

EL PRECOMPROMISO Y LA PARADOJA DE LA DEMOCRACIA

Stephen Holmes

LAURENCE TRIBE comienza su influyente tratado sobre derecho constitucional con una formulación concreta del dilema contra mayoritario: la discordia entre la política mayoritaria y los frenos anclados en la Constitución: “En su forma más básica, la pregunta [...] es por qué una nación que fundamenta la legalidad sobre el consentimiento de los gobernados decidiría constituir su vida política mediante un compromiso con un acuerdo original [...] estructurado deliberadamente para dificultar el cambio”. De diversas maneras se ha planteado ya el problema subyacente. ¿Cómo se puede reconciliar “el consentimiento de los gobernados” con la garantía de un consentimiento ulterior mediante una convención constitucional? ¿Por qué un marco constitucional, ratificado hace dos siglos, debe ejercer tan enorme poder sobre nuestras vidas actuales? ¿Por qué solamente algunos de nuestros conciudadanos han sido facultados para impedir que se hagan enmiendas a la Constitución? ¿La revisión judicial, cuando está basada en una lealtad supersticiosa a la intención de sus creadores, es compatible con la soberanía popular?

LA TENSIÓN ENTRE CONSTITUCIONALISMO Y DEMOCRACIA

Estas preguntas tienen una larga historia. En el Caso del Saludo a la Bandera, de 1943, el juez Robert Jackson hizo el siguiente pronunciamiento, hoy clásico:

El propósito mismo de una Declaración de Derechos fue retirar ciertos temas de las vicisitudes de la controversia política para colocarlos fuera del alcance de mayorías y funcionarios y establecerlos como principios jurídicos que serían aplicados por los tribunales. El propio derecho a la vida, a la libertad y la propiedad, a la libertad de expresión, a la prensa libre, a la libertad de cultos y de reunión y otros derechos fundamentales no deben someterse a votación: no dependen del resultado de elecciones.

Desde esta perspectiva, puede verse que el constitucionalismo es esencialmente antidemocrático. La función básica de una Constitución es separar ciertas decisiones del proceso democrático, es decir, atar las manos de la comunidad.

Pero, ¿cómo podemos justificar un sistema que sofoca la voluntad de la mayoría? Por una parte, podemos invocar -siguiendo el espíritu del juez Jackson- derechos fundamentales: si tales

derechos están de algún modo “inscritos en la naturaleza”, simplemente pueden pasar por encima de todo consentimiento. O bien, podemos enfocar el carácter autodestructivo de una democracia constitucionalmente ilimitada. Esta línea de argumento la sigue, por ejemplo, F. A. Hayek. A su parecer, una Constitución no es más que un recurso para limitar el poder del gobierno. Los ciudadanos de hoy son miopes; tienen poco dominio de sí mismos; son lamentablemente indisciplinados y siempre tienden a sacrificar principios perdurables en aras de placeres y beneficios inmediatos. Una Constitución es el remedio institucionalizado contra esta miopía crónica: quita poderes a mayorías temporales en nombre de normas obligatorias. Una Constitución es como un freno, mientras que el electorado es como un caballo desbocado. Los ciudadanos necesitan una Constitución, así como Ulises necesitó que lo ataran al palo mayor. Si se permitiera a los votantes realizar sus deseos, inevitablemente naufragarían. Al atarse a unas reglas rígidas, pueden evitar tropezarse con sus propios pies.

Martin Shapiro ofrece una perspectiva diferente; de hecho, contraria. La posición de Shapiro es sutil y difícil de resumir, pero su ensayo sobre el significado de la Constitución estadounidense concluye con una afirmación retórica memorable. Cuando examinamos un estatuto promulgado democráticamente, escribe, no debíamos preguntar, como los abogados que se apegan al texto, ¿es constitucional? Antes bien, debíamos preguntar, como ciudadanos democráticos, ¿queremos que sea constitucional? No debemos dejarnos esclavizar por “ciertos caballeros ya difuntos que no pudieron visualizar nuestras circunstancias actuales”. Debemos dejarnos guiar tan sólo por nuestra decisión colectiva acerca del tipo de comunidad en que queremos convertirnos.

Shapiro y Hayek ejemplifican el punto y el contrapunto de un debate que prosigue. Su desacuerdo representa claramente la pugna -si puedo decirlo así- entre los demócratas, para quienes la Constitución es un fastidio, y los constitucionalistas, para quienes la democracia es una amenaza. Algunos teóricos se preocupan de que la democracia quede paralizada por la camisa de fuerza constitucional. Otros temen que se rompa el dique constitucional arrastrado por el torrente democrático. Pese a sus diferencias, ambos bandos convienen en que existe una tensión profunda, casi irreconciliable, entre constitucionalismo y democracia. En realidad, poco les falta para sugerir que la “democracia constitucional” es un matrimonio de opuestos, un oxímoron.

La existencia de una “tensión” irreconciliable entre constitucionalismo y democracia es uno de los mitos centrales del pensamiento político moderno. Al ponerlo en entredicho, no intento negar hechos bien conocidos; antes bien, al dudar de una suposición ampliamente compartida, es decir, al atender a la sugerencia (en cierto sentido obvia) de que constitucionalismo y democracia se apoyan mutuamente, espero aclarar algunas dimensiones descuidadas de la teoría democrática y constitucional.

También John Hart Ely ha sostenido que los frenos constitucionales, lejos de ser sistemáticamente antidemocráticos, pueden reforzar la democracia. El gobierno democrático, como toda creación humana, necesita reparación periódica. Hay que asegurar y reafirmar sus requisitos previos; y esto no siempre puede lograrse por medios directamente que suelen ser democráticos. Por ello, el Tribunal recibe facultades constitucionales para ser el guardián de la democracia. Representantes elegidos y responsables deben determinar qué “valores sustantivos” deberán guiar la política pública; pero en cuestiones de procedimiento de toma de decisiones fundamentales, el Tribunal asume la principal responsabilidad de su custodia. Deberá abrogar toda legislación (aun- que sea muy popular entre las mayorías electorales) que socave las condiciones de una democracia que funcione debidamente: “desbloquear las construcciones del proceso democrático es lo que debe hacer supuestamente la revisión judicial”. Éste es un acuerdo democrático (no tan sólo paternalista). El poder general de los

votantes aumenta cuando el electorado limita la autoridad de sus propios funcionarios elegidos sobre los procesos fundamentales del gobierno.

Ely desarrolla hábilmente esta tesis en el contexto de las actuales controversias jurídicas, pero hace su sorprendente afirmación con poca elaboración teórica abstracta y casi sin ningún trasfondo histórico. Como resultado, deja lamentablemente intacto el mito de una tensión fundamental entre constitucionalismo y democracia. De manera sorprendente para gran número de pensadores serios, la democracia constitucional sigue siendo una paradoja o, si no, una contradicción de términos. Según se revela, todas las democracias que funcionan actúan dentro de los límites fijados por unas limitaciones estabilizadoras. Por tanto, el concepto de Ely, de que las constituciones pueden reforzar la democracia, resulta manifiestamente superior a la idea opuesta de que constituciones y democracias son fundamentalmente antagónicas. Y sin embargo, subsiste el mito de una “tensión” latente.

El estudio de esta cuestión puede profundizarse mediante una mayor abstracción teórica y arrojando más lejos las redes históricas. Por una parte la relación entre constitucionalismo y democracia se puede aclarar considerablemente por medio de un análisis del modo en que los “frenos” en general pueden producir o aumentar la “libertad”. Por otra parte, la disputa acerca de la relación entre constitucionalismo y democracia se puede retrotraer al siglo XVIII y aún más atrás. Empezaré por una incursión en la historia de las ideas.

LA PROHIBICIÓN DE OBSTRUIR EL FUTURO

En el decenio de 1740, David Hume observó que había una contradicción importante en el meollo mismo de la teoría republicana. Por doquier, los republicanos se basaban en la ficción de un contrato social. Pero, escribió Hume, “esto supone el consentimiento de los padres de anular a los hijos, aun a las generaciones más remotas (lo que los escritores republicanos nunca consentirían)”. Pese a su interés por crear una estructura perdurable al autogobierno, en otras palabras, los republicanos en general insistieron en que una generación fundadora nunca debería condicionar a sus sucesores con un esquema constitucional fijo. En los Debates de Putney, por ejemplo, dijo un orador: “Supongo que todos los hombres y todas las naciones, cualesquiera que sean, tienen la libertad y el poder de alterar y modificar sus constituciones si las consideran frágiles e inseguras”. Y en la Declaración de Independencia, Thomas Jefferson abrazó el mismo principio: “Es derecho del pueblo alterar o abolir” cualquier “forma de gobierno” que se haya vuelto “destructiva” de la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad. Ninguna institución, por muy importante que sea, es inalterable; ninguna ley, por muy fundamental que sea, es irrevocable.

Este tabú, ampliamente reconocido, contra el precompromiso constitucional fue, a su vez, la generalización de una prohibición más fundamental: el principio de que ningún padre puede atar a sus hijos. Locke formuló sucintamente la regla básica: “Ciertamente es que cualesquiera compromisos o promesas que alguien haya hecho por sí mismo se encontrará bajo la obligación de ellos; pero no podrá, por ningún pacto que sea, atar a sus hijos o a la posteridad”. Durante el siglo XVIII, hasta quienes intentaban construir un orden político duradero sacaron de las premisas de Locke la conclusión lógica. En el artículo 28 de la Constitución jacobina (¡no aplicada!) de 1793, por ejemplo, descubrimos la siguiente declaración, incongruente pero inequívoca: “una generación no puede someter a sus leyes a las generaciones futuras”. De hecho, al terminar el siglo XVIII, la prohibición de comprometer a generaciones futuras podría jactarse de contar con muchos abogados teóricos. Para transmitir el sabor de sus argumentos, enfocaré con cierta extensión las posiciones planteadas por Jefferson y por Tom Paine.

PAINÉ Y EL CONSENTIMIENTO DE LOS VIVOS

En 1776, Paine había sido el fogoso abogado de una “Carta continental”, a la que describió como “firme convenio” y como “nexo de obligación solemne”. Pero en 1791, sin cambiar radicalmente sus otras opiniones, lanzó un agudo ataque contra la idea misma de un marco constitucional heredado. Según Burke, el Parlamento inglés de 1688 había cancelado legalmente su posteridad hasta el fin de los tiempos. Paine respondió que no existía semejante derecho o poder: “Cada época y generación debe ser tan libre de actuar por sí misma, en todos los casos, como las edades y generaciones que la precedieron”. No sólo es inmoral sino imposible arrogarse las opciones de las generaciones venideras. Los grilletes del pasado son como ataduras de arena. No obstante, los intentos por cancelar el futuro, aunque a la postre vanos, pueden ser muy irritantes. Por tanto, se les debe denunciar como lo que son: violaciones abiertas a la justicia natural.

En cierto modo, el ataque frontal de Paine contra el precompromiso constitucional proviene lógicamente de su concepción de la democracia. Para él, la democracia es la regla de la vida. Dicho con mayor beligerancia, la democracia es una guerra contra el pasado. El viejo mundo europeo de reyes, aristócratas y títulos hereditarios está íntegramente podrido. El “fraude, la efigie y la ostentación” del antiguo régimen deben ser relegados al basurero de la historia, pues la historia es un basurero. La tradición no es un almacén de sabiduría acumulada, como lo sugirió Burke, resultado de mil minúsculos ajustes materializados más experiencia y conocimiento de los que pueda llegar a poseer un solo individuo. En cambio, la tradición es una pestilente atarjea de abusos.

