

Seminario de Investigación en Economía y Filosofía del Derecho

Profesores: Horacio Spector y Eduardo Rivera López

¿Qué sistema institucional se desprende de una justificación contractualista de la legitimidad del Estado?

Alumno: Ezequiel Mariano Manóvil

Abril de 2006

Universidad Torcuato Di Tella

Índice

I.	Introducción.....	pág.1
II.	¿Por qué contractualismo?.....	pág.2
III.	Análisis crítico de las principales corrientes contractualistas.....	pág.9
IV.	Sobre la utilidad del enfoque contractualista.....	pág.12
IV.1	Un recurso para <i>modelar</i> y poner en tela de juicio ciertos ideales.....	pág.17
V.	Qué sistema se deriva de una justificación contractualista del Estado.....	pág.20
V.1	¿Por qué deben descartarse los sistemas dictatoriales?.....	pág.20
V.2	Un Estado de derecho.....	pág.24
V.3	Por qué descartar una Constitución “atrincherada”.....	pág.25
V.4	La Democracia y sus concepciones.....	pág.25
V.5	Una Democracia Deliberativa.....	pág.28
V.6	Una Constitución que garantice los prerequisites de la Democracia Deliberativa.....	pág.31
V.7	La situación de las minorías.....	pág.32
V.8	La igualdad.....	pág.34
V.9	En busca de un equilibrio.....	pág.36
V.10	La Constitución del poder.....	pág.38
V.11	Representación Plena y sistema proporcional de elecciones.....	pág.39
V.12	Descentralización.....	pág.40
V.13	Presidencialismo vs. Parlamentarismo.....	pág.41
V.14	El Poder Judicial.....	pág.43
V.15	La Constitución de los derechos.....	pág.44
VI	Breves consideraciones finales.....	pág.45
VII	BIBLIOGRAFÍA.....	pág.

¿Qué sistema institucional se desprende de una justificación contractualista de la legitimidad del Estado?

Introducción

En el presente trabajo me propongo demostrar que de toda justificación contractualista de la legitimidad del Estado se deriva, necesariamente, un sistema democrático deliberativo. Consciente de las muy diversas corrientes existentes dentro del contractualismo, ambiciono esbozar las características principales de este sistema institucional con el que *todo* teórico contractualista debería comprometerse.

Para cumplir con mi propósito, examinaré, en primer lugar, los principios que deben ser defendidos por toda corriente que pretenda ser considerada contractualista. Se trata de los principios de libertad individual, igualdad e imparcialidad. El análisis de sus reales alcances será decisivo en razón de que, según procuraré demostrar, sólo cabe justificar, en términos contractualistas, aquel sistema que garantice un máximo compromiso con estos principios.

A fin de establecer el contenido más *específico* de cada uno de los principios aludidos, me detendré, en segundo término, en el examen crítico de las distintas modalidades básicas del pensamiento contractualista. El objetivo será identificar qué tipo de teorías contractualistas permiten un análisis como el que persigo. A la luz de las conclusiones derivadas de un estudio conjunto de lo que considero la única real utilidad de los modelos contractualistas, descartaré al resto de las corrientes así calificadas pues, al menos en el marco de lo aquí examinado, nada aportan.

Hecho lo anterior, me abocaré al análisis concreto del diseño institucional que se desprende de toda justificación contractualista del Estado. El compromiso con los referidos principios de libertad, igualdad e imparcialidad, sobre los cuales debe descansar toda visión contractualista, aparecerá como el criterio rector para la definitiva estructuración del sistema.

Descartado el sistema dictatorial en todas sus modalidades, y rechazada también la posibilidad de una Constitución “atrincherada”¹, se expondrán las razones por las cuales sólo una democracia con rasgos *deliberativos*, muy semejante a la defendida por Carlos

¹ La Constitución es “atrincherada” cuando, mediante la inclusión de largas listas de derechos, regula una amplia gama de cuestiones que, de otro modo, serían resueltas por el juego democrático.

Nino,² puede hallar real correlato con los ideales contractualistas. Seguidamente, serán desarrollados los contenidos generales de la Ley Fundamental del sistema que, dividida en sus partes “orgánica” y “dogmática,” ha de garantizar las precondiciones de la discusión democrática.

El trabajo concluirá con unas breves consideraciones finales.

¿Por qué contractualismo?

Más allá de las innumerables y disímiles modalidades existentes dentro de la corriente contractualista, coincido con Scheppele y Waldron en que todas ellas derivan la legitimidad del Estado del consenso de los gobernados, en contraposición a la “tradicón, el *iure* divino, el poder de *facto*, consideraciones utilitaristas u otras fuentes de autoridad.”³ Es por ello que, sin dejar de detenerme en ciertas particularidades de algunas de las versiones del contractualismo, mis consideraciones relativas a qué sistema institucional debe seguirse de una justificación contractualista de la legitimidad del Estado están destinadas a abarcar al contractualismo en sus términos más generales.

A fin de avanzar con la efectiva búsqueda del sistema político más compatible con el ideal contractualista, es menester identificar, en primer lugar, aquellos elementos de los cuales se desprende el atractivo del enfoque general. Serán las conclusiones de este análisis las que permitirán establecer los criterios principales en base a los cuales ha de estructurarse el sistema político que se sigue de una justificación contractualista del Estado.

Scheppele y Waldron señalan que son dos los motivos principales por los cuales resulta atractivo encarar temas políticos y legales desde la óptica contractualista. El primero de ellos surge de la posibilidad de compatibilizar la idea de la libertad individual con la de la acción estatal por vía del *consenso* alrededor del cual se estructura toda teoría contractualista. El segundo, por su parte, se desprende del estrecho vínculo entre la idea contractualista y los principios de igualdad e imparcialidad, que nos exigen abordar los intereses y reclamos de las otras personas como si fueran los propios.

² Especialmente en sus obras La Constitución de la Democracia Deliberativa, Ed. Gedisa, 1997 y Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación, Editorial Astrea, 1989.

³ Kim Lane Scheppele y Jeremy Waldron, “*Contractarian Methods in Political and Legal Evaluation*,” pág. 195.

En relación con la primera razón mencionada, los citados autores señalan que los enfoques contractualistas siempre han girado en torno a la idea de que los seres humanos puedan gozar de los beneficios de la vida social sin que ello vulnere su libertad individual. Así como el más básico principio liberal postula que el derecho de autopropiedad e integridad de las personas es plenamente compatible con la posibilidad de que los individuos *consientan o den permiso* para que otros individuos se inmiscuyan o entrometan con sus personas, (a través de una relación sexual, la práctica de un deporte o una intervención quirúrgica) las facultades coercitivas de los gobiernos serán compatibles con la libertad individual en tanto puedan ser derivadas del consentimiento prestado por las personas sujetas al poder estatal.⁴

Con respecto al vínculo entre la idea contractualista y los principios de igualdad e imparcialidad, Scheppele y Waldron recorren un camino esclarecedor.

En primer lugar, señalan que, en su sentido más amplio, la moralidad exige atribuir a los intereses de las otras personas el mismo peso que a los propios en tanto que la imparcialidad impone distanciarse de las circunstancias de una de las partes de determinado conflicto y encararlo desde la óptica de todos los involucrados. Tras hacer referencia a la seria dificultad de considerar, en muchos casos, los puntos de vista de personas inmersas en realidades marcadamente distintas de la propia, los autores se preguntan qué debe hacerse una vez satisfecha tan difícil tarea.

La primera posibilidad, que acarrea una solución utilitarista, es descartada en razón de los problemas habituales que son atribuidos a esta corriente. En resumidas cuentas, el utilitarismo no toma seriamente en cuenta la separabilidad de las personas; ignora el hecho de que determinado interés puede dar a la vida de un individuo su único significado.

La segunda posibilidad es, precisamente, el enfoque que vincula a la igualdad y a la imparcialidad con el contractualismo. Teniendo claramente en mira la posición original de Rawls⁵, Scheppele y Waldron sostienen que, en lugar de imaginarse en la posición de *todos*, los individuos deben imaginarse que estarán en la posición de *alguien*, pero sin saber en cuál acabarán efectivamente estando. Lo decisivo aquí es que ser una persona implica vivir una vida en particular y no una vida promedio o una vida de experiencias

⁴ Scheppele y Waldron, ob. cit., pág. 199.

⁵ John Rawls, A Theory of Justice, Cambridge, Harvard University Press, 1971.

aglomeradas. En este contexto, los individuos querrán, presumiblemente, asegurarse de que *toda* posición defina una vida tolerable.⁶

Por supuesto que, como adelanté, y a pesar de manifestar que su análisis es aplicable al contractualismo en general, las consideraciones de Scheppele y Waldron en relación con el vínculo entre los principios de igualdad e imparcialidad y el ideal contractualista se restringen al muy particular enfoque rawlsiano. Dado que los individuos en la “posición original” de Rawls deben ser vistos como “jugadores racionalmente autointeresados”, es el “velo de ignorancia”(que, en términos de Roberto Gargarrella, les impide conocer “toda aquella información que les permitiría orientar la decisión en cuestión en su propio favor.”⁷) el que mitiga su posible egoísmo y garantiza, en cambio, criterios de elección fundados en los principios de imparcialidad e igualdad.

A mi juicio, empero, el vínculo entre estos principios y la idea contractualista no se limita a la corriente rawlsiana.

En primer lugar, el sólo requisito de unanimidad, inherente a todo contrato, garantiza, además de la presupuesta libertad de todos los contratantes, una mirada imparcial de las situaciones susceptibles de ser reguladas por el acuerdo de que se trate. La necesidad de contar con el consentimiento de *todas* las partes afectadas impide la adopción de soluciones parciales tendientes a beneficiar a algunos en detrimento de otros. Cobrará especial relevancia, cuando sean tratadas las características específicas del sistema que será justificado en términos contractualistas, el hecho de que *ningún* punto de vista puede ser ignorado por los contratantes. Ello porque de la exigencia de unanimidad se deriva un poder de veto en cabeza de cada una de las partes del acuerdo.

Más allá de no coincidir con quienes postulan la *redundancia* del “velo de ignorancia” rawlsiano⁸ queda claro, pues, que la relación entre el principio de imparcialidad y el ideal contractualista excede los términos de una visión en particular y se aplica, en cambio, a las más diversas corrientes contractualistas por su sola condición de tales.

⁶ Scheppele y Waldron, ob. cit., pág. 204.

⁷ Roberto Gargarrella, Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política, Ediciones Piados Ibérica, Barcelona, 1999, pág. 37.

⁸ Ver, por ejemplo, Scheppele y Waldron, ob. cit., pág 222.

El vínculo entre el principio de igualdad y el modelo contractualista es más conflictivo que el existente entre éste y los principios de libertad individual e imparcialidad. El hecho de que distintos autores “contractualistas” aludan a disímiles nociones de igualdad (o, incluso, a manifiestas desigualdades) entre las personas firmantes del contrato social parece poner en tela de juicio la relación entre este principio y la idea *general* de contractualismo. Por ejemplo, en tanto Rawls postula una igualdad *moral* entre los individuos de su posición original⁹, Gauthier¹⁰ deriva la igualdad “del hecho de que somos relativamente iguales a los demás en cuanto a nuestras capacidades físicas y en cuanto a nuestras vulnerabilidades”¹¹ y Buchanan¹², en contraposición, elabora una teoría cuyo rasgo central es, precisamente, un punto de partida de desigualdad entre las personas de la situación original.

Acaso estas diferencias, y las dificultades generales para establecer un vínculo entre igualdad y contractualismo tan estrecho como el existente entre los principios de libertad individual e imparcialidad y la corriente contractualista, respondan a las disímiles características de cada uno de estos principios considerados en sí mismos. La libertad individual y, en mayor medida, la imparcialidad en la toma de decisiones aparecen como conceptos cuyos rasgos principales parecieran poder ser claramente identificados y defendidos, en términos intuitivos, por una amplia mayoría de personas. Con respecto a la igualdad, aun cuando quepa esperar que los mismos individuos a cuyas intuiciones apelé se pronuncien en favor de su defensa como idea abstracta, difícilmente pueda identificarse un consenso generalizado en relación con las modalidades de igualdad dignas de ser defendidas.¹³

Es por ello que debe sostenerse, en definitiva, que el atractivo de las corrientes contractualistas deriva de su estrecho vínculo con los principios de libertad individual, imparcialidad y *alguna noción de igualdad* (principios en torno a los cuales, recuérdese, deberá construirse el sistema institucional al que aludiré más adelante).

⁹ Kymlicka, citado por Gargarella, ob. cit., pág. 37, sostiene que el velo de ignorancia “no es una expresión de una teoría de identidad personal. Es un test intuitivo de equidad.”

¹⁰ David Gauthier, Moral by Agreement, 1986, citado por Gargarella, ob. cit., pág 32.

¹¹ Gargarella, ob. cit., pág 32.

¹² James Buchanan, The Limits of Liberty, en *Collected Works*, Indianapolis, Liberty Fund, 2000, Capítulo 4, Volumen 7.

¹³ Por ejemplo, ¿debe garantizarse una igualdad de resultados o solamente de oportunidades? En caso de defender esta última noción, ¿debe intervenir para compensar desigualdades derivadas de circunstancias naturales –por ejemplo, el talento- o sólo son relevantes otras circunstancias de índole cultural o social?

