

CAPÍTULO XII

DESACUERDOS Y PRECOMPROMISO

1. DEMOCRACIA Y SOBERANÍA POPULAR

Las estructuras constitucionales que estamos analizando en esta parte del libro —una carta de derechos con control judicial de constitucionalidad de las leyes— no deben ser consideradas necesariamente una imposición antidemocrática al pueblo. Si ahora se ha incorporado una carta de derechos al derecho británico, por ejemplo, habrá sido porque el Parlamento o tal vez el pueblo mediante un referéndum han votado en favor de su incorporación.

Ronald DWORKIN argumentó en una ocasión que esto sólo ya bastaba para desactivar la objeción de que tales límites son contrarios al espíritu democrático. Bajo su punto de vista, la objeción democrática se autodestruye porque las encuestas revelan que más del 71 por 100 de la gente cree que la democracia británica mejorará mediante la incorporación de una carta de derechos¹.

Pero la objeción no puede desactivarse tan fácilmente. El hecho de que exista un respaldo popular, aun cuando sea abrumador, en favor de una alteración de la Constitución no muestra que dicha alteración haga las cosas más democráticas. Ciertamente, mis argumentos en esta parte del libro implican que si el pueblo quiere un régimen de derechos constitucionales, esto es lo que debería tener. Así lo exige el principio de participación, al menos por lo que respecta a la reforma constitucional. Pero no debemos confundir la razón para llevar a cabo

¹ DWORKIN, 1990: 36-37.

una propuesta con el carácter de la propuesta misma. Si el pueblo votara a favor de instaurar una dictadura, los principios democráticos podrían darnos una razón para permitirlo, pero de ahí no se sigue que la dictadura sea democrática.

Expresémoslo de forma más teórica. Podemos distinguir entre democracia y soberanía popular. El principio de soberanía popular, básico para el pensamiento liberal, requiere que el pueblo tenga cualquier Constitución o cualquier forma de gobierno que desee. Pero la soberanía popular no borra o empaña las diferencias que existen entre las diversas formas de gobierno del menú del que el pueblo supuestamente elige. John LOCKE y Thomas HOBBS creían en la soberanía popular. Sostuvieron que el pueblo, actuando por decisión de la mayoría, tenía el derecho de conceder la autoridad legislativa a un solo individuo o a un pequeño grupo de individuos (constituyendo así una monarquía o una aristocracia) o, alternativamente, a una asamblea que comprendiera al pueblo entero o a una amplia institución representativa (constituyendo así una democracia directa o indirecta)². Pero aunque esta decisión fuera popular y mayoritaria, y en este sentido democrática, sería al mismo tiempo una elección crucial entre opciones democráticas y opciones no democráticas. HOBBS creía que el pueblo cometería un error si concedía la soberanía a una asamblea democrática³; LOCKE, en cambio, confiaba en el pueblo al pensar que «nunca estaría a salvo [...] hasta que el poder legislativo recayera sobre un cuerpo colectivo formado por hombres a los que se llamara senadores, parlamentarios o lo que sea», y pensaba que era importante que este cuerpo colectivo fuera el «Poder Supremo» de la república⁴. Ninguno de los dos pensaba que una Constitución fuera más democrática sencillamente por ser el resultado de una elección popular.

Puede haber una conexión en sentido contrario. Puede ser más fácil establecer que una política está basada en la soberanía popular si de hecho ha sido organizada democráticamente. Podemos ver esto si reflexionamos un poco sobre la artificialidad del modelo de HOBBS y LOCKE. La distinción entre un método democrático de decisión constitucional y el carácter democrático de la Constitución elegida es más clara cuando podemos señalar el momento constituyente en la vida de una sociedad política (un momento de decisión constitucional) y distinguir entre los procedimientos de decisión utilizados en ese momento y los que entonces se decidió emplear en toda toma de decisiones políticas subsiguiente. Pero en el mundo real, la formación de un nuevo orden político raramente es tan pulcra.

² HOBBS (1651), 2003: cap. XIX, 176 ss.; LOCKE (1690a), 1997: cap. II, par. 132, 170.

³ HOBBS (1642), 1983: cap. X, 129-140.

⁴ LOCKE (1690a), 1997: cap. II, par. 94: 271, y par. 149: 313-314. He analizado esta tesis de LOCKE con cierto detalle en WALDRON, 1999c.

A menudo, las decisiones que determinan la forma de la Constitución de una sociedad están imbricadas con, o forjadas en, la fábrica de la vida política cotidiana⁵. Tal y como se presentan, pueden resultar indistinguibles —en el tiempo, la solemnidad, o en cualquier otro aspecto— de la marcha cotidiana de la toma de decisiones políticas. No sabremos, por ejemplo, si una nueva forma de hacer las cosas (algún cambio en el engranaje de la fábrica o incluso en alguna crisis que no tenga aspecto de ser o no sea, de manera evidente, una crisis *constitucional*) va a «calar», esto es, si llegará a quedar establecida como una regla o una práctica que guiará la conducta de la vida política, o si en cambio pasará a ser sólo una aberración, consignada a la minucia de la historia. Incluso en los Estados Unidos, donde hay una Constitución totalmente escrita y una tradición interpretativa asentada, un hecho que posee una gran importancia para la forma en que se desarrolla la vida política puede no advertirse como «constitucional»⁶. Ciertamente en el Reino Unido, y en cualquier otra parte, la comprensión de la formación y el desarrollo de la Constitución muchas veces pasa por el estudio de los hechos políticos aparentemente rutinarios, para averiguar cuáles de ellos han adquirido una importancia normativa y cuáles no, al menos por lo que respecta a la conducta y a la organización de otros hechos políticos⁷.

Una atribución de soberanía popular a un sistema político es entonces una cuestión de juicio. Nos obliga a deducir cuáles son las decisiones que cuentan como constitutivas del sistema político en cuestión y aventurar una cierta hipótesis explicativa de la relevancia constitucional de tales decisiones, una hipótesis a los efectos de que estas decisiones «calan» o quedan establecidas como prácticas constitucionales porque son aceptables como tales para la mayoría de los miembros de la sociedad. Obviamente esto será mucho más fácil de justificar en una sociedad cuyos procedimientos ordinarios sean democráticos, porque los hechos que decretamos como «constitucionales» formarán parte de dicho procedimiento ordinario.

No obstante, el argumento no es irrefutable. Una cosa es que una decisión particular sea tomada democráticamente, y otra es adjudicarle el mismo respaldo popular si la describimos como una decisión que establece un precedente constitucional. El pueblo estadounidense puede apoyar la ratificación de un importante tratado mediante un referéndum, pero algunos de los ciudadanos pueden haber votado que «no», si han pensado que su apoyo iba a ser considerado como causante de un cambio en la norma constitucional que requiere que los tratados

⁵ Véase BREST, 1988.

⁶ Véase TIEDERMAN, 1890.

⁷ Véase MARSHALL, 1984. Se puede ver también una descripción accesible de este aspecto de la Constitución británica en WALDRON, 1990a: 56-87.

sean ratificados por una votación en el Senado, y no por una votación popular⁸. Así, los eventos que con el paso del tiempo representan un cambio en la Constitución pueden ser democráticos sin que nos permitan describir este cambio constitucional como democrático.

2. PRECOMPROMISO

Supongamos todavía que el pueblo elige una carta de derechos, junto con un mecanismo de control de constitucionalidad al estilo del estadounidense y que ha sido apoyado por una mayoría con pleno conocimiento de que esto representa una reforma constitucional. Puede decirse entonces que, incluso cuando no podamos inferir que el control judicial de constitucionalidad es democrático, en cualquier caso hemos dado seguramente una respuesta a la objeción democrática. La existencia de límites constitucionales escritos y el poder de los tribunales para interpretarlos y aplicarlos no serían el producto de una usurpación por parte de los jueces. Más bien serían mecanismos de restricción que la gente, deliberadamente y por buenas razones, ha elegido autoimponerse.

¿Por qué harían esto? ¿Qué es lo que hace a este tipo de autorrestricción inteligible? La respuesta es que todos sabemos que las leyes mayoritarias pueden ser injustas; que las mayorías populares a veces pueden dejarse llevar por el pánico o verse tentadas a aprobar medidas que perjudiquen o discriminen a las minorías con menor capacidad política para resistir dichas medidas. ¿Es este conocimiento consistente con lo que dije en los capítulos X y XI?⁹ Allí sostuve que el respeto por los derechos individuales no es compatible con una imagen puramente depredadora de las mayorías legislativas, puesto que las mayorías están compuestas por individuos portadores de derechos (*rights-bearers*) y parte de lo que respetamos en esos individuos es su capacidad como portadores de derechos para darse cuenta responsablemente de lo que ellos deben a los demás. Ahora el argumento de los capítulos X y XI no nos obliga a creer que los portadores de derechos son ángeles o a negar que son capaces, actuando individualmente o *en masse*, de violar derechos. Nos obliga a afirmar, en cambio, que aunque los portadores de derechos pueden en ocasiones violar algunos derechos, ellos mismos no son indiferentes ante esta posibilidad. En la medida en que puedan preverlo, tienen la capacidad moral en tanto que portadores de derechos de condenarlo por anticipado y tomar precauciones contra las tentaciones que pueden provocarlo. Así que si los límites constitucionales y los mecanismos de control

⁸ Este ejemplo está adaptado de ACKERMAN y GOLOVE, 1995.

⁹ Véase el apartado 5 del cap. X y el apartado 6 del cap. XI.

de constitucionalidad son establecidos por decisión popular, pueden considerarse como las precauciones que unos tenedores de derechos responsables han tomado contra sus propias imperfecciones. Dichas precauciones no implican, por lo tanto, ninguna falta de respeto hacia la gente o sus capacidades para el autogobierno. Al contrario, representan el epítome de tales capacidades en un mundo turbulento y complejo.