La soberanía del pasado es el reino de la nobleza [nobility], que en realidad significa “incapacidad” [no-ability]. La competencia no se puede heredar; por ello, no resulta sorprendente que en las sociedades tradicionales se acumulen poder y prebendas en los imbéciles. Burke había sugerido de manera deshonesta que las tradiciones, piadosamente acogidas, podrían remediar que la generación actual no tuviese elecciones difíciles. Pero aun si fuese deseable evadir así la responsabilidad (que no lo es), sería imposible, porque el pasado está preñado de contradicciones. Por ejemplo, el acuerdo de 1688 fue una innovación impuesta a los ingleses por el conflicto irreconciliable entre las tradiciones religiosa y dinástica, y esto lo sabía Burke. Aunque menospreciando el presente y resaltando el pasado, en realidad estaba sirviendo a los intereses de una minúscula élite: a hombres excesivamente inteligentes.

Según Locke, “un argumento a partir de lo que ha sido hacia lo que debería en justicia ser no tiene gran fuerza”. Paine apoyó esta opinión con vehemencia. Según él, la democracia era convertir en rutina la impiedad. No había ninguna razón sobre la tierra para que la gente hiciera las cosas en el futuro como las había hecho en el pasado. La democracia era un sistema de inagotable inventiva y orientado hacia el cambio y la reforma constantes. La batalla del siglo XVIII contra los sentimientos prescritos y las obligaciones involuntarias no dio cuartel a las primeras opciones del individuo. Las decisiones tomadas por nuestro pasado mismo llegaron a parecer impuestas y, por ello, ilegítimas para nuestro yo actual. Al menos en los países protestantes, el matrimonio dejó de ser un sacramento. Por ello, un contrato perpetuo empezó a parecer innecesario para los fines del matrimonio, por no mencionar lo incompatible con la necesidad humana de corregir los propios errores. La campaña por una distensión de las leyes de divorcio reflejó una renuencia general a permitir que el pasado esclavizara al presente.

La democracia era la contrapartida colectiva a esta institucionalización personal de la precariedad:

Nunca existió, jamás existirá ni podrá existir un Parlamento o algún tipo de hombres, en cualquier país, que posea el derecho o el poder de mediatizar y controlar a la posteridad hasta el “fin de los tiempos”, o de mandar para siempre cómo se deberá gobernar el mundo, o quién deberá gobernarlo, y, por tanto, todas esas cláusulas, actas o declaraciones por las cuales sus creadores intentan hacer lo que no tienen derecho ni poder de hacer, ni el poder de ejecutar, son nulas e inválidas.

La generación actual tiene el derecho ilimitado e ilimitable de remodelar las instituciones bajo las cuales vive. El único consentimiento que legitima cualquier forma de gobierno es “el consentimiento de los vivos”.

Aquí, el argumento de Paine presupone una tensión irresoluble entre constitucionalismo y democracia, entre la herencia de un marco legal fijo la omnipotencia de los ciudadanos actualmente vivos. Así como Locke lo había negado a los padres el derecho de encadenar a sus hijos, así, también Paine (al menos en estos pasajes) negó a los Padres Fundadores el derecho de mediatizar las generaciones venideras con un esquema constitucional fijo.

JEFFERSON Y LA AUTOSUFICIENCIA DE LAS GENERACIONES

Thomas Jefferson negó explícitamente a la legislatura el poder de anular las libertades personales consagradas en la Declaración de Derechos. Apoyó las “constituciones limitadas para restringir a aquellos a quienes estamos obligados a confiar el poder”. Y hasta escribió, de la manera más legalista, que “nuestra seguridad peculiar está en la posesión de una Constitución escrita”. Sin embargo, Jefferson, como Paine, fue un constitucionalista tornadizo. También lanzó un ataque implacable contra la idea misma de un precompromiso constitucional. En septiembre de 1789 (dos años antes de que Paine publicara *The Rights of Man*), Jefferson escribió a Madison, enfrentándose a la pregunta de si una generación de hombres tiene el derecho de mediatizar a otra”. y su respuesta fue un enfático no.

Antes, en sus *Notes on the State of Virginia* (1781-1782), Jefferson había hecho un modesto esfuerzo “por librarse de la magia que supuestamente tiene la palabra Constitución”. La ordenanza de Virginia del gobierno no era “perpetua e inalterable” y, en realidad, no era más restrictiva que la legislación ordinaria. Sin embargo, él condicionó estas observaciones arguyendo que una convención constitucional debidamente elegida podría colocar los derechos básicos cuando la propia forma de gobierno “fuera del alcance de toda cuestión”.

En una polémica contra Jefferson publicada en 1788, Noah Webster se burló en extremo de estas concesiones de último minuto a las constituciones inalterables. Jefferson, al parecer, tomó a pecho el hiriente sarcasmo de Webster. De todos modos, en esta carta de 1789 adoptó una actitud más congruentemente mayoritaria. Como Paine, afirmó “la tierra pertenece a los vivos y no a los muertos”. Años después, repitió el mismo argumento en forma un tanto más brutal: “los muertos no tienen derechos. No son nada”. Y, “las partículas de materia que compusieron sus cuerpos hoy forman parte de los cuerpos de otros animales, vegetales o minerales”. En su carta a Madison, Jefferson llegó hasta a negar todas las suposiciones ordinarias acerca de la continuidad histórica y (por tanto) de la identidad nacional: “por la ley de la naturaleza, una generación es a otra como una nación independiente a otra”. Al parecer, una asamblea constituyente en Filadelfia no podía legislar más para los futuros estadounidenses que para los chinos contemporáneos.

La idea de “perpetuidad” es moralmente repugnante, asociada como está a una servidumbre perpetua y a unos monopolios que se perpetúan. El término mismo de perpetuo debiera ser barrido junto con otros derechos heredados del antiguo régimen: “Ninguna sociedad puede

hacer una Constitución perpetua, ni siquiera una ley perpetua.” Los pueblos “son amos de sus propias personas y, por consiguiente, pueden gobernarlas como gusten”. Por tanto, “la Constitución y las leyes de sus predecesores [se] extinguen en su curso natural, junto con quienes les dieron el ser”. La muerte física de los constitucionalistas entraña la muerte espiritual de la Constitución.

En una conferencia, durante el decenio de 1760, Adam Smith había dicho a sus estudiantes en Glasgow: “Un poder que disponga de las propiedades por siempre es manifiestamente absurdo. La tierra y toda su riqueza pertenecen a cada generación, y la anterior no puede tener derecho de mediatizarla desde la posteridad”. Escribiendo desde París en tiempos de crisis financiera, Jefferson se hizo eco de la preocupación de Smith por esta manera tradicional por la cual una generación inmovilizaba a la siguiente. De hecho, la mayor parte de su análisis giró en torno de las leyes de herencia. Por ejemplo, preguntó “si la nación puede cambiar la transmisión por herencia de tierras tenidas en propiedad”. También inquirió si un padre tenía el derecho natural de dejar enterrados a sus hijos bajo una montaña de cuentas no pagadas. Más políticamente, preguntó si una generación podía justificar el contraer deudas enormes, con la esperanza de que generaciones sucesivas las pagaran. La respuesta de Jefferson, similar a la de Smith, fue que los sucesores “por naturaleza están libres de las deudas de sus predecesores”.

Sobre la base de las tablas actuariales de Buffon, Jefferson calculó que “la mitad de las personas de 21 años y más que viven en cualquier instante habrán muerto en 18 años y ocho meses”. Una persona sólo puede contraer una deuda mientras se halle en posibilidades de pagarla en persona. Análogamente, la mayoría política no debe contraer deudas que no pueda solventar en el curso de 19 años. Jefferson extendió explícitamente este argumento a la cuestión de los marcos constitucionales. Una de sus declaraciones más rotundas aparece en la carta de 1816:

Según las tablas europeas de mortalidad, de los adultos que viven en cualquier momento del tiempo, una mayoría habrá muerto en unos 19 años. Al término de ese periodo, pues, una nueva mayoría ocupará su lugar o, en otras palabras, una nueva generación. Cada generación es tan independiente de la precedente como de todas las que transcurrieron antes. Tiene entonces, como ellas, el derecho de elegir por sí misma la forma de gobierno que crea que mejor puede promover su propia felicidad.

Cada 20 o 30 años deben celebrarse plebiscitos nacionales que determinen la forma de gobierno y que promulguen las leyes fundamentales. La simple oportunidad de enmienda o de anulación constitucional era totalmente inadecuada. En periodos establecidos debieran prescribir todas las leyes y los acuerdos constitucionales. Sólo unos plebiscitos constitucionales, periódicos y obligatorios, podrían liberar al presente del pasado y asegurar a cada generación su propio decir.

EL PRECOMPROMISO Y EL AUMENTO DE CONOCIMIENTO

La impaciencia de Paine ante los legados provenientes del pasado se alimentó principalmente por su enconado odio a la aristocracia. También a Jefferson le repugnaban los monopolios hereditarios. Sin embargo, no menos importante fue su veneración por la ciencia: “leyes e instituciones deben ir de la mano con el progreso del espíritu humano. Conforme éste se desarrolle más, se vuelva más cultivado al hacerse nuevos descubrimientos, se revelen nuevas verdades y se modifiquen los comportamientos y opiniones junto con el cambio de las circunstancias, las instituciones también deberán avanzar y mantenerse al ritmo de los tiempos”. La ciencia moderna ha hecho permanentemente inestable al conocimiento. La

esperanza de que el progreso científico derroque sin falta las creencias actuales transforma todo compromiso previo en un absurdo epistemológico.

Esta idea, como las otras que he planteado, tiene una historia larga e intrincada. La breve observación citada de los Debates de Putney ya implicaba que las necesidades de la enseñanza pública debían pasar por encima de las devociones constitucionales. Si descubrimos que nuestra Constitución es débil y enfermiza, deberemos cambiarla. De manera similar, Locke arguyó que la capacidad humana de aprendizaje y de autocorrección hace ilegítimos ciertos tipos de contrato perpetuo. Por ejemplo, una persona no debe hacer ninguna promesa de que será miembro de una comunidad religiosa durante toda la vida. Nadie tiene ningún derecho a entrar en un acuerdo irrevocable de esta índole: “si después descubre algo erróneo en la doctrina o incongruente en el culto, deberá siempre tener la misma libertad de salirse que la que tuvo para entrar”.

La impaciencia ante las trabas estúpidas a todo nuevo aprendizaje también fue expresada por Immanuel Kant:

Una época no puede entrar por juramento en una alianza que coloque a la siguiente época en una posición en la que sería imposible extender y corregir su conocimiento, particularmente en cuestiones tan importantes [las cuestiones de religión], o hacer un progreso cualquiera en materia de ilustración. Esto sería un crimen contra la naturaleza humana, cuyo destino original se encuentra precisamente en dicho progreso. Por ello, las generaciones posteriores tienen perfecto derecho a rechazar tales acuerdos como no autorizados y criminales.⁴¹

A una generación piadosa se le prohíbe supeditar a la siguiente a una fórmula doctrinal. y aún más radicalmente, un individuo no puede comprometer con anterioridad sus propios ego s futuros: “es absolutamente inadmisibles aceptar, así sea por una sola vida, una Constitución religiosa permanente que nadie pueda cuestionar en público”.

Para comprender cuál principio abstracto está en juego en estas afirmaciones, consideremos una afirmación paralela, planteada en un medio distinto. Sesenta y cinco años después de Kant, John Stuart Mill escribió que “la máxima práctica de dejar libres los contratos no es aplicable sin grandes limitaciones en caso de compromisos a perpetuidad”.⁴³ Aquí, Mill no estaba preocupado por la religión, sino por el matrimonio.

La experiencia actual, sostuvo, no da al individuo un conocimiento suficiente para adquirir un compromiso vitalicio irrevocable. La promesa de matrimonio perpetuo no sólo violenta la capacidad humana de cambiar, sino también la capacidad humana de aprender.

El precompromiso es ilegítimo cuando sofoca y hace befa de la propia capacidad de aprender o de la de generaciones ulteriores. En este punto concurrieron Locke, Kant y Mill. Sin embargo, su argumento común contra el precompromiso resulta con sorprendentes implicaciones. Con cierto esfuerzo, como veremos, se le puede convertir en un poderoso argumento en favor del compromiso previo.

