercado. Esto captura la noción económica de “preferencia revelada” y también es parte fundadora del “bienestarismo” subjetivo. Para un ejemplo reciente ver Ingemar Hansson y Charles Stuart, “Malthusian Selection of Preferentes”, *American Economic Review* 90(1990):529, 542: “Usamos la selección natural para explicar el comportamiento o las preferencias”. No exploro esta visión que dice que la existencia de preferencias frecuentes no suministra argumento alguno para la acción gubernamental.

Es una cuestión difícil si la noción de preferencia se refiere a una fuerza psicológica interna o a una fuente del comportamiento: la gente tiene preferencias de distinta importancia y valor, y esas preferencias pueden ordenarse de diversas maneras, según juicios razonados o antojos.

modo de evitar la tarea inicial de asignar derechos, y la decisión de otorgarle a alguien algo hace que ese alguien lo valore más que si se lo hubieran otorgado a otra persona (también hace que los demás valoren menos ese algo de lo que lo hubieran valorado de haberles sido otorgado a ellos). El gobierno no sólo debe asignar derechos a una persona u otra; también debe decidir si los derechos serán o no alienables; a través del mercado o de otra manera. La asignación inicial sirve para reflejar, legitimar y reforzar el entendimiento social acerca de los presuntos derechos de propiedad, y dicha asignación tiene una importante conexión causal con las percepciones individuales acerca del bien o del derecho en cuestión.

Por ejemplo, la decisión de darles a los empleados el derecho a organizarse, a los granjeros el derecho a que el agua que usan no esté contaminada, o a las mujeres un derecho a no ser acosadas sexualmente, tendrá un impacto en las actitudes sociales hacia los sindicatos, hacia la contaminación del agua y hacia el acoso sexual. De modo que la asignación tiene efectos sobre las actitudes sociales hacia los derechos asignados y sobre su valoración, tanto por quienes los detentan como por quienes desean hacerlo. Y cuando las preferencias son función de las normas jurídicas, no se puede justificar estas normas refiriendo a las preferencias⁸. Más aún, la asignación inicial crea la “referencia básica” de la que derivan los valores y los juicios de equidad; y esos juicios afectan las preferencias y la voluntad privada de pagar⁹. Obviamente la decisión de hacer que el derecho sea alienable o inalienable (consideremos por ejemplo el derecho a votar, o a producir) tendrá efectos sobre la formación de las preferencias. Debido a los efectos sobre la formación de preferencias provocadas por la asignación de derechos es difícil de ver como un gobierno puede tomar a las preferencias como dadas o como la base para la toma de decisiones en sentido global.

En algún punto, se puede dejar de lado esta cuestión. De seguro existe una diferencia entre un gobierno que interviene a conciencia y regularmente con las preferencias individuales y un gobierno

⁸ Ver Elster, *Sour Grapes*, y Rawls, *A Theory of Justice*. El problema aquí no es el simple hecho de la endogeneidad, sino de que las reglas sociales y prácticas no pueden justificarse haciendo referencia a las preferencias que produjeron.

Este punto recibe confirmación empírica en el “efecto de dotación” frecuentemente observado en la psicología social y la economía. Ver, e.g. David Brookshire y Don Coursey, “Measuring the Value of a Public Good: An Empirical Comparison of Elicitation Procedures”, *American Economic Review* 77(1987): 554-65; David Harless, “More Laboratory Evidence on the Disparity Between Willingness to Pay and Compensation Demanded”, *Journal of Economic Behaviour & Organization* 11 (1989):359-70; Richard Thaler, “Toward a Positive Theory of Consumer Choice,” *Journal of Economic Behaviour & Organization* 1 (1980):39-60; y Jack Knetsch y J. A. Sinden, “Willingness to pay and Compensation Demanded: Experimental Evidence of an Unexpected Disparity in Measures of Value”, *Quarterly Journal of Economics* 99(1984):507-21. El efecto de dotación es la consecuencia, para las preferencias y voluntas de pago, de la asignación inicial del derecho. Cf. Martha Nussbaum, “Shame, Separateness, and Political Unity,” y “Aristotelian Social Democracy”, en *Liberalism and the Good*, ed. Bruce Douglas, Gerald Mara, y Henry Richardson (New York: Routledge, 1990), pp.203-52. Un problema similar ocurre cuando las preferencias son producidas a través de un esfuerzo para contrarrestar el statu quo, como en el fenómeno del “pasto siempre es mas verde” en el que las personas prefieren las cosas simplemente porque no pueden disponer de ellas.

⁹ Ver Daniel Kahneman, Jack Knetsch y Richard Thaler, “Fairness and the Assumption of Economics”, en *Rational Choice: The Contrast Between Economics and Psychology*, ed. Robin Hogarth y Melvin Reder (Chicago: University of Chicago Press, 1987), pp.101-16, esp. pp.113-14. Un fenómeno relacionado es el de “aversión a la pérdida” que implica que un cambio negativo del *statu quo* es visto como más dañino que el beneficio que se deriva de un cambio positivo. Ver Daniel Kahneman y Amos Tversky, “prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk,” *Econometrical* 47(1979):263, 286-88. La aversión a la pérdida junto con el fenómeno de la “referencia básica” puede ayudar a explicar el efecto de dotación explicado en la nota 8.

que establece reglas básicas de propiedad, contratos y daños y luego deja que las cosas resulten de la manera que sea. Si puede hacerse esta distinción, las diferencias en cuanto a la relación entre la política y las preferencias se convierten en nociones de autonomía y libertad por un lado, y de bienestar por el otro. El “bienestarismo” subjetivo está fundado en la premisa de que un enfoque que trata como soberanas a las preferencias es el que más probablemente promoverá tanto la libertad individual (correctamente concebida) y el bienestar individual o social.

Nos conviene empezar por el bienestar. Incluso si uno aceptara una idea puramente “bienestarista” podría pensar que el proceso de promoción del bienestar no se logra satisfaciendo las preferencias actuales sino promoviendo, y satisfaciendo, aquellas preferencias que, en algún punto, son consistentes con la mejor o la más alta concepción de la felicidad humana. Esta visión se conecta con las más antiguas (y algunas modernas) formas de utilitarismo; también puede conectarse con la teoría de Aristóteles¹⁰. Aquí uno no toma a las preferencias como dadas y no les otorga la misma importancia. Como base, sigue habiendo un criterio de bienestar, pero el sistema no está dirigido solamente a la satisfacción de las preferencias, puesto que se insiste en que el bienestar y la satisfacción de las preferencias son cosas completamente distintas¹¹. Un punto central aquí es que las preferencias son cambiantes y endógenas, en lugar de exógenas; son, por lo tanto, una función de la información presente, los patrones de consumo, las normas jurídicas y las presiones sociales generales. Un esfuerzo para identificar el bienestar con la satisfacción de las preferencias sería más fácil de comprender si las preferencias estuvieran fijadas de manera rígida en alguna etapa temprana, o si aprender fuera imposible. Si esto fuera así, los esfuerzos democráticos para reflexionar sobre las preferencias, cambiarlas o seleccionarlas sólo resultaría en frustración. Pero puesto que las preferencias son cambiantes y endógenas –y porque la satisfacción de las preferencias existentes podría conducir a vidas infelices o empobrecidas– una democracia que tome a las preferencias como fijas perderá importantes oportunidades de ganancia de bienestar. Con respecto al bienestar, entonces, el problema de la endogeneidad de las preferencias no es el origen de los deseos, sino su maleabilidad. Si pudiera garantizarse que los casos relevantes pueden ser identificados con seguridad de antemano –y si la acción colectiva se puede justificar por buenos motivos individuales– habrá argumentos bastante fuertes para la intervención democrática. El respeto por las preferencias que son resultado de contextos situacionales injustos, y que llevarían a la humanidad al empobrecimiento o la miseria, difícilmente aparecen como el curso correcto de una democracia liberal¹².

¹⁰ Para una visión moderna del utilitarismo ver Richard Brandt, *A Theory of the Good and the Right* (New York: Oxford University Press, 1979). Para una visión aristotélica ver Nussbaum, “Aristotelian Social Democracy”, y Amartya Sen, “Well-Being, Agency and Freedom”, *Journal of Philosophy* 82(1985):169-221.

¹¹ Ver Amartya Sen, *The Standard of Living*, The Tanner Lectures on Human Values, ed. Geoffrey Hawthorne (Cambridge: Cambridge University Press 1987). Sobre varias concepciones del bienestar véase James Griffin, *Well-Being: Its Meaning, Measurement and Moral Significance* (Oxford: Clarendon Press, 1986).

