



Atenea

ISSN: 0716-1840

lgaravil@udec.cl

Universidad de Concepción

Chile

Camargo, Ricardo  
Las aporías del constitucionalismo moderno  
Atenea, núm. 513, enero-junio, 2016, pp. 169-181  
Universidad de Concepción  
Concepción, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=32846563011>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

# LAS APORÍAS DEL CONSTITUCIONALISMO MODERNO\*

THE APORIAS OF MODERN CONSTITUTIONALISM

RICARDO CAMARGO\*\*

## RESUMEN

El constitucionalismo moderno se ha asentado sobre una pretensión fuerte: el control del arbitrio para el resguardo de la libertad. Se trata de una pretensión construida en un continuo que va desde la oposición entre estado de naturaleza y sociedad política formulado, entre otros, por Suárez y Locke, pasando por la pregunta de la legitimidad de las restricciones de las libertades individuales asentada por Rousseau, y terminando en la conjunción entre constitucionalismo y democracia ensayada por Pettit. En este ensayo se recrea dicho trazado, resaltando la aporía fundamental que parece residir en el corazón del constitucionalismo moderno, a saber: el desplazamiento pero nunca extinción del arbitrio del soberano. Pero si es sólo al retraso del arbitrio a lo que podemos aspirar en el constitucionalismo, entonces son las condiciones de posibilidades del no-arbitrio las que se hacen urgente de repensar.

*Palabras clave:* Constitucionalismo, estado de naturaleza, sociedad política, libertad, arbitrio.

## ABSTRACT

Modern constitutionalism has established itself on a strong assumption: the control of arbitrariness to safeguard freedom. This is an assumption built on a continuum start-

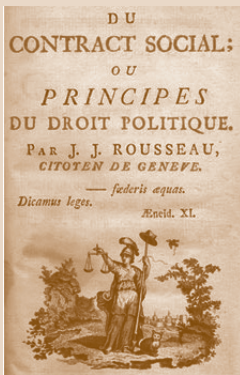
\* Este artículo es fruto del proyecto Fondecyt Regular N° 1140901.

\*\* Doctor en Ciencia Política. Profesor Asociado del Departamento de Ciencias del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Santiago, Chile. Correo electrónico: rcamargo@derecho.uchile.cl

ing from the opposition between the state of nature and political society formulated, amongst others, by Suárez and Locke, going through the question of the legitimacy of the restrictions of individual freedoms developed by Rousseau, and ending in the conjunction of constitutionalism and democracy by Pettit. In Pettit's essay, this evolution is traced by highlighting the fundamental aporia that seems to exist in the heart of modern constitutionalism, that is: the displacement but not the extinction of the sovereign's arbitrariness. But if the displacement of arbitrariness is the only thing to which we can aspire within constitutionalism, then it is the conditions of the possibilities of non-arbitrariness what urgently needs to be rethought.

**Keywords:** Constitutionalism, state of nature, political society, freedom, arbitrariness.

Recibido: 25.11.15. Aceptado: 04.03.16.



LAS TENSIONES DE LO que se ha dado en llamar el constitucionalismo moderno, pueden explorarse siguiendo tres preguntas que, me parece, configuran su matriz central. Para analizar la primera recurriré principalmente a Francisco Suárez y en menor medida a John Locke, en sus reflexiones expresadas en *A treatise on the Laws and God the Lawgiver* (Un Tratado sobre las Leyes y Dios el Creador) en el caso de Suárez, y el *Segundo tratado de gobierno civil*, para Locke, respectivamente. Para la segunda, apelaré a Jean-Jacques Rousseau y su *Contrato Social*, y para la tercera a Philip Pettit y su clásico texto *Republicanism. A Theory of Freedom and Government*, en un entrecruce que arriesga, por cierto, ser arbitrario y parcial.