TRASFONDO DE LA TESIS DE PAINE-JEFFERSON

El malestar con los límites constitucionales sobre las mayorías democráticas se remonta al menos al siglo XVIII. Elaborando conscientemente sobre las premisas lockianas, tanto Paine como Jefferson arguyeron que una generación no tenía derecho de obligar a la siguiente. Sin embargo, en otros aspectos, ambos teóricos defendieron alguna forma de precompromiso

constitucional, y lo hicieron sin dudar de la soberanía última de la mayoría. La historia como la he narrado hasta aquí resulta por tanto obviamente incompleta.

Para poner en perspectiva los argumentos de Paine y de Jefferson en el siglo XVIII, necesitamos preguntar qué escribieron los pensadores de los siglos XVI y XVII acerca de la condición de las obligaciones heredadas. Casi todos los teóricos de comienzos de la época moderna admiraron a Solon Licurgo, Numa Pompilio y además a grandes legisladores de la Antigüedad. Las más gloriosas realizaciones del mundo antiguo habrían sido imposibles si una generación hubiese sido renuente o incapaz de mediatizar a la siguiente. La pregunta no era tanto si un constitucionalista podía asegurar las condiciones de un buen gobierno al establecer unas leyes más o menos inalterables. La pregunta era cómo justificar unas obligaciones impuestas, a las que generaciones ulteriores no tendrían oportunidad de consentir.

Richard Hooker, para citar un ejemplo clásico, explicó de manera muy sencilla el poder obligatorio de las decisiones ancestrales. Al igual que una persona, escribió, también un reino retiene su identidad moral a través del tiempo:

Consentimos recibir órdenes cuando la sociedad de la cual somos parte lo había tolerado en algún momento anterior, sin revocar la misma por un similar acuerdo universal. Por lo cual, como el pasado de cualquier hombre es bueno mientras él mismo continúe, así el acto de una sociedad pública de hombres hecho 500 años antes sigue siendo como el de quienes hoy son de las mismas sociedades, porque las corporaciones son inmortales; nosotros vivimos en nuestros predecesores, y ellos en sus sucesores viven aún.

La generación actual está obligada por las decisiones de sus predecesores, porque los muertos y los vivos constituyen un pueblo, unidos por las mismas continuidades que unen a una sola persona a las edades, por ejemplo, de 20 y de 50 años. La defensa de Hooker al precompromiso constitucional, en otras palabras, fue esencialmente analógica. Como cualquier otro individuo, una nación está obligada por sus votos originales.

Las promesas crean una obligación *prima facie* de cumplirlas. Más aún, de acuerdo con Grocio, “una asociación, así como un individuo, tiene el derecho de obligarse por su propio acto o por el acto de una mayoría de sus miembros”. Las promesas crean un deber para el individuo o la colectividad que las hace, porque crean un derecho para quien las recibe. De este modo, los problemas jurídicos y morales que con el tiempo brotaron en las polémicas de Jefferson y Paine no surgieron de los casos de promesas de primera mano y de dos partes del tipo normal: no hubo nunca algo controversial acerca de un acuerdo por el cual una persona se comprometiera personalmente con otra. Sin embargo, sí surgió una perplejidad en dos casos especiales: 1) donde un individuo -o una generación- trató de sujetar a otro, y 2) donde no intervinieron en el contrato dos partes, sino sólo una; es decir, cuando un individuo trató de hacerse una promesa obligatoria a sí mismo. Ya he analizado el primer caso. Permítaseme ahora considerar el segundo.

Las “constituciones” medievales, como la Carta Magna, fueron contratos entre el rey y varios estamentos, especialmente los barones. Los que obligaban y los obligados eran partes distintas. Habiendo hecho una promesa a la nobleza, el rey no era libre de liberarse de ella. El acuerdo whig de 1688 todavía se consideró como un pacto entre el rey y el pueblo, y aún en el siglo XIX, los secesionistas estadounidenses se inclinaron a interpretar la Constitución de los Estados Unidos como un pacto entre estados soberanos. Sin embargo, en general las constituciones modernas que surgieron en los Estados Unidos y en Francia a fines del siglo XVIII no se concibieron como treguas negociadas entre clases o facciones. De hecho, tal como fueron escritas muestran un parecido notable, pero descuidado, con las proclamas por

las cuales un monarca absoluto declara su voluntad soberana. En lugar de ser presentadas como un intercambio de promesas entre partes separadas, las constituciones modernas se presentan, típicamente, como marcos que “nosotros, el pueblo”, nos damos a nosotros mismos. No obstante, en las relaciones entre un individuo Y él mismo, el poder de mediatizar entraña el poder de liberar. (Psicológicamente, para tomar un ejemplo trivial, es mucho más fácil cumplir con una cita con nuestro compañero de tenis que cumplir con una promesa hecha a nosotros mismos de ir a hacer ejercicio.) En el aspecto legal, lo que alguien se prometió a sí mismo libremente puede libremente no cumplirlo. Lo que nosotros, el pueblo, nos damos a nosotros mismos, nosotros, el pueblo, podemos quitárnoslo. Desde esta perspectiva una Constitución que a la vez es obligatoria y democrática no sólo parece paradójica, sino incoherente.

NADIE PUEDE SER OBLIGADO POR SÍ MISMO

Aquí, el principio en cuestión puede remontarse, al menos, hasta Séneca. Una promesa obligatoria requiere de dos partes, y no puede establecerse por una sola. Esta posición fue elaborada por un grupo de pensadores posteriores, incluyendo a Bodin, Hobbes, Pufendorf y, finalmente, Rousseau. Por ejemplo, según Bodin, “el príncipe soberano” no puede “ser obligado por las leyes y ordenanzas que se dio a sí mismo; pues un hombre bien puede recibir una ley de otro hombre, pero es imposible por naturaleza que se dé una ley a sí mismo”. Hobbes nacionalizó este argumento. Como nadie se siente atado por una promesa que se ha hecho a sí mismo, ningún reino puede ser obligado por su propia Constitución:

Tampoco puede nadie [...] ser obligado ante sí mismo, dado que la misma parte sería el obligador y el obligado, y teniendo el obligador el poder de librar al obligado, sería simplemente vano que un hombre se obligara a sí mismo, dado que puede liberarse a su propio capricho y dado que el que puede hacer esto ya es en realidad libre. Por lo cual es claro que la ciudad no está atada a las leyes civiles, pues las leyes civiles son las leyes de la ciudad, por las cuales, si se hubiera comprometido, se habría comprometido ante sí misma.

Bodin y Hobbes adujeron la máxima “una voluntad no puede obligarse a sí misma”, para justificar su tesis de que el rey, más o menos, *legibus solutus*. Pufendorf extendió explícitamente este argumento para incluir las democracias. A su parecer, el pueblo ocupaba la misma posición de poder constituyente libre de obstáculos que ocupaba el monarca absoluto de Hobbes. Después de plantear en forma convencional que “un hombre no puede quedar obligado por sí mismo”, Pufendorf pasó a afirmar que “nada” podía impedir que un pueblo democrático abrogue todas sus leyes fundamentales en cualquier momento.

Este argumento recibió de Rousseau su reformulación clásica. Rousseau, minucioso lector de Bodin, Hobbes y Pufendorf, arguyó que “es contradictorio que la autoridad soberana se ponga trabas a sí misma”, que “va contra la naturaleza del cuerpo político que el soberano se imponga una ley que no pueda infringir” y que “no hay en un Estado ninguna ley fundamental que no se pueda revocar, ni siquiera el pacto social”. La novedad del rechazo del precompromiso por Rousseau se encuentra en su apasionada preocupación por la transformación moral y psicológica. No se trata tanto de que una nación soberana no tenga el derecho o el poder de obligarse a sí misma, sino más bien de que la participación de primera mano en el ritual de establecer leyes fundamentales libera al hombre de la animalidad, transformándolo en un ser moral. Podríamos decir que la creación y ratificación de las constituciones en que se fundan regímenes cambian al individuo de ser “un animal stupide et borné” [un animal estúpido y limitado], a ser “un être intelligent et un homme” [un ser inteligente y un hombre]. La elección

periódica de la ley fundamental tenía una función humanamente redentora. Esto era mucho más importante para Rousseau que la necesidad de flexibilidad gubernamental, tan esencial para los pensadores de la *raison d'état*, como Bodin y Hobbes.

No obstante, Rousseau siguió fielmente a sus grandes predecesores al burlarse de la sugestión misma de que el soberano pueda tener una obligación de cumplir una promesa hecha a sí mismo. Al hacerlo, supuso explícitamente que puede concebir adecuadamente a las naciones como individuos. Pero esta suposición es discutible. Por ejemplo, no es obvio que el pueblo pueda tener algo, como una “voluntad” coherente, anterior y aparte de todos los procesos constitucionales.

POR QUÉ UNA GENERACIÓN SI PUEDE OBLIGAR A LA SIGUIENTE

Los problemas que obsesionaron a Paine, Jefferson y otros radicales del siglo XVIII no pasaron inadvertidos a anteriores teóricos europeos. Los escritores de antaño se preocuparon especialmente por definir si un rey recién coronado tenía la obligación de pagar las deudas de su predecesor en el trono. Hasta un monarca cauteloso puede verse a veces obligado a incurrir en deudas mayores de las que pueda pagar durante su propio y breve reinado. Así, había apremiantes razones prácticas para argüir que sus sucesores, en realidad, se veían obligados a pagar las deudas de sus predecesores.

En general, la promesa de un individuo o de una generación no puede obligar a otros. Pero esta regla tiene una excepción crucial: “el acto de una generación sólo puede obligar a otra cuando algún hombre [por ejemplo, un acreedor] ha adquirido de él un derecho”. Más explícita, mente, si alguien hereda la propiedad de otros (por ejemplo, su trono), también heredará sus deudas. “Por estricta ley de la naturaleza, nadie está obligado por el acto de otro, excepto el que hereda su propiedad; pues el principio de que la propiedad se debe transferir con todas sus obligaciones data del establecimiento de los derechos de propietario.” En otras palabras, contra la tradición de *legibus solutus*, los teóricos del derecho natural del siglo XVII arguyeron que los reyes estaban obligados por las promesas y contratos de sus predecesores porque voluntaria, mente aceptaban el reino del que eran inseparables esas promesas.

Una versión apenas disimulada de este argumento llegó a desempeñar un papel fundamental en los *Two Treatises of Government*. Paine y Jefferson se apoyaron marcadamente en la idea de Locke, de que un padre no puede obstruir a sus hijos. Pero, como lo observó Hume, este principio no era totalmente congruente con la creencia en un pacto original. Locke circunnavegó el problema invocando el concepto de consentimiento tácito. Sólo los legítimos firmantes del pacto habían consentido expresamente en el contrato social. Para explicar por qué los que llegaron después estaban obligados, a pesar de todo, a obedecer a las autoridades políticas, Locke siguió a Grocio. Cada vez que acepta un legado alguien que no ha firmado el contrato original, consiente implícitamente con las condiciones políticas que hacen posible el goce de esa propiedad.

Según Sheldon Wolin, Locke empleó “la institución de la herencia de propiedad para socavar el concepto predilecto del radicalismo, de que cada generación era libre de reconstruir la sociedad política”. Ahora bien, el argumento de Locke también podría servir aquí como poderoso testimonio de su propio radicalismo: si sólo los legados justifican la obediencia de generaciones sucesoras, la propiedad heredable debe ser vastamente difundida lo antes posible. Comoquiera que sea, las premisas lockianas obviamente no imponen la visión intransigente de Jefferson y de Paine. También Madison fue lockiano, como ahora veremos.