¹² La objeción aquí no es solamente que las preferencias son endógenas a la acción estatal de alguna clase. Como se argumenta más extensamente en lo que sigue, la endogeneidad en sí misma no es un argumento para el control democrático de las preferencias. El argumento es, en cambio, que la miseria –al ser la consecuencia de condiciones originales injustas– amerita un cambio colectivo que revierta esas condiciones. Un *statu quo* subjetivo satisfactorio, producido por condiciones de origen injustas también deberá ser cambiado en ciertos aspectos a través de acciones gubernamentales. Ahora bien, si la infelicidad permanece aun en condiciones de origen justas, el estado no se entrometerá para disiparla, a menos que exista un problema de acción colectiva que haya producido esa infelicidad.

Por ejemplo, las leyes que prohíben o desaconsejan comportamientos adictivos pueden tener ventajas en términos de bienestar. La regulación del cigarrillo o la heroína puede promover el bienestar social al desalentar conductas dañinas removiendo los efectos secundarios de dichas conductas y creando vidas más saludables. De manera similar la acción gubernamental en relación al medioambiente, la radiodifusión o la cultura –como por ejemplo la protección ambiental de ciertas zonas, radiodifusión de debates públicos, programas de calidad o apoyo financiero a los logros artísticos– puede generar nuevas preferencias, a la vez que satisfacción y, en definitiva, produciendo ganancias en términos de bienestar. Lo mismo puede decirse acerca de las medidas antidiscriminatorias que afectan las actitudes y deseos tanto de victimarios como de víctimas de actos discriminatorios. Un sistema que toma a las preferencias existentes como base para la elección política sacrifica oportunidades de mejorar a la sociedad en términos de bienestar. Este punto fue crucial en el pensamiento de los primeros utilitaristas y recientemente se perdió con el cambio de las visiones bienestaristas tradicionales por la visión reciente de “preferencias reveladas”.

Más aun, la satisfacción de las preferencias individuales –cualquiera sea su contenido y origen– no responde a una concepción persuasiva de libertad o la autonomía. La noción de autonomía debería, más bien, referirse a decisiones tomadas a partir de un conocimiento vívido de las oportunidades existentes, de toda la información relevante y sin limitaciones ilegítimas o excesivas en el proceso de la formación de preferencias. Cuando estas condiciones no se dan, las decisiones no son libres ni autónomas; por ésta razón es más difícil identificar autonomía con satisfacción de preferencias. Si las preferencias son un producto de la información existente a partir de los patrones de consumo, presiones sociales y reglas gubernamentales parece raro sugerir que la libertad individual se basa en la satisfacción de preferencias o que las preferencias actuales, en cuanto a la autonomía, deban ser tratadas como la base para decidir debates políticos. Es aun más raro sugerir que todas las preferencias deban ser tratadas de igual manera, independientemente de sus bases y consecuencias, o de las razones ofrecidas en su apoyo.

Entonces, por razones de autonomía, la interferencia gubernamental con los deseos existentes puede justificarse por problemas en los orígenes de esos deseos. Los argumentos basados en el bienestar que invocan la endogeneidad tienden a hacer énfasis en la maleabilidad de las preferencias después de que ellas se forman. Los argumentos basados en la autonomía subrayan lo que sucede antes de que las preferencias se hayan formado; esto es, en las condiciones que les dieron lugar. A causa de esta diferencia, los dos argumentos funcionarán en ámbitos distintos; y en algunos casos, los argumentos basados en la autonomía conducirán a conclusiones diferentes de las de los argumentos basados en el bienestar.

En muchos casos, sin embargo, consideraciones de autonomía serán la base fuerte de un argumento en contra de tomar las preferencias como la base de las decisiones sociales. Consideremos, por ejemplo, la decisión de adquirir comida peligrosa, cigarrillos o algún otro

De hecho, decir que una preferencia es endógena no implica decir que se trata de un mero capricho o algo maleable. Algunas preferencias son de hecho relativamente estables, aun si son función de reglas legales, presiones sociales o instituciones existentes. Un alto grado de estabilidad y resistencia al cambio irán en contra de los esfuerzos para cambiar las preferencias en cuanto al bienestar y en cuanto a la autonomía (aunque a veces las preferencias estables pueden ser no autónomas como en el caso de las adaptaciones rígidas a un *statu quo* injusto). Frente a preferencias muy estables los esfuerzos de cambio solo traerán frustración y resentimiento hacia el objeto de dichos esfuerzos.

producto de consumo por parte de alguien que no está al tanto de los (serios) riesgos de salud que conlleva el producto; o la decisión de un empleador de no contratar a personas de raza negra a causa de un contexto privado y público de segregación u hostilidad racial en su comunidad; o las decisiones de una persona que menosprecia la literatura, o no tiene interés en ella, porque la cultura en la que ha sido criado se centra sobre todo en la televisión; o la decisión de una mujer de adoptar un rol de género tradicional por el estigma social que acompaña a la decisión de no hacerlo; o la decisión de no comprar automóviles con cinturones de seguridad, o no usar cascos cuando se viaja en motocicleta por las presiones del grupo de pares; o la falta de interés en la diversidad ambiental que resulta de la limitación de las experiencias personales a áreas urbanas e industrializadas; o la decisión de no contratar a personas de raza negra por el miedo a la posible violencia proveniente de otros de raza blanca.

Estos ejemplos son diferentes unos de otros. La raíz del problema varía en cada uno de ellos. Pero en todos, el interés en la libertad o autonomía no llama a la inacción gubernamental, aun si ella fuese una categoría inteligible. En efecto, en muchos o todos los casos, la regulación remueve un tipo de coerción.

En síntesis, un objetivo de la democracia es asegurar la autonomía, no meramente en la satisfacción de preferencias sino también en el proceso de formación de preferencias. Él propio John Stuart Mill era vehemente en este aspecto, hasta el punto de sugerir que el gobierno debía ser evaluado, a largo plazo, por los efectos que había logrado en el carácter de la ciudadanía¹³. La idea de que la libertad requiere la oportunidad de elegir entre varias alternativas encuentra un suplemento natural en la visión de que las personas no deben cargar con impedimentos injustificados en el libre desarrollo de sus preferencias y creencias. No es del todo claro si esta visión requeriría de algo más, a lo que retornaré luego. Como mínimo, sin embargo, conforme la mencionada visión sería una falla en la autonomía –y una razón para la respuesta colectiva– la existencia de creencias y preferencias basadas en información insuficiente sobre las oportunidades.

La acción gubernamental también podría estar justificada sobre la base de la autonomía cuando la población busca implementar, mediante procesos democráticos de formación de leyes, aspiraciones o deseos colectivos abrazados por un gran número de personas. Las decisiones de consumo individuales a menudo son diferentes de las que surgen del colectivo de individuos, y las personas pueden buscar implementar a través de mecanismos legales democráticos decisiones acerca de qué cursos de acción seguir. Cuando esto sucede, comúnmente no es una violación de la autonomía que el gobierno proteja estas decisiones colectivas con su poder de policía. Las aspiraciones u opiniones colectivas que surgen de un proceso de deliberación en el que se enfrentan las perspectivas opuestas reflejan una concepción de libertad política que se enraíza profundamente en la tradición constitucional estadounidense.

Conforme esa visión, la autonomía política puede encontrarse en la autodeterminación colectiva, a través de la cual los ciudadanos deciden no lo que “quieren”, sino, en cambio, quiénes son como conjunto, qué valores tienen así concebidos y qué es lo que esos valores requieren. Lo que los ciudadanos “quieren” debe estar respaldado por razones. En síntesis: en la mínima expresión de la concepción que acabo de presentar, el solo hecho de que las preferencias sean las que son es, al

¹³ Ver Mill, *Considerations on Representative Government*.

menos a veces –y quizás generalmente– una justificación insuficiente para la acción política. No es necesario que las decisiones gubernamentales estén –y en algunos casos no deberían estar– justificadas sólo por las preferencias existentes. En términos más amplios, un gobierno democrático debería a veces regular las preferencias individuales, como una tarea inevitable a la luz de la necesidad de definir qué le corresponde cada uno y, sobre todo, en el interés del bienestar y la autonomía. Por supuesto que adoptar esta postura supone serios riesgos, y debe haber algunos límites (usualmente denominados “derechos”) para este proceso. Los límites que se ponen de antemano son una parte indispensable del gobierno constitucional. Serán límites que incluirán, como mínimo, garantías básicas de libertad política y seguridad personal; y estas garantías pueden no estar comprendidas en los procesos de determinación colectiva. Volveré más adelante sobre este último punto.