Llamaré «precompromiso» a la concepción de los límites constitucionales y dedicaré buena parte del resto del capítulo a criticarla. Por el momento, no obstante, vamos a considerarla bajo su mejor luz. En palabras de uno de sus más persuasivos defensores, esta concepción presenta los arreglos constitucionales que hemos estado examinando como «un tipo de precompromiso compartido y racional entre ciudadanos soberanos libres e iguales al nivel de la elección constitucional»¹⁰. Su efecto puede sintetizarse como sigue:

Mediante el ejercicio de sus derechos de igual participación, [el pueblo] está de acuerdo en establecer una salvaguarda que les impida, en el ejercicio futuro de sus derechos políticos iguales, cambiar de idea y desviarse de su acuerdo y compromiso sobre una constitución justa [...]. Al otorgar a un cuerpo no legislativo que no es responsable electoralmente el poder de revisar la legislación aprobada democráticamente, los ciudadanos se dotan de un mecanismo para proteger su soberanía e independencia del ejercicio irrazonable de sus derechos políticos en los procesos legislativos [...]. Al acordar un control judicial de constitucionalidad, en efecto se atan a sí mismos a su acuerdo unánime sobre los derechos básicos iguales que especifican su soberanía. El control judicial de constitucionalidad es entonces una forma de proteger su estatus como ciudadanos iguales¹¹.

Como dije, la concepción del precompromiso es atractiva. Estamos familiarizados con ella en la ética individual: un individuo puede tener razones para imponerse a sí mismo ciertos límites por lo que respecta a su futura toma de decisiones. Ulises decidió que debía ser atado al mástil a fin de resistirse a los hechizos de las sirenas, y dio instrucciones a su tripulación de que «si os ruego que me soltéis, debéis atarme aún más fuerte»¹². Un fumador que intenta dejar de fumar puede esconder sus cigarrillos, un dormilón crónico con debilidad por apretar el botón que difiere la alarma del despertador puede poner éste fuera de su alcance al otro lado del dormitorio, y alguien a quien le gusta beber mucho puede entregar las llaves de su coche a un amigo al principio de una fiesta con instrucciones estrictas de no devolvérselas cuando él se las pida a medianoche.

¹⁰ FREEMAN, 1990. Véase también WALDRON, 1994b.

¹¹ FREEMAN, 1990: 353-354.

¹² Citado en ELSTER, 1984: 36.

Estas medidas nos llaman la atención no cuando derogan una libertad individual, sino cuando se trata del epítome del autogobierno. La libertad, después de todo, no es sólo ir de aquí para allá según nos venga en gana, sino que implica *tomar el control* de los fundamentos de los propios actos, se trata del yo que se hace cargo de sus deseos y no viceversa¹³. La idea se explica a veces en términos del concepto relacionado de *autonomía*: «La autonomía de la voluntad es la propiedad que tiene la voluntad de ser una ley para sí misma»¹⁴. Siendo consciente ahora de una forma en la que podría estar determinada por diversas fuerzas en el futuro, la voluntad autónoma buscará limitar dicha determinación aplicando ciertas consideraciones de principio por anticipado.

Así, del mismo modo puede decirse que un electorado puede decidir colectivamente atarse a sí mismo por anticipado para resistir a los hechizos de las sirenas de la violación de derechos. Siendo consciente de las tentaciones de la acción incorrecta o irracional, como lo era el fumador o el bebedor, el pueblo en su conjunto en un momento de lucidez puede imponerse ciertos impedimentos constitucionales, que tengan la misma función en relación con los valores democráticos que la que tienen estrategias como esconder los cigarrillos o entregar las llaves del coche con respecto de la autonomía del fumador o el bebedor. El fumador realmente desea dejar de fumar, el bebedor realmente no quiere conducir bajo los efectos del alcohol; los mecanismos que adoptan les permiten garantizar el bien que ellos quieren realmente y evitar el mal que, aunque ocasionalmente sea a su pesar, realmente quieren evitar. Del mismo modo, el pueblo no quiere realmente discriminar por razones de raza, restringir la libertad de expresión o permitir a la policía registrar en los hogares de la gente sin una orden judicial. Es consciente, no obstante, de que en algunas ocasiones puede dejarse llevar por el pánico y llegar a esto, así que toma precauciones, estableciendo límites jurídicos como salvaguardas que le impidan en un momento de pánico hacer lo que en sus momentos más serenos está seguro de no querer hacer. Como Stephen HOLMES presenta esta concepción (aunque no sea su *propia* concepción del precompromiso constitucional)¹⁵:

Una constitución representa a Pedro sobrio, mientras que el electorado es Pedro borracho. Los ciudadanos necesitan una constitución, como Ulises necesitaba ser atado al mástil. Si se permitiera a los votantes obtener lo que quisieran, inevitablemente hundirían su propio barco.

¹³ Véase también la discusión de las *valoraciones fuertes* y los *deseos de segundo orden* en FRANKFURT, 1971, y TAYLOR, 1977.

¹⁴ KANT, 1981: 44.

¹⁵ Tomaré en consideración la concepción más sutil de HOLMES en los apartados 6 y 7 de este capítulo.

Atándose a sí mismos mediante normas rígidas pueden conseguir mejor sus sólidos objetivos colectivos a largo plazo¹⁶.

La limitación constitucional, en otras palabras, es un medio por el que la voluntad del pueblo se asegura su propio ejercicio responsable.

3. MECANISMOS CAUSALES VERSUS JUICIOS EXTERNOS

En un trabajo seminal sobre el precompromiso, Jon ELSTER ha sugerido que una decisión en t_1 cuenta como una forma de «atarse a sí mismo» *vis-à-vis* con una decisión en t_2 sólo si «el efecto de poner en práctica la decisión en t_1 [consiste] en poner en marcha algún proceso *causal* en el mundo externo»¹⁷. Trata de excluir estrategias puramente internas, como la de tomar la decisión de decidir algo: «Nuestra noción intuitiva de lo que significa atarse a sí mismo parece requerir que depositemos temporalmente nuestra voluntad en alguna estructura externa»¹⁸.

En el ámbito político, podemos preguntarnos: ¿qué cuenta como una estructura *externa*? El propio ELSTER tiene algunas dudas sobre la aplicación de su análisis a los límites constitucionales:

La analogía entre atarse a sí mismo a nivel individual y a nivel político está severamente limitada. Un individuo puede atarse a sí mismo sobre determinadas acciones o al menos hacer que las desviaciones de tales acciones sean más costosas y por lo tanto menos probables recurriendo a un marco jurídico que es externo e independiente a sí mismo. *Pero no hay nada externo a la sociedad*. Con la excepción de unos pocos casos especiales, como la cesión de competencia al Fondo Monetario Internacional, las sociedades no pueden depositar su voluntad en estructuras que escapan a su control; siempre que quieran pueden deshacer sus ataduras¹⁹.

Y ELSTER tiene razón, al menos por lo que respecta a la soberanía popular: lo que el pueblo puede hacer, constitucionalmente, puede siempre *en algún sentido* deshacerlo²⁰. En cualquier caso, hay todavía un sentido en el que las disposiciones constitucionales pueden ser vinculantes, un sentido que tiene que ver con la estructura institucional

¹⁶ HOLMES, 1995: 135.

¹⁷ ELSTER, 1984: 42 (la cursiva es mía).

¹⁸ ELSTER, 1984: 43. Las decisiones de decidir, según ELSTER, generalmente tienen muy poco impacto. «Decido que decidiré que *p*» suena tan redundante y ritual como «si alguien comprara varios ejemplares del periódico de la mañana para asegurarse de que lo que se dice es verdad» (*id.*, citando a WITTGENSTEIN, 1984: párr. 265).

¹⁹ ELSTER, 1989: 196 (cursiva en el original).

²⁰ Véase RAWLS, 1993: 234-235.

dentro de un marco controlado por completo por «el pueblo» como soberano popular. Incluso aunque los límites no sean externos a dicho marco, siguen siendo externos en el sentido relevante a las administraciones e instituciones concretas en las que se expresa «la voluntad del pueblo» a los fines de la decisión política ordinaria. Volveré sobre estas cuestiones hacia el final de este capítulo²¹.

De la referencia de ELSTER a los mecanismos causales surge otro tipo de cuestiones. Una decisión en t_1 cuenta, según ELSTER, como un precompromiso sólo si su efecto es «poner en marcha un proceso causal en el mundo externo»²². ¿Esto incluye o excluye estrategias como la del bebedor que entrega las llaves de su coche a un amigo? La posesión de las llaves del coche por parte del amigo no es realmente un mecanismo *causal* que asegure o incremente la probabilidad de que el bebedor no va a conducir hasta su casa a medianoche. Opera en cambio en virtud de la promesa del amigo en t_1 de no devolverle las llaves en t_2 , junto, por supuesto, con el deseo del amigo en t_2 de cumplir realmente dicha promesa. Mi argumento no es que el amigo no merezca confianza, puesto que esto también podría pasar con un mecanismo causal, sino que el precompromiso opera por vía del juicio y la decisión del amigo y, en este sentido, su comportamiento en t_2 no está enteramente bajo el control *ex ante* del bebedor en t_1 .

Una ventaja de utilizar un mecanismo no causal como el del juicio de un amigo es que permite al agente atarse a sí mismo a un principio que no opera deontológica o rígidamente. La mayoría de la gente que condena la conducción bajo los efectos del alcohol (tanto en sí mismos como en los demás) lo hace sin considerar que puede haber circunstancias en las que conducir con un nivel elevado de alcohol en sangre sea una acción correcta. Supongamos que diseño un mecanismo que me impide encender el motor de mi coche cuando mi nivel de alcohol en sangre excede el 0,05 por 100. Puedo sentirme entonces consternado al ver que no puedo llevar a mi hijo pequeño al hospital, si el niño se pone gravemente enfermo mientras estoy dando una fiesta en mi casa (y nadie más tiene un coche, y nadie más puede conducir, etc.). En otras palabras, lo que descubro es la necesidad de tener excepciones a la regla. Ahora bien, si las excepciones estuvieran claramente delimitadas entonces a lo mejor un mecanismo sofisticado podría también dar cuenta de ellas: instalo un instrumento que también mida la temperatura corporal de mi hijo y que me permita conducir bebido cuando su temperatura supere los 39 grados. Pero si las excepciones son complejas o numerosas, o si es necesario un juicio muy fino a fin de establecer si se dan las condiciones excepcionales o no, entonces está claro que será mejor abandonar todos los mecanismos causales y confiar

²¹ Véase el análisis al final del apartado 5.