POR QUÉ UNA VOLUNTAD SI PUEDE REFRENARSE A SÍ MISMA

En cierto sentido, la prohibición de que una generación obligue a la siguiente es más fácil de superar que la supuesta imposibilidad de que un individuo (o una nación) se haga una promesa de mediatizarse a sí mismo (o a sí misma). En teología, se hizo una notable contribución para resolver este problema. La capacidad de Dios para refrenarse a sí mismo, arguyeron persistentemente varios pensadores de la baja Edad Media, es una expresión aterradora de su poder y de su libertad. Resumiendo a Occam y a otros, escribe Francis Oakley: “Después de todo, la única fuerza capaz de mediatizar a la omnipotencia sin por ello negarla es la propia voluntad omnipotente”. Hooker se hace eco de esta tradición anterior cuando argumenta que los compromisos de Dios consigo mismo son inmutables: “Tampoco el libre albedrío de Dios en nada puede ser reducido, abandonado u obstaculizado por este medio, porque la imposición de su propia ley sobre sí mismo es su propio acto libre y voluntario”. Es absurdo y hasta blasfemo decir que Dios no puede hacerse una promesa obligatoria a sí mismo, pues esto sería poner un límite a la libertad y al poder de Dios.

La versión política más importante de este argumento teológico aparece en los Six livres de la république. Como hemos visto, Bodin afirma explícitamente que ningún soberano puede verse obligado por promesas hechas a sí mismo. Empero, su posición básica es mucho más flexible de lo que podría desprenderse de esta rígida estipulación. En el meollo mismo de su gran tratado se encuentra una lista de restricciones que cada soberano puede -en realidad debe- imponerse a sí mismo. Resulta notable la analogía con la autoobligación de Dios: estas restricciones no son límites sino, antes bien, expresiones de la libertad y de poder reales. La autoatadura es ilícita cuando incluye una disminución de la autoridad del rey; en cambio, es permisible y hasta obligatoria cuando sostiene y aumenta el poder soberano. Si el rey sólo puede retener y extender la autoridad atándose las propias manos, entonces deberá atárselas. De hecho, en muchas circunstancias la abdicación del poder no es una infracción de la voluntad del príncipe, sino más bien una técnica indirecta por la cual puede afirmar su voluntad.

Al aceptar limitaciones a su propio capricho, un príncipe puede aumentar su capacidad de alcanzar sus fines. La idea de que la autoatadura pueda ser una estrategia de libertad explica por qué Bodin -el defensor de la monarquía absoluta- arguye, no obstante, que la comunidad “debe ser gobernada por leyes y no por la voluntad y el capricho del príncipe”. Después de todo, el día de un soberano sólo tiene 24 horas. Las leyes generales consumen mucho menos tiempo, es decir, dan mayores rendimientos por unidad de esfuerzo que las proclamas y decretos particulares. Y de manera semejante, el rey debe comprometerse a sí mismo con anterioridad a acuñar un valor fijo. Al hacerlo puede aumentar su dominio de la economía y resistir presiones faccionales para devaluar y cultivar la confianza de sus acreedores. Ya sea que el soberano esté obligado legalmente o no a consultar a los estamentos antes de fijar un impuesto, podrá aumentar considerablemente sus ingresos concediendo a tales asambleas un rol en el proceso de extracción de recursos. En forma análoga, para asegurar obediencia a su propia ley, el soberano deberá limitar su propia autoridad sobre los parlamentos y otros funcionarios del reino. En suma, Bodin supera su propia prohibición al obligarse a sí mismo y al afirmar que el compromiso previo es un vehículo de la libertad real, estrategia por la cual un soberano puede afirmar más eficazmente su voluntad.

MADISON DEFIENDE EL COMPROMISO PREVIO

Al criticar el ataque de Jefferson al precompromiso constitucional, James Madison pudo resucitar estos argumentos anteriores. Las dos prohibiciones (la de que una generación

comprometiera a la siguiente y la de que una voluntad se autolimitara) ya habían sido refutadas en el pasado, con considerable éxito. Aunque la promesa de un hombre no podía comprometer a otro en forma directa, sí podía hacerlo indirectamente por medio de una propiedad legada junto con las obligaciones concomitantes. En abstracto, una voluntad no puede atarse a sí misma, pero en la práctica la autoatadura es instrumento indispensable de la agencia humana.

Como respuesta a Jefferson, Madison negó esencialmente que una Constitución fuese un peso muerto o una obstrucción. Los nexos no necesariamente forman una atadura; las limitaciones pueden promover la libertad. La Constitución estadounidense era un instrumento de gobierno, no un obstáculo para el gobierno; no incapacitaba, sino capacitaba. Sus creadores se habían sentido impulsados a la acción al ver que el país sufría por falta de gobierno y de atención a los intereses comunes. Al establecer un gobierno firme y enérgico, la Constitución que impusieron remediaría estas fallas. No sólo limitaría el poder; también crearía y asignaría poderes y, desde luego, impondría una preocupación gubernamental por el bienestar general.

En Inglaterra, por esa misma época, Burke estaba describiendo la sociedad como “una asociación [...] entre quienes viven, quienes están muertos y quienes aún van a nacer”. Pero su argumento resultó curiosamente medieval, pues apelaba a la unidad orgánica del cosmos. La idea de Madison –en apariencia, similar– de una división intergeneracional del trabajo fue mucho más secular y pragmática. Si podemos dar por sentados ciertos procedimientos e instituciones establecidos en el pasado, podremos alcanzar nuestros actuales objetivos mejor de lo que podríamos lograrlo si estuviésemos siendo constantemente distraídos por la necesidad recurrente de establecer un marco básico para la vida política. Una Constitución heredada puede ayudar a posibilitar la democracia, así como a estabilizarla. No es tan sólo ni esencialmente un obstáculo contra el gobierno autoritario. Dado que resulta relativamente difícil cambiarla, una Constitución puede liberar, es decir, emancipar a la generación actual. Por ello no es plausible caracterizarla como fuerza opresora, como intento autocrático del pasado para encadenar al futuro. El compromiso previo se justifica porque no esclaviza, sino que, por lo contrario, libera a las generaciones futuras.

En *El Federalista*, núm. 49, publicado tres años antes de que Madison formulara su respuesta a Jefferson, Madison ya había criticado el procedimiento de enmienda de la puerta giratoria, propuesto en el borrador de una Constitución para Virginia y hecho por su amigo en 1783.

Las objeciones de Madison al programa de Jefferson eran básicamente psicológicas. Convino en que “el pueblo constituye la única fuente legítima del poder” y en que se debe “trazar y mantener abierto un camino constitucional para que la decisión del pueblo se exprese en ciertas grandes y extraordinarias ocasiones”. Pero la frecuente convocatoria a convenciones constitucionales crearía periódicamente un vacío legal, en que no sería probable que se tomaran decisiones racionales basadas en “los verdaderos méritos de la cuestión”. En esta condición extraconstitucional, legalmente anómala, “sería no la razón, sino las pasiones públicas quienes juzgarían”.

Madison advirtió que las experiencias absolutamente positivas de su propia generación con las convenciones constitucionales no eran típicas. En los Estados Unidos, acto seguido a la revolución, el entusiasmo patriótico y el resentimiento universal contra Gran Bretaña habían creado condiciones psicológicas favorables a la confianza y a la cooperación al margen del marco de una Constitución escrita. Mas no era probable que tales condiciones perduraran. En circunstancias más ordinarias, no sería a fuerza democrático rebasar despreocupadamente el marco constitucional y pretender pedir al “pueblo” revisar las reglas fundamentales. Madison, escéptico ante la teatralidad republicana y desconfiado de toda coerción informal (es decir, del desproporcionado poder de élites autoelegidas, de hombres agresivos, extrovertidos y

socialmente seguros de sí mismos) en los sistemas de la llamada democracia directa, deseó limitar los llamados plebiscitarios, dado que amenazaban con nulificar los previos compromisos constitucionales estabilizadores de la democracia; los plebiscitos periódicos hacían el juego a las fuerzas antirrepublicanas. Madison se opuso por esta sola razón al excesivamente moderado plan de enmienda de Jefferson.

En su brillante carta de febrero de 1790, Madison siguió su misma línea de ataque. A la aserción de Jefferson de que “una generación viva solo puede atarse a sí misma”, escribió Madison: “No es en todos los aspectos compatible con el curso de los asuntos humanos”. El llamado a plebiscitos centenarios pasaba por alto ciertos rasgos básicos de la política republicana. “El que en teoría fuera muy aplicable la doctrina a una Constitución, en la práctica parece expuesta a varias graves objeciones.”

La principal crítica de Madison se basó en su preocupación, que Jefferson no compartía, por las condiciones psicológicas que probablemente prevalecerían entre la derogación de una Constitución y la ratificación de otra. El plan de Jefferson, de una asamblea constituyente cada 20 años, haría que el gobierno “se viera demasiado sujeto a la casualidad y a las consecuencias de un interregno”. La inevitable inestabilidad reduciría sin duda la importancia del consentimiento popular, mientras intensificaría notablemente el papel del azar y de una mañosa demagogia. Unas asambleas constituyentes que se reunieran con frecuencia no serían, como había imaginado Jefferson, ventanas transparentes para contemplar los deseos de la mayoría. De hecho, la esperanzada o temerosa previsión de esas periódicas refundaciones ejercería una fuerza encontrada en la escena política, creando intereses que de otra manera no existirían: “una revisión periódica engendraría unas facciones perniciosas, que de otra manera no hubieran cobrado existencia”. Por contraste, si las reglas fundamentales se situaran lejos del, fácil alcance, las partes agraviadas se sentirían obligadas a administrar sus recursos. Los ciudadanos se beneficiarían de tener las manos atadas a este respecto: al evitar una ruinosa lucha por reglas abstractas, podrían alcanzar más metas concretas que si se entablara y se ganara una campaña enconada por las enmiendas.

De acuerdo con Jefferson, “algunos ven las constituciones con una gazmoña reverencia, y juzgan que es, como el arca de la alianza, demasiado sagrada para poder tocarla”. Madison no fue uno de ellos. No quiso marginar las reglas básicas de toda crítica y reforma; no abogó por una Constitución inalterable. Quiso simplemente que el proceso de enmienda fuese complejo y dilatado, requiriendo no una mayoría sencilla sino, más bien, una secuencia de mayorías extraordinarias en varios organismos a lo largo de todo un periodo. En otras palabras, no buscó una permanencia absoluta sino sólo una permanencia relativa. Consideraba que la rigidez del poder de enmienda desalentaría todo frívolo intento por revisar la Constitución cada vez que hubiese un estancamiento político. La ineficacia de la enmienda constitucional como estrategia política ordinaria alentaría los procesos democráticos de negociación y de conocimiento mutuos. Los tiempos obligatorios elevarían también la calidad de las enmiendas logradas, porque los procedimientos engorrosos dan tiempo de pensar a las partes. En última instancia, el plan de Jefferson no era realista, porque pasaba por alto la psicología exasperante de los interregnos y el modo en que las periódicas oportunidades de rescindir toda la Constitución (de)formarían las preferencias y despilfarrarían unos recursos escasos.

Madison también consideró la cuestión de la deuda pública y específicamente la afirmación de Jefferson de que una generación nunca tiene el derecho de obligar a sus sucesoras a pagar deudas en que se incurrió antes. Una vez más, la objeción de Madison era práctica y tenía, como cautelosamente sugirió, “cierto fundamento en la naturaleza de las cosas”. Siguiendo a los teóricos del derecho natural del siglo XVII, escribió que las obligaciones financieras pueden

transmitirse por herencia de una generación a otra, porque ciertos esenciales propósitos nacionales sólo se pueden lograr sobre la base de una intertemporal división del trabajo:

Se puede incurrir en deudas con vista directa al interés de los aún no nacidos, así como de los vivos. Tales son las deudas en que se incurre para rechazar una conquista, cuyos males se transmitirían a través de muchas generaciones. Principalmente se puede incurrir en deudas para beneficio de la posteridad: tal es, acaso, la deuda [la guerra revolucionaria] en que incurrieron los Estados Unidos. En estos ejemplos, las deudas pueden no ser saldadas sino en el término de 19 años.