II. El Rechazo Democrático de las Preferencias Reveladas: un Catálogo.

En esta sección intentaré individualizar las afirmaciones realizadas hasta ahora mediante un catálogo de casos en los que las consideraciones de autonomía y bienestar justificarían la acción gubernamental mientras que el “bienestarismo” subjetivo la condenaría. En todos estos casos sostengo que quienes conforman un gobierno liberal deberían preocuparse de si sus ciudadanos experimentan vidas satisfactorias, y que un compromiso liberal saludable de respeto de diferentes concepciones del bien no debería ser un impedimento para que el gobierno expresara esa preocupación recurriendo a la fuerza de la ley. Estos casos se dividen en tres categorías básicas.

A. Opiniones y aspiraciones colectivas.

Los ciudadanos en una política democrática pueden actuar para plasmar en la ley no las preferencias que tienen como consumidores privados sino lo que puede ser descrito como “juicios colectivos”, que incluye las aspiraciones y reflexiones. Medidas de este tipo son el producto de procesos deliberativos de los ciudadanos y representantes. En ese proceso, la gente no sólo determina “lo que quiere”. Las medidas resultantes no pueden ser entendidas como un intento de conglomerar o intercambiar las preferencias individuales.

1. La política, los mercados y la dependencia de las preferencias en el contexto.

Frecuentemente las elecciones políticas no pueden ser fácilmente comprendidas como un proceso de conglomeración de deseos prepolíticos. Algunos pueden apoyar la difusión de programas que no sean de entretenimiento aunque ellos mismos vean la otra clase de programas; pueden querer que haya leyes más estrictas protegiendo el medioambiente, o las especies en peligro aunque ellos no usen los parques públicos o se beneficien materialmente de la protección de dichas especies;

pueden apoyar medidas de ayuda social aunque ellos no ayuden directamente a los pobres; pueden apoyar leyes antidiscriminatorias aunque su propia conducta no sea totalmente neutral en cuanto a género y raza. Las elecciones que la gente hace como participantes políticos difieren de aquellas que hacen como consumidores. De modo que la democracia requiere una intromisión en los mercados.

La omnipresente disyuntiva entre elecciones políticas y elecciones de consumo supone una especie de enigma. En efecto, a veces lleva a considerar que el ordenamiento del mercado es antidemocrático, y que las elecciones hechas a través del proceso político son una mejor base para el ordenamiento social.

Una generalización de este tipo es demasiado amplia a la luz de las múltiples rupturas del proceso político y las ventajas del ordenamiento del mercado en muchos aspectos. El respeto por los mercados privados es una manera de respetar concepciones divergentes sobre el bien, por lo que es correcto asociarla con la libertad individual. El respeto por los mercados es también un motor para la productividad económica, un importante objetivo individual y colectivo. Pero sería un error sugerir que los mercados reflejan siempre la elección individual de manera más certera que la política; o que las elecciones democráticas difieren de las elecciones de consumo sólo por confusión, porque los votantes no se dan cuenta de que tienen que soportar los costos de los programas que apoyan; o que los patrones de voto reflejan una voluntad de buscar ciertos bienes mientras otros paguen los costos.

Indudablemente la conducta de consumo es a veces un reflejo más realista de las preferencias reales que el comportamiento político. Pero a la luz del hecho de que las preferencias dependen del contexto, la noción de un “mejor reflejo” de las preferencias reales es confusa; no existe una preferencia “real” (en el sentido de unidad o de independiente de cualquier contexto). Más aun, la diferencia puede ser explicada por el hecho de que el comportamiento político refleja una variedad de influencias que son características del contexto político y que justifica darle mayor peso a lo que emerge del escenario político.

Estas influencias incluyen cuatro fenómenos relacionados. Primero, los ciudadanos pueden buscar la implementación de aspiraciones individuales y colectivas en el comportamiento político pero no en el consumo privado. Como ciudadanos, las personas pueden recurrir a las leyes para generar una situación social que consideren mejor que la que emerge del ordenamiento del mercado. Segundo, las personas, como actores políticos, pueden intentar satisfacer deseos altruistas que difieren de las preferencias auto interesadas que emergen del mercado¹⁴. Tercero, las decisiones políticas pueden justificar lo que se denomina “meta preferencias” o “preferencias de segundo orden”. Las personas tienen deseos sobre sus deseos y a veces tratan de justificar esos deseos de segundo orden, incluyendo los juicios acerca de lo que es mejor, a través de la ley. Cuarto, las personas pueden pre-comprometerse con una acción que consideren que favorece el interés general. La adopción de una constitución es un ejemplo de una estrategia de precompromiso.

Aquí es necesario hacer tres aclaraciones. En primer lugar, algunas de estas objeciones pueden ser expresadas en la terminología del “bienestarismo” subjetivo. Después de todo, algunas preferencias se expresan mejor en el ámbito democrático, y esa expresión puede justificarse

¹⁴ Ver Howard Margolis, *Selfishness, Altruism, and Rationality: A Theory of Social Choice* (New Cork: Cambridge University Press, 1982). Por supuesto que el trabajo de Kenneth Arrow y sus seguidores acerca de la teoría de la elección social genera serios problemas para todas las teorías políticas basadas en las preferencias.

precisamente por el hecho de que son preferencias subjetivas, conectadas a cierta forma de bienestar individual y colectivo. Mi punto más amplio es, sin embargo, que las elecciones políticas reflejarán una clase de deliberación y razonamiento –transformador de los valores y percepciones en intereses– que frecuentemente no puede traducirse de manera adecuada en el ámbito del mercado. Es este punto el que lleva a un rechazo –o al menos a una renovación– del “bienestarismo” subjetivo como concepción política. Es aquí que la democracia se convierte en algo más que un mecanismo de conglomeración, que la política se ve como imposible de trasladar a la negociación y que las preferencias “prepolíticas” no son tomadas como el pilar de las justificaciones políticas.

En segundo lugar, señalar estas diversas posibilidades no significa en absoluto negar que el comportamiento individual, o de mercado, frecuentemente refleja buenas decisiones, altruismo, aspiraciones, o actitudes más complejas hacia los diversos bienes que aquellas consideradas en las estructuras de preferencias. Existen incontables contraejemplos para esa afirmación. Lo único que quiero hacer es sugerir que las divergencias entre el comportamiento de mercado y el comportamiento político a veces serán atribuibles a un fenómeno de la clase del que he descrito.

En tercer lugar, un sistema democrático debe estar construido sobre varias salvaguardas que aseguren que las decisiones que surgen de él son, de hecho, un reflejo de la clase de proceso deliberativo aquí descrito. A menudo tales procesos quedan distorsionados por el hecho de que algunos grupos están más organizados que otros, por disparidades en las riquezas y las influencias y por coerción pública y privada de diversa clase. Aquí estoy asumiendo que se ha lidiado lo suficiente con estos problemas como para permitir una caracterización favorable del proceso.

2. *Explicaciones.*

Hasta ahora he sugerido que las personas buscan, a través de la ley, implementar deseos colectivos que divergen de las elecciones de mercado. Existen explicaciones concretas para esas divergencias.

Primero, es crítico para la cuestión el carácter colectivo de la política, que permite una respuesta a los problemas de acción colectiva. La gente puede no querer implementar sus juicios de consideración, o ser altruista, a menos que se le asegure que los demás también deberán serlo. De manera más simple: el individuo puede preferir no contribuir a un beneficio colectivo si sólo él tiene que ser el que contribuya, sin garantía de que los otros también participarán; pero el sistema que más los favorece –que sólo puede conseguirse, o conseguirse más acabadamente a través de las formas democráticas– podría ser uno en el que las personas contribuyen si (pero sólo si) hay una garantía de que los otros también lo harán. Quizás las personas se sienten avergonzadas si otros están contribuyendo y ellas no. Quizás se sienten victimizadas si ellas están contribuyendo y otros no. En cualquier caso, la satisfacción de aspiraciones o de metas altruistas tendrá muchas veces las características del suministro de bienes públicos o la solución del dilema del prisionero.

Segundo, el carácter colectivo de la política puede superar el problema –que discutiré posteriormente– de las preferencias y creencias que se adaptaron, hasta cierto punto, a un *status quo* injusto, o a límites en las oportunidades ofrecidas¹⁵. Sin la posibilidad de la acción colectiva, el *status quo* puede resultar intratable y el comportamiento privado, e inclusive los deseos, se adaptarán en consecuencia. Pero si la gente puede actuar conjuntamente, las preferencias pueden tomar una forma diferente. Consideremos los movimientos sociales en relación al medioambiente, el trabajo y la discriminación por raza o por sexo. El problema de acción colectiva interactúa con las aspiraciones, deseos altruistas, preferencias de segundo orden y estrategias de precompromiso. Todas ellas pueden convertirse en leyes si un aparato como una regla democrática está disponible para resolver los problemas de acción colectiva.

Tercero, las normas culturales y sociales pueden inclinar a las personas a expresar más seguido metas altruistas en el comportamiento político que en el mercado. Dichas normas pueden presionar a las personas, en sus capacidades como ciudadanos, para que se preocupen por los demás y por el interés público.