²² ELSTER, 1984: 42.

en cambio las llaves del coche a un amigo sobrio, con la esperanza de que el amigo tomará la decisión éticamente adecuada en tales circunstancias.

Claramente, consideramos los límites constitucionales como formas de precompromiso democrático, se acercan más al modelo del juicio del amigo que al de un mecanismo causal. Salvo en casos extremos (como la «doble llave» que controla las armas nucleares), los límites constitucionales no operan mecánicamente, sino que funcionan otorgando un poder de decisión a otra persona o conjunto de personas (un tribunal), cuyo trabajo será el de determinar, *como una cuestión de juicio*, si la conducta que está siendo contemplada (por ejemplo, por el Parlamento) en t_2 vulnera un límite adoptado en t_1 .

Como dije, la ventaja de estas formas de limitación es que no operan de forma rígida, sino que dejan algún espacio al juicio. El inconveniente es que se convierten entonces en capaces de operar de un modo que *no* representa las intenciones del agente que las estableció en t_1 . Siempre que nuestra intención sea suficientemente simple, un mecanismo causal puede incorporarla perfectamente: la rigidez física del mecanismo representa, por así decirlo, la fuerza y la simplicidad del propósito del agente. Aunque la máquina sea un objeto no pensante su modo de operar puede, por esta misma razón, fortalecer más que debilitar la autonomía del agente porque funciona atándole a la decisión exacta que *él* había tomado. Pero si el agente A ha otorgado el poder de decisión a otra persona B con margen para el ejercicio del juicio de B, podemos preguntarnos si éste es realmente un caso de precompromiso autónomo de A. Atarse a sí mismo para hacer en t_2 exactamente lo que uno en t_1 pretendía hacer más tarde en t_2 es una cosa, y entregar el poder de decisión para que lo que se pueda hacer en t_2 dependa del juicio de otra persona es algo bastante diferente. Por supuesto, la persona A puede tener buenas razones para hacer esto (someter su juicio a B), y *en un sentido* sería un tipo de precompromiso. Esto es, el *acto* del precompromiso puede ser autónomo pero su funcionamiento puede no llegar a ser una consumación de la autonomía del agente en la medida en que esté sujeto al juicio de otro. En otras palabras, no se trataría de una forma de precompromiso que nos permitiera rechazar una objeción basada en la importancia de que A se aferre a su autonomía o, en el caso de los límites constitucionales, una objeción con *un* fundamento democrático. Se trataría más bien de un caso como el del dictador al que se le ha otorgado el poder mediante una votación democrática, que discutimos en el apartado 1. Cuando el pueblo vota en favor de una dictadura, entonces es tal vez una dictadura lo que necesita y lo que debería tener, pero esto no nos permite engañarnos pensando que la dictadura es en consecuencia una forma de democracia.

Creo que este argumento *no* queda refutado al mostrar que un poder de juicio independiente es necesario para el tipo de límites que el agente (o el pueblo) quiere establecer. Ronald DWORKIN, en *Freedom's Law* y en otros trabajos, ha presentado una imagen atractiva de la Constitución de los Estados Unidos en la que se entiende que muchas de las cláusulas de la carta de derechos incorporan principios morales abstractos. DWORKIN sostiene que una comprensión histórica precisa de la cláusula de igual protección, por ejemplo, excluye cualquier interpretación que no la represente como un principio moral formulado con un nivel de generalidad muy alto²³. Puesto que resulta obvio (y también lo resultaba en 1868) que los principios morales abstractos no pueden ser interpretados y aplicados sin la intervención del juicio humano, DWORKIN puede mostrar que los que redactaron la Decimocuarta Enmienda pretendían que los miembros del poder judicial emplearan su capacidad de juicio moral para determinar de qué manera los Parlamentos de los estados deberían estar constreñidos en nombre de la cláusula de igual protección. Dado que esto es lo que votaron los estados cuando se ratificó la enmienda, este arreglo representa una decisión deliberada de diversos agentes, no de limitarse a sí mismos por medios mecánicos como en el caso de Ulises, sino recurriendo al juicio de otros.

Además, en casos como éste, la necesidad del juicio no puede entenderse salvo presuponiendo que a veces será ejercido, y ejercido adecuadamente, de modo que aquellos que habían establecido el límite no podían haber previsto. Después de todo, si su ejercicio adecuado pudiera ser previsto con antelación, nunca sería realmente necesario entonces el ejercicio del juicio; la jurisprudencia constitucional pasaría a ser, como decimos, «mecánica». DWORKIN tiene bastante razón al insistir por lo tanto en que, una vez aceptamos la interpretación de la carta de derechos como principios abstractos²⁴ y la conexión analítica entre abstracción y juicio, es un error acusar a los jueces actuales de vulnerar las intenciones del legislador constitucional simplemente porque dicho legislador no contempló o porque se habría mostrado sorprendido ante algunas de las aplicaciones actuales de su principio.

Pero hay aún otro punto sobre la conexión entre abstracción y juicio que *añade* dificultades a la idea del precompromiso. No sólo no deberíamos esperar que determinadas aplicaciones particulares de los principios incorporados en la carta de derechos no sean *ex ante* previsibles y no dejen espacio para la sorpresa, sino que tampoco deberíamos esperar que no resulten controvertidas. La inferencia de determinadas aplicaciones de un principio complejo es algo sobre lo que

²³ DWORKIN, 1996a: 7-15.

²⁴ No de todas sus cláusulas, por supuesto: DWORKIN sostiene que la Tercera Enmienda, por ejemplo, no representa un compromiso de principio. DWORKIN, 1996a: 8-9.

la gente suele discrepar, especialmente si, como DWORKIN sostiene correctamente, la inferencia debería realizarse en cada caso a partir de todo el conjunto de principios abstractos incorporados en la Constitución, y no sólo de la cláusula en particular a la que se ha apelado²⁵. De nuevo, si valoramos el juicio en relación con nuestros compromisos constitucionales, no deberíamos echarnos atrás ante esta conclusión. Pero esto acaba lentamente con cualquier pretensión de que el precompromiso sea una forma de autogobierno, esto es, el gobierno no sólo del pueblo sino *por* el pueblo, o de que se preserve el carácter democrático o de autogobierno de un régimen. El argumento a estos efectos se despliega como sigue.

Muy pronto en nuestra tradición los teóricos políticos desarrollaron una taxonomía de las diversas formas de constitución, y la más conocida es la distinción aristotélica entre el gobierno de uno, el gobierno de unos pocos y el gobierno de los muchos. La distinción no tenía en cuenta necesariamente de quién debía ser la *voluntad* que debía prevalecer en una sociedad. Según ARISTÓTELES, la distinción era necesaria incluso en una sociedad gobernada por el derecho, ya que la aplicación del derecho requería el ejercicio del juicio y quedaba la pregunta de quién debía aplicar las leyes²⁶. El juicio presagia el desacuerdo, y en política la cuestión es siempre cómo deben resolverse los desacuerdos entre los ciudadanos. Como he sostenido a lo largo del libro, esto incluye desacuerdos acerca de los derechos y la justicia, y por lo tanto desacuerdos sobre qué es lo que queda bajo el amparo de los principios morales abstractos con los que el pueblo se ha comprometido en su Constitución. Distintas formas de gobierno representan respuestas distintas a la pregunta: ¿el juicio de quién debe prevalecer cuando los ciudadanos discrepan en sus juicios?

Puede haber ahora buenas razones para que el pueblo ofrezca la siguiente respuesta a esta pregunta: «No el nuestro, ni el de nuestros representantes, sino el de los jueces». Si éste es el caso, esto equivale *pro tanto* a renunciar al autogobierno²⁷, y a adoptar lo que ARISTÓTELES llamaría «aristocracia», la regla de unos pocos escogidos.

Por supuesto, no es completamente aristocrático, ya que los pocos escogidos deben ejercer su juicio en la interpretación y aplicación de principios que, en todo caso inicialmente y en su forma más general, son elegidos por el pueblo. El hecho de que la autoridad se confiere a la decisión del pueblo sobre qué principios abstractos deben ser adop-

²⁵ DWORKIN, 1996a: 150. Véase también DWORKIN, 1986: 250-254.

²⁶ Véase ARISTÓTELES, 1998: Libro III, cap. XV, 1286a, 150-152.

²⁷ Ésta es la posición de Abraham Lincoln en LINCOLN, 1991b: 221, cuando sugiere que si tales cuestiones son zanjadas por la Corte Suprema, en los casos ordinarios, «el pueblo habrá desistido de ser su propio legislador, habiendo prácticamente dejado en este punto su gobierno en las manos de este eminente tribunal».

tados para que los jueces los interpreten la convierte en una Constitución mixta.

Pero la naturaleza aristocrática de este arreglo no disminuye por el mero hecho de que los aristócratas estén ejerciendo su juicio y no su voluntad. En nuestra mejor lectura, la política es siempre una cuestión de juicio, aun al nivel más abstracto: incluso la formulación de la Decimocuarta Enmienda es un acto de juicio —por parte del pueblo— sobre qué significa una buena república hoy en día (a la luz de su historia, etc.). La tesis democrática ha consistido siempre en sostener que el pueblo tiene el derecho a gobernarse a sí mismo por sus propios juicios. En consecuencia, en la medida en que el pueblo otorga a los jueces un poder de juicio prevalente sobre cómo debe ser entendido algo tan básico como la igual protección, permitiendo entonces que dicho juicio prevalezca sobre el juicio del pueblo o el de sus representantes *sobre esta misma cuestión*, es innegable que (en términos de la taxonomía aristotélica) han establecido lo que tradicionalmente se ha descrito como un arreglo no democrático.

En el capítulo XIII consideraré si esta forma de caracterizar los regímenes es adecuada. Ronald DWORKIN ha sostenido que deberíamos entender la democracia no simplemente en términos de «¿los juicios de quién prevalecen?», sino más genéricamente en términos de «¿los ciudadanos están siendo tratados respetuosamente como iguales?»²⁸. Como veremos, hay mucho que decir en favor de esta concepción. Aquí he estado elaborando el argumento más modesto de que los arreglos constitucionales en discusión no pueden ser considerados realmente como una forma de precompromiso por un agente A en un tiempo t_1 respecto de una decisión (para el tiempo t_2) que el propio A ha tomado. En su lugar, es una forma de sumisión de A en t_1 a cualquier juicio realizado en t_2 por otro agente B en la aplicación de principios muy generales que A ha ordenado tener en cuenta a B.