Si los beneficios son distribuidos entre muchas generaciones, las caro gas deben asignarse de la misma manera. Semejante disposición corre onde a la equidad y otorga recompensas a todas las partes de una alianza intergeneracional. Ciertamente, rara vez se pregunta a las generaciones futuras si desean aceptar un beneficio (por ejemplo, la derrota de Hitler) a cambio de asumir una deuda. Pero si todos los contratos civilizados requirieran la copresencia, entonces cada generación se veda reducida a una nación separada; es decir, se vería calamitosamente privada de las ventajas resultantes de la cooperación a través del tiempo y en que los asociados, en principio, no pueden enfrentarse unos con otros. Tan sólo consideraciones prácticas sugieren que, en tales casos, debemos pasar por encima del principio formal de que no es posible incurrir en obligaciones sin un consentimiento expreso.

Madison consideró a continuación la ley de propiedad. Los derechos de propiedad no son naturales, sino “positivos”; es decir, convencionales y revocables. Sin embargo, aun en el caso de semejante ley menor, las asambleas periódicas para su derogación o su reafirmación tendrían efectos deletéreos. Según el plan de Jefferson, a intervalos de 20 años “todos los derechos dependientes de las leyes positivas [...] se vuelven absolutamente cadáveres” para ser reaplicados o no, según lo considere apropiado la asamblea constituyente. Una vez más, semejante disposición no sólo registraría el cambio de preferencias a lo largo del tiempo. Una asamblea constituyente es como un termómetro que altera drásticamente la temperatura del salón. En el caso de la ley de propiedad, la anticipación de tales asambleas provocaría “las luchas más violentas [...] entre las partes interesadas en revivir y los interesados en reformar el estado anterior de la propiedad”. Ciertamente que los intereses en conflicto con respecto a la ley de propiedad existen con o sin asambleas constituyentes periódicas. Pero lo inevitable del conflicto latente no implica que un brote cíclico de luchas violentas vaya necesariamente a resultar a largo plazo, digamos, para los deudores. Una incertidumbre general desalentaría todo esfuerzo útil de constante laboriosidad acosado por la sanción de las leyes existentes” y, lo más importante de todo, daría una ventaja inmerecida y nada democrática a quienes fuesen lo bastante sagaces e inescrupulosos para explotar el caos social con objeto de obtener ventajas políticas.

Jefferson estaba insatisfecho con la oportunidad formal de rechazar leyes y de enmendar el orden constitucional, porque rechazaba la idea de , que un consentimiento tácito fuera capaz de legitimar reglas y decisiones. De acuerdo con la doctrina tradicional, el consentimiento se puede inferir “de la omisión de una revocación expresa”; por ejemplo, de la no invocación del derecho de rebelión. En forma modificada, Madison adoptó esta idea. Resignación no era señal de consentimiento. Pero cuando los ciudadanos no invocan su derecho de enmienda y de derogación, aunque pudieran hacerlo fácilmente y sin temor a un castigo, j están aceptando implícitamente el marco legal. No es necesario planificar unos momentos mágicos en que se pueda proclamar en voz alta un (consentimiento expreso, mientras se garantice la oportunidad ininterrumpida de protestar y de ejercer presión para lograr una revocación.

Los problemas que afectaban la propuesta de Jefferson eran múltiples y obvios. Sólo la doctrina del consentimiento tácito podría dar “alivio a tales embarazos”. Madison reconoció

que, en el pasado, la doctrina del consentimiento tácito había tenido un efecto “pestilente”. Pero j también creyó que sus nocivos efectos laterales podrían neutralizarse] con mayor facilidad por medio de una Constitución hábilmente formulada, que a través de “los males” que necesariamente derivarían del plan de Jefferson en cuanto a unas asambleas constituyentes periódicas.

Madison terminó arguyendo que el consentimiento, implícito o tácito, es fundamental para “el fundamento mismo de la sociedad civil”. El propio mayoritarismo, tan esencial para el plan de Jefferson, depende de la suposición de que las personas nacidas en una sociedad consienten tácitamente con “la regla por la cual la mayoría decide por la totalidad”. Exigir el consentimiento expreso a cada generación del marco constitucional (o a cada individuo del gobierno mayoritario) introduciría un elemento de histeria nerviosa en el seno mismo de la política democrática, debilitando su capacidad de resolver conflictos, así como la de conjuntar diversos intereses sin violencia. Exigir un consentimiento expreso y constantemente reiterado disminuiría la influencia de los ciudadanos sobre la dirección de la política pública y, con ello, sobre sus propias vidas.

Jefferson había asociado su idea del gobierno de los vivos con una imagen no realista de unas generaciones actuales discretas: “permítasenos suponer toda una generación de hombres que nacieran el mismo día, que llegaran a la madurez el mismo día y que murieran el mismo día, dejando a la siguiente generación en el momento de alcanzar toda ella su edad madura”. Por desgracia, esta fantasía acerca de ciudadanos que nacen y mueren en cohortes generacionales como en un desfile transmite un mensaje opuesto al que se había propuesto Jefferson. Hume (descrito afectuosamente por Jefferson como “traidor a sus congéneres”) era a su vez muy escéptico acerca del concepto del consentimiento tácito. Pero sacó una conclusión diferenciadamente no jeffersoniana de su observación de que una generación humana no “aparecía en escena toda ella al mismo tiempo y otra la sucedía, como ocurre con los gusanos de seda y con las mariposas”. Precisamente porque las generaciones se superponen, los vivos no tienen el derecho de rechazar a intervalos fijos los legados del pasado. Cerrar las puertas a los compromisos de nuestros predecesores es algo impráctico, porque los miembros de cada nueva generación deben coexistir con los sobrevivientes de la antigua. Madison, menos temeroso que Hume a las innovaciones, también se angustiaba al pensar en unos métodos que registraran el consentimiento público y que fueran compatibles con los itinerarios no sincronizados de las vidas humanas.

FUNDADORES Y CIUDADANOS

En contraste con el anhelo de Rousseau por una experiencia moral y psicológicamente transformativa, la fórmula de Paine-Jefferson tiene mucho que decir en su favor. La generación actual vive en el mundo. Si no son sus propios miembros, ¿quién más debiera ser responsable del funcionamiento del gobierno? Hay que mantener bajo control el culto a los antepasados.

A pesar de todo, como lo sugirió Madison, la idea del gobierno de los vivos no está tan libre de problemas como a primera vista pudiera creerse. Por una parte, el repudio del pasado es una espada de dos filos. Las decisiones actuales, tomadas teniendo en mente al futuro, pronto pertenecerán al pasado. Si podemos establecer que generaciones subsiguientes tratarán con soberano desprecio nuestras elecciones hechas pensando en el futuro, ¿por qué habríamos de pensar más en el futuro que en el pasado? Deseamos actuar de manera responsable hacia las generaciones sucesivas mientras tendemos a rechazar el concepto de que las generaciones anteriores son responsables por nosotros. Pero, ¿es en realidad congruente adoptar esta actitud? Añadiendo la sugerencia de que quienes hoy viven anhelan controlar el futuro, Jon

Elster formula esta misma paradoja de la democracia de la manera siguiente: “Cada generación desea ser libre para obligar a sus sucesoras, sin estar obligada por sus predecesoras”.

Jefferson y Paine nunca se enfrentaron firmemente a este problema, imbuidos de la ideología del progreso limitado; acaso supusieron que el futuro podría cuidar de sí mismo. Convencidos de que los auténticos problemas de la política eran mínimos e iban decreciendo, tampoco percibieron muy claramente las ventajas que podían lograrse mediante una división intergeneracional del trabajo. Considerando el pasado como un lastre, no comprendieron que los predecesores pueden liberar de cargos a sus sucesores. Tampoco se sintieron significativamente impresionados por la importancia de organizar la futura vida democrática. Ni reconocieron la necesidad que tiene cada generación de ordenar y sistematizar la agenda para resolver los problemas actuales, dando por sentadas ciertas decisiones del pasado que concedían poder, definían procedimientos y especificaban jurisdicciones. En suma, ninguno de ellos logró concebir la Constitución de manera positiva, como instrumento indispensable de gobierno. Sólo unos teóricos menos intoxicados por la doctrina del progreso cobraron conciencia de la paradoja de Elster y (lo que es más importante) de que paradójicamente la soberanía del presente depende de los previos compromisos del pasado. Por regla general, los individuos tienden a perder poder y libertad cada vez que por sí solos intentan resolver todos sus problemas. Al aceptar una Constitución prestablecida, un pueblo se ata sus propias manos, pero también se libera de cargas considerables.

Las decisiones actuales ponen en movimiento procesos irreversibles que, a su vez, necesariamente encasillan a las generaciones futuras. Esto es verdad, ya sea que encarnemos nuestras decisiones en cartas “irrevocables” o no. Debemos adaptarnos a este hecho de continuidad histórica, aun si viola la curiosa creencia de Paine y de Jefferson de que cada generación tiene un derecho inviolable de partir de la nada, *ex nihilo*, sin herencias del pasado. El propio Jefferson ayudó a reducir las opciones de generaciones futuras al convenir en privar de una parte de su soberanía a estados como Virginia. Esta decisión abrió algunas puertas, pero cerró otras. Además, su repercusión no fue desdeñable: entre otras cosas, condujo a una guerra civil, entablada explícitamente por la perpetuidad legal de la Unión.

En sus observaciones sobre el precompromiso constitucional, Elster también sugiere que existe una semejanza radical entre la acción política de los creadores de la Constitución y la acción política de ulteriores generaciones: “Sólo la asamblea constituyente es un actor político, en el sentido estricto de la *politique politisante*; todas las generaciones ulteriores quedan limitadas a la *politique politisée* o a la aplicación cotidiana [es decir, aplicación o implementación] de las reglas básicas”. Desde luego, Elster no afirma que su contraste analítico sea adecuado a las realidades de la historia. Un creador de constituciones jamás puede ser un atador no atado, así como un soberano no puede ser un mandatario sin mandato. Los creadores de mitos que aspiran a legitimar una Constitución escrita pueden invocar la analogía del acto creador de Dios estableciendo una relación trascendental con actos que ocurren en el mundo creado. Pero sería torpe presentar viejos mitos como nuevas teorías. Para influir sobre una situación, alguien que ejerza el poder deberá adaptarse a las pautas preexistentes de fuerza y a la distribución desigual de posibilidades para el cambio. El que ejerce influencia también debe ser influido: tal es un axioma central de toda e teoría realista del poder. La capacidad de innovar y la necesidad de adaptar nunca están tan marcadamente separadas como lo sugiere la distinción de Elster. Los creadores de la Constitución estadounidense, por ejemplo, estaban servilmente en deuda con las teorías políticas de Harrington, Locke, Trenchard y Gordon, de Hume, Montesquieu y Voltaire, así como de las experiencias obtenidas a través de la Comunidad Británica del siglo XVII y de las constituciones preexistentes y a prelegitimadas de los estados individuales. Además, se enfrentaban a realidades intratables (en especial, la esclavitud en el Sur) y sólo

ejercieron la *politique politisante* porque al mismo tiempo pudieron practicar el arte del compromiso con realidades desagradables, por ejemplo, porque estaban comprometidos en la *politique politisée*.

Los individuos que fijan las limitaciones laterales ejercen mayor influencia que quienes toman decisiones particulares. Dado que una le asamblea constituyente asigna la autoridad y establece los procedimientos de toma de decisiones, en cierto sentido se le puede considerar ir “privilegiada” con respecto a las generaciones sucesivas. Pero, en términos generales, no queda muy claro quién ejerce más poder en esta relación. Elster expresa graves dudas acerca del concepto de un “ego” nacional continuo (como el que supuso Hooker), que ejerza un dominio sobre sí mismo por medio de un marco constitucional. Pero la idea de que los creadores de constituciones ejercen poder sobre sus descendientes no es menos controversial. Es difícil aplicar el concepto de poder en una situación en que, pese a tener tiempo de fallecidos, quienes ejercen el poder, no pueden beneficiarse del hecho de modificar la conducta de su posteridad.