Cuarto, los aspectos deliberativos de la política, al aportar información adicional y perspectivas, pueden afectar a las preferencias tal cual fueron expresadas a través de procesos gubernamentales. Una de las funciones principales de un sistema democrático es asegurar que, a través de los procesos representativos o participativos, se escuchen y comprendan voces nuevas o sumergidas, así como descripciones originales de lo que son los intereses y donde yacen. Si los representantes o ciudadanos pueden participar en una discusión colectiva, por ejemplo, acerca de la radiodifusión o de los riesgos del trabajo, pueden generar una mayor y más completa visión de los diversos bienes sociales y de cómo pueden ser suministrados que si esos bienes son directamente

¹⁵ Ver la discusión de Mill acerca de la habilidad de los regimenes de crear pasivos o activos personajes en su escrito *Considerations on Representative Government*

suministrados sobre la base de las decisiones individuales registradas en el mercado. No sería sorprendente ver que cambien las preferencias, valores y percepciones del bienestar individual y colectivo como resultado de un proceso de esa clase.

Quinto, y por último, las decisiones de consumo son producto del criterio de la voluntad de pagar, que en sí mismo crea distorsiones. La voluntad de pago es una función de la capacidad de pago, y es un representante bastante crudo de la utilidad o bienestar. El comportamiento político remueve esta distorsión, aunque introduce distorsiones de otro tipo.

3. Aclaraciones

Es imposible combatir los argumentos provenientes de los deseos colectivos si la medida que surge de ellos es adoptada de manera unánime. Pero surge un problema más grave si –como suele suceder– la ley resultante se impone sobre una minoría que la considera un peso más que un beneficio.

Dejemos de lado las consideraciones sobre la Primera Enmienda y supongamos, por ejemplo, que una mayoría quiere una televisión de mejor calidad, en la que se prohíban los programas violentos y des-humanizantes; pero una minoría significativa quiere ver estos últimos programas. Podría pensarse que no debería permitirse a aquellos que sienten la necesidad de auto limitarse, o de expresar un deseo, que lo hagan si la consecuencia de ello es quitar a otros una oportunidad de satisfacer sus preferencias.

La privación de las preferencias de la minoría es un infortunio, pero en general es difícil ver qué argumentos puede haber para una regla global en contra de las acciones colectivas de ese tipo.

Si a la mayoría se le prohíbe justificar sus opiniones a través de leyes, un importante campo de un gobierno democrático será eliminado. Se presenta una elección entre las opiniones de la mayoría y las preferencias (y opiniones) de las minorías. Por otro lado la privación de la minoría debe permitirse sólo cuando no haya alternativas menos restrictivas incluyendo acuerdos privados.

Por supuesto el argumento en favor de resultados democráticos que comprendan las opiniones del conjunto no es siempre decisivo. Es fácil imaginar casos en los cuales el argumento se torna débil. Consideremos, por ejemplo, una ley prohibiendo el ateísmo, el agnosticismo, o prohibiendo la expresión de demostraciones políticas antipatrióticas.

Aunque no puedo discutir aquí los contextos en los cuales los resultados democráticos se resuelven puede ser útil describir de forma preliminar tres categorías de casos en los cuales las limitaciones a los juicios colectivos pueden ser apropiadas.

Primero, si la elección de la minoría tiene una característica especial, y, sobre todo, es parte de una democracia deliberativa, entonces es un derecho y la mayoría no tiene autoridad para intervenir. Las expresiones políticas y la participación de las minorías, como ciudadanos deben respetarse aunque la mayoría argumente a favor de exclusiones selectivas. Otros derechos fundamentales para el bienestar y la autonomía –por ejemplo la actividad sexual consensuada– deben estar libres de las limitaciones del gobierno.

Segundo, algunos deseos colectivos pueden ser objetados o ser el producto de condiciones originales injustas. Una opinión colectiva según la cual el matrimonio interracial es intolerable no puede justificarse, aun si esa opinión refleja una aspiración colectiva. Por supuesto que para explicar por qué es necesario ofrecer un argumento que contradiga esa opinión e invoque principios de justicia. Tal argumento podría en sí mismo incluir nociones de autonomía o bienestar. Sin embargo, aunque ese pueda ser el caso, el objetivo del ejemplo es sugerir que los juicios colectivos no deben ser objetados sobre la base de argumentos morales.

Tercero, algunos deseos colectivos pueden reflejar una debilidad especial de la mayoría: consideremos una ley que impone el toque de queda u otra prohibición. En dichas circunstancias el remedio legal puede remover los incentivos para el autocontrol, tener efectos secundarios no queridos resultantes en deseos reprimidos, o puede resultar innecesario pues existen remedios alternativos. Cuando alguna de estas tres preocupaciones aparece, la protección de los juicios colectivos es imposible. Pero en muchos contextos estas preocupaciones no existen y los controles democráticos se justifican.

B. Limitaciones excesivas a las oportunidades o condiciones de origen injustas.

Los ciudadanos en una democracia pueden querer dejar de lado a las preferencias existentes para promover y acoger diversas experiencias con la idea de proveer amplias oportunidades para la formación de preferencias y creencias y para realizar un escrutinio crítico de los deseos actuales y tomar distancia de ellos. Este objetivo apoya el orden privado y la libertad de contrato. Pero necesita de resguardos colectivos cuando dichas fuerzas empujan hacia la homogeneidad y uniformidad como sucede seguido en las naciones industrializadas. Aquí el argumento para los controles gubernamentales tiene un origen, quizás irónico, en Mill. Dichos controles son necesarios para crear concepciones divergentes acerca del bien y para asegurar un grado de reflexión sobre dichas concepciones. Un sistema que se tome en serio este objetivo puede empezar desde diversas bases.

Puede, por ejemplo, encontrar sus orígenes en los principios que subyacen de una democracia deliberativa¹⁶. Aquí las nociones de autonomía y bienestar pueden definirse a partir de la idea de personas libres e iguales que, actuando como ciudadanos, construyen las bases de una vida democrática. Esta idea impone limitaciones a que el sistema político inculque preferencias y creencias. También –aunque esto es más controvertido– el sistema resultante puede ser percibido como la representación de una forma de perfeccionismo liberal. Dicho sistema percibiría la inculcación de actitudes críticas y dispares hacia concepciones predominantes del bien como parte del marco de una democracia liberal. La educación liberal es su principal horizonte, pero los principios que la educación liberal representa no deben estar limitados al sistema educativo.

Otro punto de partida sería la concepción aristotélica. En este caso, el objetivo del gobierno sería asegurar que las capacidades individuales se promuevan y no se frustren por las disposiciones

¹⁶ Ver Joshua Cohen, “Deliberation and Democratic Legitimacy” en *The Good Polity: Normative Analysis of the State*, ed Alan Hamlin y Philip Pettit (Oxford: Basil Blackwell, 1989), pp. 17-34.

gubernamentales¹⁷. Esta serie de ideas (que implican un tipo distinto de perfeccionismo) no difiere tanto de la versión utilitarista de Mill.

Si el gobierno puede responder apropiadamente a las preferencias que se basan en limitaciones a las oportunidades ofrecidas, puede tomar iniciativas fuertes respecto de las artes y radiodifusión: entregar subsidios, asegurar un tipo de programación diversa o de programación de calidad que el mercado no provee. En efecto, la necesidad de proveer diversas oportunidades para la formación de preferencias sugiere razones para ser escépticos en cuanto a los mercados de radiodifusión y comunicación sin restricciones. Existe una justificación teórica para la regulación gubernamental, incluyendo la muy criticada y dejada de lado “doctrina de la equidad” que requiere que la gente del sector de comunicación cubra en sus programas temas controversiales para crear la oportunidad de dialogar y de debatir. Estos debates influyen inevitablemente en las creencias y conductas de las personas, por lo que no parece que lo apropiado sea la inacción gubernamental sino todo lo contrario. Este tema lo desarrollaré con más detalle luego.

El comportamiento de mercado se basa a veces en un esfuerzo para reducir la disonancia cognitiva, ajustándose a limitaciones indebidas y a las oportunidades existentes. Cuando esto es así el respeto a las preferencias parece injustificado en términos de autonomía y, bajo ciertas condiciones, también de bienestar. Puede considerarse que las preferencias no son autónomas, sino como adaptadas a condiciones originales injustas, y las respuestas colectivas a dichas preferencias pueden aportar diferentes beneficios en términos de bienestar¹⁸. El punto tiene diferentes implicaciones.

Por ejemplo, los trabajadores parecen subestimar los riesgos de actividades en comparación con la actitud que produciría un entendimiento preciso de los peligros del lugar de trabajo¹⁹. El control democrático de estas apreciaciones puede ser beneficioso en términos de bienestar y autonomía.