Una observación final para clarificar el argumento que estoy desarrollando. A veces se dice que lo que justifica el control judicial de constitucionalidad es que sería inapropiado que los representantes del pueblo (actuando por decisión de la mayoría) fueran «jueces en su propia causa»²⁹, en determinar si una parte de la legislación vulnera los derechos de la minoría o no. Pero si una cláusula constitucional (que protege los derechos de las minorías) es realmente un precompromiso del pueblo o de sus representantes, entonces no hay nada inapropiado en preguntarles: ¿era éste el precompromiso que vosotros queríais? Si surge una discusión entre la tripulación acerca de si Ulises debería seguir atado al mástil mucho tiempo después de que el canto

²⁸ DWORKIN, 1996a: 17 ss.

²⁹ Véase, por ejemplo, DWORKIN, 1996a: 16. Véase también la discusión de «*nemo iudex in sua causa*» en el apartado 8 del cap. XIII.

de las sirenas sea ya inaudible porque algunos de los tripulantes creen que él quería también resistirse a los atractivos de la *siguiente* isla, que acaban de pasar, entonces no se puede hacer otra cosa que *preguntarle a Ulises*. No hacerlo sobre la base de que esto haría que Ulises fuese juez en su propia causa sería absurdo, si es que a lo que estamos jugando es al juego del *precompromiso*. El precompromiso no puede preservar el aura de autonomía (o de democracia en el caso constitucional) a menos que la persona atada sea realmente la que debe juzgar el objetivo y el alcance de sus ataduras. Por supuesto que Ulises puede no ser capaz de darnos una respuesta racional a menos que evitemos preguntarle hasta que se halle fuera de la influencia del canto de las sirenas. Entonces no podemos hacer otra cosa que tomar *nuestra propia decisión* sobre si debemos vendarle los ojos o no. En *este* punto deberíamos dejar de justificar nuestra decisión diciendo que estamos consumando la autonomía de Ulises. Lo mejor que podemos decir ahora en términos de autonomía es que estamos actuando, de forma paternalista, como Ulises *habría actuado* si hubiera estado lúcido y en posesión de información completa, etc., y no que estamos actuando como él quería que hiciéramos en defensa de su autonomía. Así, igualmente, si seguimos la lógica del precompromiso en el caso político, el pueblo es presumiblemente autoridad —no el juez en su propia causa, sino *autoridad*— sobre aquellas cuestiones a las que se ha precomprometido. Si dicha autoridad es desafiada, por ejemplo, porque se piensa que el pueblo está ahora en el propio estado (de pánico o furia, etc.) que él mismo quería evitar mediante el precompromiso, entonces todo lo que podemos decir es que la noción de precompromiso ya no es más útil en relación con esta controversia. Una vez que deja de estar claro o resulta controvertido con qué se comprometió el pueblo, se pierde todo fundamento de la idea del precompromiso para defender una interpretación determinada en contra de las objeciones democráticas.

4. ¿DESACUERDOS O DEBILIDAD DE LA VOLUNTAD?

Nos hemos ocupado por un momento de la implementación de un precompromiso: ¿es un mecanismo causal o consiste en confiar la decisión al juicio de otra persona? Pero también hay cosas que decir sobre las razones que motivan el precompromiso en un primer momento.

En los casos de precompromiso individual, imaginamos que el agente posee bastante certidumbre, en sus momentos de lucidez, respecto de las acciones que quiere evitar, las razones por las que son indeseables y los motivos por los que de todas maneras podría tener la tentación de llevarlas a cabo. El fumador sabe que fumar perjudica su salud

y puede darnos una explicación basada en la patología de la adicción a la nicotina de por qué anhela un cigarrillo a pesar de tener esta información. El bebedor conoce las estadísticas acerca de la conducción bajo los efectos del alcohol y sabe también cómo funciona la intoxicación alcohólica. Al inicio de la velada sabe que a medianoche tanto su capacidad para conducir de forma segura como su juicio acerca de dicha capacidad estarán seriamente deteriorados.

Estos casos caen bajo categorías reconocidas de la patología de la decisión o *akrasia*³⁰. Los individuos responsables son conscientes de su propia vulnerabilidad hacia la lujuria, la pereza, el comportamiento impulsivo, la ira, el pánico, la pasión y la intoxicación. Son conscientes de que estas condiciones pueden llevarles a comportarse de modos que ellos mismos consideran no deseables. Aunque esta creencia puede venir acompañada del comportamiento en cuestión, a menudo en la literatura se cree que es «en un momento de calma» cuando se tiene, y cuando se actúa según dicha creencia, es decir, en un momento en el que el agente prevé las condiciones de *akrasia* pero en el que todavía no se encuentra afectado por ellas, y es capaz así de arreglar las cosas para disminuir la probabilidad de comportarse *akráticamente* en el futuro.

Se puede pensar que buena parte de lo que hemos dicho se aplica también al ámbito político. Podemos considerar los límites constitucionales como profilácticos contra la *akrasia* política, esto es, contra la patología de la ira, el pánico o la codicia que a menudo se piensan como endémicas en la política democrática. La historia del pensamiento político en Occidente es en gran parte una historia repleta de advertencias hacia los precipitados, codiciosos e intemperados cursos de acción en los que las masas tienden a embarcarse cada vez que tienen el poder en sus manos. Si nos preocupa el que una mayoría arremeta contra la propiedad de los ricos o los derechos de una minoría en un momento de codicia, pánico o ira, tal vez entonces el precompromiso constitucional tenga sentido³¹. Pero es cuestionable que debamos tomar la *akrasia* como modelo para las circunstancias en las que operan realmente la carta de derechos y el control judicial de constitucionalidad de las leyes. Me explicaré.

En la mayoría de los casos, de hecho en la mayoría de los casos con un alto perfil en Estados Unidos, en los que los defensores de los límites constitucionales contemplan el control judicial de constitucionalidad la situación se parece a la siguiente:

³⁰ Ésta es la descripción de ELSTER, 1984: 36-37. La discusión clásica sobre la debilidad de la voluntad está en ARISTÓTELES, 1984: Libro VIII, caps. 1-10.

³¹ Deberíamos advertir, no obstante, que tales precompromisos no han sido nada efectivos en los Estados Unidos, al menos por lo que respecta a los momentos de pánico nacional: véanse “Debs v. United States”, 249 US 211 (1919), y “Korematsu v. United States”, 323 US 214 (1944).

1) El pueblo se compromete con su Constitución (por supermayoría) mediante alguna formulación bastante abstracta de los derechos. Algunos de los ciudadanos (la minoría) albergan dudas sobre los principios expresados, pensando que su adopción es incorrecta o imprudente, mientras que incluso entre aquellos que han respaldado su ratificación las opiniones divergen respecto de cómo deben ser concretados.

2) Un Parlamento aprueba una medida que puede considerarse que vulnera las disposiciones constitucionales. La medida cuenta con el apoyo de una mayoría de representantes, algunos porque no creen que contradiga los principios constitucionales y otros porque se oponen, como siempre lo hicieron, a dichos principios.

3) Un tribunal, decidiendo por mayoría simple, declara que la norma promulgada por el Parlamento es inconstitucional. Cuatro de los nueve jueces argumentan, no obstante, en un voto particular discrepante, que la ley no debería ser derogada. Mantiene que la interpretación de la carta de derechos necesaria para sostener la inconstitucionalidad no es plausible, sobre todo porque dicha interpretación convertiría la disposición constitucional relevante en muy poco atractiva desde un punto de vista moral. No es necesario decir que sus colegas de la Corte no están de acuerdo con esto.

Consideremos ahora estas tres decisiones y el contexto de desacuerdo que presuponen. El desacuerdo entre los magistrados en 3) es en parte un desacuerdo acerca de *qué es lo que hace que una disposición constitucional sea moralmente poco atractiva*. Por supuesto, éste era exactamente el objeto de desacuerdo de los miembros del Parlamento cuando votaron sobre el proyecto de ley. Y era sólo uno de los focos de desacuerdo entre los ciudadanos cuando se adoptó originalmente la disposición constitucional. Es el mismo desacuerdo todo el tiempo, aunque el peso de la opinión ha ido cambiando en un sentido y en otro: una supermayoría del pueblo toma partido en la decisión 1); una mayoría simple de sus representantes legislativos toma el partido contrario en la decisión 2), y una mayoría simple de magistrados regresa de nuevo a la primera posición en la decisión 3). Y esto es, por supuesto, lo que debemos esperar cuando una cuestión moral compleja y con una fuerte carga valorativa es planteada en formas ligeramente diferentes por diversos decisores en momentos distintos.

Lo que más me interesa de todo esto es el desacuerdo razonable, pero no puedo abstenerme de decir que cualquiera que piense que una narración como ésta puede ser modelizada adecuadamente por la historia de Ulises y las sirenas es un idiota. Ulises está seguro de que quiere oír el canto de las sirenas sin responder a su hechizo; el pueblo en nuestro ejemplo está dividido. Si Ulises fuera a desatarse de algún modo y se dispusiera a saltar por la borda y nadar hasta

las sirenas, la tripulación tendría claro que era ésta exactamente la acción que él les había ordenado impedir; pero en la mayoría de los casos constitucionales las opiniones entre los ciudadanos divergen sobre si esta legislación es lo que en un momento constituyente querían (o habrían o deberían haber querido) prevenir. Es más, todos los jueces y todos los legisladores saben en nuestro ejemplo que la gente razonable discrepa sobre la cuestión con la que se están enfrentando, mientras que en la *Odisea* los miembros de la tripulación pueden estar seguros de que si Ulises afloja o rompe sus ataduras es producto de una patología de la decisión fácilmente identificable por todos los implicados, incluyendo al propio Ulises.