Por supuesto que, a la luz del objetivo que me he planteado, dilucidar en qué consiste esta noción de igualdad resulta insoslayable. Tomando el ideal contractualista en sus términos más genéricos, empero, no parece plausible desprender mucho más que los niveles de igualdad asociados directamente con la idea de imparcialidad¹⁴ que, junto con el principio de libertad individual, y a diferencia del de igualdad, sí está inescindiblemente vinculado con toda corriente contractualista. Un escenario de partes contratantes con poderes de negociación marcadamente desiguales es compatible, en términos generales, con la idea de contrato de un modo en que la ausencia de libertad e imparcialidad no lo son.

Lo antedicho impone un análisis que, a priori, parecería irrelevante. Se trata de la determinación de qué corrientes contractualistas en particular ofrecen los argumentos más fuertes en relación con el objetivo de encontrar el sistema institucional que más condice con la justificación contractualista de la existencia del Estado.

La identificación de los principios de libertad individual e imparcialidad, cuyos claros contenidos son inherentes a *todo* enfoque contractualista, parecería suficiente para dar comienzo al análisis específico del tipo de sistema que habrá de justificarse en términos contractualistas. El compromiso con estos valores (de un modo compatible con una serie de complejidades a las que haré oportuna referencia) aparecería como el criterio básico a la luz del cual el examen, absolutamente desligado de las características distintivas de los enfoques contractualistas particulares, habría de desarrollarse. Sin embargo, y aun cuando proceder del modo aquí insinuado alcanzaría para ver satisfecha gran parte del objetivo principal de este trabajo, considero indispensable el paso adicional de evaluar las distintas líneas principales de pensamiento contractualista. El sistema institucional que se derivará de la justificación contractualista de la legitimidad del Estado deberá necesariamente ponderar el tema de la igualdad de los gobernados y, tal como sostuve, esta cuestión en particular no surge con claridad de la idea genérica de contrato social del modo en que sí lo hacen los referidos principios de libertad individual e imparcialidad. Por ello, evaluar qué tipo de enfoques contractualistas sirven para analizar la legitimidad de sistemas institucionales y cuáles son, a estos efectos, inútiles, permitirá identificar un punto de

¹⁴ La idea de imparcialidad supone que, a pesar de no acabar teniendo el mismo peso, todos los puntos de vista deben ser igualmente *tenidos en cuenta*. Como mínimo, el hecho de que el consentimiento de *todos* los individuos tenga, en virtud del poder de veto de todo contratante, el mismo peso, impone un compromiso con

partida más preciso. A partir de él, ya sí, podrán establecerse las nociones más claras y específicas de igualdad, libertad individual e imparcialidad con las cuales habrá de estar comprometido el sistema institucional que será evaluado.

Por otra parte, este recorrido por las concepciones básicas del contractualismo me permitirá abordar, con mayor claridad, un tema que también será central en mi análisis: la verdadera utilidad de las teorías contractualistas. Utilizando un lenguaje más corriente, el examen nos ayudará a identificar para qué nos sirve, realmente, el pensamiento contractualista.

Son, pues, el elemento igualitario, el necesario estudio de la real utilidad del enfoque contractualista y fines expositivos generales los que justifican un breve recorrido por las distintas variantes de contractualismo. Sólo estas cuestiones obligan a tomar como punto de partida una determinada línea dentro del contractualismo, excluyendo otras no necesariamente por su invalidez genérica sino por su poca utilidad como justificativas de un sistema político en particular. En otras palabras, el examen del tipo de sistema institucional que cabe justificar en términos contractualistas sólo puede realizarse en relación con determinados tipos de teorías, siendo las restantes irrelevantes a los efectos del análisis particular de este trabajo.

Teniendo en cuenta, entonces, que nada de lo dicho obsta al alcance genérico de las conclusiones a las que arribaré, (recuérdese tanto el claro vínculo entre los principios de libertad individual e imparcialidad y *toda* noción de contrato cuanto el hecho de que ninguna teoría contractualista podrá justificadamente soslayar *alguna noción de igualdad*)¹⁵ es ahora momento de evaluar qué tipo de línea contractualista satisface los requisitos necesarios para obrar como punto de partida en el análisis central que me ocupa. Una vez identificado este enfoque contractualista particular, sus elementos principales se sumarán a los ya señalados (aplicables por añadidura en virtud de comprender a *todo* enfoque contractualista) para determinar, a la postre, las características específicas del sistema institucional más fiel al ideal contractualista.

un sentido de igualdad que no puede ser dejado de lado a la hora de establecer el sistema que más se sigue del ideal contractualista.

¹⁵ Debe también tenerse en cuenta que las posibles diferencias entre las personas contratantes, (incluyendo la visión de puras *negociaciones*-como opuestas a las *discusiones*-en la situación precontractual) que sí pueden afectar el elemento igualitario de las distintas teorías, mantienen inalterada la garantía de imparcialidad que se deriva de la unanimidad inherente a toda idea de contrato.

Análisis crítico de las principales corrientes contractualistas

Roberto Gargarella señala que “(d)esde el comienzo del Iluminismo, el contractualismo se ha mostrado como la forma más atractiva de *completar el vacío* dejado por las explicaciones religiosas sobre las cuestiones morales, sobre el problema de la autoridad. La autoridad es vista ahora como una creación de los propios individuos que no puede ser justificada apelando a abstracciones o entidades no humanas.”¹⁶

A partir de esta idea, son dos las preguntas centrales que deben ser contestadas por toda teoría contractualista: ¿qué autoridad es creada por los individuos? y ¿de qué manera es esta autoridad creada? Si el contractualismo concibe al Estado como “una creación de los propios individuos” que no puede ser justificado en otros términos, la identificación del sistema en particular consentido por las personas y la determinación del modo en que este consentimiento es prestado parecen insoslayables.

El objeto de este trabajo gira en torno al primero de los interrogantes. No obstante, su análisis requiere una previa dilucidación del segundo. La resolución del modo en que los individuos prestan su consentimiento constituye un paso lógicamente anterior a la determinación del contenido específico de ese consentimiento. Lo segundo no puede ser seriamente abordado sin un previo examen de lo primero. Es en virtud de ello que serán tratadas, en primer lugar, las posibles manifestaciones del consenso de los gobernados.

Los problemas que enfrentan tanto la idea de un contrato real efectivamente celebrado cuanto la de un contrato *hipotético* surgen casi con su misma postulación. Respecto del primero, se ha señalado, atinadamente, el “absurdo histórico”¹⁷ de pensar en un contrato original “real” celebrado en los orígenes de la civilización humana. ¿Quién ha celebrado este contrato? ¿Dónde ha quedado registrado? Por supuesto que el ideal contractualista no descansa en la creencia de que fue el consentimiento efectivo de todos los individuos que realmente habitaron la tierra en una época pre-social el que generó y, asimismo, legitimó a los Estados actuales.

¿Debe, entonces, derivarse la legitimidad del Estado de un contrato *hipotético* celebrado por todos los individuos sujetos a él? El problema aquí es el de la “irrelevancia

¹⁶ Gargarella, ob. cit., pág 31.

moral”¹⁸ de un acuerdo que no ha sido efectivamente celebrado. Todo parece indicar que sólo los contratos reales pueden crear obligaciones entre los firmantes. El hecho de que un individuo *hubiese* asumido ciertas obligaciones bajo determinadas circunstancias no parece constituir razón suficiente para identificar el nacimiento de una obligación como derivado del consentimiento de su sujeto pasivo. Tal como expliqué cuando hice referencia al vínculo entre la libertad individual y el contractualismo, sólo el consentimiento prestado por los gobernados puede legitimar las intromisiones, inherentes a la acción estatal, en la vida de los individuos. Pues bien, consentir la existencia del Estado implica subordinarse a sus directivas, es decir, obligarse a acatarlas. Y una obligación de *tal* importancia, para ser compatible con la libertad individual de quien la asume, no puede derivar sino de su real consentimiento.

Por otra parte, las teorías fundadas en el consentimiento *hipotético* de individuos imaginados se hallan inevitablemente expuestas a las más disímiles divergencias respecto del contenido de ese consentimiento. El propósito de establecer un nexo entre determinado sistema institucional y el enfoque contractualista en sus términos más generales chocaría especialmente con esta dificultad. Los resultados específicos de contratos sociales hipotéticos, condicionados, entre otras cosas, por la concepción particular que se tenga del *statu quo* anterior a la celebración del contrato, dependen exclusivamente de aquel que se preste a realizar el “ejercicio mental” de imaginarlos. Y distintos “ejercicios mentales” pueden derivar, por supuesto, en distintos resultados. Por ejemplo, “en el estado de naturaleza, la mayoría puede decidir esclavizar o incluso matar para su propio goce a una cierta minoría. Entonces, ¿por qué no acordarían todos en establecer un sistema político en el cual cada miembro de aquella minoría tuviera un voto de la mitad del valor de los votos de los miembros de la mayoría favorecida? Esto parece ser un excelente trato para la minoría comparado con, por ejemplo, ser comida por la mayoría.”¹⁹ Sin despreciar la posible utilidad de llevar a cabo “ejercicios mentales” de esta índole, resulta evidente que el examen del tipo de sistema institucional con el que debería comprometerse *todo* “contractualista” no puede hallarse sujeto a observaciones como la citada. Adelanto, pues, que la pretensión de establecer los rasgos generales del sistema político que debe

¹⁷ Will Kimlicka, Contemporary Political Philosophy, Oxford: Calderon Press, 1990, Capítulo 3, pág. 60.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Carlos Nino, La Constitución de la Democracia Deliberativa, Ed. Gedisa, 1997, pág. 128.

desprenderse de una justificación contractualista del Estado no dependerá del incierto resultado de un contrato imaginario.

Ante las serias dificultades que enfrentan tanto las teorías fundadas en contratos reales expresos cuanto aquellas que proponen imaginar la celebración de contratos *hipotéticos*, aparece la idea del consentimiento *tácito* de los gobernados. Se trata de una modalidad de contrato real en el cual el consentimiento no es manifestado expresamente.

El problema estriba aquí en la débil noción de consentimiento adoptada. Si la coerción estatal debe ser verdaderamente compatible con el principio de libertad individual, y la fuente de las obligaciones de los gobernados ha de ser exclusivamente contractual, no parece haber lugar para apresuradas presunciones de su consentimiento como las que surgen de teorías de este tipo. ¿Por qué no presumir que si alguien hubiera querido consentir lo hubiera hecho expresamente?²⁰

Si el contrato histórico representa un absurdo, el hipotético es moralmente irrelevante y la débil idea de consentimiento tácito desarrollada por algunos autores resulta también insatisfactoria, ¿cuál es, entonces, la respuesta válida a la crucial problemática vinculada con el modo en que los gobernados prestan su consentimiento? ¿está acaso el enfoque contractualista, en su concepción más genérica, destinado al fracaso? ¿no debiera concluirse que, por no poder resolver esta cuestión decisiva, la corriente contractualista es, al menos en relación con su objetivo de presentar una justificación de la legitimidad del Estado, lisa y llanamente inútil?

Sobre la utilidad del enfoque contractualista

En su célebre obra *A Theory of Justice*,²¹ John Rawls desarrolla las ideas contractualistas alrededor de las cuales ha girado, en términos de Sheppes y Waldron, “la discusión general sobre el concepto del argumento contractualista en la literatura

²⁰ Ilya Somin analiza las distintas variantes de consentimiento tácito. Sostiene que estas teorías identifican obligaciones políticas contraídas por los individuos a través de acciones (evalúa, en particular, las teorías del consentimiento basadas en la residencia, residencia “plus”, voto y justicia). El autor se opone a que se hable de “consentimiento” en todas estas situaciones en las cuales, en caso de no prestarlo, el individuo de que se trate perdería derechos. Por ejemplo, en el caso del consentimiento tácito derivado del hecho de la residencia, la alternativa para el individuo sería sufrir un fuerte desarraigo cultural, social y familiar, lo cual condiciona el carácter voluntario del presunto consentimiento. (Ver Ilya Somin, “Revitalizing Consent”, 23 *Harvard Journal of Law and Public Policy* 753, 2000, págs. 765 a 772).

moderna.”²² La vital trascendencia de esta teoría en particular exige preguntarnos si está o no exenta de los problemas que enfrentan las líneas de análisis contractualista referidas en la sección anterior.

El carácter exhaustivo de la división entre contratos reales (con su variante de consentimiento tácito) e hipotéticos impide a la teoría de Rawls apartarse de una de estas categorías. En efecto, Rawls describe los principios de justicia que derivarían de un contrato *hipotético* celebrado por individuos en una posición original imaginaria, con características particularmente *irreales*. El “velo de ignorancia” detrás del cual los individuos prestan su consentimiento para el diseño de las instituciones más básicas de la sociedad supone imaginar personas que, sencillamente, no existen ni pueden haber existido nunca. En virtud de ello, la teoría de Rawls pareciera estar más expuesta que ninguna otra a las señaladas críticas vinculadas con la inutilidad de los enfoques contractualistas fundados en contratos *hipotéticos*.

¿Cuál es, pues, el sentido de encarar la legitimación del Estado desde una óptica contractualista? La intención que guía este trabajo es, precisamente, identificar la única función que la idea contractualista sí está en condiciones de satisfacer para evaluar, a partir de ella, qué sistema institucional debe necesariamente ser defendido. Y esta función surge, con especial claridad, de teorías del tipo de la del propio Rawls.

Para entender cómo es que (habiendo desarrollado las insalvables dificultades que las teorías basadas en contratos hipotéticos representan para un estudio como el que me he propuesto) una teoría como la de Rawls, fundada (aparentemente) en un contrato claramente *hipotético*, puede resultarme útil, es menester evaluar detenidamente cuál es el verdadero lugar que ocupa el contrato hipotético en teorías como la del mencionado autor.