Los constitucionalistas, de cualquier modo, no son ángeles omnipotentes que intervienen desde fuera de la corriente de la historia. De manera similar, una generación ulterior, trabajando en un marco establecido por la ley y la costumbre, no debiera ser comparada con el perro de Pávlov. Si bien la Constitución ciertamente ha trazado el curso de la historia estadounidense, el abandono cultural y la crisis política han devuelto el favor, reformando la Constitución de manera imprevista. Aun cuando (y, en algunos casos, precisamente porque) están precomprometidos por el pasado, los descendientes poseen amplio espacio para la maniobra, innovación y reforma. La posibilidad de una interpretación liberal -es decir, imaginativa- de la Constitución, aún mayor que el artículo v, reconcilia la lealtad al pasado con la sensibilidad al presente. Para satisfacer intereses rivales y obtener el apoyo mayoritario, los participantes en la convención federal incorporaron cláusulas conflictivas y ambiguas en la Constitución, delegando así esenciales poderes discrecionales a sus descendientes. No tuvieron la menor intención de sacrificar la posteridad a su propia y limitada previsión.

El proceso de crear una Constitución o la *politique politisante* continúa mucho después de disuelta la asamblea constituyente. De hecho, nunca cesa- Muchos de los rasgos básicos de la Constitución de los Estados Unidos (por ejemplo, la fuerza de la Unión, las amplias responsabilidades legislativas del presidente y en especial la revisión judicial) fueron innovaciones introducidas sin tener que invocar el procedimiento de enmienda formal. La Constitución guarda silencio acerca de los partidos políticos, pero el ulterior desarrollo de éstos ha pesado decisivamente sobre la influencia de la Constitución. Además, términos fundamentales como “cruel e insólito” tienden a alterar su significado de generación en generación. En una perspectiva comparativa, los poderes “autorales” de generaciones posteriores probablemente sean mayores que los de los primeros constituyentes. Podría argüirse que sus sucesores no son tan inermes prisioneros del momento como lo fueron los fundadores. Ya no son víctimas de la urgente necesidad de poner fin al caos de una nación sin soberano; necesidad que acaso hiciera que los padres fundadores se mostraran un tanto tímidos y conservadores ante el cambio. Liberados de la enorme tarea de dar inicio y de legitimar un nuevo régimen en periodo de dificultades, sus sucesores pueden dedicarse por completo a alcanzar objetivos políticos particulares.

REGLAS INCAPACITADORAS Y CAPACITADORAS

Paine y Jefferson se sintieron complacidos de que ninguna generación tuviese la capacidad de atar irreversiblemente a sus sucesoras: el hecho consagraba el derecho. Después de presenciar los “suicidios” de varios regímenes democráticos, no podemos sentir esa misma complacencia.

La dificultad de atar al futuro no siempre es causa de celebración. Nuestra incapacidad de precomprometer a nuestros sucesores de una manera semiautocrática puede conducir a la destrucción de la democracia. Ciertamente, el colapso de la República de Weimar se debió, en última instancia, a la deslealtad de sus élites, no al artículo ni a defectos de su Constitución. Sin embargo, la catástrofe de 1933 sugiere, una vez más, que el precompromiso constitucional y la política democrática acaso no sean tan antagónicos como a veces lo creyeron Jefferson y Paine. Aquí hay una paradoja, no una contradicción. Los teóricos que reconocieron la paradoja, como Madison, también la abrazaron.

Una generación anterior no puede impedir que una generación ulterior diga: “¡No queremos más libertad!” Pero esta incapacidad no implica que los predecesores no tengan derecho o razón para formar unas instituciones pensando en dificultar semejantes decisiones. Cuando intentan atar el futuro, los constitucionalistas no sólo están tratando de ejercer dominación y control. El precompromiso se justifica porque, en lugar de simplemente quitar opciones, pone a su disposición ciertas posibilidades que de otra manera quedarían fuera de todo alcance. Por ejemplo, la fórmula de Paine-Jefferson sólo es convincente si limitamos nuestra vista al corto plazo, a las relaciones entre dos generaciones. Pero una perspectiva más amplia modifica la ecuación. Por medio de una Constitución, la generación a puede ayudar a la generación c a protegerse de ser vendida en esclavitud por la generación b. Para salvaguardar las posibilidades de los sucesores más distantes, los constitucionalistas restringen las posibilidades de sus sucesores más próximos. Los primeros constitucionalistas se esforzaron por crear no sólo un gobierno popular, sino un gobierno popular que (en contraste con las repúblicas griegas) pudiera perdurar. Tuvieron del derecho de atarnos mínimamente para impedir que nosotros atáramos máximamente a nuestros sucesores. Reconociendo, a su vez, los derechos de su posteridad, una generación actual puede limitar voluntariamente su propio poder sobre el futuro sometiéndose a la autoridad del pasado. En otras palabras, los precompromisos madisonianos son, en principio, a la vez democráticos y mayoritarios. Desde luego, para conceder poder a todas las mayorías futuras una Constitución debe limitar el poder de cualquier mayoría dada. De hecho, las constituciones liberales consisten, en gran parte, en metalimitaciones: reglas que obligan a cada mayoría a exponer a la crítica y a una posible revisión sus decisiones; reglas que limitan la capacidad de cada generación de robar opciones significativas a sus sucesoras.

Paine y Jefferson se estremecieron ante la sola idea de atar el futuro, porque no pudieron concebir el “atar” en forma positiva, emancipadora o favorable a la libertad. Su lado flaco se debió, en parte, a su fe en el proceso. Pero también resultó de su concepción excesivamente conservadora de cómo funcionan las constituciones. Las metáforas de frenar, bloquear, limitar y restringir sugieren que las constituciones son, básicamente, recursos negativos que se utilizan para impedir el abuso del poder. Pero las reglas también son creadoras. Organizan nuevas prácticas y generan nuevas posibilidades, que de otra manera no existirían.

Puede resultar útil comparar las constituciones con las reglas de un juego o hasta con las de la gramática. Mientras las reglas regulativas (por ejemplo, “se prohíbe fumar”) gobiernan las actividades preexistentes, las reglas constitutivas (por ejemplo, “el alfil se mueve en diagonal”) hacen posible una práctica por vez primera. Las reglas de esta última índole no se deben concebir simplemente como obstáculos o cadenas. Por ejemplo, los principios gramaticales no sólo limitan al que habla, reprimiendo sus impulsos rebeldes, sino que permiten que los impulsos ordenados se filo tren. Lejos de simplemente encadenar a la gente, las reglas lingüísticas, permiten hacer muchas cosas que de otra manera no habría podido hacer, y que ni siquiera habría podido pensar en hacer. En otras palabras, no se debe contrastar la flexibilidad con la rigidez a la manera convencional, por la sencilla razón de que las rigideces pueden crear

flexibilidades. Como lo he estado arguyendo, una Constitución democrática no sólo maniatada a mayorías y funcionarios, también asigna facultades (da estructura al gobierno, garantiza la participación popular, etc.) y regula en que se emplean estas facultades (por ejemplo, de acuerdo con principios como el proceso legal correspondiente y el trato equitativo). En general, las reglas constitucionales son capacitadoras y no incapacitadoras, y por ello resulta insatisfactorio identificar exclusiva el constitucionalismo con limitaciones al poder.

O tal vez debiéramos volver a considerar nuestro concepto de limitaciones. Las limitaciones no necesariamente debilitan, también pueden robustecer. Por una parte, “mal merece el nombre de confinamiento aquello que sólo nos aparta de pantanos y precipicios”. Más aún, las constituciones pueden ser restrictivas de una manera que engendre posibilidades. Al atarse al palo mayor, Ulises pudo gozar de un hecho (el canto, sin el naufragio) que de otra manera no habría podido experimentar. Sin embargo, su estrategia de autoincapacitación preventiva no es precisamente análoga a la formación y ratificación de una Constitución. Por ejemplo, si en los Estados Unidos los que estructuraron la Constitución no hubiesen “atado” a sus sucesores, no habría habido nación. Por ello, a los estructuradores también se les llama los fundadores. Ulises se ató a sí mismo, pero no se encontró a sí mismo. Las constituciones no sólo limitan el poder, también pueden crear y organizar el poder, así como dar al poder cierta dirección. Y lo más importante de todo, el gobierno limitado puede servir al autogobierno, ayudando a crear ese “ego” (o unidad nacional) que se encarga de gobernar. El hecho de que el constitucionalismo pueda contribuir a la formación de naciones es poderosa prueba de que tiene una función positiva, no sólo una negativa.

FUNCIONES CAPACITADORAS DE LA SEPARACIÓN DE PODERES

Uno de los principales pilares del constitucionalismo, la separación de poderes, suele describirse de rutina, en términos puramente, como una máquina para impedir usurpaciones. La autoridad se ha dividido para evitar excesivas concentraciones del poder. Una rama del gobierno puede “frenar” a otra, inhibiendo el despotismo y revelando la corrupción. Pero también aquí, las connotaciones negativas de la atadura constitucional oscurecen los propósitos positivos del diseño institucional.

Como correctivo a la idea convencional, resultará útil concebir la separación de poderes como una forma de la división del trabajo, que permita una distribución y una organización más eficientes de las funciones gubernamentales. La especialización mejora el desempeño cada quien. Según Adam Smith, de hecho, “la separación del Poder Judicial del Ejecutivo parece haber surgido originalmente del aumento de asuntos de la sociedad, en consecuencia del incremento en su mejoramiento”. Al principio, los reyes establecieron agencias judiciales semiautónomas como respuesta a la sobrecarga gubernamental. Originalmente, al menos, no se estableció una judicatura independiente con el fin de limitar el poder, sino, por lo contrario, para aumentar la capacidad del gobierno en el desempeño de sus labores.

Como otras providencias constitucionales, la separación de poderes sigue facilitando la labor del gobierno: separa jurisdicciones traslapantes, define las que eran confusas cadenas de mando y ayuda a superar una paralizante confusión de funciones. Como versión política de la división del trabajo, es creadora, porque la especialización aumenta la sensibilidad ante la diversidad de problemas sociales. La evolución de tres distintas (aunque cooperadoras) ramas del gobierno debiera probablemente concebirse por analogía con el desarrollo del moderno sistema de gabinete. Gradualmente fueron desarrollándose nuevas instituciones y cargos para enfrentarse a un creciente volumen de los diversos problemas sociales. Más aún, cada rama recluta su personal de manera distinta, aumentando así la variedad de intereses y perspectivas sociales que se reflejan en la toma de decisiones del gobierno.

Las primeras justificaciones de la separación de poderes subrayan su función de incrementar el poder. Bodin arguyó explícitamente que una judicatura independiente aumentaría la capacidad para gobernar del rey. Hay que castigar a los malhechores, pero si el rey aplica personalmente los castigos, creará resentimientos que a su vez debilitarán su autoridad. Por ello, un soberano sabio se reservará la distribución de recompensas, en tanto que delegará en magistrados independientes la labor de emitir condenaciones e imponer multas: “Al hacer lo cual, quienes reciban los beneficios tendrán buena causa para amar, respetar y reverenciar a su benefactor, el príncipe; y quienes sean condenados, no tendrán ocasión ninguna de aborrecerlo, sino que descargarán su cólera contra los magistrados y los jueces”. La separación de poderes, de acuerdo con este análisis, ejerce importantes funciones, como la de desviar resentimientos y evitar responsabilidades. Montesquieu adoptó y refinó este argumento: un rey que decline el poder de castigar delitos aumentará en realidad su poder general, porque esta disposición impedirá que las partes interesadas apliquen una presión extorsionante sobre la Corona.

Con la separación de poderes se aumenta el poder, pero también se lo sostiene la democracia. La máxima “divide y vencerás” fue empleada tradicionalmente por los amos de la humanidad para mantener el yugo sobre sus súbditos. Los constitucionalistas democráticos usurparon este antiguo principio y lo emplearon en sentido contrario, como una estrategia por la cual los gobernados podían imponer su voluntad a sus potenciales gobernantes. En lugar de debilitar al gobierno, la separación de poderes ayuda a asegurar las condiciones de un gobierno popular.