En otras palabras, en el caso constitucional casi siempre tratamos con una sociedad cuyos miembros discrepan sobre principios y sobre los detalles, incluso en sus momentos «lúcidos» o de «calma», sobre los derechos que poseen, sobre cómo éstos deben ser concebidos y sobre qué peso debe adjudicárseles en relación con otros valores. No necesitan apelar a desviaciones de la racionalidad para explicar o caracterizar sus desacuerdos. Como he sostenido a lo largo del libro, los desacuerdos sobre los derechos quedan suficientemente explicados por la dificultad del objeto de esta materia y por lo que RAWLS denominó «las cargas del juicio»³². Un «precompromiso» constitucional en estas circunstancias no es por lo tanto el triunfo de la racionalidad preventiva tal y como aparece en los ejemplos de Ulises, del fumador y del bebedor, sino más bien el predominio sostenido artificialmente de un punto de vista político sobre los demás, mientras las complejas cuestiones morales quedan sin resolver. Imponer el esquema del precompromiso a esta situación sabe más a Procusto que a Ulises.

Una analogía individual más apropiada que los casos de Ulises, el bebedor o el fumador podría ser la siguiente. Imaginemos una persona, llamémosle Bridget, que se debate entre diversas concepciones religiosas alternativas. Un día opta decisivamente por una fe tradicional en un Dios personal. Se compromete absolutamente con esta concepción y abjura para siempre de la biblioteca privada de libros de teología de su casa que, en el pasado, había avivado y sostenido sus incertidumbres. Aunque ella no es una quemadora de libros, cierra la puerta de su biblioteca y entrega las llaves a un amigo, con instrucciones estrictas de no devolvérselas nunca, ni siquiera aunque se lo pida.

Pero nuevas cuestiones y viejas dudas comienzan a insinuarse en la mente de Bridget después de un tiempo («tal vez Tillich tenía razón después de todo...»), y unos meses más tarde pide que le devuelvan las llaves. ¿Debería su amigo devolvérselas? Éste es claramente un caso bastante diferente al de retener las llaves del coche del bebedor

³² RAWLS, 1993: 54-58.

a medianoche. Ambos involucran formas de precompromiso. Pero en el caso de Bridget, si el amigo mantiene el precompromiso está tomando partido, por así decirlo, en una disputa entre dos o más "yoes" en conflicto, o dos o más aspectos en conflicto de un mismo yo interior de Bridget, cada uno de ellos con una pretensión de autoridad racional. Sería tomar partido de una forma que sencillamente no viene determinada por ningún criterio reconocible de patología o de otra desviación mental. Mantener el precompromiso equivaldría a mantener el predominio temporal de un aspecto del yo en el momento en que se entregaron las llaves de la biblioteca, así como ignorar el hecho de que el yo que pide que le sean devueltas posee una misma pretensión de respeto hacia *su* manera de manejar las vicisitudes de incertidumbre teológica.

Mantener otro precompromiso puede ser considerado como una forma de respetar la autonomía de esta persona sólo si es posible trazar una frontera nítida entre los fenómenos mentales aberrantes que el precompromiso se supone que quiere vencer, por una parte, y la incertidumbre genuina, los cambios de opinión, las conversiones, etc., por la otra³³. En los ejemplos de Ulises y del potencial conductor borracho podemos trazar dicha frontera. En el caso de Bridget nos encontramos con más dificultades, porque respetar el precompromiso se parece más a tomar partido en una disputa interna entre dos facciones que luchan en igualdad aproximada de condiciones.

Como si esto no fuera suficientemente malo, si estuviéramos realmente buscando una analogía para el ejemplo del control de constitucionalidad, deberíamos imaginar el caso teológico, pero con la siguiente diferencia: que Bridget entregara las llaves de su biblioteca a *un grupo* de amigos, quienes decidirían por voto mayoritario cuándo es apropiado devolvérselas. Ellos ven que *tienen* que decidir por mayoría puesto que discrepan acerca de la cuestión en las mismas líneas de incertidumbre que están torturando a la propia Bridget.

Claramente es peligrosa *cualquier* analogía simplista entre la autonomía racional de los individuos y el gobierno democrático de una comunidad. La idea de una sociedad atándose a sí misma contra ciertos actos legislativos en el futuro es problemática en el caso de que los miembros de dicha sociedad discrepen entre sí sobre la necesidad de tales ataduras, o si ellos están de acuerdo en abstracto sobre tal necesidad pero discrepan sobre su contenido o su carácter. Es particularmente problemático si se cree que dichos desacuerdos van a persistir, y se van a desarrollar y transformar de formas impredecibles. Y pasa a ser disparatadamente problemático en los casos en los que la forma

³³ Para una excelente discusión de este punto, véase SCHELLING, 1984: cap. 4. Véase también SCHELLING, 1987.

de precompromiso consiste en atribuir la decisión procedimentalmente a otro órgano, cuyos miembros están tan divididos y enfrentados sobre estas cuestiones como lo estaban los anteriores.

Si además la mejor explicación de estos desacuerdos persistentes es que las cuestiones de las que la sociedad se está ocupando son en sí mismas *cuestiones muy difíciles*, entonces no tenemos ninguna justificación para considerar el predominio temporal de una u otra parte en el desacuerdo como un ejemplo de precompromiso pleno y racional por parte de la sociedad en su conjunto. En estas circunstancias, que, como ya dije, son las circunstancias de la política, debemos simplemente dejar de lado la lógica del precompromiso y debemos dejar que los miembros de la sociedad resuelvan sus diferencias y cambien de opinión en la toma de decisiones colectivas con el paso del tiempo lo mejor que puedan.

5. ULISES, EL PUEBLO

Se podría pensar que el modelo de Ulises o del potencial conductor borracho no puede extenderse *de todos modos* a las cuestiones constitucionales porque en éstas no estamos ante un individuo que se ata a sí mismo, sino ante un agente colectivo complejo que comprende a millones de personas y que se ata a sí mismo haciendo que algunas de sus propias instituciones entren en conflicto entre sí. Además, si aplicamos esto a los ejemplos del derecho constitucional de Estados Unidos, tenemos que ver «el pueblo» no ya como millones de individuos diferentes, sino como una entidad continua que se prolonga durante varios siglos, de forma que el estar atados hoy en día por fórmulas establecidas por un grupo de revolucionarios provenientes de la supremacía blanca en 1791 se representa como una forma de precompromiso autónomo adoptado *por nosotros mismos*. Se podría pensar que esto debilita la credibilidad de los elementos del yo, la agencia y la autonomía involucrados en la idea de precompromiso.

¿Qué diferencia hay entonces entre las estrategias decisionales individuales, que pretenden una vigencia de unas horas o unos días, y los compromisos constitucionales de un pueblo entero que pretenden prolongarse durante siglos?

La diferencia principal es la que acabamos de comentar. Una decisión en t_1 tomada por un pueblo entero (que comprende millones de individuos) para imposibilitar una decisión determinada D tomada por ellos mismos en t_2 será en casi todos los casos objeto de desacuerdo. En t_1 las opiniones divergirán en cuanto a si D no es realmente deseable, e incluso en tal caso, en cuanto a si se trata de un objeto apropiado de restricción constitucional. En cualquier caso, no se adoptará un

precompromiso en t_1 a menos que haya mucha más gente que piense que D no es deseable que esté a favor. Es más, aquellos que voten a favor de una restricción lo harán presumiblemente porque temen que surjan entre los oponentes actuales de D algunos que en un tiempo futuro t_2 puedan dejarse llevar por el pánico, la codicia o la ira, y votar en su favor; esto es, temen un cambio *akrático* en la ponderación de la opinión. Pero supongamos ahora que hemos alcanzado ya t_2 y que, a pesar del límite constitucional, D se ha incluido de algún modo en la agenda política, y resulta que una mayoría de la gente es partidaria de D. Si la deseabilidad de D era controvertida en t_1 , entonces la explicación *akrática* del cambio de opinión no es la única posible. Una explicación alternativa y más caritativa (más respetuosa) consiste en que, habiendo continuado el debate público, mucha gente se ha convencido de la bondad de D por los argumentos planteados originalmente por la minoría en t_1 o por nuevos argumentos esgrimidos desde entonces.

La pluralidad de una comunidad política, la inevitable existencia de diversidad de opiniones y desacuerdos razonables entre sus miembros sobre todos los asuntos que conciernen a los derechos y la justicia y la dinámica de la deliberación, tanto formal como informal, a lo largo del tiempo; estas tres cosas significan que raramente estamos en disposición de afirmar, con alguna seguridad, que la mayoría que apoya una determinada posición en t_2 representa la debilidad o el pánico que los que se oponían a esta posición en t_1 tenían razones para temer. *Puede* representar la *akrasia* que temían. Pero igualmente puede no representar nada más que el tipo de cambio en la ponderación de la opinión que asociamos naturalmente con la deliberación continua (*ongoing*), especialmente cuando las circunstancias cambian y nuestra generación sucede a la anterior en el cuerpo político.

Vimos en el apartado 4 que es posible construir un caso individual análogo a éste: Bridget se debatía genuinamente por cuestiones teológicas, y resolvió de una forma en t_1 pero cambió de opinión en t_2 ³⁴. Este tipo de cosas nos resulta completamente familiar. Pero aunque los cambios de opinión sean tan habituales como la tenacidad en el caso de los individuos, no estamos habituados a nada remotamente parecido a la persistencia del tipo de la de Ulises y la unanimidad en el caso de las grandes comunidades políticas. El acuerdo unánime, como John LOCKE ha señalado, «resulta imposible que [...] se dé»³⁵. Así que hay algo completamente inadecuado en utilizar el precom-

³⁴ SCHELLING sostiene que el caso político puede dar luz sobre el caso individual (como opuesto al mismo, o como equivalente): afirma que, en todos los ejemplos de precompromiso individual, estamos en efecto ante la política de dos o más “yoes” dentro de una sola persona. Esto por supuesto no convierte para nada los casos políticos en más fáciles. Véase SCHELLING, 1987.

³⁵ LOCKE (1690a), 1997: Libro II, par. 98, 275.

promiso inequívoco de un individuo como modelo para los límites constitucionales. La pluralidad de la política, la razonabilidad del desacuerdo y la dinámica del debate significan que nuestro modelo debería ser el de Bridget y no el de Ulises. Y, como hemos visto, no es posible construir en el caso de Bridget la concepción del precompromiso que nos permitiría, en el caso político, burlar la objeción democrática.