Según Kimlicka²³, la teoría de Rawls nace con la finalidad de estructurar las intuiciones comunes de las personas. Crítico del utilitarismo (precisamente por resultar contraintuitivo al no preocuparse por cuestiones de distribución) pero también del intuicionismo, (por carecer de una regla prioritaria que *ordene* nuestras intuiciones) Rawls

²¹ Rawls, ob. cit.

²² Scheppele y Waldron, ob. cit., pág 195. Los autores agregan: “Las críticas a la teoría de Rawls han sido asumidas como críticas al contractualismo en general, y las limitaciones en el uso que Rawls da a la idea de contrato social han sido asumidas como limitaciones con las que todo contractualista debe lidiar.”

plantea su teoría como una vía para salir de estos dos extremos; su propósito es “elaborar una teoría de la justicia que sea una alternativa viable a las doctrinas que han dominado largamente nuestra tradición filosófica”²⁴ (tales doctrinas son, claro está, el utilitarismo y el intuicionismo). Para alcanzar su cometido, Rawls ordena sus intuiciones valiéndose de su conocida *prioridad lexicográfica*.²⁵

Ahora bien, tal como indica Kimlicka, la teoría de Rawls se divide en dos argumentos centrales: el intuitivo y el contractualista. Respecto de las conclusiones imaginadas en la “posición original,” concepto central en este último argumento, el propio Rawls introduce la noción de *equilibrio reflexivo*. Dworkin describe este técnica como la búsqueda de un equilibrio “entre nuestras creencias morales ordinarias e irreflexivas y alguna estructura teórica que pueda unificar y justificar estas creencias ordinarias”²⁶ en tanto Gargarella la sintetiza aludiendo al “equilibrio entre intuiciones particulares y principios generales.”²⁷ La idea de Kymlicka es que Rawls utiliza este *equilibrio reflexivo* como mecanismo para adaptar la descripción de esta posición original a los principios que, dice, intuimos (los cuales se desprenden, por supuesto, de su argumento *intuitivo*). Así, dado que Rawls admitiría modificar sus conclusiones respecto de lo que decidirían los individuos en su posición original en tanto ello sea funcional a su argumento intuitivo, el argumento contractualista no es, como alega el propio Rawls, el más fuerte de los dos. Las reglas de justicia más importantes son decididas, en términos intuitivos, antes de comenzar a delinear las características particulares de la “posición original.”

De la crítica aquí expuesta parecieran desprenderse consecuencias incluso más serias que la menor importancia relativa del argumento contractualista frente al intuitivo. Si los resultados de deliberaciones hipotéticas entre individuos imaginados en una “posición original” deben necesariamente reflejar nuestras intuiciones vinculadas con la libertad, la imparcialidad y la igualdad, ¿no es acaso el argumento contractualista absolutamente irrelevante? ¿Para qué tomarse el trabajo de imaginar lo que *hubiesen* consentido personas

²³ Kimlicka, ob. cit.

²⁴ Rawls, ob. cit., Capítulo 1, citado por Gargarella, ob. cit., pág. 22.

²⁵ Se trata de una regla de prioridad según la cual el primero de los valores intuitivos defendidos debe ser maximizado como paso previo a la maximización del siguiente valor de la escala que, a su vez, no podrá ser coartado en modo alguno en pos del siguiente sin antes ser plenamente maximizado. No hay “trade-offs” entre los valores que conforman la escala de prioridades.

²⁶ Ronald Dworkin, *Los Derechos En Serio*, Editorial Ariel, 1989, pág. 240.

²⁷ Gargarella, ob. cit., pág. 38, nota al pie 28.

inexistentes en un escenario marcadamente irreal si el resultado de este *experimento mental* es conocido de antemano?

Sostuve más arriba que el atractivo del enfoque contractualista deriva de su compatibilidad con ciertos ideales. De ello se desprende que, para ser legítimo, el Estado debe respetar, defender y promover la libertad individual, la imparcialidad en la toma de decisiones y alguna noción de igualdad. Es porque tales requisitos hallan correlato con la creación del sistema institucional desde una óptica contractualista que resulta atractivo pensar en estos términos. Pero si el objetivo es la defensa de determinados principios, y el “experimento mental” conduce a los mismos resultados que un argumento directo fundado en tales principios, no parece descabellado postular la lisa y llana redundancia del enfoque contractualista.

Más aun, tal como explica Dworkin, hay casos en los cuales “el hecho de que yo hubiera estado de acuerdo” con determinada solución ni siquiera conduce al mismo resultado que surgiría de argumentos independientes basados en principios. Así, del hecho de que, por no conocer el valor de un cuadro de su propiedad, una persona *hubiese aceptado* venderlo por \$100 un día lunes no se sigue que, en la hipótesis de que la persona descubra su mayor valor el día martes, un tribunal deba obligar a que lo venda por \$100 el miércoles.²⁸ Situaciones tales demuestran con particular claridad que son los principios los que acaban ofreciendo las respuestas a los más disímiles problemas políticos, relegando al consentimiento *hipotético* de los individuos involucrados a un lugar de aparente intrascendencia.

En definitiva, el “contrato social,” celebrado en una “posición original,” (en “T cero”) no es el verdadero punto de partida de teóricos “contractualistas” como Rawls. Ello permite dar por superados los fuertes obstáculos de toda teoría fundada en contratos hipotéticos pero obliga, asimismo, a evaluar, seriamente, la insinuada irrelevancia del enfoque contractualista. En virtud de lo dicho hasta aquí, queda claro, al menos, que las teorías fundadas en el consentimiento *hipotético* de las personas no pueden ser más que “un recurso para llamar la atención sobre algún argumento que sostenga independientemente la equidad de los principios; un argumento que no se apoye en la falsa premisa de que un contrato hipotético tenga alguna diluida fuerza de obligación.”²⁹ Con esta fuerte limitación

²⁸ Dworkin, ob. cit., pág. 237.

²⁹ Dworkin, ob. cit., pág. 237.

en mente, pues, resta evaluar la posibilidad de que el enfoque contractualista contribuya, aun como mero “recurso,” a establecer las características que debe satisfacer todo sistema institucional para ser reputado legítimo.

Ya sostuve que las críticas vinculadas con la redundancia del argumento contractualista en teorías del tipo de la de Rawls parecen tan concluyentes como las objeciones, también ya formuladas, a las ideas de contrato *real*, *hipotético* y *tácito* concebidas en términos generales. Pues bien, es momento de justificar la aseveración de que, a pesar de ello, es en las teorías basadas en contratos hipotéticos como el de Rawls que encuentro la única utilidad del enfoque contractualista como herramienta para evaluar la legitimidad de determinado sistema institucional. No ha de sorprender que ello surja, precisamente, de que este tipo de teorías parten de la base de que el análisis contractualista no puede servir más que como recurso para una mejor construcción de los principios morales y políticos dignos de ser defendidos.

En trabajos posteriores a su *Teoría de la Justicia*, el propio Rawls ha sostenido que su modelo contractualista cumple con la función de actuar como nexo entre valores profundamente arraigados y juicios políticos. En su obra *Kantian Constructivism in Moral Theory*, por ejemplo, el autor señala que “(l)a *posición original* es una tercera e intermedia concepción-modelo: su rol es establecer la conexión entre la concepción-modelo de una persona moral y los principios de justicia que caracterizan las relaciones de los ciudadanos en la concepción-modelo de una sociedad bien organizada.”³⁰ En *Political Liberalism*, por su parte, Rawls contempla y responde las objeciones a su teoría esbozadas más arriba: “Pero si ello es así, puesto que los acuerdos hipotéticos no son vinculantes, ¿cuál es la relevancia de la posición original?...Está dada por el rol de los diversos rasgos de la posición original como un recurso de representación”³¹ Lejos de obrar como punto de partida (o de llegada) en el razonamiento moral, pues, el modelo del contrato aparece como una construcción intermedia en la teoría moral.

Ahora bien, ¿cuál es la real utilidad del “recurso” del contrato social como “construcción intermedia”? ¿No pueden las soluciones políticas finales desprenderse

³⁰ John Rawls, *Kantian Constructivism in Moral Theory*, citado por Scheppele y Waldron, ob. cit., pág. 205.

³¹ John Rawls, *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York, 1993, pág. 24.

directamente de los “valores profundos” que representan el verdadero punto de partida? Las razones expuestas por Scheppele y Waldron me convencen de que, a pesar de la necesidad de acotar su función en los términos señalados, el modelo contractualista dista de ser redundante.

Antes de hacer referencia a los motivos específicos por los cuales los autores defienden la relevancia del modelo contractualista, aclaro que, en la hipótesis de que tales razones sean juzgadas inválidas o insuficientes, la línea argumentativa seguida en el trabajo no se verá afectada.

Mi objetivo es evaluar cuál es el sistema institucional que se sigue de una justificación contractualista del Estado. En definitiva, la coherencia del sistema institucional con el modelo contractualista dependerá de cuán comprometido esté el primero con los ideales sobre los cuales descansa el segundo. Para cumplir con esta finalidad de modo satisfactorio he considerado necesario identificar qué tipo de teorías contractualistas son las que *pueden* servir para evaluar el tipo de sistema institucional coherente con los ideales que articulan la teoría. El camino hasta aquí recorrido impondría concluir que, si los argumentos en defensa de la relevancia del modelo contractualista como “recurso” no resultan satisfactorios, el enfoque contractualista no sirve para analizar las características con las que debe contar un sistema institucional comprometido con el ideal contractualista. Sostengo, con Scheppele y Waldron, que el modelo contractualista es, a pesar de sus señaladas limitaciones, útil en el proceso de identificación de los ideales sobre los que verdaderamente descansan teorías como la de Rawls. Creo que, en los términos hasta aquí expuestos, el modelo contractualista sí sirve para evaluar el sistema político que de él debe desprenderse, y es por ello que me he embarcado en la difícil tarea de identificar el tipo de corriente contractualista que permite un examen como el que me he propuesto. En efecto, considero que la *única* real utilidad del pensamiento contractualista gira en torno a este tipo de análisis.

Sin embargo, quien no esté de acuerdo con los argumentos que siguen, en favor de la utilidad del enfoque contractualista, e insista con su redundancia, (conclusión a la que, en algún sentido, ha conducido el análisis hasta esta instancia del trabajo) podrá continuar con la lectura del texto recordando que el objetivo es evaluar qué sistema institucional debe necesariamente defender *quien esté comprometido con una justificación contractualista de*

la legitimidad del Estado. Concluir que este compromiso no se justifica con el argumento de que la idea contractualista es inevitablemente redundante no refuta, en modo alguno, el camino general que me he propuesto recorrer. En cualquier caso, conclusiones semejantes darían cuenta del éxito de la finalidad secundaria de este trabajo: invitar al lector a pensar en la verdadera utilidad de teorías tan divulgadas como las contractualistas. Llegar a la conclusión de su nula utilidad (acaso por caminos análogos a los recorridos hasta aquí) es una opción. No la comparto por las razones que siguen.

Un recurso para modelar y poner en tela de juicio ciertos ideales

Plenamente consciente de los problemas generales que enfrentan, en general, las teorías fundadas en contratos *hipotéticos*, Ronald Dworkin destaca la utilidad del modelo contractualista en la teoría de Rawls como herramienta para *modelar* ideas tales como la de igualdad moral. Sostiene que “no es sensato tomar el contrato como premisa o postulado fundamental de esa teoría” pues “(a)l contrato hay que verlo como una especie de punto intermedio en una argumentación más amplia, como algo que es en sí mismo el producto de una teoría política más profunda, que defiende los dos principios *a través* del contrato, más bien que *a partir* del contrato”³² Dworkin identifica en Rawls una profunda teoría deontológica que, efectivamente, “recomienda el recurso de un contrato...como motor de (su) teoría de la justicia.”³³ Más aun, “(e)l contrato es un recurso excelente”³⁴ para ampliar una teoría basada en derechos, cuya “idea básica...es que los distintos individuos tienen intereses que están facultados para proteger si así lo desean.”³⁵

Detenerse en las consideraciones vertidas por Scheppele y Waldron en su obra ya citada permitirá no sólo entender, con mayor claridad, la utilidad del modelo contractualista como *recurso* para *modelar* ciertos ideales sino también descubrir que el aporte contractualista no se detiene allí. Coincido, pues, con los autores en que el contractualismo no sólo es útil como herramienta expositiva de la relación entre nuestros “valores profundos” y las conclusiones políticas que de ellos debemos derivar; también contribuye a una más meditada determinación de estos valores y de las conclusiones políticas que le

³² Dworkin, ob. cit., pág. 257.

³³ Dworkin, ob. cit., pág. 258.

³⁴ Dworkin, ob. cit., pág. 267.

³⁵ Dworkin, ob. cit., pág. 266.

siguen. En términos de los propios Scheppele y Waldron, “el punto de vista de la propia experiencia –imaginar que es uno mismo quien terminará en la peor posición- acarrea la inmediación del interés y la fuerza de la autenticidad...Estamos persuadidos de nuestras conclusiones no sólo por la fuerza de la lógica, sino también por las fuerzas conjuntas del interés y la experiencia generalizada para sentir y entender a los otros.”³⁶

Así, el ejercicio mental de imaginarnos en una “posición original” con las características particulares expuestas por Rawls no sólo contribuye a la más clara exposición del vínculo entre determinadas premisas y sus conclusiones sino también a la articulación misma de tales premisas y, por añadidura, a la determinación del contenido de las conclusiones. Prescindir del “ejercicio mental” al que invita el modelo contractualista, pues, no sólo acarrearía los costos de una menor claridad expositiva; impediría, asimismo, posibles ajustes en las intuiciones que dan vida a nuestros “valores profundos.”