Ideas similares ayudan a justificar principios antidiscriminatorios. En general, las creencias de los beneficiarios y de las víctimas de injusticias existentes están afectadas por estrategias de reducción de las disonancias²⁰. El fenómeno de culpar a la víctima tiene fundamentos motivacionales

¹⁷ Ver Nussbaum, “Aristotelian Social Democracy”. Aquí, no intento elegir entre los diversos fundamentos para la sociedad sino, por el contrario, sugerir que aquellos que adoptan un gran número de posibles puntos de partida deberían rechazar deben rechazar el “bienestarismo” subjetivo. Decir esto no implica negar que de última se tendrá en cuenta alguna concepción del bien. Para estos propósitos existen varias posibilidades incluyendo una forma de perfeccionismo liberal, o una delicada, pero relativamente precisa concepción, como la de “Una teoría de la Justicia”, de Rawls; o una concepción robusta pero vaga como la de “Democracia Social”, de Aristóteles.

¹⁸ Existe una diferencia entre la adaptación autoconciente a un *status quo* insoportable y el tipo de procesos que describo aquí. Si una persona sin talento musical decide de contrarrestar esto e intenta convertirse en un famoso pianista sería extraño decir que dicha decisión es inconsistente con la autonomía personal. Los casos en discusión implican un proceso reflexivo basado en una ausencia de oportunidades suficientes producida por la sociedad. Por supuesto la noción de oportunidades suficientes requiere una línea de base; todos los sistemas tienen oportunidades limitadas.

¹⁹ Ver George Akerlof and William Dickens, “The Economic Consequences of Cognitive Dissonance”, *American Economic Review* 72(1982):307-18

²⁰ Sobre la disonancia cognitiva, ver Leon Festinger, *A Theory of Cognitive Dissonance* (Stanford, Calif: Stanford University Press, 1957); sobre sus implicancias en la teoría social, el bienestar y la autonomía ver Elster, *Sour Grapes*. Ver también la discusión sobre los efectos de dotación y estados de referencia en las notas 9 y 10 y el texto que acompaña.

y cognitivos distintos: la estrategia de culpar a la víctima o asumir que un agravio o desigualdad era merecido o inevitable permite que las no víctimas o miembros de grupos aventajados reduzcan la disonancia permitiéndoles sostener que el mundo es justo, creencia dominante y muchas veces irracional²¹. La reducción de la disonancia cognitiva es una fuerza motivacional poderosa y opera como un obstáculo significativo para el reconocimiento de la injusticia social o la irracionalidad.

Las víctimas también participan en estrategias de reducción de disonancias, incluyendo una baja en su autoestima (como resultado de la victimización) y la creencia de que el mundo es justo. A veces es más fácil asumir que el sufrimiento de uno es merecido antes que asumir que en realidad fue impuesto de manera cruel o por azar. Consideremos por ejemplo lo que sucede cuando se juega a la lotería: los jugadores, luego de conocerse los números ganadores, creen que los resultados fueron “merecidos” hayan ganado o no²². El fenómeno de culpar a la víctima también refleja “el efecto interno” a través del cual la gente percibe injustificadamente que ciertos eventos eran predecibles, cuando en realidad no lo eran, y por ende sugieren que las víctimas o grupos desaventajados debieron ser capaces de prevenir las consecuencias negativas. Estos fenómenos hacen que la dependencia en las preferencias existentes sea problemática en algunos contextos.

Existe evidencia sugestiva a este efecto en la literatura psicológica. Algunos trabajos revelaron que la gente que se comporta de manera cruel empieza a devaluar a los objetos de su trato cruel; los observadores tienden a hacer lo mismo²³. Dicha evidencia se relaciona con las leyes antidiscriminatorias en general. Algunos aspectos de las leyes antidiscriminatorias sobre el trabajo y la raza pueden ser entendidos como una respuesta al problema de creencias y preferencias distorsionadas. Por ejemplo, la Corte Suprema ha rechazado enfáticamente los planes de libertad de elección como remedio contra la segregación en las escuelas²⁴. Estos planes permiten que los negros y blancos manden a sus hijos a las escuelas que ellos deseen. El rechazo de la Corte a estos proyectos puede ser desconcertante para los proponentes del “bienestarismo” subjetivo”, pero las consecuencias se tornan razonables si se las entiende como basadas, en parte, en el hecho de que en

A considerar también el texto de Mary Wollstonecraft, *A Vindication of The Rights of Women*, ed Carol Poston (1792;New York:W.W.Norton, 1975) que puede ser visto como una discusión extendida de la formación social de preferencias y el fenómeno de adaptación de las preferencias, creencias y deseos a un *status quo* injusto. Wollstonecraft escribió: “me atrevería a afirmar que una chica cuya autoestima no se vio lesionada por la inactividad o la inocencia, ni teñida por una falsa vergüenza, siempre será un retozo y la muñeca no llamará la atención a menos que el confinamiento no le deje alternativa”. (p. 43). Puntos similares se ven en Mill, *The Subjection of Women*, en contra del argumento de que los deseos existentes de las mujeres son producto del consentimiento.

Consideremos finalmente la discusión sobre el analfabetismo en Bangladesh en el texto de Nussbaum, “Aristotelian Social Democracy”. Ampliando los argumentos de Martha Chen, *A Quiet Revolution :Women in Transition in Rural Bangladesh* (Cambridge, Mass:Schenkman, 1983), Nussbaum explora el hecho de que muchas mujeres en Bangladesh no exigieron ni quisieron más educación, y estaban satisfechas con la educación que ya tenían. Por supuesto deseos de ese tipo eran producto de la falta de oportunidades presentes y de la presión social y cultural.

²¹ Ver Malvin Lerner, *The Belief in a Just World: A Fundamental Delusion*(New York: Plenum Press, 1980)

²² Zick Rubin y Anne Peplau, “Belief in a Just World and Reaction to Another’s Lot”, *Journal of Social Issues* 29(1973):73-93.

²³ Ver Lerner, *The Belief in a Just World*

²⁴ Ver Green v. County School Bd.,391 U.S 430(1968), y Paul Gewirtz, “Choice in Transition”, *Columbia Law Review* 86(1986):728-98

ésta área las preferencias y creencias se construyeron y se adaptaron en torno al *status quo* de segregación. Bajo estas circunstancias, la libertad de elección no es la solución. En efecto, teniendo en cuenta el origen y contexto del término parece un oxímoron.

En el marco del trabajo, la legislación laboral estadounidense rechaza la libertad de contratación y la libertad de elección para proteger la negociación colectiva. Parte de esta legislación se basa en una creencia acerca de que las preferencias privadas se adaptaron a un *status quo* desfavorable para los sindicatos. Por lo tanto, son necesarias medidas especiales para favorecer la negociación colectiva que también resuelve el dilema del prisionero que enfrentan los trabajadores y que facilita por ende la deliberación colectiva acerca de las condiciones de trabajo.

La pobreza es quizás el obstáculo más severo para el libre desarrollo de las preferencias y creencias. De modo que se justifican los programas que intentan eliminar las privaciones que sufren los pobres a través de la erradicación de las condiciones de pobreza, a través de la educación pública, de regulaciones que permitan que los recursos culturales estén disponibles para todos. No deben ser vistas como medidas paternalistas o redistributivas en exceso. En efecto, los esfuerzos para combatir la pobreza se relacionan profundamente con los esfuerzos republicanos para promover la seguridad e independencia para crear las condiciones para una ciudadanía plena e igual para todos.

A veces las preferencias se adaptan de manera imperfecta. En cierto punto existe la percepción de agravio pero el miedo a una sanción social, o la creencia de que el problema no tiene solución, hace que la gente no busque revertir la situación. Aquí el carácter colectivo de la política, permitiendo la organización de mucha gente, puede ser de gran ayuda.

El hecho de que las preferencias son cambiantes y endógenas no es razón suficiente para la imposición de controles democráticos. Todas las preferencias son hasta cierto grado dependientes de las leyes existentes y de las oportunidades ofrecidas y ese hecho no puede ser una razón para la acción gubernamental sin que esto cree una licencia para la tiranía. El argumento para el control democrático debe basarse en una creencia de que se promoverán el bienestar y la autonomía. En general, la interferencia gubernamental debe ser evitada. Pero a veces la creencia en el respeto a las concepciones divergentes acerca del bien se transforma en una falta de voluntad de proteger a la gente de las condiciones de origen injustas o de la falta de opciones.

El contenido de los controles democráticos siempre será un tema controvertido y debe empezar con esfuerzos para proveer toda la información posible y aumentar las oportunidades. Entonces, por ejemplo, las leyes que requieran que se den a conocer los riesgos en el lugar de trabajo son una iniciativa loable.