Acabo de mencionar que una de las circunstancias que contribuyen a la dinámica del debate público y a los cambios correspondientes en la opinión pública es que el conjunto de miembros de la comunidad política está en constante transformación. Stephen HOLMES cita el cálculo de Thomas JEFFERSON de que desde un punto de vista actuarial (a fines del siglo XVIII) «la mitad de los que tienen 21 años o más en un determinado momento estarán muertos en 18 años y 8 meses»³⁶. ¿Por qué, entonces, se preguntaba JEFFERSON, una generación debería estar vinculada por los compromisos constitucionales alcanzados ya no por ellos, sino por sus antecesores?

Si entendemos los precompromisos políticos primariamente como estrategias individuales entonces esta objeción andará bien encaminada. Supongamos que Tom vota en favor de una ley que impone el uso obligatorio de los cinturones de seguridad en los automóviles porque quiere vencer su negligencia perezosa y *akrática* por su propia seguridad³⁷, y supongamos que la ley resulta aprobada. Lo que ha hecho Tom entonces es unirse a un gran número de otras personas, cada una de las cuales espera hacer uso de este mecanismo colectivo a fin de atarse a sí misma. Aunque se trate de una ley coercitiva, puede ser defendida de las críticas basadas en la autonomía en la medida en que todos aquellos que son coaccionados la ven deliberadamente como un mecanismo de fortalecimiento de su autonomía individual responsable. Pero una vez que Tom y su original grupo de conciudadanos pasan a mejor vida, no será posible ofrecer *esta defensa* de la ley de cinturones de seguridad a sus hijos y nietos. Por supuesto que los descendientes de Tom pueden renovar la ley o permitir que subsista en los códigos sin ser derogada por las mismas razones que llevaron a Tom a votar en su favor. Pero una vez más puede que no sea así. Y en ese caso no podemos defender la ley *ante ellos* como un precompromiso, ya que a lo sumo fue un precompromiso de la generación de Tom, no de la suya.

En todo caso, cuando desarrollamos la idea del precompromiso en un contexto político, habitualmente se despliega en términos de un precompromiso adoptado por el pueblo como entidad colectiva,

³⁶ HOLMES, 1995: 142, citando a JEFFERSON, 1984: 961.

³⁷ Le agradezco a Amy GUTMANN por esta forma de entender el precompromiso.

y no como un conjunto de precompromisos particulares adoptados por votantes individuales que utilizan en su favor mecanismos colectivos como las leyes. En los casos en los que se concibe el precompromiso como colectivo, la objeción intergeneracional no es por sí misma decisiva. Después de todo, si los ciudadanos pueden *en algún momento* estar vinculados por una legislación que no ha llegado a alcanzar un apoyo unánime (y los que se oponen a los límites constitucionales por supuesto creen que pueden estarlo) entonces debe ser porque los ciudadanos se han constituido como entidad política, una comunidad que no es simplemente el agregado de sus miembros individuales. Ronald DWORKIN se pregunta:

¿Por qué soy *libre* —cómo podría pensar que me gobiernan a *mí mismo*— si debo obedecer lo que otra gente decide incluso cuando pienso que es incorrecto, imprudente o injusto para mí o para mi familia? ¿Qué diferencia puede haber en el hecho de que mucha gente deba considerar que esta decisión es correcta, prudente y justa si no es necesario que *yo* lo piense? [...]. La respuesta a estas cuestiones enormemente complejas comienza en la concepción comunal de la acción colectiva. Si soy un miembro genuino de una comunidad política, sus acciones son en algún sentido pertinente mis acciones, aun cuando yo haya argumentado y votado en su contra [...]³⁸.

Las opiniones por supuesto divergen al respecto de qué es lo que exige esta concepción comunal, y exploraremos alguna de estas cuestiones en el capítulo XIII. Pero, como mínimo, los ciudadanos deben compartir algún sentido de que ellos están «todos juntos en esto». Deben compartir la idea —que en el capítulo V asociamos con «las circunstancias de la política»— de que existen problemas comunes que vale la pena que sean resueltos por todos conjuntamente a pesar de los puntos de vista divergentes con respecto de cuál debe ser la solución. Y deben articular esta idea compartida a través de su apoyo a mecanismos de decisión colectiva que les permitan extraer de sus desacuerdos un único curso de acción que acepten como vinculante para todos.

Su sentido de compartir estas preocupaciones y compromisos con otros implicará alguna opinión, probablemente tácita, acerca de quiénes son esos «otros». Esta opinión tendrá una dimensión temporal, así como una geográfica. La gente se preguntará: «¿Hasta qué punto es necesario adoptar un punto de vista común sobre estas cuestiones?», y sus respuestas generarán teorías de las fronteras, del federalismo y de la separación territorial de las jurisdicciones nacional y estatal. Y también se preguntarán: «¿Cuán importante es para nuestra solución compartida de un problema que se extienda y permanezca en vigor

³⁸ DWORKIN, 1996a: 22.

a lo largo del tiempo?». Igual que sus respuestas a la primera pregunta indicarán por qué una persona de un lado de la frontera se entiende que está vinculada por una ley determinada mientras que alguien unos pocos kilómetros más allá no lo está, de la misma forma su respuesta a la segunda pregunta generará una teoría de por qué los individuos pueden en ocasiones estar vinculados no sólo por leyes que ellos votaron en contra, sino también por leyes adoptadas varias décadas antes de que nacieran. No estoy diciendo cuáles deben ser tales respuestas, y ciertamente no estoy diciendo que no exista una comunidad política a menos que se entienda que sus leyes vinculan a las generaciones futuras en perpetuidad. Pero es más que probable que el sentido requerido de membrecía y de comunidad se extenderá de generación en generación, así que en principio no debería existir ninguna dificultad en estar vinculado por la decisión de nuestros ancestros. Así, si nuestros antepasados estimaron que cierto precompromiso era necesario, el mero hecho de que supuestamente tales precompromisos se extienden en el tiempo, y sobreviven a aquellos que los promulgaron, no debería ser en sí misma una razón para no respetarlos o para condenarlos como incompatibles con la idea de autogobierno.

Dicho esto, no obstante, la dimensión intergeneracional podría relacionarse con nuestra discusión en el siguiente sentido. Es natural, cuando estas posibilidades están siendo consideradas en perspectiva (como lo están siendo en estos momentos en el Reino Unido), prestar especial atención a la racionalidad y la autonomía del precompromiso *ex ante*. Nos parece *ahora* una buena idea comprometernos preventivamente contra violaciones *futuras* de los derechos. Pero es importante que aquellos que se embarquen en una reforma constitucional tengan la capacidad de considerar lo que están haciendo en estos momentos desde la mirada de los años, incluso de los siglos, por venir³⁹. Debemos tener en mente que en alguna fecha futura un gran número de personas, a favor de un cambio en alguna ley o en la interpretación de algún derecho, experimentará la fuerza del límite que estamos estableciendo como una restricción de su autonomía.

Quien reformar las leyes respecto de la financiación de las campañas electorales, por ejemplo, pero se encuentran con que sus esfuerzos están limitados por la cláusula de la libertad de expresión en su Constitución. Los que se oponen a dicha reforma pueden tratar de apaciguar la ira que este límite genera en la mayoría defendiéndolo como un precompromiso adoptado por una generación anterior. Ahora, es posible que la mayoría sea insensible a esta justificación, y que lo sea por la misma razón por la que se estableció el precompromiso: la mayoría se encuentra precisamente en el estado patológico que el diseño del precompromiso quería contrarrestar. Pero también es posi-

³⁹ Véase ARENDT, 1973: 198.

ble que la mayoría se oponga a la justificación del precompromiso, no porque estén cegados por la pasión o la ira, sino porque discrepan sobre la idea de libertad de expresión que pareció plausible a sus antecesores. *Ex ante* el precompromiso parecía una buena idea; *ex post*, podría parecer estúpido dado lo que sabemos sobre las democracias, los medios masivos de comunicación y las campañas electorales. Y si la mayoría ahora sabe que incluso en el momento en el que se adoptó el precompromiso había voces advirtiendo en contra de intentar atar a las generaciones futuras en materias tan complejas como ésta, se mostrarán especialmente inclinados a considerar irrazonable dicho límite. Ahora obviamente se trata de una visión retrospectiva: es un punto de vista del precompromiso *ex post*. Pero es un punto de vista que, imaginariamente, los autores del precompromiso debían tomar muy en serio *ex ante*. Deberían preguntarse: ¿existe ahora alguna razón para dudar de que esta cláusula parecerá razonable como precompromiso a aquellos a los que limitará en el futuro? Me parece que la existencia del desacuerdo de buena fe sobre el contenido del precompromiso en el tiempo en el que es propuesto es *siempre* una razón para responder a esta pregunta de forma afirmativa. El desacuerdo *ex ante* augura irrazonabilidad *ex post*.

Así, aunque la dimensión intergeneracional no es necesariamente concluyente contra la caracterización de los límites constitucionales como precompromisos, es probable que de hecho lo sea en la medida en la que el futuro tiene una desconcertante tendencia a reivindicar la sabiduría de aquellos cuyas opiniones o percepciones podían haber estado en minoría en el momento en el que el límite fue originariamente impuesto.

Supongo que de esto se sigue que un límite constitucional es menos irrazonable *qua* precompromiso cuanto mayor sea la posibilidad de modificarlo mediante procedimientos de reforma constitucional⁴⁰. Necesitamos tener en cuenta, no obstante, que dichos procesos son habitualmente muy dificultosos; de hecho su dificultad —la diferencia, por ejemplo, entre la mayoría requerida para la reforma constitucional y la requerida para la reforma legislativa ordinaria— es precisamente definitoria del límite en cuestión. Así que si hay una objeción a un límite constitucional determinado, esta objeción no queda refutada señalando que existe una posibilidad formal de reforma o cambio; la naturaleza y el alcance de dicha posibilidad es precisamente lo que está siendo objetado. Lo único que podemos decir es que la objeción habría sido incluso más fuerte si no hubiera existido la posibilidad de reforma. Ciertamente, la posibilidad de reforma constitucional no

⁴⁰ Esta idea la tuvo Ronald DWORKIN en una discusión en el *Program for the study of Law, Philosophy and Social Theory* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva York, en otoño de 1996.

añade nada a la defensa de considerar una restricción constitucional como *un precompromiso*: a lo sumo, todo lo que hace es modificar nuestra comprensión de qué es lo que intentamos defender al presentarlo de este modo.