Suárez, al igual que los demás tomistas de la contra-reforma, gesta su reflexión buscando rechazar las heréticas ideas de los Reformistas, en particular aquella que aseguraba que el establecimiento de una sociedad política estaba directamente ordenada por Dios. Esto es, para los heréticos la sociedad política no se correspondía ni con una capacidad ni menos con una disposición natural de los hombres, sino sólo con el dictado emanado de la gracia de Dios. Para Suárez, la sociedad política era por el contrario el producto de la decisión de los propios hombres que la establecían para el cumplimiento de sus fines mundanos. Lo que importaba a Suárez era afirmar que la sociedad política no sólo surgía de una *necesidad* humana, sino además estaba en la *capacidad* de los hombres constituir dicha sociedad. Para ello Suárez, al igual que la mayor parte de los tomistas, requiere enfatizar la idea fundamental que defiende, en disputa tanto con las enseñanzas de Lutero como con las que él, Suárez, asumía como las diatribas de la 'razón de estado' formulada por Maquiavelo, esto es, la existencia de una ley natural inscrita en el corazón de todos los hombres, idea que como sabemos era rechazada tanto por Lutero como por Maquiavelo. La idea de la

ley natural permitirá a Suárez, mucho antes que Locke, Hobbes y Rousseau imaginar la existencia de los hombres en un estado de naturaleza (*status naturae*) en donde todos sus miembros gozarían de una libertad natural, igualdad e independencia.

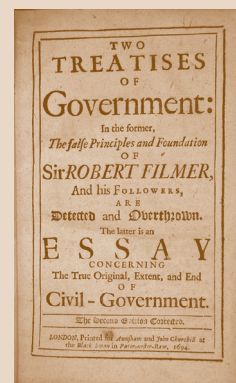
De esta forma, Suárez responde la primera de las herejías que enfrenta, aquella que sostenía que la constitución de una sociedad política no está en las manos de los hombres sino sólo de Dios. A contrapelo de ello, Suárez sostiene que a todos los hombres se les ha dado acceso a la ley natural, lo que posibilitaría ordenar sus vidas de acuerdo a una disposición que emana de la conformidad de sus conductas con ésta, la ley natural.

Sin embargo, al apelar a la ley natural, Suárez inaugura una pregunta que se mantendrá en una tensa indecisión en toda la historia del constitucionalismo moderno. En efecto, si los hombres se encuentran en situación de vivir una vida de libertad bajo los dictados sólo de la perfecta ley natural, ¿por qué entonces deberían renunciar a tal envidiable situación y acordar la formación de sociedades políticas que por axioma parecen requerir la restricción de la libertad natural, bajo los dictados de una ahora siempre imperfecta ley positiva? Una pregunta que John Locke tiempo después, en su *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*, formulará en términos similares:

si el hombre en el estado de naturaleza es tan libre, como se ha dicho, si él es el señor absoluto de su propia persona y posesiones, igual al más grande, y no sujeto a nadie, ¿por qué pondría fin a esta libertad? ¿Por qué renunciaría a su imperio y se sujetaría al dominio y control de otro poder? (Locke, 1997, p. 368).

Se trata de una pregunta curiosa, puesto que conlleva explícitamente los marcos de su respuesta. En efecto, ella sólo resulta posible ser contestada si se aceptan dos premisas correlativas. Primero, que por alguna razón el estado de naturaleza es un estado precario en donde la libertad natural, aunque existente, resulta amenazada. Y segundo, que por alguna razón la sociedad política, aunque siempre restringirá la libertad natural, resultaría más deseable que el estado de naturaleza.

Es así como el propio Suárez, a pesar de su tomismo riguroso, no puede escapar a apelar a dichas premisas para justificar el establecimiento de la sociedad política. En efecto, primeramente Suárez, recurriendo a una agustiniana percepción de la naturaleza humana, afirma que aunque la ley natural está inscrita en el corazón de todos los hombres, sin embargo, y lo cito, la “paz y la justicia nunca pueden ser mantenidas sin leyes positivas convenientes” (1872, p. 13), ello puesto que, y lo cito nuevamente, “a los hombres



comunes les es difícil entender lo que es necesario para el bien común, y casi nunca hacen un intento para lograrlo” (1872, p. 13). Los hombres, en definitiva, en la reflexión de Suárez son criaturas inescapablemente caídas en pecado, por lo que su acceso a la ley natural aparece siempre nublada por su propia debilidad humana.