Scheppele y Waldron profundizan esta línea argumental haciendo alusión a la complejidad del razonamiento moral: “La gente no comienza con sus premisas valorativas predeterminadas ni razona linealmente, a partir de ellas, hasta sus conclusiones; tampoco comienzan con sus conclusiones en busca de un modo de justificarlas ‘desde abajo.’ Ingresamos a la argumentación moral *in media res*, razonando ‘hacia abajo’ desde ideas que consideramos atractivas hacia premisas que construimos para conectarlas, desde las cuales podemos, asimismo, movernos ‘hacia arriba’ en dirección a otras conclusiones que, inicialmente, pueden haber parecido sorprendidas.” Así, el hecho de que el modelo contractualista no constituya ni el punto de partida ni el de llegada en nuestro razonamiento moral dista de configurar un argumento concluyente en favor de su prescindencia. La argumentación moral supone un vaivén constante entre nuestras premisas y sus conclusiones, ejercicio que permite modificar tanto las unas cuanto las otras; el modelo contractualista facilita este ejercicio.

Las razones expuestas permiten concluir que el argumento contractualista sirve tanto como *recurso* para *modelar* los valores profundos a partir de los cuales deben articularse los principios de justicia cuanto para *reconsiderar* el contenido de esos valores. Ahora bien, la definitiva delineación de *algunos* de estos valores puede diferir de acuerdo con los puntos de vista personales de los distintos teóricos contractualistas que decidan embarcarse en el referido “razonamiento moral,” lo cual parece incompatible con el

³⁶ Scheppele y Waldron, ob. cit., pág. 206.

objetivo de establecer las características del sistema institucional que debe derivarse de *todo* enfoque contractualista. Así como las distintas predicciones relativas a las cláusulas concretas que consentirían los individuos en una posición original pueden variar de acuerdo con las concepciones propias de los distintos autores, pues, es también posible que distintas teorías contractualistas defiendan, legítimamente, ciertos valores diferentes a los defendidos por otras teorías también contractualistas.

Ello, empero, no frustra mi objetivo en modo alguno. Por los argumentos ya expuestos en repetidas oportunidades, los principios de libertad individual, imparcialidad y alguna noción de igualdad son inherentes a cualquier enfoque contractualista, razón por la cual ninguna teoría que pretenda representar este enfoque puede escapar a su defensa. El camino hasta aquí recorrido demuestra que toda teoría contractualista que pretenda servir para examinar las características del sistema institucional más compatible con sus ideales debe necesariamente presentar al contrato social como una herramienta para, al menos, modelar los principios referidos. Es por ello que, en lo que sigue, evaluaré el tipo de instituciones generales que se hallan más comprometidas con los principios de libertad individual e imparcialidad (sumados a *cierta modalidad* de igualdad), alrededor de los cuales se estructura *toda* teoría contractualista. De las conclusiones más particulares a las que arribe cada teoría contractualista dependerán las características más específicas del sistema que deba seguir al contrato social imaginado en cada caso. Mas ninguna de estas teorías podrá prescindir de los rasgos generales a cuyo estudio me abocó a continuación.³⁷

Qué sistema se deriva de una justificación contractualista del Estado

El análisis hasta aquí desarrollado me ha permitido determinar el criterio específico en base al cual serán establecidos, en lo que sigue, los rasgos principales del sistema

³⁷ Es por los motivos aquí expuestos que teorías contractualistas como las de Gauthier o Buchanan (véanse obras citadas en las notas 10 y 11, respectivamente), quienes alcanzan conclusiones distintas a las mías, deben ser descartadas. Puesto que, como quedó justificado, el pensamiento contractualista sólo sirve como *recurso* para *modelar* y poner en tela de juicio ciertos ideales (en caso contrario las críticas a toda construcción teórica que se funde tanto en un contrato *real* como en uno *hipotético* resultarían insalvables), el disímil punto de partida adoptado por estos autores expone a sus teorías a todas las críticas formuladas *supra*.

En la sección dedicada a la noción específica de igualdad que merece ser defendida desde una óptica contractualista (punto V.8), por ejemplo, podrá observarse por qué el contractualismo difícilmente esté orientado a *modelar la desigualdad* entre los integrantes de la “posición original” desde la que elabora toda su teoría Buchanan. Surge manifiesto del camino recorrido a lo largo del trabajo, por su parte, que el necesario compromiso del ideal contractualista con la igualdad no se halla sujeto a consideraciones sociológicas como

institucional que, desde mi punto de vista, se sigue de una justificación contractualista de la legitimidad del Estado.

Por tratarse de principios inherentes a la noción misma de contrato, el máximo respeto por la libertad individual de los gobernados y la imparcialidad en la toma de decisiones políticas serán los dos criterios rectores que permitirán definir las características básicas del sistema institucional más compatible con el punto de vista contractualista.

Por su parte, gracias a la identificación de la única línea de pensamiento contractualista que posibilita un análisis como el que me he propuesto, podrá también establecerse una noción más específica de igualdad, principio no necesariamente inherente a toda noción de contrato pero sí presente en la única corriente contractualista que sirve, tal como he demostrado, para evaluar el sistema político más fiel con la idea genérica del “contractualismo”. El sistema deberá también comprometerse, entonces, con la defensa de esta idea más concreta de igualdad.

Dado que el contractualismo es un recurso para modelar los principios de libertad individual, imparcialidad e igualdad, pues, el sistema institucional que pretenda ser defendido en términos contractualistas debe diseñarse alrededor de estos principios. Veamos cómo puede hacerlo.

Por qué deben descartarse los sistemas dictatoriales

La posibilidad de que un sistema del tipo dictatorial se desprenda de un contrato social fue postulada por uno de los más importantes “contractualistas clásicos” (para muchos, padre fundador de la corriente contractualista), Thomas Hobbes.³⁸ Su conclusión, que debe necesariamente ser leída a la luz de la época de su elaboración, no se sostiene ni siquiera en los términos particulares en los que fue planteada.

Si los individuos que viven inmersos en un *estado de naturaleza* resuelven reemplazarlo por una *sociedad civil* a través de la celebración de un *contrato social*, las cláusulas del contrato deben necesariamente considerar (y responder a) los motivos por los cuales se decide abandonar el estado de naturaleza. Pues bien, desde la idea hobbesiana de una guerra de todos contra todos en un estado de naturaleza terrible en el cual “todo hombre

las tenidas en cuenta por Gauthier para identificar los rasgos centrales de los individuos que, en la posición original, se prestan a celebrar el “contrato social.”

³⁸ Thomas Hobbes, *Leviatán*, Editora Nacional, Madrid, 1980

tiene derecho a todo, incluso al cuerpo de los demás” y nadie podrá escapar a “una vida solitaria, pobre, desagradable, brutal y corta”³⁹, hasta la más optimista “inestabilidad” del estado de naturaleza descrito por Locke⁴⁰ y la imposibilidad de supervivencia de la débil raza humana bajo el estado de naturaleza hipotético imaginado por Hume,⁴¹ hay una marcada coincidencia en el carácter indeseable del estado previo al contrato social. Asimismo, en cualquiera de los escenarios planteados, son los individuos los que, de modo voluntario, eligen someterse a un régimen jurídico que consideran mejor que el indeseable “estado de naturaleza.” Poco sentido tendría que el nuevo escenario, elegido por los individuos “contratantes,” mantenga los rasgos que condujeron a que el *statu quo ante* resultara indeseable. Y dado que el estado de naturaleza implica, simplemente, la ausencia de reglas jurídicas, es claro que de la *naturaleza* del ser humano han de desprenderse los elementos indeseables de la situación previa al contrato social.

No es necesario, pues, recurrir al brutal estado de naturaleza *hobbesiano* para concluir que la acumulación de poder en manos de un individuo (o de un grupo particular de individuos) resulta incompatible con los peligros derivados de los rasgos de la naturaleza humana que motivan el abandono del referido estado de naturaleza.⁴²

Reparar en la negativa concepción de la naturaleza humana que surge de los escritos de Hobbes, por supuesto, sí parece proveer *especiales* motivos para evitar una situación en la cual el poder coercitivo acabe concentrándose en manos de un único individuo. Por su condición de ser humano, el soberano se encontrará con una inmejorable oportunidad para plasmar sus tendencias egoístas en actos concretos; tendrá todo el poder imaginable para hacerlo. A la luz de ello, resulta poco plausible que los individuos, decididos a abandonar el estado de naturaleza como consecuencia de una toma de conciencia respecto de los grandes perjuicios que les impone tal estado, (perjuicios que son, a su vez, resultado de la perversa naturaleza humana) resuelvan concentrar el poder en un soberano, a sabiendas de su condición de perverso ser humano. El soberano, ser racional autointeresado, no obrará sino en su propio beneficio.

³⁹ Hobbes, *Leviatán*, ob. cit.

⁴⁰ John Locke, *Segundo tratado sobre el gobierno*, Biblioteca Nueva, Madrid, 1999, capítulo II.

⁴¹ David Hume, *Tratado de la naturaleza humana*, Editora Nacional, Madrid, 1981, Libro III, Parte II.

⁴² Recuérdese que, paradójicamente, el propio Hobbes, en su obra precitada, afirma que la necesaria coerción para obligar a los hombres a cumplir con el pacto celebrado debe ser ejercida por un soberano absoluto: el *Leviatán*.

Ahora bien, tal como fue adelantado, tomar puntos de partida marcadamente más optimistas como el de Locke no modifica el tipo de conclusiones vertidas. De acuerdo con el autor británico, puesto que la salud, la propiedad y la libertad son derechos naturales (por consiguiente inalienables en todo estado), los individuos se limitan a ceder sus derechos de compensación y castigo. Su concepción de la naturaleza humana lleva a Locke a describir un estado de naturaleza en el cual los individuos reconocen su condición de iguales ante Dios mas no evitan encontrarse en una situación de peligrosa inestabilidad que deriva de la presencia de conflictos de intereses, especialmente económicos. En razón de ello, la creación de la sociedad civil halla sustento en la necesidad de hacer respetar los reconocidos y preexistentes derechos naturales de modo imparcial. El objetivo es evitar que el individuo, al exigir castigos y compensaciones por violaciones de sus derechos naturales, sea juez en su propia causa. Ya Locke era consciente de una conclusión que cae de madura: un soberano absoluto no dejaría de ser un juez parcial.⁴³

No pretendo reiniciar aquí un recorrido por las distintas corrientes contractualistas. Sólo he querido llamar la atención sobre los serios problemas que afrontaría la creación de un Estado dictatorial incluso desde la óptica de los autores clásicos que pretendían justificar la legitimidad de distintas sociedades civiles en términos contractualistas. Remitir a visiones como las de Hobbes y Locke, (haciendo caso omiso, por un momento, de las conclusiones alcanzadas en relación con el único tipo de enfoque verdaderamente útil para el estudio al que me he abocado) acarrea, por supuesto, el peligro de reintroducir una serie de consideraciones que, a esta altura del trabajo, han quedado superadas. Así, observaciones vinculadas con que (por ejemplo), bajo un estado de naturaleza con individuos marcadamente desiguales, acuerdos del tipo del imaginado por Hobbes serían especialmente plausibles conducen a una discusión que excede los propósitos de este trabajo. Remito a explicaciones ya desarrolladas para recordar por qué los enfoques alrededor de los cuales girarían debates tales son, lisa y llanamente, inútiles para examinar los rasgos del ordenamiento jurídico que se sigue de una justificación contractualista de la legitimidad del Estado.

⁴³ El autor tiende a justificar la creación de una monarquía parlamentaria, base de las revoluciones liberales del siglo XVIII.

Volver sobre la concepción del modelo contractualista como un recurso para modelar los principios de libertad individual, imparcialidad y alguna noción de igualdad obliga a descartar la opción de una dictadura de modo incluso más tajante. Ni siquiera la hipótesis de un dictador particularmente benévolo, y comprometido con los principios referidos, modificaría mi conclusión. El primer y obvio inconveniente se halla vinculado con las consideraciones ya esbozadas: la necesidad de un Estado supone una tendencia de las personas a caer en tentaciones incompatibles con las conductas propias de un soberano benévolo como el descrito. Ello, por supuesto, no obsta a que algunos individuos excepcionales sí satisfagan las características necesarias para cumplir con esa función. Uno de los problemas más significativos radicaría, empero, en identificar a esas personas. Tener real consciencia de la magnitud de los costos que acarrearía equivocarse en el proceso debería impedir que embarcarse en esta tarea sea considerado como una opción.