6. REGLAS CONSTITUTIVAS

Mencioné anteriormente que Jon ELSTER tenía algunas dudas acerca de si los límites constitucionales podían ser realmente descritos como precompromisos, dado que no eran «externos» al pueblo que los establecía⁴¹. La respuesta era que los límites eran externos a algunas de las instituciones establecidas por el pueblo para actuar en su nombre, aun cuando no fueran externas al pueblo mismo considerado como «soberano popular». Quiero volver ahora sobre este punto, ya que de ahí surgen interesantes cuestiones sobre la relación entre los límites constitucionales y las reglas constitutivas de las instituciones políticas.

Un grupo de individuos debe constituirse a sí mismo como pueblo —esto es, como comunidad política— incluso a fin de elaborar una Constitución. Pero lo que hacen la mayoría de las veces al elaborar la Constitución es construir lo que esperan que sea un conjunto duradero de instituciones que pueden incorporar procedimientos de decisión y mecanismos de acción colectiva. En su reciente libro *Passions and Constraint*, Stephen HOLMES ha sostenido que los límites constitucionales poseen importantes funciones *constitutivas* a este respecto:

Las constituciones pueden ser útilmente comparadas con las reglas de un juego e incluso con las reglas de la gramática. Mientras que las reglas *regulativas* (por ejemplo, “no fumar”) gobiernan actividades preexistentes, las reglas *constitutivas* (por ejemplo, “los alfiles se mueven en diagonal”) hacen posible una práctica por primera vez [...]. Las constituciones no limitan el poder solamente; pueden crear y organizar el poder, así como darle unas directrices [...]. Cuando una asamblea constituyente establece un procedimiento de decisión, más que restringir una voluntad preexistente, de hecho crea un marco en el que la nación puede, por primera vez, tener voluntad⁴².

El argumento resulta más claro en el caso de los procedimientos políticos. Vimos en el capítulo IV que una asamblea deliberativa requiere reglas procesales a fin de facilitar y centrar sus debates. Si estas mismas reglas están abiertas a la discusión en las propias sesiones que supuestamente estructuran, entonces será difícil para un amplio grupo de diversos deliberantes proceder con alguna seguridad de que

⁴¹ ELSTER, 1989: 196. Véase el inicio del apartado 3 de este capítulo.

⁴² HOLMES, 1995: 163-164.

no están teniendo conversaciones cruzadas o dando rodeos sobre un mismo tema. Como las reglas de la gramática, las reglas procesales no pueden ser consideradas simplemente como una forma de poner esposas o de limitar a los participantes⁴³. En su lugar, hacen posible la participación estableciendo una matriz de interacción en la que las contribuciones concretas pueden tener lugar y, por así decirlo, «quedar registradas». Por supuesto que las reglas de la gramática no son realmente algo que nosotros *decidamos* a fin de facilitar el discurso. Simplemente emergen: nos encontramos con ellas como parte integral de nuestra capacidad de comunicarnos⁴⁴. Pero en el contexto de una Constitución promulgada, las reglas procesales son el resultado de decisiones tomadas con el propósito de constituir la toma de decisiones públicas. Tal y como HOLMES lo expresa, «las decisiones son tomadas sobre la base de predecisiones. Las decisiones electorales son tomadas sobre la base de decisiones constitucionales. Cuando los votantes entran a la cabina, por ejemplo, los votantes eligen quién será presidente pero no cuántos presidentes habrá»⁴⁵.

Todo esto es muy importante. Es igualmente importante, no obstante, advertir las diferencias entre esta forma de «predecisión» procedimental y el precompromiso propiamente dicho. Déjenme explicarlo.

Ulises se ata al mástil, así que cuando surge la cuestión de si debe dejar el barco en respuesta al canto de las sirenas, cualquier decisión que tome para abandonarlo será inefectiva. Del mismo modo, el bebedor entrega las llaves de su coche a un amigo para hacer más improbable que tome la decisión de conducir cuando surja la cuestión de dejar la fiesta y volver a casa a medianoche. Éstos son ejemplos de precompromiso: para adaptar nuestra definición a la de JON ELSTER⁴⁶, un agente pone en práctica una decisión en un tiempo t_1 a fin de disminuir la probabilidad de que pondrá en práctica otra decisión en un tiempo t_2 .

Pero en el ejemplo de HOLMES no se supone que la regla procesal («sólo un presidente») adoptada en t_1 opere cuando (o si) el pueblo está decidiendo en un momento posterior cuántos presidentes quiere tener; no se pretende con ella limitar cualquier decisión en tal ocasión. En cambio, está diseñada para operar en el momento en el que el pueblo elija quién debe ser presidente. A diferencia de cuando Ulises se ata a sí mismo al mástil o de cuando el bebedor entrega las llaves de su coche a un amigo, el establecimiento de una regla procesal no

⁴³ HOLMES, 1995: 163.

⁴⁴ Cfr. la observación de David HUME sobre las promesas, las convenciones y el surgimiento del lenguaje, en HUME (1739-1740), 1988: Libro III, Parte II, s. II, par. 490, 659-660.

⁴⁵ HOLMES, 1995: 167-168.

⁴⁶ ELSTER, 1984: 39.

se diseña para incrementar la probabilidad de una decisión en particular en t_2 ; lo que se busca es sencillamente elaborar y constituir un tipo de procedimiento de toma de decisiones. Su importancia en estructurar dicho procedimiento no nos permite inferir nada acerca de qué es lo que nos impide replantear más adelante el número de jefes del ejecutivo que tenemos. Del mismo modo la importancia constitutiva de las reglas del *baseball* o de las convenciones ortográficas no muestran que sea incorrecto o imprudente modificar dichas reglas; todo lo que muestran es que, con independencia de cuánto modifiquemos las reglas, éstas deben estar establecidas en el momento en que alguien quiera entrar en la práctica o jugar al juego que las reglas constituyen.

Seguramente, puede haber otros argumentos para no estar revisando constantemente las reglas constitutivas de diversas actividades. Si cambiamos las reglas del *baseball* muy a menudo, los aficionados estarán confusos y los jugadores serán incapaces de desarrollar un conjunto consistente de habilidades. Cambiemos las convenciones de nuestra ortografía, y el vicepresidente ya no podrá seguir en su cargo. Existen famosos argumentos conservadores también en la política, de los que los más conocidos son los de Edmund BURKE:

Con esta facilidad carente de principios para cambiar el Estado tanto, tan a menudo y en tantos aspectos como cambian los caprichos y las modas, toda la cadena y continuidad de la comunidad política se quebraría. Ninguna generación enlazaría con la otra. Los hombres serían poco mejor que las moscas de un verano⁴⁷.

Ahora, este argumento burkeano bien puede motivar los precompromisos constitucionales, como una precaución contra una alteración precipitada de los procesos constitutivos de nuestra política. Atrincheramos nuestros procedimientos actuales en t_1 contra el cambio en t_2 porque tememos que si fuéramos a ser indulgentes con nuestros apresurados impulsos reformistas en t_2 nos convertiríamos en poco más que fugaces moscas de un verano. Y si hacemos esto, nuestro precompromiso estará expuesto a todas las dificultades del pluralismo y los desacuerdos que ya hemos considerado —puesto que está absolutamente claro que los argumentos de BURKE sobre los peligros de la reforma constitucional son cuestiones sobre las que la gente razonable discrepa—.

Mi argumento actual, no obstante, es que sería un error confundir los precompromisos burkeanos con los procedimientos constitutivos mismos. En relación con esto, es engañoso sugerir, como lo hace Stephen HOLMES, que los límites constitucionales tengan el carácter

⁴⁷ BURKE, 1969: 192-193.

de facilitar y capacitar propio de las reglas constitutivas del procedimiento.

7. PRECOMPROMISO Y SEGURO

Hasta ahora hemos establecido que no deben asimilarse los procedimientos constitutivos con los precompromisos, pero precompromisos de otros tipos pueden ser pragmática o políticamente necesarios en la Constitución de un pueblo.

En un sentido puramente formal, una comunidad política puede estar constituida por una regla de votación, pero dichas reglas procesales constituyen una realidad política significativa sólo en relación con el contexto jurídico y social que condiciona el carácter del debate público. Una cosa es el gobierno de una mayoría popular si los votos se emiten después de largos períodos de argumentación entre los ciudadanos y sus representantes, y otra cosa muy distinta si se emiten los votos sin ninguna interacción deliberativa o si la cultura política es tal que la mayoría de la gente siente miedo de expresar su oposición tan pronto como empieza a aparecer algún indicio de consenso mayoritario. De hecho, podemos sostener que estas condiciones que tienen que ver con la deliberación son tan importantes que la decisión de la mayoría puede acabar siendo, efectivamente, bastante diferente —una forma diferente de gobierno, una Constitución de un tipo bastante distinto al de «*we, the people*»*—, dependiendo de tales condiciones. HOLMES sostiene que, de todas las diversas formas de gobierno que pueden resultar, sólo algunas pueden ser legítimamente denominadas «democracia»:

La democracia es el gobierno mediante la discusión pública libre y racional entre ciudadanos legalmente iguales, y no simplemente la imposición de la voluntad de la mayoría [...]. No se le debería dar autoridad soberana a cualquier “voluntad”, sino sólo a una voluntad formada en un debate ampliamente abierto y dinámico. El derecho jurídicamente garantizado a oponerse es en consecuencia una norma fundamental del gobierno democrático; proporciona una precondition esencial para la formación de la opinión pública democrática⁴⁸.

Analizaremos esta tesis, y otra muy parecida de Ronald DWORKIN, como una propuesta general sobre el verdadero significado de «democracia» en el capítulo XIII. Por el momento, debemos intentar entenderla en relación con la lógica del precompromiso.

* N. de los trads.: Se alude al inicio del preámbulo de la Constitución de los Estados Unidos, que hemos preferido no traducir.

⁴⁸ HOLMES, 1995: 171.