En algunos casos, sin embargo, estas estrategias son inadecuadas y son necesarias otras medidas. Una estrategia que suponga una intervención moderada puede generar incentivos económicos a través de ventajas impositivas o pagos en efectivo. Por ejemplo, el gobierno puede dar incentivos financieros a las guarderías para aliviar las cargas de los padres en cuanto al cuidado de sus hijos. Este sistema puede ser mejor que la ayuda directa a las familias, política que produce, generalmente, que las madres se queden en casa. En vista a las causas y consecuencias de la distribución diferente de la carga de los padres en el cuidado de sus hijos es legítimo que el gobierno tome medidas para asegurar la igualdad.

La opción más intrusiva –que debe ser empleada como último recurso– es la coerción, como en el caso del uso obligatorio por ley de equipos de seguridad. La categoría de las respuestas democráticas a las preferencias endógenas de este tipo se superpone con la de las medidas que buscan proteger aspiraciones colectivas. Frecuentemente, esas aspiraciones son la base de las leyes que buscan influenciar los procesos de formación de las preferencias.

C. Problemas de acciones colectivas intrapersonales.

Existe otro criterio para los controles democráticos de las preferencias existentes, cuando dichas preferencias son una función de actos de consumo pasados, y cuando dichos actos alteran los deseos o creencias en una manera que causa un daño a largo plazo. En estos casos los dos factores clave son que las preferencias son endógenas a las decisiones de consumo pasadas y que el efecto de esas decisiones en las preferencias actuales es pernicioso. Para que el gobierno actúe en este contexto es importante que esté seguro de sus conclusiones; ante la falta de certeza, lo apropiado es permitir la libertad de elección. Una falta de información por parte de actores privados es usualmente una condición necesaria para los controles colectivos.

La regulación de sustancias adictivas, del comportamiento “miope” y de ciertos hábitos son ejemplos familiares. En el caso de una adicción el problema es que los costos de no consumir crecen dramáticamente con el tiempo mientras que los beneficios de consumir se mantienen constantes. El resultado es que los costos totales del consumo a lo largo del tiempo exceden a los beneficios totales de ese consumo, aunque éste inicialmente genere beneficios que excedan los costos. El comportamiento individual que es racional para cada elección individual de consumo finalmente lleva a la gente a un estatus social inferior al deseable y posible. En tales casos, si las personas están bien informadas, su decisión será no consumir desde un inicio. Si no lo fue, la acción gubernamental se presenta como una respuesta posible.

Menahem Yaari ofrece el ejemplo de un grupo de comerciantes que tratan de inducir el alcoholismo en las tribus indígenas²⁵. En un principio, las bebidas alcohólicas no son valiosas para los consumidores. Éstos sólo están dispuestos a pagar un precio bajo, que los comerciantes aceptan. Pero como resultado del consumo el valor de las bebidas aumenta progresivamente hasta el punto en el cual los consumidores están dispuestos a pagar enormes sumas para obtenerlas. De esta forma, los comerciantes pueden “manipular a los indígenas para llevarlos a una situación que está en conflicto con la eficiencia paretiana; por ejemplo, a una situación en la que ser eficiente es ser irracional y ser racional es ser ineficiente... [L]a desventaja, para una unidad económica, de tener gustos que cambian endógenamente es que, aun con información y previsión perfectas, la unidad puede verse forzada a seguir un curso de acción que –conforme los propios estándares de la unidad– domina la eficiencia paretiana”.

²⁵ Menahem Yaari, “Endogenous Changes in Tastes: A Philosophical Discussion”, en *Decision, Theory and Social Ethics: Issues in Social Choice*, ed, Hans Gottinger y Werner Leinfellner (Boston: D. Reidel, 1978), pp.59-98.

Por los efectos que el consumo tiene a largo plazo sobre las preferencias, alguien adicto a la heroína está mucho peor que si nunca hubiera comenzado a consumir la droga, aunque la decisión original de consumir no era irracional en términos de costos y beneficios inmediatos. Las leyes que regulan el consumo de las sustancias adictivas responden a una creencia social, que se basa precisamente en esta consideración: en que esta clase de preferencias no debería siquiera llegar a formarse. Podríamos describir esta situación como conteniendo un problema intrapersonal de acción colectiva, en el que los costos y los beneficios que un individuo deriva de involucrarse en determinada actividad cambian sustancialmente a lo largo del tiempo²⁶. Un punto central aquí es que los patrones de consumo inducen a un cambio significativo en las preferencias y que llevan a las personas a una peor situación en el largo plazo²⁷.

En el caso de las adicciones también habrá interconexiones entre los problemas de acción colectiva y las preferencias y creencias que se adaptan a condiciones originales injustas, al menos como una regla general (el ejemplo de Yaari es una muestra de ello). El problema de las adicciones a las drogas difícilmente sea homogéneo en todas las poblaciones, y el proceso de adicción es en gran parte una respuesta a las instituciones sociales que limitan y condicionan severamente la variedad de oportunidades existente.

El problema de las adicciones es el más obvio de una variedad de casos problemáticos de una misma categoría. Entre ellos está, por ejemplo, el del “comportamiento miope”, definido como un rechazo en realizar actividades benéficas a largo plazo, porque los costos a corto plazo exceden los beneficios a corto plazo; esto genera costos a largo plazo. Otro tipo de problema de acción colectiva intrapersonal es el que producen los hábitos: las personas no dejan de comportarse de una manera a largo plazo social o individualmente costosa porque perciben como muy altos los costos a corto plazo de cambiar ese comportamiento; esto así, aún cuando, a largo plazo, los beneficios de un cambio de comportamiento serían mayores. La debilidad de la voluntad tiene una estructura similar, y algunas normas responden a sus formas individuales o colectivas.

La mayor parte los problemas de este tipo se resuelven de mejor manera a nivel individual, o a través de asociaciones privadas que disminuyen la coerción. Pero la regulación social es una respuesta posible. Los estatutos que subsidian las artes o la radiodifusión, o que desincentivan la formación de ciertos hábitos e incentivan a la formación de otros, son algunos ejemplos. Existen argumentos similares para los programas de reciclado obligatorio (los costos de participación disminuyen con el tiempo y a menudo se convierten en beneficios) y para las restricciones a fumar cigarrillos²⁸.

El problema con los controles colectivos en este contexto es que es difícil “encontrarles el punto justo”. Generalmente abarcarán a tanta gente y a tantas circunstancias que es muy posible que

²⁶ Thomas Schelling, “Ergonomics, or the Art of Self-Management”, *American Economic Review* 68(1978):290-94; Jon Elster, “Weakness of Will and the Free-Rider Problem”, *Economic and Philosophy* I(1985):231-65.

²⁷ Por supuesto que todo consumo tiene un efecto en las preferencias. Por ejemplo, la exposición a la música clásica aumenta el aprecio a la misma. Pero el patrón de preferencias al que nos estamos refiriendo es uno particular: se trata de un patrón que produce vidas miserables; uno ante el cual, por esa razón, una democracia debería reaccionar. Para estar seguros, en la práctica, la reacción debería empeorar los retornos en lugar de mejorarlos.

²⁸ Ver Robert Goodin, *No Smoking: The Ethical Issues*(Chicago:University of Chicago Press, 1989).

sean abusivas. Sin embargo, en algunos escenarios, los ciudadanos podrán decir que el efecto del consumo de este tipo de preferencias llevará a grandes pérdidas en términos de bienestar y autonomía. En estos casos, los controles democráticos están justificados.

III. Ejemplos

a. Los límites de las leyes sobre libertad de expresión: la doctrina de la equidad, discurso electoral, discursos de odio y pornografía

Los temas más importantes en la ley actual sobre la libertad de expresión produjeron diferencias entre grupos e ideas que anteriormente estaban aliados. De este modo, se ha invocado vehementemente la Primera Enmienda en representación de las compañías cigarreras que buscaban publicitar sus productos, de corporaciones que trataban de influenciar resultados electorales, de gente que expresaba discursos de odio racial, de pornógrafos y de cadenas de televisión y radio que objetaban la existencia de un derecho individual de acceso a la radiodifusión y cualquier otro esfuerzo para promover calidad y diversidad en los medios. La tentativa de invocar la Primera Enmienda es cada vez más rechazada por individuos y grupos anteriormente asociados con posiciones absolutistas, o casi absolutistas, en contra de la intervención del gobierno con la libre expresión. Irónicamente, a menudo con el argumento de que los reclamos se oponen a los objetivos de la democracia deliberativa y a la libre expresión.