Esta primera premisa, provista o despojada de su iusnaturalismo evidente, será invariablemente aceptada por la tradición constitucionalista que hará un motivo de fe al asumir que en el estado de naturaleza la inseguridad condena cualquier atisbo de vida en común, más allá de la mera comunidad doméstica o social inmediata, reconocida por muchos tomistas, incluido Suárez<sup>1</sup>.

Los cuestionamientos a esta premisa no son escasos. Acá sólo nombraré uno. ¿Puede la ‘naturaleza humana’ (aceptando por un minuto que algo así exista), ya sea ésta, de libertad natural absoluta o de estado de guerra permanente o ambas, concebirse al margen de una organización social y política básica? Michel Foucault, en *Seguridad, territorio y población, Clases en el Colegio de Francia de 1977-78*, nos advierte con precisión que lo que él llama la ‘naturaleza’ (humana) surge siempre en relación a un *milieu*, esto es, un medio de una acción y los elementos en que éste circula. O si se prefiere, en relación a un artificio político de una relación de poder (Foucault, 2007, pp. 21-22). Es por ello que la ‘naturaleza humana’, aun cuando la asumamos perteneciente al ámbito de lo necesario (por ejemplo aun cuando estemos contestes que hay algo necesariamente valioso en la vida humana), y no meramente eventual (por ejemplo nuestro estatus, clase o condición de género), no puede siquiera concebirse sino entrelazada con lo que sí siempre es contingente, su materialización histórica, y por tanto en alguna medida, mínima al menos, política o post-natural. Ello sí se deriva, siguiendo a los tomistas, de la condición secular de los hombres, la que estaría siempre en una posición inconmensurable con la imaginada perfección divina, algo en lo que Foucault y Suárez, creo, coincidirían.

De esta forma, la premisa de que el estado de naturaleza sería siempre precario (precisamente debido a nuestra naturaleza humana), y en cuanto tal una constante amenaza de nuestra libertad natural, es sólo una ficción

<sup>1</sup> La cita de Suárez es como sigue: “mientras es cierto que este poder [de constituir sociedad política] existe en los hombres, no existe en ellos como individuos, ni tampoco existe en ningún hombre en particular” (1872: 165-6).

mantenida porque su existencia aún sigue refiriendo a la justificación del Leviatán, antes y después de Hobbes.

La segunda de las premisas referidas puede clarificar este punto. Sostiene esta premisa que es precisamente la inseguridad del estado de naturaleza lo que conllevaría, aunque no necesariamente, a la existencia de la sociedad política. Para ello, sin embargo, debe existir una buena razón (comunicable) para preferirlo, si no se quiere simplemente aceptar que todo es obra del designio divino, como Lutero y los reformistas asentían. Es decir, si no se quiere sólo admitir que la sociedad política surge por un mandato divino que busca precisamente dar remedio a las debilidades de la naturaleza humana, debe recurrirse a un argumento anclado en la razón natural, a la que todos los hombres tendrían acceso. A primera vista, esta premisa no resulta más que una mera tautología de la primera. La razón aludida por ésta, la segunda, no sería más que la provisión de un estado artificial en donde las penurias o desviaciones del estado de naturaleza serían superadas, lo que como hemos visto es la consecuencia de la razón subyacente a la primera premisa.

Sin embargo hay algo más. Y es Jean-Jacques Rousseau, quien tiempo después lo expresará con claridad. Se pregunta Rousseau en el *Contrato social*: “Los hombres nacen libres, pero en todas partes están sujeto a cadenas. ¿Cómo ocurre este cambio? Yo lo ignoro, ¿Qué es lo que lo vuelve legítimo? Yo creo poder responder esta pregunta” (Rousseau, 1998, p. 351).