En particular, Locke destaca la función representativa de la separación de poderes. ¿Por qué no han de combinarse el Poder Legislativo y el Ejecutivo en las mismas manos? Si se hiciera, los legisladores la sabrían que las leyes que aprobaran nunca les serían aplicadas a ellos (porque ellos estarían encargándose de aplicarlas). Si el Poder Ejecutivo se encuentra, por contraste, en otras manos, los legisladores harán leyes con la expectativa de que las mismas les serían también aplicadas a ellos. En otras palabras, la separación de poderes asegura que la perspectiva del ciudadano ordinario, sometido a la ley, estará representados en el proceso legislativo.

Acaso valga la pena mencionar un pensamiento adicional un tanto más especulativo. A menudo se ha descrito la separación de poderes como un equilibrio de poderes. Tal vez bajo la influencia de la economía, los teóricos de la política han tendido a concebir este equilibrio ha como algo esencialmente inmóvil y estable. Pero tal vez describiríamos mejor un “equilibrio” como una situación fácil de alterar: una brizna de paja inclina la balanza. Si las distintas ramas del gobierno se equilibran, unas a otras, entonces será mucho más fácil influir desde el exterior as, sobre el gobierno en conjunto. Hamilton establece este mismo argumento acerca del federalismo. El equilibrio constitucionalmente impuesto puede hacer que el gobierno en conjunto sea (algo parecido a un barómetro) mucho más sensible a las fluctuaciones de la opinión pública de lo que sería cualquier régimen de una sola rama. También en este sentido, los frenos y equilibrios pueden contribuir directamente a la soberanía popular.

RESTRICCIONES QUE REFUERZAN LA DEMOCRACIA

Tribal pregunta: si creemos en la soberanía del pueblo, ¿por qué aceptamos todas esas restricciones? La respuesta dada por los creadores de la primera Constitución estadounidense fue muy sencilla: éstas no son restricciones: son el pueblo. La Constitución es un instrumento de auto- gobierno, una técnica por la cual la ciudadanía se rige a sí misma. ¿De qué otra manera podría una numerosa comunidad manejar sus propios asuntos? Una colectividad no puede tener propósitos coherentes aparte de todos los procedimientos para la toma de decisiones. El pueblo no puede actuar como una masa informe.

Carl Schmitt, adversario declarado del constitucionalismo liberal, desdeñó explícitamente tales consideraciones. Como muchos otros, suscribió el mito de una oposición fundamental entre las limitaciones constitucionales y el gobierno democrático: “todo el esfuerzo del constitucionalismo estaba dirigido a reprimir lo político”. Además, dado que el pueblo es el poder constituyente último, se le debe considerar como un inestructurado “Urgrund”, o aun como “das 'formlos Formende””, que no puede ser precomprometido por procedimientos constitucionales. Pero el misticismo democrático de Schmitt, para no mencionar sus consecuencias prácticas, basta para desacreditar todo este enfoque. No tiene ningún sentido hablar de gobierno popular a no ser por alguna clase de marco legal que permita al electorado tener una voluntad coherente. Por esta razón, los ciudadanos democráticos necesitan la cooperación de los padres fundadores del régimen. Digamos esto un tanto irónicamente: si no se ata sus propias manos, el pueblo no tendrá manos.

Las decisiones se toman sobre la base de las predecisiones. Cuando entran en la casilla para votar, los votantes deciden quién será presidente, pero no cuántos presidentes habrá. Las elecciones con calendario fijo niegan discreción a los funcionarios públicos y a las mayorías populares en una cuestión muy importante. En otras palabras, la democracia nunca es sencillamente el gobierno del pueblo, sino siempre es el gobierno del pueblo por ciertos canales preestablecidos, de acuerdo con ciertos procedimientos predeterminados, siguiendo ciertas normas electorales prefijadas y sobre la base (para elegir un ejemplo revelador) de ciertos distritos electorales trazados con anterioridad. Mientras colocaba la autoridad suprema en una legislatura elegida, Locke concedía el poder de reasignar la asamblea elegida a un ejecutivo no elegido. Le parecía imprudente asignar la tarea de remediar burdas desproporciones a la misma asamblea creadas por estas absurdas desproporciones. Esa negligente asignación del poder de supervisión convertiría a los legisladores en jueces de su propia causa.

Los ciudadanos sólo pueden imponer su voluntad por medio de elecciones celebradas sobre la base de un plan preexistente de asignación, plan que podría ser injusto o caduco. Como resultado, la responsabilidad de volver a fijar los límites de los distritos debe quedar fuera de la legislatura de elección popular (por ejemplo, en el Tribunal). Para preservar es la democracia, los votantes deben renunciar parcialmente al poder de asignación, es decir, deben quitarlo de las manos de representantes elegidos y responsables. Este es un ejemplo notable de la paradoja de la democracia: los ciudadanos pueden aumentar su poder atándose sus propias manos. La democratización limitada sirve a la continuación del gobierno democrático.

CÓMO ASEGURAR LAS CONDICIONES DEL DEBATE PÚBLICO

El ejemplo más obvio de un límite constitucional que abre más puertas de las que cierra es la Primera Enmienda. La función primaria del constitucionalismo, podría argüirse, es proteger la libertad de discusión y no la propiedad privada. Formulando un racional y ya clásico debate público en favor de la Primera Enmienda, el juez Brandeis escribió que las libertades de expresión, reunión y prensa, incluyendo el derecho de disentir legalmente de la política gubernamental, son “indispensables para el descubrimiento y difusión de la verdad política”. Ciertamente, una generación perturbada podría llegar a abolir la libertad de expresión para sus sucesores inmediatos (esto ocurrió en Alemania en 1933). Pero el control popular se reducirá, en vez de aumentar, si se afloja en esta “limitación” particular.

Entre los teóricos de la democracia, ninguno enfocó más persistentemente como John Stuart Mill la naturaleza (favorable a la libertad y a la reparticipación ciudadana) de las reglas e instituciones constitucionales. Las cargas y oportunidades de una Constitución escrita fueron

ajenas a vi, la experiencia inglesa; sin embargo, Mill dedicó la mayor parte de sus *Considerations on Representative Government* a un análisis de diversos recursos semiconstitucionales dedicados a organizar el gobierno popular. Tales recursos son estimulantes y a la vez deprimentes. Movilizan p, una información y una imaginación descentralizadas, favorecen el j pensamiento objetivo y crean incentivos de crítica y aprendizaje mutuos. Al defender una disposición institucional, Mill subrayó característicamente sus funciones creadoras: “No sería tan sólo un freno, sino; también una fuerza impelente”. Se esforzó por encontrar un equilibrio constitucional entre dos clases de mecanismos: los que garantiza: la tolerancia para un pobre desempeño (sin ser, desde luego, prueba de idiotas”) y los que estimulaban o inducían a un elevado desempeño. La “publicidad” era, de acuerdo con su plan, un recurso fundamental porque funcionaba, en ambos sentidos, como movilizadora y como impedimento.

El meollo del constitucionalismo de Mill era un sistema de incentivos que favoreciera la participación pública inteligente. Sus propuestas de reforma menos afortunadas, como la votación pública y los votos complementarios concedidos a quienes tuviesen grados universitarios, no sólo conspiraban para impedir el abuso del poder, sino también para lograr una participación ciudadana inteligente: “la prosperidad general alcanza mayor altura y difusión según la cantidad y variedad de las energías personales dedicadas a promoverla”.

La democracia es el gobierno por discusión pública y no sólo la imposición de la voluntad mayoritaria. El desacuerdo público es instrumento esencial del gobierno popular. No cualquier “voluntad”, sino aquella voluntad formada en debate vigoroso y abierto debería recibir autoridad soberana. El derecho a la oposición legalmente garantizado es, por tanto, norma fundamental del gobierno democrático; aporta un requisito esencial para la formación de una opinión pública democrática. Los ciudadanos, sin verse amenazados o privados de sus medios de vida, deben poder articular y defender públicamente opiniones políticas heterodoxas. El consentimiento no tiene ningún sentido sin garantías institucionales de impugnación para disentir. La soberanía popular no tiene ningún significado sin reglas que organicen y protejan el debate público.

Una Constitución puede impedir que las élites políticas incluyan sus decisiones en toda futura crítica y revisión. Los poderosos naturalmente detestan que se les contradiga y refute en público. Las reglas que prohíben el castigo de disidentes y críticos molestos compensan la falta de motivos mejores. De manera similar, por medio de una disposición constitucional (“el Congreso no hará leyes [...] que coarten la libertad de expresión”), una comunidad puede defender su propia capacidad de toma de decisiones racionales contra su tendencia inherente a caer en el “pensamiento de grupo”. Es muy probable que las decisiones tomadas sin sopesar diversos puntos de vista sean mal consideradas. Por ello, se ha descrito a la deliberación desinformada y crítica como “una mutilación del proceso pensante de la comunidad, contra la cual va dirigida la Primera Enmienda de la Constitución”.

Una vez tomada una decisión, la minoría que perdió la votación debe someterse en la práctica a la voluntad de la mayoría; pero las reglas del juego permiten que los perdedores lancen una agresiva campaña de sarcasmo público y enfoquen la atención pública, de manera irritante, en las consecuencias imprevistas de la decisión a la que se llegó. Esa disposición, que de momento resultó irritante, ayuda a tomar mejores decisiones. En otras palabras, los derechos no fueron planeados tan sólo para la protección de la minoría, sino también para la corrección y la instrucción de la mayoría. Ninguna voluntad popular digna de tomarse en serio tiene una preexistencia mística; siempre es producto de limitaciones constitucionales. Y dado que tales límites tienden a hacer más inteligente al gobierno, la mayoría estaba dispuesta a imponérselos a sí misma.

Aceptando esta línea básica de argumento, Mill y Madison rechazaron la afirmación de que la democracia “se basa en el derecho de intervención general en todas las cuestiones”. Los demócratas que anticiparon esta opinión fueron herederos inconscientes de la ideología de la monarquía absoluta. Si el pueblo es *legibus solutus*, si todas las reglas básicas están perpetuamente a punto de ser rescindidas, no habrá ninguna posibilidad de registrar, o siquiera de formar, una voluntad pública inteligente.

La idea de “limitaciones que generan posibilidades” ayuda a explicar la aportación del constitucionalismo a la democracia y, asimismo, a aclarar la relación existente entre unas obligaciones heredadas y un consentimiento expreso. Los creadores de la Constitución supusieron que las generaciones futuras desearían vivir bajo un gobierno en que la mayor parte de las obligaciones derivaran de un consentimiento expreso. Sin embargo, para que esto fuera posible, tenía que estar ya en su lugar una Constitución, un documento de procedimientos que asegurara los requisitos para el consentimiento y disidencia racionales, el debate público, la resolución de conflictos sin violencia y la revisión minuciosa y acumulativa del propio marco constitucional. Para semejante Constitución, impuesta o heredada, no podría haber más garantía que un consentimiento hipotético o supuesto. Lo ideal en una democracia sería que todo aquel afectado por una decisión tuviera el derecho de participar en su adopción. Sin embargo, los que aún no nacen se encontrarán permanentemente privados del derecho de voto. Los creadores de la Constitución actuaron conscientemente en favor de éstos para dar, le significación al consentimiento ulterior (los predecesores no tenían más remedio que actuar sin el permiso de sus sucesores). Estas señales de paternalismo no se pueden eliminar de las acciones de los padres fundadores. No obstante, los “límites” constitucionales que impusieron solamente siguen siendo obligatorios mientras los ciudadanos sigan imponiéndoselos a sí mismos.