Una segunda consideración, que conducirá directamente al tipo de sistema político que sí cabe desprender de una justificación contractualista de la legitimidad del Estado, sepultará definitivamente la opción dictatorial. Supóngase que, más allá de los inconvenientes referidos, (en mi opinión definitivos) un dictador benévolo, plenamente dispuesto a defender la libertad individual e igualdad entre las personas y la imparcialidad en la toma de decisiones, gobierna determinado país. La libertad individual e igualdad de los gobernados podrían, acaso, ser respetadas de manera similar a lo que sucedería bajo cualquier otro sistema de gobierno. Sin embargo, y tal como sostiene Carlos Nino, “su imparcialidad fracasará debido a la dificultad de representarse los intereses de los sectores de la sociedad alejados de (su) entorno social.”⁴⁴ El autor continúa: “El dictador puede generalizar equivocaciones utilizando como base intereses de personas como él mismo. Puede también ignorar las circunstancias de hecho que rodean la vida de individuos no relacionados con él o puede estar equivocado acerca de los valores que esa gente defiende...”⁴⁵ Incluso cuando el dictador se proponga minimizar la posibilidad de cometer estos errores mediante investigaciones, su intención de alcanzar una decisión imparcial se vería de todos modos frustrada toda vez que “(d)efinir los intereses de la gente no es tanto una cuestión de conocimiento, sino una cuestión de elecciones,” de manera tal que “si un

⁴⁴ Nino, ob. cit., pág. 168-169.

⁴⁵ Nino, ob. cit, pág. 169.

individuo no tiene ninguna oportunidad de tomar una decisión que le ayudaría a dar un orden de preferencia a sus intereses, podría verse imposibilitado de definir ese orden.”⁴⁶

Un Estado de derecho

Los motivos expuestos en la sección anterior obligan a descartar la posibilidad de que un sistema de tipo dictatorial, sean cuales fueren sus características, pueda ser justificado en términos contractualistas. La (única) alternativa genérica dentro de la cual sí deberá encuadrarse el sistema buscado es, pues, un estado de derecho, lo cual implica el imperio de normas a las cuales deben subordinarse tanto gobernados cuanto gobernantes. Únicamente un sistema con estas características podrá satisfacer los objetivos perseguidos por individuos imaginarios que, “contrato social” mediante, pretenden abandonar un indeseable Estado de naturaleza y reemplazarlo por un ordenamiento jurídico; sólo un Estado de derecho puede garantizar el respeto de los principios de libertad individual, igualdad e imparcialidad.

Ahora bien, ¿en qué ha de consistir este “imperio de las normas” exigido por toda justificación contractualista de la legitimidad del Estado? El compromiso del modelo contractualista con la idea de *consenso* impone buscar el sistema que más se acerque al ideal de normas emanadas del libre consentimiento de todos sus sujetos pasivos. Sólo un ordenamiento con estas características podrá estar seriamente comprometido con los principios de libertad individual e imparcialidad en la toma de decisiones.

Por supuesto, el ideal aquí señalado supone el consentimiento unánime, propio de la celebración de todo contrato, de todos los afectados por la norma de que se trate. El problema es que el examen del sistema *posible* que más se acerca a este *ideal* no resulta tan sencillo como puede aparentar. De él me ocuparé en las líneas que siguen.

Por qué descartar una Constitución “atrincherada”

Comenzando con un escenario que, en realidad, poco puede contribuir a la determinación de un sistema plausible, la opción de que los propios firmantes del “contrato social” (situación asimilable a la redacción de una Constitución en “t cero”) elaboren un

⁴⁶ Ibid.

plexo de normas inalterables destinadas a regular a las personas a través de las generaciones aparece como el primer “estado de derecho” que debe ser rápidamente descartado.

Amén de que el mero transcurso del tiempo supone circunstancias cambiantes que ameritan cambios normativos, el decisivo rol del consentimiento (aparentemente presente de modo inmejorable en la celebración del acuerdo unánime en “t cero”) está lejos de congeniar con la idea de que una generación que nada tuvo que ver con la redacción de antiguas normas se vea sometida, inevitablemente, a ellas. La opción del solo imperio de una abarcativa Constitución de normas inalterables debe ser, por lo antedicho, dejada de lado.

Adelanto que, por supuesto sin aspiraciones semejantes, la supremacía de una Constitución con otras características sí resultará fundamental en el ordenamiento jurídico que acabe justificando. Volveré sobre esta cuestión más adelante.

La Democracia y sus concepciones

El camino hasta aquí recorrido impone la necesidad de inclinarse por un régimen en el cual sean los individuos quienes elijan, con cierta regularidad, las normas a las cuales deberán someterse. Sólo un sistema democrático, pues, permitirá acercarse al ideal del consentimiento unánime de las personas afectadas por las distintas reglas.

Ahora bien, la vaga y genérica noción de democracia deja, indudablemente, demasiados interrogantes sin contestar. Es por ello que el análisis que sigue se centrará en el modo en que los mentados individuos han de determinar el contenido de las normas que los regirán. Me ocuparé, en otros términos, de la específica concepción de la democracia que más cabe justificar desde una óptica contractualista.

La democracia, como idea general, aparece como el sistema más compatible con la justificación contractualista de la legitimidad del Estado en virtud de que pareciera acercarse, más que ningún otro, al ideal de unanimidad, “equivalente funcional de la imparcialidad.”⁴⁷ No obstante, una concepción de la democracia que se reduzca a “la regla de la mayoría” no parece ser suficiente para garantizar una toma de decisiones imparciales. En efecto, tal como sostiene Nino, “una solución al conflicto apoyada por una mayoría y no

⁴⁷ Nino, ob. cit., pág. 166.

por todos los involucrados en el conflicto puede ser muy parcial. Es probable que la mayoría ignore completamente los intereses de la minoría.”⁴⁸ Todo parece indicar, pues, que la regla de la mayoría, por sí sola, se aparta demasiado del ideal perseguido. A la luz de ello, resulta indispensable evaluar qué agregados o alternativas podrían contribuir a la consolidación de un sistema más satisfactorio.

En aras de afinar el análisis que sigue, es necesario aclarar que, aun cuando la unanimidad en la toma de decisiones resulta ser el ideal al que debe aspirarse, su eventual reemplazo por un “sucedáneo regimentado, como la regla de la mayoría,”⁴⁹ no se debe, como parecen indicar Buchanan y Tullock⁵⁰, únicamente a la imposibilidad de alcanzar acuerdos unánimes en las complejas sociedades reales. También debe tenerse en cuenta que, si se exigieran acuerdos unánimes para la aprobación de determinadas propuestas, ello equivaldría a “establecer que es suficiente el voto de uno solo para aprobar la línea de acción opuesta; (sería) consagrar la dictadura del que está en favor de que no se cambie nada...La falta de consenso unánime implica(ría) que se decide implícitamente mantener el *statu quo*.”⁵¹ Es en virtud de ello que “este pasaje del requerimiento del consenso unánime a la regla de la mayoría...no tiene lugar meramente como consecuencia de la imposibilidad de alcanzar la unanimidad, sino que se debe a la necesidad de tomar una decisión en un tiempo limitado.”⁵²

Consideraciones de esta índole deben ser tenidas en cuenta para comprender por qué es que el acercamiento al ideal de la unanimidad, como “equivalente funcional de la imparcialidad,” no depende de criterios cuantitativos. Es decir, mayorías crecientemente calificadas tampoco implican, necesariamente, resultados más imparciales. “En efecto, el fracaso en alcanzar la unanimidad por un solo voto puede reflejar una desviación extrema

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ “La teoría individualista de la Constitución que hemos podido desarrollar asigna un rol central a una sola regla de toma de decisiones –la del consenso general o unanimidad. Las otras posibles reglas para la toma de decisiones son introducidas como variantes de la regla de unanimidad. Estas variantes serán elegidas racionalmente, no porque producirán “mejores” decisiones colectivas (no lo harán) sino, en cambio, porque, en definitiva, el mero peso de los costos involucrados en la exigencia de decisiones unánimes impone cierto alejamiento de la regla “ideal.”” (James M. Buchanan & Gordon Tullock, The Calculus of Consent. Logical Foundations of Constitutional Democracy, Ann Arbor Paperbacks, The University of Michigan Press, 1969, pág. 96)

⁵¹ Carlos Nino, Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación, Editorial Astrea, 1989, págs. 391-392.

⁵² Nino, La Constitución..., pág. 167.

de la imparcialidad.”⁵³ Tomando un ejemplo de Nino, si la decisión de todos los condóminos de un edificio excepto uno es que el individuo disidente pague la totalidad de los gastos necesarios para arreglar el ascensor del edificio, la gran cercanía cuantitativa al ideal de unanimidad no obsta al manifiesto carácter parcial de la decisión. El voto disidente resulta crucial para la satisfacción del presupuesto de imparcialidad.

Si tanto la regla de la mayoría cuanto el requisito de mayorías especialmente calificadas e, incluso, la exigencia de unanimidad en la toma de decisiones pueden dar lugar a soluciones parciales, ¿qué concepción de la democracia garantiza una mayor sujeción al principio de imparcialidad?

En virtud del mencionado poder de veto con el que contaría toda minoría partidaria de mantener el *statu quo*, situación que por supuesto se apartaría del ideal de imparcialidad en la toma de la decisión de que se trate, la regla de la mayoría simple parece, sí, la más satisfactoria de las opciones planteadas. La necesidad de que, en algún momento, las decisiones sean efectivamente tomadas acabará imponiendo, en definitiva, el mal menor de la votación mayoritaria. Sin embargo, es en el proceso previo a la decisión mayoritaria que cabe incorporar elementos que contribuyan a soluciones más imparciales, más comprometidas con los principios de libertad individual e igualdad y, por añadidura, más justificables desde la óptica contractualista.

Una democracia deliberativa

Jon Elster señala que “(c)uando un grupo de individuos iguales tiene que tomar una decisión acerca de una cuestión que les concierne a todos, y cuando la distribución inicial de opiniones no obtiene consenso, puede sortear el obstáculo de tres maneras diferentes: discutiendo, negociando o votando.”⁵⁴ Pues bien, ¿cuál de las variantes nos acerca más a una decisión final imparcial?

La votación pura, característica de la democracia concebida meramente en términos de la “regla de la mayoría,” reduce el proceso de toma de decisiones a la simple agregación de preferencias. Intereses individuales que no son expuestos a mecanismos de compatibilización con los del prójimo difícilmente acarreen resultados imparciales

⁵³ Nino, La Constitución..., pág. 179.

asimilables a los derivados de situaciones de *consenso*. La variante de la *discusión* previa, en cambio, obliga a las personas involucradas a recurrir a valores imparciales. La fundamentación de una postura en razones del tipo “porque me conviene,” absolutamente compatible con un escenario de mera votación, quedaría rápidamente descartada en situaciones de deliberación previa en las cuales los participantes se ven obligados a justificar sus propuestas ante los demás⁵⁵. “Si sus intereses son puestos sobre la mesa, ellos deben demostrar que son legítimos.”⁵⁶ Por tales motivos, y puesto que la deliberación “presupone el razonamiento público entre participantes libres e iguales, (...) incluso los oradores impulsados por sus propios intereses resulta(rán) forzados o inducidos a argüir en función del interés público.”⁵⁷

En un capítulo de la obra de Elster precitada, Roberto Gargarella ordena los motivos principales por los cuales “la deliberación puede ayudar a la imparcialidad.”⁵⁸ El autor comienza afirmando que es “la ignorancia respecto de los intereses o preferencias reales de otros”⁵⁹ la que conduce, en muchos casos, a decisiones parciales. La deliberación ayuda a “cada participante a clarificar y ‘purificar’ su propia posición, pues el proceso provee información y amplía el panorama de opciones disponibles...”⁶⁰ Así, teniendo en cuenta, en términos de Nino, el “efecto positivo que tiene la discusión para detectar fallas en el conocimiento y en la racionalidad,”⁶¹ la deliberación contribuye a la imparcialidad, en primer lugar, por su valor *epistémico*.

Gargarella hace hincapié, en segunda instancia, en un argumento al que hice referencia en los párrafos precedentes. Se trata del modo significativo en que la deliberación puede contribuir a la imparcialidad “al obligar a una persona a modificar su argumento a fin de volverlo aceptable para otras.”⁶²

⁵⁴ Jon Elster, *La Democracia Deliberativa*, Ed. Gedisa, 2001, Capítulo Introductorio, pág. 18.

⁵⁵ Rawls, en *Political Liberalism*, Lecture VI, “The idea of Public Reason”, alude a una distinción similar cuando, en el marco del análisis del procedimiento a través del cual deben tomarse las decisiones que ameritan “public reasons”, descarta la mera regla de la mayoría (ver, en particular, págs. 212 a 220).

⁵⁶ Nino, *La Constitución...*, pág. 171.

⁵⁷ Elster, ob. cit., pág. 26.

⁵⁸ Roberto Gargarella, “*Representación Plena, Deliberación e Imparcialidad*”, en Elster, ob. cit., pág. 324.

⁵⁹ *Ibid*

⁶⁰ Gargarella, “*Representación...*”, pág. 325.

⁶¹ Nino, *Ética...*, pág. 390.

⁶² Gargarella, “*Representación...*”, pág. 324.

Finalmente, “la deliberación puede ser también importante en la ‘educación’ de la gente para que actúe de modo imparcial: en efecto, cuando se intercambian opiniones, se escuchan los argumentos ajenos, etc., mejora la capacidad para convivir.”⁶³

Acaso Rawls haya tenido en cuenta consideraciones de esta índole cuando, en la nota al pie número 27 del primer ensayo de su *Political Liberalism*, y en oportunidad de justificar la utilización de la herramienta del “velo de ignorancia”, escribió que “si todos los ciudadanos han de respaldar libremente la concepción política de justicia, esa concepción debe estar en condiciones de alcanzar el apoyo de los ciudadanos que defienden doctrinas contrarias aunque razonables, en cuyo caso estamos frente a un consenso superpuesto de doctrinas razonables (‘overlapping consensus of reasonable doctrines’)”⁶⁴

No debe sorprender, a la luz de lo antedicho, que un proceso de deliberación previo a la toma de decisiones se acerque más a los ideales contractualistas que un escenario de mera agregación de preferencias. El ejercicio mental de imaginar individuos contratando conduce inmediatamente a la búsqueda de un mecanismo de toma de decisiones obviamente más emparentado con las discusiones propias de este tipo de situaciones que la sola “regla de la mayoría.”