El punto ahora no es más las restricciones impuestas por la sociedad política a la libertad natural, sino la legitimidad o ilegitimidad asociadas a ellas (las restricciones). La pregunta de Rousseau pareciera, por tanto, querer escapar al pleonismo antes señalado, que, como dijimos, inevitablemente nos conduce a asumir el carácter feble de la naturaleza humana, a pesar de la universal razón natural inscrita en el corazón de los hombres. Por el contrario, Rousseau intenta ahora centrar la reflexión de lleno en el ámbito de la justificación puramente *política*, esto es, no derivada de la ley natural y, por tanto, siempre contingente de la sociedad política, que para Rousseau no es otra —esta justificación me refiero— que el consentimiento dado por los hombres libres para la existencia de dicha sociedad.

Sin embargo, la apelación al consentimiento hecha por Rousseau, como un ejercicio puramente político, había sido ya ensayado por Suárez, aún apelando a una concepción de estado de naturaleza en donde los hombres compartían un cuerpo místico, en el cual, a diferencia de lo sostenido

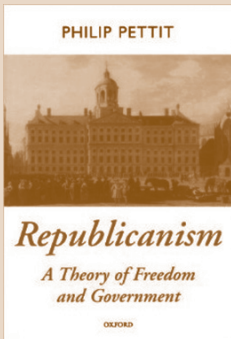
por Cicerón, el hombre nunca debería concebirse como un ser solitario<sup>2</sup>. Ello haría natural, esto es, una mera aplicación de la ley natural, que los hombres encontrasen razonable consentir colectivamente restringir sus libertades naturales y hacer surgir la sociedad política. Sin embargo, este último esfuerzo tomista resulta en mi parecer vano. Sino, ¿cómo entender la postura de Suárez que últimamente sostiene que los individuos que consienten no retienen el poder de retirar el consentimiento cuando el gobernante delegado se vuelve despótico, como la había sostenido Bartolus (1588) y William of Ockham? (1937). ¿Resulta acaso que la razón natural de los hombres sólo se expresa en el consentimiento inicial, ya sea este original o adquirido, de constitución de la sociedad política, pero nunca en el acto de conclusión o revocación? Si es así, como de hecho lo es para Suárez, entonces el consentimiento inicial no es sólo un acto de transferencia de soberanía sino también de abrogación del ejercicio de la razón natural. Una renuncia que trae como corolario el que sea plausible asumir, como lo hace finalmente Suárez, que el gobernante nunca está sujeto a sus propias reglas. Una doctrina que como se sabe conecta a Suárez directamente con Grotius, Hobbes, Pufendorf y Schmitt, asentando una tensión definitiva en el corazón del constitucionalismo moderno.

Es esta tensión, a saber, el hecho de que el surgimiento de la sociedad política, aun cuando ella se origine por el consentimiento de sus miembros constituyentes, pueda devenir en un poder despótico que conculque las libertades naturales a un nivel peor que el desvarío que los hombres enfrentarían en un estado de naturaleza, lo que precede la tercera pregunta en cuestión, la pregunta que Philip Pettit formula en su *Republicanism. A Theory of Freedom and Government*:

¿Cómo debe [entonces] estar organizado el estado para que las interferencias estatales envuelvan poca o ninguna arbitrariedad? Esto es, ¿Cómo deberían estar configuradas las cosas para que la presencia de una voluntad arbitraria en el aparato de coerción del estado sea minimizada? (Pettit, 1997, p. 171).

Para Pettit es ésta, en verdad, la pregunta fundamental del constitucionalismo moderno, al menos en su versión republicana. En ella, como se advierte, se asume o pasa por alto en los hechos la existencia y justificación del

<sup>2</sup> Esta es una premisa compartida por toda la tradición tomista, incluido Vitoria y Bellarmine, como lo precisa Skinner (1978, Vol. II, p. 157).