Estos debates crean cuestiones muy complejas que sólo puedo tratar aquí con brevedad. Las complejidades aumentan por el hecho de que un sistema comprometido con la libertad de expresión debería ser muy sensible a la idea de que la expresión altera preferencias y creencias. También debería advertir que ese proceso es uno al que la democracia es particularmente receptiva. Como sostuvo el juez Louis D. Brandeis, en la que puede ser considerada como la opinión más distinguida acerca de la libertad de expresión de toda la historia, “la mejor solución para los malos consejos son los buenos consejos... Si hay tiempo para exponer, a través de la discusión, las falacias y la falsedad, para ahuyentar el mal a través de un proceso educativo, entonces el remedio es más discusión y no el silencio”.²⁹

Sin perjuicio de la afirmación del juez Brandeis, quiero sugerir que la atención hacia el carácter endógeno de las preferencias y hacia las consideraciones expuestas hasta el momento provee algunas bases para la receptividad de los controles democráticos en este contexto.

1. La doctrina de equidad.

²⁹ Whitney v. California, 274 U.S.357, 377(1927).

Existe un consenso creciente en que el gobierno no debe preocuparse por las ondas aéreas y en que la dependencia total de los mercados privados y de las preferencias de consumo es la estrategia apropiada. Conforme esta visión la radiodifusión debe ser tratada como el jabón, los cereales o cualquier otro bien de consumo. En efecto, existe un consenso creciente en que ese es el resultado que se desprende de la Primera Enmienda.

Pero si las afirmaciones que hemos estado realizando nos han persuadido, ese consenso es erróneo. El sentido de la Primera Enmienda es una función de opiniones contrapuestas acerca de que tipo de relación entre el gobierno y los mercados será la que mejor promueva la deliberación democrática. Los abogados tienen el mal hábito de pensar que el sentido de la Primera Enmienda precede a esa cuestión en lugar de ser posterior a ella.

La consecuencia de las estrategias de mercado en la radiodifusión es un sistema en el cual los televidentes ven programas que rara vez tratan de temas serios. Frecuentemente se trata de programas sensacionalistas, lascivos, que deshumanizan, banales, que reflejan y perpetúan algo soso como versiones “soft” acerca de las visiones más convencionales sobre política y moralidad. También son excesivamente influenciadas por las preocupaciones de los publicistas, producen una carrera acelerada “hacia la cima” en términos de calidad y cantidad de atención que requieren y fomentan y están plagados de violencia, sexismo y racismo. Esto desafía las creencias que sugieren que dichos shows afectan las preferencias y el carácter de los ciudadanos. ¿Resulta tan claro que una democracia constitucional se considere a sí misma como no apta para responder a dicha situación? ¿Resulta tan claro que la Primera Enmienda, redactada para asegurar la autodeterminación, prohíba un correctivo democrático en estos casos?

En mi opinión las consideraciones mencionadas hasta ahora sugieren que a los ciudadanos en una democracia constitucional se les debe conceder el poder de ejercer una gran variedad de controles. Si el bienestar y la autonomía son los criterios de base, pueden derivarse muchos beneficios de esta clase de controles. Las tres categorías que describí constituyen un argumento a favor de cierta forma de regulación. Los controles democráticos probablemente reflejarían deseos colectivos y esto debe respetarse. Responderían ante el hecho de que, a pesar del gran número de medios, el régimen actual de regulación disminuye la cantidad de opciones genuinas en detrimento del bienestar y la autonomía. También contrarrestarían un tipo de problema intrapersonal de acción colectiva que enfrentan aquellos acostumbrados al *status quo* de la radiodifusión. Dichos controles pueden permitirle al gobierno regular la publicidad en la televisión (para los niños en particular), requerir que la radiodifusión trate asuntos públicos (por ejemplo obligando a que haya una hora de programación diaria que trate de asuntos de este tipo), prohibir la violencia desmesurada en la televisión (especialmente cuando es violencia de género), requerir como condición para obtener una licencia dar un subsidio para la televisión pública e imponer una doctrina de la equidad amplia incluyendo no solamente la discusión de asuntos importantes sino también la oportunidad de escuchar opiniones divergentes. A pesar de los peligros evidentes existirán beneficios colectivos y externos que se deriven de los controles, y esto llevará a otro nivel el elemento de la tradición liberal que recurre a la acción gubernamental en casos como este.³⁰

³⁰ Ver por ejemplo John Stuart Mill, *Principles of Political Economy*, ed. W.J. Ashley (1871; London y New York: Longmans, Green & Co., 1929). Ver también Owen Fiss, “Free Speech and Social Structure”, *Iowa Law Review* 71(1986):1405-25; este ensayo trata el argumento de manera más profunda.

Al menos en principio los derechos de acceso privado a los medios por posiciones diferentes y otros tipos de control asociados deben ser considerados como acordes con la libertad de expresión. Esto es así si la garantía es entendida como una protección al proceso deliberativo centrado en valores públicos en vez de centrarse en el mercado. La Primera Enmienda no deber ser vista como un obstáculo para dichos esfuerzos. El sistema existente puede ser visto como uno que suscita serios problemas constitucionales; pues un sistema en el cual el acceso a los medios –con sus inevitables consecuencias en la formación de preferencias y creencias– depende de la voluntad privada de pagar suscita problemas genuinos en relación a la libertad de expresión³¹.

2. Regulación de las campañas electorales.

No es difícil argumentar que una variedad de regulaciones en el proceso electoral es necesaria para promover un proceso deliberativo entre iguales políticos y para asegurar que dicho proceso sea genuino. Concebidos de manera adecuada, estos esfuerzos están de acuerdo con los propósitos de la garantía de la libertad de expresión. Son prometedoras las restricciones a las contribuciones para las campañas (para eliminar los efectos de distorsión que produce la riqueza)³², las medidas efectivas para reducir el fenómeno de las “frases lapidarias” y la promoción de más discusiones que insten a la reflexión.

Sin embargo, en la actualidad existe un gran, irónico, obstáculo para frenar esos esfuerzos: la Primera Enmienda. La Corte Suprema ha sido generalmente poco receptiva a los esfuerzos gubernamentales para regular las campañas electorales³³. En un párrafo central del fallo *Buckley v. Valeo* la Corte dice que “el concepto de que el gobierno puede restringir la libertad de expresión de ciertos elementos de la sociedad para permitir la mayor expresión de otros es ajeno a la Primera Enmienda”³⁴. Es crucial notar aquí que la Corte no dijo que el esfuerzo para promover la deliberación entre iguales políticos era insuficiente o promovido de manera inadecuada sino que era constitucionalmente ilegítimo.

Bajo la visión que propongo, la regulación de las campañas electorales será tratada de mejor manera. Dados los efectos que provoca la riqueza en la formación de creencias políticas y las consecuencias corrosivas de algunas formas de “electoralismo”, los controles democráticos en el proceso electoral deben ser bienvenidos. La Primera Enmienda debe ser entendida no como un garante de “mercados de expresión” irrestrictos, ni como un vehículo para transformar las desigualdades económicas en desigualdades políticas sino como un esfuerzo para asegurar un proceso de deliberación que bajo condiciones actuales se promoverá a través de medidas

³¹ La Suprema Corte reconoció este punto en el fallo *Red Lion Broadcasting Co. V. FCC*, 395 U.S.367(1969), pero el punto se abandono en el debate actual. Si este análisis es correcto igual no es claro que la prensa este mas inmunizada contra la regulación que la radiodifusión especialmente ahora que el fundamento de la escasez racional parece débil.

³² Ver John Rawls, “ The Basic Liberties and Their Priority”, en *The Tanner Lectures on Human Values*, ed Sterling McMurrin(Salt Lake City: University of Utah Press, 1982), 3:76

³³ Ver *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. I(1976), y *First National Bank of Boston v. Bellotti*, 435 U.S.765(1978)

³⁴ 424 U.S. en Pág. 48-49.

regulatorias. Esto es así especialmente si los ciudadanos en una política democrática apoyan la regulación del proceso electoral para promover su deseo de tener un proceso deliberativo que funcione correctamente.

Por supuesto, esto conlleva grandes riesgos, y los esfuerzos regulatorios deben ser monitoreados con precaución para asegurar que no actúen como leyes de protección o como serias trabas a la expresión. Pero el tema es más complejo desde el punto de vista de la misma Primera Enmienda que desde lo que permite el resto de las leyes existentes.

3. *Pornografía violenta y discursos de odio*

Muchas democracias occidentales –inclusive aquellas comprometidas firmemente con la libertad de expresión– regulan las expresiones que contienen desprecio hacia grupos sociales identificables (discursos de odio). Algunas también regulan las expresiones sexuales explícitas; en especial, aquellas que relacionan sexo y violencia. Estos controles se justificaron haciendo referencia a la dignidad humana, a la moralidad y a la igualdad sexual. No es claro cuál es el status de estas restricciones en los Estados Unidos. Probablemente, la mejor explicación que puede proveer la ley actual es que los discursos de odio, y la mayoría de los discursos que asocian sexo y violencia, son prohibidos si no puede concebirse los como parte de un intercambio de ideas serio sino como pornografía³⁵.