Hemos visto que, partiendo del ideal de la celebración de un contrato, *recurso* para *modelar* los principios de libertad individual, imparcialidad e igualdad, la unanimidad ideal no puede ser satisfecha en ningún modelo *real*. Pues bien, todo parece indicar que un sistema *real* sí puede satisfacer el modelo de deliberación entre libres e iguales, inherente al ideal contractual referido, de modo más acabado que bajo mecanismos de mera agregación de preferencias propios de la “regla de la mayoría.”

Por supuesto que el mecanismo alternativo a la sola regla de la mayoría podrá *acercarse* más que éste al ideal contractual mas nunca satisfacerlo plenamente. Ya he sostenido que la decisión mayoritaria resulta insoslayable en el sistema real al que debiera apuntarse desde una óptica contractualista, que ello responde a la necesidad de tomar las decisiones dentro de un tiempo limitado y que, en este contexto, exigir unanimidad traería aparejadas decisiones tácitas en favor de mantener el *status quo*. Teniendo esto en cuenta, los mecanismos de deliberación a los que hice referencia no podrán alcanzar niveles ideales

⁶³ Ibid.

⁶⁴ Rawls, Political..., pág. 25.

y deberán dar lugar, llegado cierto límite de tiempo, al voto mayoritario. Pero la marcada diferencia con un sistema de mera regla de la mayoría, con su consiguiente agregación de preferencias, radica en que el voto sólo ha de producirse después de concluido determinado período de deliberación.

Resulta interesante, en el marco de un estudio como este, tener en cuenta que el propio Rawls, en el cuarto ensayo de su *Political Liberalism*, hace referencia a un similar procedimiento previo a la votación mayoritaria cuando señala que “una vez alcanzado el consenso constitucional, los grupos políticos deben ingresar en el foro público de discusión democrática y recurrir a otros grupos que no comparten su doctrina. Esto hace que resulte racional que se aparten del círculo más estrecho de sus propios puntos de vista y desarrollen concepciones políticas en términos de los cuales puedan explicar y justificar sus políticas preferidas ante un público más amplio, de manera tal de alcanzar una mayoría.”⁶⁵.

La concepción de la democracia que aquí postulo, claramente más cercana al ideal contractualista que sus competidoras, puede ser definida, sencillamente, como “un proceso de discusión moral sujeto a un límite de tiempo.”⁶⁶ Aun cuando en las complejas sociedades modernas la realidad acabe imponiendo serios apartamientos del ideal de plena deliberación previa a la toma de decisiones, tener presente a qué debe tender el dinámico diseño de las instituciones contribuye a que tales apartamientos resulten lo menos significativos posibles.⁶⁷

Una Constitución que garantice los prerequisites de la democracia deliberativa

Sostuve hasta aquí que sólo una democracia con rasgos deliberativos halla real correlato con la justificación contractualista de la legitimidad del Estado. Ahora bien, para que las decisiones sean tomadas de acuerdo con el proceso esbozado, es necesario que el propio sistema institucional provea los mecanismos indispensables para *garantizarlo*.

Las mismas razones por las cuales los individuos resuelven abandonar el estado de naturaleza imponen que tales mecanismos consistan, necesariamente, en *reglas* a las que deberán someterse quienes tomen las distintas decisiones democráticas. Pero hemos

⁶⁵ Rawls, *Political...*, pág. 165.

⁶⁶ Nino, *La Constitución...*, pág. 167.

⁶⁷ Esbozaré, más adelante, ciertas reformas a la legislación actual que permitirían un sistema institucional real más cercano al ideal.

concluido que las normas del Estado de derecho cuyos rasgos principales procuro delinear han de emanar, precisamente, de estas decisiones. Pues bien, la aparente paradoja sólo puede ser resuelta si *ciertas* reglas son mantenidas fuera del alcance de las “decisiones democráticas.” En otros términos, sólo un conjunto de normas *jerárquicamente superiores* podrá garantizar que las reglas emanadas de estas decisiones sean el resultado de un proceso de deliberación entre libres e iguales que maximice el ideal de imparcialidad.

El sistema institucional cuyos rasgos principales procuro delinear requiere, pues, de una *Constitución* que garantice los presupuestos necesarios para que las decisiones políticas deriven de una deliberación entre agentes libres e iguales que garantice la imparcialidad de estas decisiones. Amén de la “constitución del poder,” (conformada por la distribución de los poderes y del conjunto de procedimientos de los que han de acabar desprendiéndose las decisiones democráticas) el tipo de democracia referido requiere, también, una “constitución de derechos.” Consagrar una serie de derechos individuales, oponibles (cual *carta de triunfo*⁶⁸) incluso a los deseos de las mayorías, contribuye a que el contenido de las decisiones políticas mantenga el mayor correlato posible con el ideal de decisiones contractuales unánimes.

La necesidad de una “constitución de derechos” no se funda, exclusiva y genéricamente, en la idea de que, para no apartarse demasiado del modelo contractualista, ciertas decisiones trascendentales deben mantener su sujeción al requisito de unanimidad. Un argumento tal no provee los criterios específicos para determinar cuáles son estas decisiones “trascendentales,” de manera tal que, sin negar la inevitable influencia de esta línea de razonamiento en el diseño de la Constitución, la respuesta concreta debe provenir de otras aguas. El contenido específico de los derechos constitucionales indispensables para dar vida al sistema institucional más compatible con la justificación contractualista de la legitimidad del Estado debe responder, pues, a un único criterio: su mayor contribución a una toma de decisiones políticas derivadas de la deliberación entre todos los individuos, libres e iguales, afectados por la decisión del caso.

La situación de las minorías

⁶⁸ Dworkin, ob. cit.

La aplicación del criterio referido obliga a aseverar que sólo una Constitución que consagre ciertos derechos podrá garantizar que sean satisfechos prerequisites de una democracia deliberativa tales como la mencionada “participación libre e igual en el proceso de discusión y toma de decisiones”⁶⁹ y “la ausencia de minorías congeladas y aisladas.”⁷⁰ Parece evidente que estas precondiciones no podrán ser respetadas sin un derecho a la libertad individual (entendido en su concepción más amplia) y sin los genéricos derechos a la igualdad y la no discriminación.

En lo que respecta a la libertad individual, su defensa a nivel constitucional resulta indispensable por el simple hecho de que configura, como ya he explicado, uno de los tres pilares sobre los que se estructuran todas las líneas contractualistas que sirven para estudios como el que me he propuesto. Que la libertad individual resulta también fundamental para la toma de decisiones imparciales, segundo de los pilares aludidos, no hace más que confirmar la vital importancia de su celosa defensa.

Para comprender, por su parte, por qué es que “la ausencia de minorías congeladas y aisladas” requiere los “derechos *a priori*” de igualdad y no discriminación, es menester identificar los motivos por los cuales la ausencia de estas minorías constituye un presupuesto de la democracia deliberativa y, por añadidura, de la toma de decisiones imparciales.

En primer lugar, es importante recordar que el voto mayoritario, cumplido un período de deliberación previa, aparece como el mecanismo más compatible con el ideal de imparcialidad toda vez que “fuerza a los participantes del proceso a prestar atención a tantos intereses como sea posible, trayendo soluciones que los satisfagan por miedo a perder el apoyo de la mayoría”⁷¹ Pues bien, este tipo de mecanismos, producto del incentivo que la necesidad de alcanzar el apoyo mayoritario acarrea, requiere de minorías dinámicas cuya conformación varíe de acuerdo con la decisión específica que pretenda tomarse. Así, “para que el proceso democrático funcione apropiadamente, una minoría particular no puede permanecer siempre aislada como consecuencia de que los demás la abandonen sin importar el resultado de la negociación. Tal minoría se constituirá en una minoría congelada debido a que siempre permanece fuera de la mayoría..En una democracia en funcionamiento, es esencial que la mayoría nunca sea un grupo definido de

⁶⁹ Nino, La Constitución..., pág. 192.

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ Nino, La Constitución..., pág. 178.

gente de la población, sino una construcción que hace referencia a individuos que cambian constantemente de acuerdo con el tema que esté en discusión.”⁷²

El requisito de imparcialidad en la toma de decisiones, pues, impone un dinamismo en la conformación de las minorías que se oponen a las distintas decisiones mayoritarias. Toda agrupación de minorías en categorías congeladas tales como la raza, el género o la religión socava, por ello, uno de los presupuestos más básicos de la deliberación entre libres e iguales a la que debe aspirarse. En términos de Nino, “la mayor amenaza a la imparcialidad en el procedimiento democrático es la formación de una coalición mayoritaria estable en contra de una minoría cuyos intereses son sistemáticamente ignorados. Es éste un verdadero peligro, y es a fin de prevenir sus peores efectos que del proceso democrático se apartan algunos derechos básicos, de modo tal de proteger los intereses vitales de las minorías.”⁷³

La conclusión es, pues, que el principio de imparcialidad, uno de los tres ideales básicos alrededor de los cuales debe construirse el sistema que procuro exponer, impone la necesidad de derechos constitucionales que garanticen el dinamismo en la conformación de las minorías democráticas. La imparcialidad en la toma de decisiones requiere la ausencia de “minorías congeladas y aisladas” y ésta, a su vez, depende del reconocimiento de derechos constitucionales a la igualdad y no discriminación.

La igualdad

Habiendo postulado, en repetidas oportunidades, que el sistema institucional cuyos rasgos principales me he propuesto estudiar debe articularse en torno al mayor compromiso posible con los principios de libertad individual, imparcialidad y *alguna noción* de igualdad, cabe preguntarse, en esta instancia, a qué igualdad hemos de ajustarnos. Pues bien, considero que el análisis de los últimos párrafos permite echar cierta luz sobre los modos de establecer la mentada noción de igualdad.

Sostuve en la primera parte del trabajo que, en tanto la idea misma de contrato supone la libertad individual de contratantes que se valen de criterios imparciales para alcanzar un acuerdo, no cabe desprender, como elemento inherente a todo contrato, la

⁷² Nino, La Constitución... pág. 177.

⁷³ Nino, Ética... pág. 393.

igualdad de las partes. En otros términos, para hablar de la celebración de un contrato es necesario el libre consentimiento de todos los individuos contratantes (que, a su vez, necesitarán valerse de criterios imparciales para que ninguno de los otros ejerza su poder de veto) pero no lo es la absoluta igualdad de estos mismos individuos. Es, pues, posible que personas marcadamente desiguales, que incluso negocien en lugar de discutir, celebren un contrato (insisto con que, aun bajo circunstancias tales, la unanimidad del acuerdo garantizará la sujeción a los principios de libertad individual e imparcialidad).

Sin perjuicio de lo antedicho, también expliqué en su oportunidad que del hecho de que el consentimiento de cada individuo revista el mismo valor para dar nacimiento a un contrato debe derivarse *alguna noción* de igualdad presente en toda convención. Pues bien, la identificación de las únicas teorías contractualistas que sirven para evaluar el sistema institucional que más se ajusta al contractualismo, como idea genérica, contribuyó a precisar, en cierto modo, la noción de igualdad con la que ha de comprometerse este sistema. Pude concluir, tras recorrer este camino, que el sistema jurídico más compatible con el ideal contractualista debía garantizar una idea de igualdad más fuerte que la casi irrelevante igualdad inherente a todo contrato. El hecho de que sólo modelos contractualistas como el de Rawls, (aunque no necesariamente con sus particularidades) destinados a *modelar* ciertos principios, pueden servir para el estudio que ha motivado mi trabajo impuso esta conclusión. De este modo, si la intención es utilizar la figura del contrato como medio expositivo de determinados principios, difícilmente quepa pensar en modalidades contractuales con partes desiguales tales como las imaginadas por Buchanan.⁷⁴ El contrato difícilmente pueda pretender ser utilizado como medio para modelar el valor de la *desigualdad*. En virtud de ello, tener en mente teorías como la de Rawls al momento de establecer el tipo de sistema institucional que debe seguir a un punto de partida contractualista obliga a pensar en una deliberación entre libres *e iguales* como elemento central de la toma de decisiones que debe garantizar ese sistema. Detenerse en las exigencias derivadas del prerrequisito de la *imparcialidad* puede ser útil para identificar en qué sentidos más concretos han de ser *iguales* los individuos que deliberan.

Más allá del valor de la igualdad como principio autónomo, entonces, el referido presupuesto de imparcialidad exige la defensa de una noción particular de igualdad. Ello

⁷⁴ Cuyo objetivo, tan válido como distinto del perseguido en mi trabajo, es demostrar que, incluso de un estado de naturaleza con partes marcadamente desiguales surgiría un sistema jurídico. Ver Buchanan, James, “*The Limits of Liberty*”, en *Collected Works*, Indianapolis, Liberty Fund, 2000, Cap.4, Vol. 7.

hace que al menos un mínimo de *contenido específico* del genérico ideal de igualdad pueda ser determinado a partir de las exigencias impuestas por el principio de imparcialidad. De esta manera, la dificultad de establecer una noción uniforme de igualdad con la que deba comprometerse toda teoría contractualista se ve mitigada en cuanto la satisfacción del principio de imparcialidad (que, como el de libertad individual, no enfrenta esta dificultad) exige el respeto de cierta igualdad.