Estado. Por lo demás, es un dato con el que vivimos, ¿no es así?, diría con su pragmatismo anglosajón Pettit. Pero Pettit asume algo más. Nos señala que en el aparato de coerción estatal anida siempre el riesgo potencial del ejercicio de una voluntad arbitraria. No hay ilusiones iusnaturalistas en él. Su punto central, sin embargo, es inquirir cómo debería estar organizado el Estado para que dicha condición (la arbitrariedad) sea minimizada, ni siquiera eliminada. ¿Cómo, en definitiva, se salvaguarda que nuestra libertad no esté sujeta al *dominium*, esto es, al arbitrio de otro?

La pregunta que surge inmediatamente para realizarle a Pettit, sería, ¿es ello posible? Y la respuesta final de Pettit, aquella a la que imagino recurriría después del despliegue argumentativo que revisaremos brevemente a continuación para justificar que sí es posible, sería ¿y no es acaso esta búsqueda, la respuesta propiamente tal? ¿No es definitiva dicha tensión, entre libertad y arbitrio, lo que mantiene viva la comunidad política, cuyos miembros bregarían siempre por minimizar el arbitrio de los gobernantes y aumentar así su propia libertad? ¿No es ello precisamente –nos espetaría finalmente, creo, Pettit– a lo que se refería Maquiavelo en sus *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*, al señalar: “En cada república existen dos temperamentos diferentes, el del pueblo, y el de las clases altas y... todas las legislaciones favorables a la libertad son originadas por el choque entre dichos temperamentos”? (Maquiavelo, 2000, p. 42). Me temo que sí.

En efecto, cuando Pettit, con una fe propia de un republicano, enumera las constricciones constitucionales que debe tener una república ideal para evitar una forma arbitraria y manipulativa, a saber: el imperio de la ley, la dispersión de los poderes legales entre varias partes, y que la ley sea relativamente resistente a la voluntad general; está, sin embargo, inmediatamente consciente de lo insatisfactorio de su respuesta –de allí la apelación a la fe, siempre escéptica, de los republicanos.

Pettit sabe, y así lo dice expresamente, que ni el imperio de la ley, la frase de Harrington (1972) y retomada por Dworkin (1988), expresada en la regla del derecho, ni la dispersión de poderes famosamente instituida por Montesquieu en *Del espíritu de las leyes* (1972), y aplicada por Madison en el *Federalista* 47 (Madison et al., 2001), ni la doctrina de las protecciones en contra de las mayorías para el resguardo de lo que Pettit llama ‘buenas leyes’, las fundamentales, como lo son precisamente las que resguardan la libertad del poder arbitrario, doctrina desarrollada por Sir Edgard Coke y Sir Mathew Hale con su jurisprudencia integrativa (Berman, 1994); ninguna de estas condiciones, sabe Pettit, impediría el ejercicio arbitrario del poder tanto de las autoridades legislativas, como sobre todo ejecutivas y judiciales.





La razón dada por Pettit, es plausible. Como la ley siempre es interpretable y el precio a pagar por los resguardos constitucionales antes aludidos es la generación de importantes instancias en donde la exclusión de las mayorías constituye su condición de existencia (piénsese en los tribunales constitucionales o los bancos centrales autónomos, hoy en boga en muchas repúblicas), entonces el espacio para el arbitrio continúa, a no dudar, presente. Pero, Pettit pregunta nuevamente, haciéndose cargo del problema:

¿Cómo entonces lograr que el proceso de toma de decisiones de los legisladores, administradores y jueces, se haga al margen de bases arbitrarias? ¿Cómo evitar que el *imperium* de los gobiernos represente una forma de dominación? (Pettit, 1997, p. 183).

Para contestar Pettit recupera la línea argumentativa originalmente propuesta por Locke y Rousseau, pero se propone superarla vía Maquiavelo. Nos dice Pettit que lo que evitaría tal arbitrio sería que las decisiones de gobierno sean asumidas como propias, esto es, que respecto de ellas nos podamos considerar, como dirá Habermas, como autores y no sólo como receptores (Habermas, 1996, p. 449). Pero Pettit inmediatamente avanza y rechaza la idea de que aquello sólo sería posible mediante el consentimiento individual (tampoco mediante el consentimiento colectivo) de los sujetos de la decisión, los miembros de la comunidad política.