Los casos de discursos de odio y de pornografía suscitan diferentes problemas. Los discursos de odio están dirigidos conscientemente hacia una cuestión de importancia política. La pornografía violenta es también política en el sentido de que tiene orígenes y consecuencias políticas. Pero no puede ser pensada como una contribución autonconciente a la deliberación democrática sobre asuntos públicos. En este sentido difiere del discurso misógino de tipo más abierto donde el contenido político es explícito. En cuanto a su conexión con la Primera Enmienda, la pornografía debe ser pensada como algo que entra en la misma categoría que los discursos comerciales, los libelos de personas privadas, las coimas y las conspiraciones. La razón es que la mayor parte de la pornografía no contribuye a una deliberación de asuntos de interés público aunque concibamos a esta categoría de la manera más amplia posible. Los discursos que no son centrales al principio de libertad de expresión cuentan como discursos pero tienen un menor grado de protección. Pueden ser regulados demostrando un daño aunque éste puede ser más débil que el requerido para regular el discurso político.

¿Debe apelarse a la Primera Enmienda para impedir que el gobierno regule los discursos de odio y la pornografía? La respuesta afirmativa que surge del derecho actual puede ser errónea. Ambas formas de expresión producen serios y corrosivos efectos sobre las creencias y deseos. Ambas tienen la adicional e inusual característica de denegar a los grupos victimizados el derecho de participar en la comunidad como personas libres e iguales. Respecto a ciertos tipos de pornografía violenta existen severas consecuencias en términos de cómo hombres y mujeres perciben a la

³⁵ Trato temas complejos aquí. Ver *Millar v. California*, 413 US 15(1973), y “*Pornography and the First Amendment*,” *Duke Law Journal* (septiembre 1986): 589-627.

sexualidad, de cómo los hombres perciben a las mujeres y de cómo las mujeres se perciben a sí mismas. No hace falta pensar que la regulación de la pornografía violenta eliminará la violencia sexual o ayudará a producir una igualdad sexual para reconocer que la dominación del material que asocia sexo con violencia produce una variedad de consecuencias dañosas.

El argumento en favor de la regulación es más fuerte cuando el discurso relevante es penetrante, cuando causa un daño tangible y cuando cae fuera de la categoría de expresión que está garantizada por la Primera Enmienda a menos que haya una demostración de un peligro serio, inminente e inevitable. Estas consideraciones sugieren que al menos algunas formas de pornografía violenta deben regularse y que quizás en algunos escenarios restringidos los discursos de odio pueden ser apropiadamente sujetos a control democrático.

b. *Representación proporcional.*

En los años recientes hemos asistido a un renacimiento del interés por los sistemas de representación grupal o proporcional para grupos desfavorecidos. Existe una base constitucional sólida para esos sistemas, a pesar de que la Corte Suprema ha venido rechazando de manera decidida y constante los argumentos constitucionales para la representación de miembros de grupos raciales minoritarios. Pese a la rigidez de la fórmula “Una persona, un voto”, con sus matices mayoritarios e individualistas, la representación grupal siempre fue una característica del constitucionalismo estadounidense³⁶.

Más aun, las instituciones constitucionales básicas del federalismo, como el bicameralismo y los frenos y contrapesos (el equilibrio entre los tres poderes), comparten parte del atractivo de la representación proporcional. Estas instituciones aumentan las posibilidades de acceso al gobierno, lo que a la vez incrementa la habilidad de diversos grupos para influenciar las políticas, multiplicar las perspectivas en el gobierno y mejorar las capacidades deliberativas. En ese aspecto aseguran algo como la representación grupal, al menos cuando se compara el sistema con otros, unitarios. La separación de poderes y el bicameralismo crecieron en parte a través de esfuerzos para promover la representación de diversos grupos: el bicameralismo permitió la representación de los ricos y de las masas, mientras que la noción de separación derivó de nociones de gobierno mixto que fue diseñado para asegurar una medida de representación de grupos definido en términos sociales y económicos.

La representación proporcional puede ser diseñada como en sus formas europeas para asegurar la representación en la legislatura de todos esos grupos que pueden obtener un poco más que una parte mínima del voto. De otra manera el sistema puede ser visto como un esfuerzo para asegurar que a los miembros de los grupos desfavorecidos se les de poder para ejercer cierta influencia en los resultados políticos. En los Estados Unidos, el “acta de derechos de voto” va en esta dirección, ayudando a las personas de raza negra.

³⁶ Por ejemplo, al momento de redactar la Constitución, la geografía representaba una división en comunidades que, a la vez, representaba distintos intereses; la representación de los estados de esa forma parecía lo natural. No sería imposible argumentar que los grupos raciales y étnicos son las analogías contemporáneas de los grupos definidos en términos geográficos en el periodo de la fundación.

Existen serios problemas para todas estas iniciativas y no pretendo evaluarlos aquí detalladamente. Sugiero que los esfuerzos para asegurar la representación proporcional se tornan más aceptables si se justifican con motivos que no toman a las preferencias existentes como la base para las decisiones gubernamentales y sí enfatizan los efectos de formación de preferencias que producen la discusión y los desacuerdos en la política³⁷. El argumento aquí es que los procesos deliberativos se mejorarían si se entablaran mecanismos para asegurar que múltiples grupos tengan acceso al proceso de toma de decisiones, y estén presentes al momento de decidir. La representación grupal o proporcional, de tener efecto, permitirá que diversas opiniones se expresen de manera regular en el proceso representativo del cual esos grupos podrían resultar excluidos.

En este aspecto la representación grupal o proporcional puede ser vista como una solución para las fallas en el mundo real de la deliberación Madisoniana. El propósito primario del acceso no es permitir que cada grupo tenga su “porción de acción” (aunque eso no sea totalmente irrelevante) sino, en cambio, asegurar que el proceso de deliberación no esté distorsionado por la apariencia equivocada de una serie común de intereses de parte de todos los afectados. En esta encarnación, la representación proporcional está destinada a aumentar la probabilidad de que resultados políticos incorporen algún entendimiento de todas las perspectivas. Dicho proceso debe facilitar la expresión saludable de valores colectivos o aspiraciones y el escrutinio de preferencias adaptadas a condiciones originales injustas u oportunidades limitadas.

Por esta razón la representación proporcional puede ser el análogo funcional de la institución de frenos y contrapesos y el federalismo, reconociendo las funciones creativas del desacuerdo y de perspectivas múltiples para el proceso gubernamental. En este sentido existe continuidad entre propuestas recientes para la representación proporcional y alguna de las características del régimen constitucional original. En efecto Hamilton enfatizó que en un sistema de frenos y contrapesos “la discordancia entre las partes... promueve la deliberación”³⁸. Si esto es así, la representación proporcional es más comprensible en una democracia que no toma las preferencias existentes como la base de las decisiones sociales, sino que, por el contrario, alienta la clase más amplia de deliberación, abarcando fines y medios como ingredientes centrales en la política democrática.

³⁷ Esto es, en parte, lo que Mill defiende de medidas como estas. Ver *Considerations on Representative Government*. Para discusiones valiosas al respecto, ver Charles Beitz, *Political Equality: An Essay in Democratic Theory* (Princeton, N.J.: Princeton University Press, 1989), pp 123-40; e Iris Young, *Politics and Group Difference: A Critique of the Ideal of Universal Citizenship*, *Ethics* 99 (1989):250-84. El argumento de Beitz de que la representación proporcional no es un requerimiento para la equidad en la política no es inconsistente con las consideraciones invocadas aquí. Los argumentos de Young acerca de la necesidad de discusión entre quienes están en diferentes *status* son compatibles con mi argumentación.

³⁸ El Federalista no 70.

IV. Conclusión

Una democracia constitucional no debería preocuparse conscientemente, de una manera general y exhaustiva, con las almas de sus ciudadanos. En la situación actual, son indispensables los límites liberales a las acciones de la esfera pública, así como un respeto general por las diferentes concepciones del bien. Pero, al mismo tiempo, sería un grave error caracterizar a la democracia liberal como sistema que requiere que las preferencias existentes sean tomadas como la base para las decisiones sociales, y que prohíbe que los ciudadanos operen a través de canales democráticos para convertir en leyes sus aspiraciones, o de contrarrestar –a través de la provisión de oportunidades e información– preferencias y creencias que se han ajustado a un *status quo* injusto. Irónicamente, un sistema que abre estos canales y que clama hacerlo en nombre del liberalismo o de la democracia estará desafiando muchas de las aspiraciones que hicieron atractivos tanto al liberalismo como a la democracia, y que continúan alimentando ese atractivo en muchas partes del mundo.