¿Qué noción de igualdad se desprende del presupuesto de imparcialidad? En primer lugar, y por las razones ya expuestas, la igualdad asociada con la no discriminación de minoría alguna. Por otra parte, para que las decisiones democráticas sean verdaderamente imparciales, es menester que todos los participantes de las discusiones cuenten con iguales *oportunidades* para exponer sus puntos de vista. En otros términos, la igual libertad para el ejercicio de la participación política resulta indispensable para la toma de decisiones imparciales.⁷⁵

En razón de que estos sentidos de igualdad aparecen como presupuestos de la toma de decisiones imparciales, todo parece indicar que, finalmente, hemos identificado las nociones específicas de igualdad que deben estar garantizadas por la Constitución del sistema institucional que pretendo justificar en términos contractualistas. Ahora bien, tanto en el caso de la igualdad cuanto en el de los otros derechos constitucionales que han de ser defendidos por su condición de prerequisites de la discusión democrática, es importante evitar que el celo puesto en garantizar la toma de decisiones imparciales acabe limitando, en forma excesiva, las temáticas sobre las cuales el sistema democrático puede, efectivamente, *decidir*.⁷⁶

En busca de un equilibrio

En un afán de salvaguardar los referidos presupuestos de libertad individual, imparcialidad e igualdad, el diseño específico de la “Constitución de los derechos” puede, entonces, dar lugar a una amplitud indeseable. En términos de Nino, “si aceptamos una

⁷⁵ Sobre el final del trabajo haré referencia a una noción de igualdad que debiera entenderse aquí presupuesta. Se trata de un mínimo de bienestar material y de educación sin los cuales, en términos de Rawls, “las personas simplemente no pueden participar en la sociedad como ciudadanos, mucho menos como ciudadanos iguales.” (Rawls, *Political...*, pág. 166.)

concepción fuerte de los derechos, que abarque no sólo los negativos sino también las obligaciones positivas correlativas, casi todas las cuestiones morales estarían asociadas con derechos básicos. De este modo, la exclusión de los derechos del ámbito de decisión democrática vaciaría completamente el campo de acción del procedimiento democrático.”⁷⁷ Así, por ejemplo, el derecho a la libertad de expresión, de inclusión insoslayable en la Constitución que propongo, “no requiere sólo de ser libre de censura sino también de tener acceso positivo a los medios para comunicarse con otros.”⁷⁸ Pero, además de que “si el debate público requiere que uno se pare sobre un cajón de manzanas a modo de tribuna, uno debe tener acceso a este,”⁷⁹ personas “no educadas, seriamente enfermas o sin vivienda apropiada” tampoco pueden participar plena e igualmente “en el proceso de deliberación colectiva y de decisión mayoritaria.”⁸⁰

Si de la Constitución debiera desprenderse, entonces, que “un ciudadano debe tener una adecuada atención médica para que no se vea perjudicada su igual y libre participación”⁸¹ en el proceso democrático, ello contribuiría sin duda a un mejor funcionamiento del proceso. No obstante, “estaría simultáneamente apartando de la democracia la posibilidad de decidir acerca de cómo deberían distribuirse los recursos médicos.”⁸² Debe tenerse presente, pues, que cubrir todos estos prerequisites en una Constitución, jerárquicamente superior a las normas elegidas democráticamente, derivaría en que queden “muy pocas cuestiones a ser resueltas por la democracia (en tanto) la mayoría de las decisiones políticas consisten en la apropiada distribución de este tipo de recursos.”⁸³ De esta manera, una innumerable lista de derechos *a priori* consagrados en una Constitución daría lugar a una casi plena imparcialidad en la toma de decisiones democráticas pero, al mismo tiempo, supondría acotar enormemente las temáticas susceptibles de ser alcanzadas por tales decisiones.

Coincido con Nino tanto en el planteo de la problemática cuanto en la solución que prevé: “No debemos tratar de perfeccionar al máximo el procedimiento democrático por

⁷⁶ Para un útil examen de las posibles tensiones entre las ideas de constitucionalismo y democracia, ver Stephen Holmes, “*Constitutionalism and Democracy: Studies in Rationality and Social Change*,” Cambridge University Press, 1988.

⁷⁷ Nino, La Constitución..., pág. 192.

⁷⁸ Nino, La Constitución..., pág. 193.

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ Nino, La Constitución..., pág. 302.

⁸² Ibid.

⁸³ Nino, La Constitución..., pag. 193

medio del fortalecimiento extremo de sus precondiciones, de modo que el alcance de su acción se reduzca a punto tal que sólo se refiera a cuestiones de coordinación como la de la dirección del tránsito.”⁸⁴ Resulta indispensable, pues, alcanzar un *equilibrio* entre los prerequisites y el funcionamiento real de la democracia

La Constitución del poder

¿Cuál ha de ser, entonces, el contenido mínimo de la Constitución del sistema jurídico con el que debiera comprometerse todo “contractualista”? En primer lugar, en tanto “el procedimiento democrático no es una actividad espontánea sino un producto de reglas,”⁸⁵ la Ley Fundamental ha de establecer el marco dentro del cual debe desarrollarse el juego democrático. Las “reglas del juego” son, pues, el primer y obvio prerequisite de la deliberación democrática que debe surgir de la mentada Constitución. Estas reglas, contenidas en la parte orgánica de la Constitución (o “constitución del poder”), deben incluir los plazos y mayorías necesarias para tomar las decisiones democráticas pero también el modo de elección de las personas que han de deliberar, la mayor o menor centralización geográfica para la toma de decisiones y, por supuesto, la conformación de los poderes estatales.

Puesto que el criterio único para la dilucidación de estas cuestiones ha de ser la maximización de los principios de libertad individual, igualdad e imparcialidad, (es decir, la mayor contribución posible a la toma de decisiones derivada de procesos de plena deliberación entre libres e iguales) me animaré a esbozar, a continuación, el tipo de soluciones específicas que la parte “orgánica” de la Constitución debería prever en relación con algunos de sus contenidos.

Ya sostuve que el ideal de imparcialidad, garantizado únicamente por acuerdos unánimes, debe ser compatibilizado con la necesidad de que, en algún momento, las decisiones sean tomadas. Por ello es que, lejos de exigir unanimidad para la toma de decisiones, lo cual otorgaría un poder desmedido a quien optara por la decisión de mantener el *status quo*, la mejor solución consiste en que, transcurrido un período determinado de deliberación, la mayoría decida a través de una votación. Pues bien, establecido este

⁸⁴ Ibid.

⁸⁵ Nino, La Constitución..., pág. 273.

esquema, y en aras de garantizar el referido período de la deliberación más plena posible, la Carta Magna ha de determinar, entre otras cosas, *quién* delibera (lo cual incluye, por supuesto, cómo es elegido para cumplir con esa función), qué temas pueden ser sometidos a esa deliberación y quién debe velar por el cumplimiento de sus prerequisites. Sobre estas cuestiones me pronunciaré en lo que sigue.

Representación plena y sistema proporcional de elecciones

A pesar de que, en razón del carácter inevitable de la representación en las sociedades modernas, no me detendré en la cuestión, resultaría interesante preguntarse si, desde la óptica del sistema institucional que me ocupa, la elección de representantes ha de ser concebida como un mal menor o si, por el contrario, resulta deseable.⁸⁶ En cualquier caso, lo que sí es decisivo es que la labor de los representantes consista en “continuar la deliberación que ha tenido lugar entre los ciudadanos antes de que los representantes hayan sido electos. La discusión debería continuarse sobre la base de las plataformas aprobadas por los electores cuando eligieron a sus representantes.”⁸⁷ Sólo de esta manera podrán las deliberaciones tener en cuenta los puntos de vista de todos los afectados y derivar, por consiguiente, en las decisiones imparciales que el sistema ha de garantizar.

De lo antedicho se desprende que el sistema electoral debe apuntar, como requisito primordial, a una representación *plena*. Sin estar exento de otros problemas, (tales como el de la tristemente célebre “lista sábana”) que también atentan contra el ideal de toma de decisiones imparciales y ameritan las modificaciones pertinentes, la necesidad de que las deliberaciones reflejen las ideologías y puntos de vista de toda la sociedad parece exigir un sistema *proporcional* de elección de representantes. Si todos los representantes surgieran del partido político elegido por la mayoría, las discusiones previas a la elección no podrían

⁸⁶ En La Constitución..., pág. 184., Nino sostiene que “(b)ajo (su) visión de la democracia, la representación es, en el mejor de los casos, un mal necesario.” En un trabajo en el cual evalúa un sistema similar al propuesto por Nino (si no el mismo), por su parte, Gargarella afirma que “la representación plena puede contribuir a la imparcialidad de modo significativo.” (ver Gargarella, “Representación Plena, Deliberación e Imparcialidad”, en Elster, La Democracia..., pág 325.) Buchanan y Tullock afirman, por su parte, que “la democracia directa, bajo prácticamente cualquier regla de toma de decisiones, es demasiado costosa, salvo en unidades políticas pequeñas en las cuales unas pocas cuestiones aisladas deben ser consideradas” (The Calculus..., pág.213).

⁸⁷ Nino, La Constitución..., pág. 235-236.

ser continuadas; toda decisión política sería producto del acuerdo entre quienes defendían uno solo de los puntos de vista del debate pre-electoral.⁸⁸

Descentralización

En su afán de alcanzar el ideal de deliberación, libre e igual, entre todos los individuos afectados por la discusión de que se trate, la parte “orgánica” de la Constitución debe también contemplar mecanismos que contribuyan a la mayor cercanía posible entre representante y representado. Coincido con Nino en las grandes ventajas que, en este sentido, trae aparejadas la *descentralización*: “(p)arece bastante claro para mi que la forma más pura de democracia debería emerger del proceso de descentralización política que generaría unidades políticas suficientemente pequeñas como para hacer posible un proceso de discusión cara a cara y de decisión colectiva.”⁸⁹ La descentralización es necesaria “para asegurar que sólo aquellos cuyos intereses están siendo afectados participarán en la toma de decisiones.”⁹⁰ Asimismo, las mayores posibilidades de que se generen sentimientos de empatía entre los miembros de grupos pequeños contribuye a que, gracias a procesos de descentralización, discusiones democráticas que tengan particularmente en cuenta los intereses del prójimo deriven en decisiones especialmente imparciales. La propuesta de descentralización no solo es de posible realización, (Nino hace referencia a ejemplos reales tales como algunas ciudades y cantones en EE.UU y Suiza, respectivamente) sino que “daría lugar también a que existiera una mayor posibilidad de que la gente elija la comunidad política a la cual quiere pertenecer.”⁹¹

Sin ánimo de examinar las características más específicas de un sistema plausiblemente descentralizado, lo expresado sirve para pensar en modalidades de federalismo más puras que las vigentes en muchos de los llamados países “federales.” El criterio de maximización de procesos de deliberación entre todos los afectados por determinado tema debe operar como guía para que un número importante de cuestiones que

⁸⁸ Para un interesante análisis económico sobre la temática de la representación, ver Buchanan y Tullock, The Calculus..., págs. 213-231. Los autores consideran que, en el ámbito de la representación, es necesario determinar cuatro cosas. La primera es la regla de elección de representantes. La segunda es la regla para la toma de decisiones en las asambleas legislativas. La tercera la constituye el grado de representación (la proporción del total de la población a ser elegida en la asamblea legislativa) y la última consiste en la base de la representación (por ejemplo, geográfica).

⁸⁹ Nino, La Constitución..., pág. 212.

⁹⁰ Nino, La Constitución..., pág. 186.

hoy son resueltas por los gobiernos centrales de estos Estados “federales” pasen a las órbitas locales o provinciales.⁹²

Presidencialismo vs. Parlamentarismo

Una crítica común a los procesos de excesiva descentralización indica que la conformación de distritos pequeños incrementa los riesgos de que líderes demagogos acumulen poder de manera claramente incompatible con el ideal de decisiones imparciales tomadas a través de discusiones entre libres e iguales. En el caso argentino, por ejemplo, no sería infundado temer que los procesos de descentralización que impulso acaben fortaleciendo e incrementando el ya excesivo poder de quienes gobiernan sus provincias o municipios cual viejos “caudillos” o, incluso, “padres feudales.” Las causas de esta injustificada acumulación de poder y nulo debate, empero, se hallan mucho más vinculadas al característico “hiperpresidencialismo” latinoamericano que a cualquier otra cuestión.

Salvando las obvias distancias, cabe remitir a las razones por las cuales todo gobierno dictatorial atentará, necesariamente, contra los ideales del sistema que evalúo para entender por qué la concentración de decisiones en una persona, con total prescindencia de sus intenciones, acarreará la imposibilidad de incluir todos los puntos de vista necesarios para alcanzar decisiones imparciales. El criterio de distribución de los poderes estatales en base a la maximización de los principios de libertad individual, igualdad e imparcialidad exige, pues, alejarse del modelo presidencialista estadounidense y, en obvia mayor medida, del hiperpresidencialista latinoamericano. La necesaria conformación de un poder que regule y ejecute las políticas generales decididas por un órgano representativo y deliberativo no puede derivar en el reemplazo de las robustas discusiones de quienes representan plenamente a la sociedad por las deliberaciones internas de un poderoso individuo.

Mucho ha sido escrito en relación con las ventajas y desventajas de los contrapuestos sistemas presidencialista y parlamentario. Constreñido por el objeto de mi estudio, me limito a señalar que, amén de no contar con los serios problemas de la

⁹¹ Nino, La Constitución..., pág. 212.