Esta respuesta hubiese satisfecho a muchos republicanos, no, sin embargo, a Pettit. En esto Pettit avanza su tesis más sugerente, que lo acerca, me parece, con el Maquiavelo de los *Discursos*, aquel que, a diferencia de muchos otros proponentes de las constituciones mixtas, defiende este tipo de arreglos constitucionales no como una vía para asegurar la tranquilidad interna de la República, sino para mantener ‘los espíritus contrapuestos de las repúblicas’ —*el choque entre los distintos temperamentos existentes en ella— única forma para garantizar verdaderamente la libertad*.

En efecto, para Pettit no es el consenso sino la *contestabilidad* lo que nos podría liberar del arbitrio de los gobernantes. La contestabilidad para Pettit requiere tres condiciones muy precisas para tener efectivamente lugar. Primero, demanda una base cierta para su ejercicio, o sea la existencia de una democracia deliberativa. Segundo, que exista una efectiva voz de contestabilidad, esto es, que la república sea efectivamente inclusiva, que todas las voces significativas puedan positivamente expresarse. Y tercero, que exista un foro que recoja la expresión de la contestabilidad, esto es, que la república asegure que la contestabilidad tenga una respuesta segura; que el reclamo no caiga en el vacío.

En suma, el mérito de Pettit no es sólo que logra circunscribir –como hemos visto– la idea del constitucionalismo moderno al problema de la exclusión del arbitrio de los gobernantes, obviando cualquier reflexión sobre la preocupación anterior, referida a la justificación (y menos por cierto a la superación) del Estado propiamente tal. Su mérito –el de Pettit– también está puesto en lograr conjugar un tipo de democracia, la deliberativa, con una forma constitucional, la republicana, postulando explícitamente superar la histórica tensión existente entre constitucionalismo y democracia.

Esta tensión, como se sabe, había quedado patente en los dichos de Jefferson y Madison al inicio de la tradición constitucionalista americana. Para Jefferson, las periódicas reformas constitucionales eran un requerimiento para el buen funcionamiento de la democracia, como él nos diría,

Cada generación es independiente de la anterior, de la misma forma como esta última lo fue de las que le precedieron. Cada una tiene, como la tuvieron todas, el derecho a elegir la forma de gobierno que crea promueva más acertadamente su propia felicidad... los muertos –concluye Jefferson famosamente– no tienen derechos (Jefferson, citado en Sunstein, 1988, p. 327).

A la que Madison respondería señalando que las constituciones deberían ser inmunizadas de la operación corriente de la política, esto es, no deberían estar sujetas al mero control de las mayorías. Pero ¿cual sería la razón para sostener tal despropósito?, preguntaría un indignado partidario de la democracia común, esto es, de la que se asienta en la mera y vulgar valoración de las mayorías. O si se prefiere, siguiendo las preguntas más refinadas sugeridas por Jon Elster en la “Introducción” del texto a esta altura clásico *Constitucionalismo y democracia*, cabría indagar: “¿Por qué una asamblea política desearía abdicar de su completa soberanía que en principio posee y ponerse límites para sus propias acciones futuras?” (Elster, 1988, p. 8).

O la pregunta siguiente, aún más exigente desde el punto de vista de la teoría democrática, que el propio Elster formula: “¿Qué derecho tiene una generación para limitar la libertad de acción de sus sucesores, y por qué estos últimos deberían sentirse obligados por las restricciones establecidas por sus ancestros?” (Elster, 1988, p. 8).