EL AUTOPATERNALISMO

Todos los miembros de una comunidad pueden compartir un objetivo. Pero nadie estará dispuesto a esforzarse por alcanzarlo a menos que se le asegure que otros a su vez cumplirán con sus partes. De acuerdo con Hobbes, la paz es uno de esos objetivos. La conservación de los recursos de naturales y el combate a la pobreza son ejemplos pertinentes para las sociedades desarrolladas de hoy. Hume aduce el ejemplo de desecar un lía pantano: “es muy difícil, en realidad imposible, que mil personas estén las de acuerdo en semejante acción [...] mientras cada una busca un pretexto para librarse de la molestia y los gastos y quisiera descargar todo el peso sobre las demás”. En otras palabras, para alcanzar sus objetivos, los miembros de una sociedad política deben aceptar disposiciones legales que aten sus voluntades.

Una Constitución democráticamente ratificada debe considerarse del un mismo modo. En muchos aspectos, parece un caso clásico de autopaternalismo. Las personas pueden renunciar voluntariamente a su capacidad de elegir (en algunas cuestiones), con objeto de procurar su voluntad (en otras cuestiones). La autoimposición colectiva puede ser un su instrumento del autogobierno colectivo. Las reglas que limitan las opciones disponibles permitirán a personas y comunidades alcanzar mejor sus objetivos que si se les dejara enteramente libres. Tal es la función democrática de las restricciones constitucionales.

En *The Strategy of Conflict*, Thomas Schelling examinó cómo una parte podía ejercer poder sobre otra mediante la autoincapacitación; por ejemplo, encadenándose a una vía de ferrocarril. Más recientemente, ha explorado los modos en que una persona puede ejercer poder sobre sí misma adoptando tácticas restrictivas comparables: “Colocaremos el reloj despertador en el otro extremo de la habitación, de modo que no podamos interrumpir el sonido sin levantarnos

de la cama. Ponemos cosas fuera de nuestra vista o fuera de nuestro alcance para el momento de la tentación. Delegamos nuestra autoridad a un amigo de confianza, quien cuidará nuestras calorías o nuestros cigarrillos”. Una persona puede ser lo bastante hábil y tener suficiente fuerza de voluntad para dominar sus egos futuros, aun si está demasiado ofuscada y si tiene poca voluntad para actuar, como lo preferiría sin compromisos previos. Para alcanzar los fines deseados, pese a su escasa resolución una persona debe restringir las opciones de que disponga. Por ejemplo: un elector puede apoyar una ley que haga obligatorio el cinturón de seguridad para obligarse a ser libre; es decir, para hacer lo que realmente desea hacer, pero que de otra manera no haría por motivos de pereza, distracción o presiones sociales al querer parecer libre y desenvuelto. De manera similar, las leyes que impiden a los empleados consentir voluntariamente en trabajar por menos del salario mínimo pueden aumentar la capacidad de una persona para obtener lo que desee restringiendo lo que libremente podría elegir.

Resulta tentador pensar en el constitucionalismo en estos términos como un puñado de técnicas para la autoadministración colectiva. Por ejemplo, al consentir tácitamente la revisión judicial, las mayorías electorales voluntariamente ceden poder. Se atan sus propias manos por aquello que presumiblemente ven como su propio bien. Todo mi análisis se ha basado en la premisa de lo fructífero de esta perspectiva. No obstante, debemos hacer una pausa antes de afirmar, a la manera de Schelling, que una Constitución es básicamente una estrategia indirecta de mando de una comunidad.

Las naciones no son como individuos en grande; y las constituciones se pueden interpretar mal (no sólo trivializarlas) si las comparamos con nuestras resoluciones de año nuevo y si las explicamos en términos originalmente planeados para describir la conducta de las palomas. La analogía Pedro sobrio-Pedro ebrio no es del todo apropiada, porque incluso futuras generaciones perfectamente racionales, virtuosas y de visión clara podrían beneficiarse de procedimientos preestablecidos para resolver conflictos. Además, los creadores de la Constitución no tenían metas específicas (como perder peso o dejar de fumar) que desearan alcanzar, pese a la flaqueza de la voluntad que podía esperarse que afligiría a su posteridad. Tampoco estaban forjando cadenas para evitar que los futuros ciudadanos cayeran de un precipicio, ni tejiendo guantes para impedir que se rascaran en casos de urticaria. En general, el concepto de Schelling de dominio sobre sí mismo es demasiado negativo para captar las funciones capacitadoras del precompromiso constitucional. Entre otras cosas, los creadores de la Constitución desearon garantizar que, cualesquiera que fuesen las decisiones a las que eventualmente se llegara, se sopesarían opciones y se escucharían contrargumentos. Como lo he dicho, la Constitución es en parte un intento por programar la objetividad y la autocritica en la vida estadounidense. No sólo representa un intento de unos antepasados prudentes por impedir la conducta autodestructiva. La Constitución es también un conjunto de incentivos que alientan a los futuros ciudadanos a pensar por sí mismos.

El *autopaternalismo* es una categoría muy útil para ilustrar la función democrática de las restricciones constitucionales. Pero creo que haya menos tres importantes desanalogías entre el constitucionalismo y el dominio de sí mismo, según Schelling lo concibe:

1. La autoincapacitación es una metáfora extraña si se aplica a la formación de naciones. Las constituciones contienen diversos mecanismos tentadores: recursos para llamar la atención, agudizar la conciencia de las opciones, movilizar el conocimiento, hacer participar a los ciudadanos y garantizar que las opciones futuras se tomarán en condiciones en que se analicen las alternativas, se sopesen los hechos y resulte posible la autocorrección. Cuando uno de los individuos de Schelling se ata a sí mismo, limita su capacidad preexistente de elegir (aun si, como consecuencia, su ulterior gama de opciones se ensancha). Cuando una asamblea constituyente establece un procedimiento

de decisiones en lugar de restringir una voluntad preexistente, en realidad crea un marco en que una nación puede, por vez primera, tener una voluntad.

2. Los recursos constitucionales, como los frenos y equilibrios, no pretenden simplemente compensar la deplorable pero predecible falta de temple moral; en realidad, se les concibe como superiores a la virtud personal ya la fortaleza de carácter. El hombre obeso que desea ser esbelto preferiría tener una fuerte voluntad. Así, a falta de una fuerza interior, se ata a sí mismo. Por contraste, para los constitucionalistas liberales sería positivamente indeseable edificar la estabilidad política sobre la base de la virtud colectiva o de una voluntad inquebrantable. Esto descargaría la conciencia individual, impondría una estandarización de carácter a los ciudadanos y privaría a la sociedad de una extrapolítica variedad de egos. En esa sociedad prearmonizada, la discusión sería inútil. Por ello, los constitucionalistas liberales no desean unos ciudadanos inmovilizados por un abrumador propósito común. Rechazan la política basada en la virtud a cambio de una especie de marco común más relajado, menos comprometedor para todos, más de procedimiento y que estimule la discusión.
3. Sin aceptar las ideas políticas de Hayek, podemos reconocer que es plausible su afirmación de que “como la mayoría de los instrumentos, las reglas [constitucionales] no son parte de un plan de acción, sino más bien el equipo para ciertas contingencias desconocidas”. Aunque es precisa tan sólo en parte, esta caracterización de las reglas constitucionales sugiere una tercera diferencia entre el constitucionalismo y las estrategias de auto incapacitación de Schelling. Estas últimas son de un solo propósito, mientras que la primera es de propósitos diversos e intencionalmente diseñada para favorecer metas futuras, actualmente desconocidas.

LA PROHIBICION DE LA AUTOESCLAVIZACIÓN

El principio mismo de voluntariedad exige privarse de ciertas opciones. Característicamente, las constituciones modernas prohíben a uno venderse a sí mismo para convertirse en esclavo.¹²⁹ Éste no puede entrar en acuerdos obligatorios. Por ello, un acto de autoesclavización voluntaria sería un contrato de renunciar, entre otras cosas, al derecho de concertar ulteriores contratos. Según Mill, esto sería una contradicción práctica: la voluntad de ceder la voluntad. Si una persona se vende como esclava,

abdica de su libertad: renuncia a todo uso futuro de ella más allá de ese acto único. Por tanto, en su propio caso, contradice el propósito mismo que es la justificación de permitirle disponer de sí misma [...] El principio de libertad no puede requerir que sea libre de no ser libre. No es libertad estar autorizado a alienar su libertad.

Nos encontramos aquí ante otra norma fundamental del constitucionalismo: no se puede acceder voluntariamente a ceder voluntariamente el derecho de acceder. Aquí tal vez se encuentre una “solución” a la paradoja de la democracia constitucional. Para conservar la voluntariedad, se debe restringir la propia voluntariedad. La prohibición de venderse a sí mismo como esclavo implica lógicamente la aceptación de un compromiso previo: la apertura en un aspecto presupone la clausura en otro. El compromiso previo es moralmente permisible, siempre que refuerce la prohibición de la autoesclavización. Entre sus otras funciones, la obligación constitucional es un intento de impedir la posibilidad de que la nación (o cualquier generación) se venda a sí misma (o a su posteridad) como esclava. Con este espíritu, el artículo IV, sección 4, de la Constitución de los Estados Unidos pretende hacer obligatoria una “forma republicana de gobierno” en los estados e inalterable por mayorías futuras. En general, una democracia que decida destruir el marco en que puede haber desacuerdo no violento y

acotamiento de conflictos estará actuando en forma suicida. Los creadores de la Constitución propusieron, y las generaciones ulteriores lo aceptaron, el precompromiso constitucional porque es un recurso útil para impedir esta clase de autodestrucción colectiva.)

Resulta adicionalmente relevante aquí la aserción de Bodin, de que “el príncipe no puede atarse sus propias manos o fijarse como ley el prohibir a sus súbditos agraviados acudir ante él con sus humildes súplicas y peticiones”. Atarse a sí mismo es ilícito siempre que impida el flujo de información y sofoque la capacidad de aprender del príncipe soberano. Y por analogía, tampoco el pueblo soberano puede renunciar a su capacidad de aprender.

Este argumento, originalmente dirigido contra atarse a sí mismo, puede fácilmente ponerse de cabeza. Una vez reconocido que se puede aumentar la capacidad de aprender mediante una autoatadura estratégica, entonces la autoatadura se vuelve no sólo permisible, sino obligatoria. Los legisladores elegidos no deben hacer leyes que interfieran con los derechos de voto, el libre flujo de información, la libertad de reunión y acceso político de las minorías; es decir, aquellas actividades “que ordinariamente podría esperarse que produzcan un rechazo de una legislación indeseable”. La mayoría debe limitar sus propios poderes para garantizar que seguirá siendo una mayoría capaz de aprender.

Paine y Jefferson creyeron que la democracia era un sistema orientado hacia el cambio y la innovación. La racionalidad misma exige que haya futuras oportunidades de reconsideración y de autocorrección. Mill, como Madison, aceptó este principio, pero estaba convencido de [la que todo cambio benéfico requería una minuciosa estructuración de las condiciones en que se evaluaban y analizaban las reformas políticas. Se debe concebir un marco institucional y jurídico para mantener abierta la gama de opciones más vasta posible con objeto de tomar decisiones. Nuestra condición humana radica ante todo en nuestra capacidad de elegir, en nuestra aptitud no sólo de decidir, sino también de anular aquellas decisiones pasadas insatisfactorias y decidir de nuevo. Una Constitución bien pensada puede crear un régimen que sea poco adecuado a la capacidad humana de autocorrección. Sólo un precompromiso bastante inflexible a ciertas reglas de procedimiento (que garantice, por ejemplo, el derecho permanente de disentir impunemente) hace posible el aprendizaje público. La democracia constitucionales el sistema político más “humano” porque se enriquece con la capacidad de individuos y comunidades para reconocer sus propios errores. Pese a que prohibieron los precompromisos que obstruyeran todo nuevo aprendizaje, Locke, Kant y otros aprobaron las reglas constitucionales duraderas aunque no inalterables. Lo hicieron así porque reconocían que tales reglas podían fomentar el futuro aprendizaje. Los muertos no deben gobernar a los vivos, pero sí pueden facilitar el que los vivos se gobiernen a sí mismos.