⁹² Nino introduce ciertos ejemplos tales como la educación secundaria y universitaria y legislación sustantiva como los Códigos Penal y Civil (que sí están a cargo de los distintos Estados de EE.UU pero son sancionados

“legitimidad dual”⁹³ y el “juego de suma cero,”⁹⁴ característicos del modelo presidencialista, el sistema parlamentario se acerca al ideal de toma de decisiones imparciales derivadas de discusiones entre todos los afectados de modo mucho más satisfactorio que el presidencialista. Las campañas electorales de los sistemas parlamentarios se centran mucho más en ideologías y propuestas concretas que en las conocidas exaltaciones de las personalidades de los candidatos en los sistemas presidenciales. Por su parte, “el carácter rígido y extendido del término del mandato presidencial impide el llamado a nuevas elecciones presidenciales, incluso cuando el presidente ha sufrido una pérdida catastrófica de popularidad y credibilidad...No existe ninguna forma de canalizar la opinión general de modo que pueda expresarse nuevamente acerca de su parecer respecto del principal puesto de poder...”⁹⁵ En términos de acercamiento al ideal de que el obrar de los gobernantes refleje plenamente el consenso resultante de la deliberación pública, pues, resultan abismales las diferencias entre el escenario descrito y sistemas del tipo parlamentario en los cuales las propias instituciones proveen “válvulas de escape” para ajustar la conformación de los representantes a la evolución de los puntos de vista de sus representados.⁹⁶

El poder judicial

por el gobierno central en otros países “federales” tales como Argentina). Ver Nino, La Constitución..., pág. 233.

⁹³ La idea es que, en un sistema presidencialista, tanto el Poder Ejecutivo como el Legislativo pueden válidamente invocar su “legitimidad popular”, lo cual da lugar a situaciones de bloqueo irresolubles. En casos de poderes dominados por partidos políticos enfrentados, en tanto ambos puedan fundar sus actuaciones en un mandato popular directo, las trabas y bloqueos resultan inevitables. Por su parte, en aquellos supuestos en los cuales el mismo partido domina a ambos poderes, el sistema presidencialista fomenta la confusión o, al menos, difícil delimitación de las funciones de uno y otro. En cambio, si uno sólo de los poderes contara, como en los sistemas parlamentarios, con una legitimidad popular directa, la confrontación sería, presumiblemente, menor.

⁹⁴ El sistema presidencialista está vinculado a la idea de “juego de suma cero” por cuanto alcanzar la presidencia aparece como el único gran “trofeo”: quien lo obtiene gana “todo” en tanto el perdedor se queda “sin nada”. En este contexto, la oposición no cuenta con incentivos suficientes como para apoyar al presidente de turno, pues ello incrementaría el *grave* riesgo de reelección (del mismo presidente o, al menos, del oficialismo). Esta dinámica de “suma cero” implica, ni más ni menos, que al partido opositor “le conviene que al país le vaya mal”.

⁹⁵ Nino, La Constitución..., pág. 247.

⁹⁶ Por supuesto que lo aquí expresado no implica desconocer los problemas característicos de los sistemas parlamentarios y defender el modelo parlamentario ciegamente. El sistema parlamentario puede adoptar diversas modalidades y, nuevamente, el criterio de contribución a la toma de decisiones imparciales ha de guiar la definitiva estructura del mejor sistema posible. Acaso sistemas mixtos tales como el de Francia o

Las consideraciones hasta aquí vertidas han apuntado a proveer los criterios en base a los cuales la parte “orgánica” de la Ley Fundamental debe estructurar los poderes políticos encargados de tomar las decisiones imparciales que el sistema demanda. Ahora bien, ¿cómo asegurarse de que estas, y otras, precondiciones de la toma de decisiones imparciales sean respetadas en el juego democrático?

La parte “orgánica” de la Carta Magna debe incluir un poder independiente encargado de “custodiar” la Constitución. En términos de John Ely,⁹⁷ debe haber un árbitro que vele por el cumplimiento de las reglas (consagradas en la Constitución) del juego democrático. Así, más allá de posibles críticas vinculadas con el carácter “no democrático”⁹⁸ del Poder Judicial y de que, en contraposición a lo expuesto por Marshall, juez de la Corte Suprema de EE.UU en el célebre fallo *Marbury*,⁹⁹ algunos autores señalen que “el control judicial de constitucionalidad no es una consecuencia lógica del reconocimiento de la supremacía de la constitución,”¹⁰⁰ resulta indispensable que un poder independiente de los órganos mayoritarios garantice que éstos den cumplimiento a las reglas del juego democrático. Si el respeto de los prerequisites necesarios para que los órganos políticos generen decisiones imparciales dependiera pura y exclusivamente de estos órganos, la Constitución devendría letra muerta. Las precondiciones de la discusión democrática han de estar garantizadas por normas jerárquicamente superiores a las disposiciones emanadas de los poderes políticos y sólo un poder independiente de ellos puede garantizar la vigencia de este diseño institucional.

La Constitución de los derechos

Hecho el énfasis en la estructura básica de la parte “orgánica” de la Constitución, cabe recordar que, manteniendo el criterio de maximización de las decisiones imparciales tomadas por todos los afectados bajo condiciones de libertad e igualdad, la Carta Magna ha

Portugal (que equilibran los sistemas parlamentario y presidencialista eliminando los rasgos negativos de cada uno) sean los que más se acerquen al ideal buscado.

⁹⁷ John Ely, “*Democracy and Distrust: A theory of Judicial Review*”, Harvard University Press, 1980.

⁹⁸ Implícita en las líneas que siguen estará la idea de que, si los jueces fuesen elegidos directamente, acabarían expuestos a una negativa tendencia a satisfacer a sus electores, cuyos deseos deben ser discutidos en otros foros y no defendidos por quien debe limitar a los jugadores de la democracia para poder, así, fortalecerla.

⁹⁹ *Marbury vs. Madison*, 1U.S. 137 (1803)

¹⁰⁰ Nino, La Constitución....pág. 299.

de contener una parte “dogmática,” dentro de la cual se hallen consagrados los derechos necesarios para completar el conjunto de “prerrequisitos” del juego democrático.

Señalé oportunamente las razones por las cuales la Constitución debía necesariamente contemplar los derechos a la libertad individual, la no discriminación y la igualdad, en materia de derechos políticos, de todos los ciudadanos. Pues bien, lejos de pretender enumerar taxativamente los restantes derechos que, creo, deben ser consagrados por la Constitución, (pero recordando que la lista de estos derechos ha de evitar ser demasiado abarcativa) sí considero indispensable señalar que, además del derecho al igual trato e igual libertad de todos los individuos frente a ilegítimas discriminaciones, los ideales por los cuales he justificado un sistema institucional con ciertas características exigen que la Ley Fundamental también consagre derechos más básicos (presupuestos por los otros) tales como el derecho a la vida y la libertad de circulación. Agregó, con Nino, los derechos “a la libertad de conciencia, a la educación liberal, a la privacidad e intimidad, a la propiedad personal y al trabajo, al comercio y a la industria.”¹⁰¹ Finalmente, destaco el indispensable derecho a la libertad de expresión (al que hice expresa referencia en otra parte del trabajo), que me resulta útil para hacer una reflexión final sobre un cierto accionar positivo que cabe exigir al Estado.

La idea, que simplemente quiero dejar planteada, es que la ya expuesta necesidad de evitar que, con excesivos “prerrequisitos” constitucionales, se acabe despojando a las discusiones democráticas de los temas más trascendentales, no debe conducirnos a la simplificación de que los derechos sólo pueden ser violados mediante acciones directas. Es claro que los derechos constitucionales aludidos perderían virtualidad si, por ejemplo, el Estado no garantizara las necesidades básicas de los ciudadanos.¹⁰²

En el mismo sentido, al menos en circunstancias tan decisivas para el desarrollo de la toma de decisiones imparciales como lo son las campañas pre-electorales, pareciera que la libertad de expresión entendida como no interferencia estatal debería ser complementada con un cierto acceso igualitario a los medios necesarios para que las ideas que pretenden ser expresadas lleguen al público. Sólo con cierta “democratización de los canales de comunicación pública”¹⁰³ podrán los procesos democráticos girar en torno a la discusión de

¹⁰¹ Nino, La Constitución..., pág. 298.

¹⁰² Ver Rawls, Political..., pág. 166.

¹⁰³ Nino, La Constitución..., pág. 298.

las ideas dispersas en toda la sociedad y no acabar subordinados a la sola expresión de los más poderosos.

Breves consideraciones finales

Las primeras aproximaciones al examen de las distintas variantes de la línea de pensamiento contractualista instalan, inevitablemente, un interrogante central: ¿cuál es la verdadera utilidad de las llamadas “teorías contractualistas”?

De un estudio más profundo de la temática se desprende, a mi juicio, que el aporte más significativo del “contractualismo” puede, y debe, estar vinculado con cierta función de “guía” para la evolución de los sistemas institucionales *reales*. En concreto, esta corriente de pensamiento debe contribuir a la identificación del modo en que los sistemas existentes pueden ser mejorados, para lo cual resulta indispensable explorar las características principales del sistema institucional *ideal* -desde la óptica contractualista- al que deben tender los sistemas reales. La convicción de que ello es así impulsó el presente estudio.

En consonancia con mi inquietud inicial, el objeto del trabajo que aquí concluyo fue, pues, evaluar el sistema institucional *posible* que se sigue de una justificación contractualista de la legitimidad del Estado. Ahora bien, la intención de identificar los lineamientos generales de un sistema real con el que debe comprometerse *todo* “contractualista” requirió, como paso previo, un análisis de los principios inherentes a la idea misma de contrato: la libertad individual de las personas, la imparcialidad en la toma de decisiones y *alguna noción* de igualdad, cuyo alcance fue posteriormente especificado.

Con la sujeción a estos principios como criterio rector para la determinación de los rasgos centrales del sistema, resultó que, aun con justificaciones disímiles, muchas de las conclusiones alcanzadas coincidieron con lo que Carlos Nino ha definido como una “concepción deliberativa de la democracia.” Siguiendo el camino cuyo recorrido postulé *ab initio*, entonces, y más allá de algunas diferencias oportunamente resaltadas, hallé en estudios impulsados por motivaciones marcadamente distintas los rasgos centrales del sistema que me había propuesto descubrir.

El mayor aporte de este trabajo deriva del propósito de identificar el sistema institucional que se sigue de *toda* justificación contractualista del Estado. Partiendo de la base de que el contractualismo sólo puede resultar verdaderamente útil como guía para el

diseño de nuestras instituciones reales, mi objetivo requirió un breve recorrido por las distintas corrientes básicas de pensamiento contractualista, gracias al cual pude precisar el criterio para la definitiva estructuración del sistema luego examinado y, asimismo, demostrar que mis conclusiones son aplicables a la idea *general* de contractualismo.

De acuerdo con los argumentos expuestos a lo largo de este trabajo, pues, cualquier “contractualista” que pretenda justificar un sistema institucional distinto del aquí expuesto contradiría los principios básicos sobre los cuales descansa su propia teoría. El contractualismo debe, necesariamente, defender el sistema que más se ajuste a los principios de libertad individual, imparcialidad y cierta noción de igualdad (especificada más arriba) y este sistema es el que me he encargado de describir.

Queda claro, por lo expuesto, que mi estudio no estuvo motivado por ningún compromiso previo con las teorías defensoras de concepciones *deliberativas* de la democracia. También queda claro que, en tanto sostengamos que la legitimidad del Estado no surge del *iure divino* ni del poder de *facto* sino del *consenso* de los gobernados, debemos comprometernos con un sistema institucional fundado en una Constitución que garantice los prerequisites de una discusión democrática entre libres e iguales.

Bibliografía

- Kim Lane Scheppele y Jeremy Waldron, “*Contractarian Methods in Political and Legal Evaluation*”
- John Rawls, *A Theory of Justice.*, Cambridge, Harvard University Press, 1971.
- John Rawls, *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York, 1993.
- Roberto Gargarella, *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política.*, Ediciones Piados Ibérica, Barcelona, 1999.
- James Buchanan, *The Limits of Liberty*, en *Collected Works*, Indianapolis, Liberty Fund, 2000.

- James M. Buchanan & Gordon Tullock, The Calculus of Consent. Logical Foundations of Constitutional Democracy, Ann Arbor Paperbacks, The University of Michigan Press, 1969.
- Will Kimlicka, Contemporary Political Philosophy, Oxford: Calderon Press, 1990.
- Carlos Nino, La Constitución de la Democracia Deliberativa, Ed. Gedisa, 1997.
- Carlos Nino, Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación, Editorial Astrea, 1989.
- Ilya Somin, “Revitalizing Consent”, 23 *Harvard Journal of Law and Public Policy* 753, 2000.
- Ronald Dworkin, Los Derechos En Serio, Editorial Ariel, 1989.
- Thomas Hobbes, Leviatán, Editora Nacional, Madrid, 1980.
- John Locke, Segundo tratado sobre el gobierno, Biblioteca Nueva, Madrid, 1999.
- David Hume, Tratado de la naturaleza humana, Editora Nacional, Madrid, 1981.
- Jon Elster, La Democracia Deliberativa, Ed. Gedisa, 2001.
- John Ely, “*Democracy and Distrust: A theory of Judicial Review*”, Harvard University Press, 1980.
- Stephen Holmes, “*Constitutionalism and Democracy: Studies in Rationality and Social Change*,” Cambridge University Press, 1988.