La idea es que al establecer las instituciones democráticas, al constituir la propia posibilidad de «la voluntad del pueblo», los miembros de una sociedad pretenden comprometerse no sólo con cualquier vieja forma de mayoritarismo, sino con una forma determinada de decisión mayoritaria, con la soberanía de una «voluntad popular formada en un debate ampliamente abierto y dinámico»⁴⁹. Esto no lo pueden hacer sin esforzarse al mismo tiempo por crear un clima abierto y tolerante para la expresión efectiva de la oposición política y el disenso. Y esto a su vez les obliga a establecer ciertas garantías de que la oposición y el disenso en minoría no evocarán ningún rechazo violento por parte de mayorías temporales o permanentes. Tales garantías, prosigue el argumento, no resultan creíbles a menos que la gente haya adoptado mecanismos constitucionales para restringir sus respuestas naturales represivas a la irritación de la crítica de la minoría. Un precompromiso de este tipo puede parecer negativo, y los miembros de la mayoría pueden sentir que su efecto inmediato es impedirles hacer cosas que quieren hacer. Pero a medio y largo plazo, las garantías constitucionales de libertad de expresión y de oposición leal son indispensables para el debate político significativo. Son condiciones para el mismo objetivo que los miembros de la mayoría pretenden de su Constitución: el surgimiento, a través de procedimientos mayoritarios, de una base informada y efectiva para la decisión popular. En esto consiste —tal y como yo lo entiendo— el argumento de HOLMES.

Es un argumento atractivo. Y creo que sería una defensa convincente de la aprobación de límites constitucionales inmunes a una revisión legislativa subsiguiente si se diera alguna de estas dos condiciones. Sería convincente si la gente fuera constante y unánime en su concepción de la decisión mayoritaria y de las condiciones necesarias para su realización efectiva. O aun no estando de acuerdo sobre estas cuestiones, sería un argumento convincente en favor de los límites constitucionales si las minorías tuvieran razones para temer que todo replanteamiento legislativo de las normas sobre la libertad de expresión y la oposición leal fuera un modo de oprimir o silenciar el disenso.

De hecho, ninguna de estas dos condiciones se da. Aunque casi todo defensor de la decisión mayoritaria está comprometido con *alguna* forma de democracia deliberativa, las opiniones varían ampliamente respecto a qué debería ser la deliberación y cuáles son las condiciones jurídicas, políticas y sociales que deberían rodearla. No necesitaría decir mucho más, pero aquí tenemos algunas de las cuestiones sobre las que los demócratas razonables discrepan: la representación proporcional, los referenda, la frecuencia de las elecciones, los límites de mandatos, la base sobre la que trazar los distritos electorales, el acceso a espacios de televisión por parte de los candidatos financiado por

⁴⁹ HOLMES, 1995: 171.

el Estado y la financiación general de las campañas. La gente discrepa sobre la publicación de las encuestas de opinión, sobre la libertad de expresión en los centros comerciales, sobre la influencia de grupos de interés especiales y los comités de acción política y sobre el interés público en el funcionamiento interno de los partidos políticos. Discrepan también sobre temas tales como los insultos, el discurso del odio, la representación étnica, la calumnia penal y los conceptos de sedición, insurrección y subversión.

Estamos bendecidos con una rica y profunda literatura sobre todos estos temas, desde los *Federalist papers* hasta los libros más modernos, como *Political Equality*, de Charles BEITZ; *The Tyranny of the Majority*, de Lani GUINIER, y *The Partial Constitution*, de Cass SUNSTEIN. Las diversas y opuestas concepciones expuestas por estos y otros autores representan diferentes intentos de identificar detalladamente la naturaleza del sistema político con el que nos hemos comprometido, o (más correctamente) con el que estamos, mediante nuestras continuas prácticas políticas y constitucionales, en proceso de comprometernos.

La persistencia de estos desacuerdos es característica de todas las democracias contemporáneas, y en la mayoría de las sociedades se da una conexión natural entre este tipo de discusión entre intelectuales, constitucionalistas y científicos políticos y los procesos más formales por los que el pueblo y sus representantes debaten y votan sobre propuestas de reforma constitucional. En Nueva Zelanda los votantes adoptaron e hicieron uso recientemente de un sistema de representación proporcional; en el Reino Unido pronto los votantes tendrán la oportunidad de decidir entre diversas propuestas de reforma de la segunda cámara de su Parlamento; y la financiación de las campañas electorales está en la agenda legislativa en casi todo el mundo. Cada país estudia la experiencia constitucional de los demás; en cada uno de estos debates los ciudadanos ponderan complejas listas de pros y contras; y aunque la gente y los profesores de derecho pueden defender apasionadamente una opción u otra, los debates sobre la estructura constitucional se conducen en general por un espíritu de respeto mutuo y en la aceptación común de que éste no es un ámbito de la vida en el que la verdad sea bien conocida y autoevidente.

En algunos países, las decisiones efectivas sobre la estructura constitucional pueden ser tomadas por los Parlamentos, y por supuesto los parlamentarios discrepan entre sí con respecto a qué es lo deseable. El debate de la Cámara de los Comunes en 1998 sobre la Declaración de Derechos Humanos es un buen ejemplo. En otros países dichas decisiones son tomadas mediante votaciones en referenda, y sucede, predeciblemente, que la gente también discrepa. Incluso en países como los Estados Unidos, donde la cultura política confía en buena medida estas cuestiones a los tribunales, los magistrados raramente

alcanzan la unanimidad. Resulta que los jueces discrepan entre sí tanto como los demás, y lo hacen razonablemente y de buena fe, sobre la naturaleza de su administración constitucional y los compromisos sobre principios que se supone que dicha administración incorpora.

Todo esto es seguramente saludable; es exactamente lo que deberíamos esperar, y podemos describirlo, para los fines de la filosofía política y del derecho, de muchas formas distintas. Pero me parece que hay algo que no podemos afirmar: no podemos describir este proceso en términos de un conjunto de precompromisos populares inequívocos con una forma particular de toma de decisiones política. ¿Cómo tomar decisiones colectivas en política? Todo lo que podemos decir es que esto es algo sobre los que debemos seguir trabajando.

Dije que el argumento que hemos estado considerando en este apartado significaría una defensa convincente en favor de límites constitucionales inmunes a la revisión legislativa si se daba alguna de dos condiciones, esto es, si o bien los compromisos del pueblo a este respecto quedaban establecidos, y eran constantes e inequívocos, o bien si revisar estas cuestiones amenazaba con un grave peligro a los disidentes o las minorías. Acabamos de ver que no se cumple la primera de estas condiciones, y tampoco se cumple la segunda.

Los que disienten con la opinión mayoritaria necesitan contar con un seguro de que su oposición no producirá una respuesta represiva o devastadora. En algunos países (incluso en algunos que se autodenominan democracias) este seguro es muy débil o inexistente. Éste es un tema de gran preocupación, pero no es el que nos interesa aquí; en dichos países las estructuras constitucionales también han fallado. Puede haber, no obstante, uno o dos países en los que exista realmente el seguro que necesitan los disidentes en virtud de la estructura constitucional, pero en los que ésta es tan frágil que cualquier intento del pueblo o de sus representantes de revisar o votar cuestiones de estructura política sería visto razonablemente por las minorías como una forma de atacar y socavar su garantía de libertad y oposición leal. Tal vez algunas de las nuevas democracias de la Europa del Este y de la antigua Unión Soviética entran en esta categoría. Se puede sostener, no obstante, que éstos son de los países que *menos* pueden permitirse el lujo de la rigidez constitucional que implica la idea de precompromiso⁵⁰; su pueblo debe ser capaz de experimentar con una

⁵⁰ Véanse HOLMES y SUNSTEIN, 1995. Vale la pena reproducir con extensión las observaciones con las que HOLMES y SUNSTEIN concluyen su análisis (*ibid.*, 305-306): «Las cuestiones básicas que deben tratar de resolver los políticos actuales en la Europa del Este tienen que ver con las fronteras territoriales, la cuestión de quién es miembro de la comunidad política, la asignación de los primeros derechos de propiedad y la repentina redistribución de la riqueza privada (incluyendo la privatización de la *nomenklatura*), ajustando cuentas o pasando página del pasado. Estos problemas, no encarados por ninguna democracia occidental hoy en día, no pueden ser

variedad de formas procedimentales detalladas mientras, lentamente, durante *décadas*, intentan construir sus propias tradiciones constitucionales. En todo caso, las especificidades que he señalado, las libertades de oposición garantizadas de hecho por límites constitucionales pero de una forma tan frágil que serían amenazadas por *cualquier* iniciativa legislativa para revisar o reestructurar dichos límites, estas especificidades no se aplican a los Estados Unidos y no se aplican al Reino Unido. En ambos países existen tradiciones robustas y establecidas de libertad política (que han florecido a menudo *a pesar* de los mejores esfuerzos del poder judicial)⁵¹; y en ambos países existen potentes debates sobre la estructura política que parecen capaces de transcurrir sin amenazar las libertades de la minoría.

Por esta razón, entonces, y porque estas cuestiones de *background* de la estructura política, el proceso político y la cultura política siguen siendo el objeto del desacuerdo continuo, sano y benigno, el modelo de antipánico del precompromiso odiseico parece singularmente inapropiado como base o modelo para la teoría constitucional.

fácilmente resueltos invocando principios liberales. Y no pueden ser tratados judicialmente por un órgano que no deba rendir cuentas compuesto por hombres y mujeres con una buena formación. Tampoco serán impuestos por un ejército conquistador y aceptados por un pueblo derrotado y moralmente castigado. Sólo pueden ser resueltos políticamente. Las decisiones cruciales deben ser tomadas con todo el desorden de la negociación parlamentaria y el compromiso *ad hoc*, llevada a cabo en alguna medida ante el ojo público [...]. Es fútil e incluso ilegítimo intentar al principio atrincherar ciertas respuestas en un marco constitucional inmunizado contra el cambio. Los intentos de despolitizar o juridificar la elaboración de la Constitución no son razonables en sociedades en las que el futuro está tan abierto y las decisiones que hay que tomar son tan básicas y tan amplias».

⁵¹ Véase la nota 31 de este capítulo.