Las respuestas dadas por el constitucionalismo a las preguntas antes formuladas han sido normalmente desprovistas de todo miramiento democrático. Nos dice el propio Elster que las asambleas o las sociedades muchas veces saben lo que hacen pero no saben que de quien tienen que protegerse con más encono es de sí mismas, siempre presa fácil de la pasión, la

auto-decepción y la histeria. Conviene en esto recordar por un momento el relato de Homero en *La Odisea*, respecto del encuentro de Ulises con las sirenas. Es el propio Ulises quien relata:

Circe aconsejó rehuir la voz de las sirenas. Dijo que sólo yo debía oírlas; atadme con cuerdas al mástil, y en caso de que os mande que me soltéis, atadme con más fuerza todavía... Tomé al instante un gran pan de cera, lo partí con la espada en pedacitos que apreté con las manos y fui tapando con ella los oídos de todos los compañeros. Luego me ataron al mástil, y cuando estuvimos cerca de las sirenas, éstas comenzaron a entonar un melodioso canto: ¡Famoso Ulises! Acércate y detén la nave para oír nuestra voz. No hay nadie que pase por aquí sin oír la dulce voz que fluye de nuestra boca [...] Hice gestos a mis compañeros indicando que me desatasen; todos agacharon la cabeza y se pusieron a remar. Levantándose dos de ellos, me ataron más fuerte. Cuando dejamos atrás las sirenas y ya no se oía su canto, mis fieles compañeros se quitaron la cera con que yo había tapado sus oídos y me soltaron las ligaduras (Homero, 2000, pp. 194-95).



Encontramos en este relato nuevamente el hálito antiguo de la agustiniana concepción acerca de la debilidad de la naturaleza humana, aquella que desde Suárez en adelante ha justificado las restricciones a la libertad natural –las ataduras al mástil de Ulises– producidas por parte de la sociedad política. Sabemos, sin embargo, que, tras dicho maduro reconocimiento de la debilidad de nuestra naturaleza, subyace muchas veces no más que interesadas y odiosas justificaciones para el resguardo constitucional de algún sector privilegiado, no precisamente por su condición natural sino por su contingente, mucha veces brutalmente contingente, situación histórica de dominación (piénsese sólo en el Consejo de Seguridad Nacional que heredó hasta hace poco nuestra Constitución Política de la república tras la vuelta de la democracia).

Pero el argumento de Pettit y los republicanos, aunque respetando implícitamente este supuesto, se dibuja desde una sofisticación mayor. Para Pettit, como para Dworkin, lo que justifica las restricciones de las mayorías, la sujeción legítima del quehacer de las generaciones futuras a los arreglos presentes es un derecho, un *ius* común a todos los hombres, más importante que la propia democracia. O, si se prefiere, es una condición sin la cual la democracia se vuelve un mero arbitrio, y que no es otra que la protección de la ‘libertad como no dominación’. Es por ello que la expresión de la constestabilidad, incluida la democracia deliberativa, propuesta por Pettit, no

tiene otra razón que la de hacer más eficiente la matriz constitucionalista, en cuanto garantía de esta ‘libertad de no dominación’. Así puestas las cosas, Pettit recupera la vieja esperanza que hace surgir entre los contractualistas la sociedad política, ahora con resguardos constitucionales y democráticos actuando en conjunto, para la protección de nuestro bien máspreciado, la libertad (como no dominación). Pero, cabe en esto dos interrogantes finales: ¿constituye ella una esperanza plausible?, y ¿conculca ella la esperanza, un anhelo mayor –el anhelo de la libertad natural, diremos–?

En cuanto a la primera, sospecho que Pettit asume que dicha esperanza está siempre sujeta a riesgos. Sin embargo, es la propia conciencia que Pettit posee de dicha condición de permanente riesgo, lo que da lugar a una convicción no declarada, la que, de ser tal, constituiría su mérito teórico más importante. Se trata de la convicción que aparece cuando uno analiza con detalle su apuesta para evitar el ejercicio del poder arbitrario del Estado; aquella que conjuga las restricciones constitucionales con la contestabilidad del pueblo, a saber: que siempre tal propósito –el resguardo constitucional democrático– presentaría altas probabilidades de terminar frustrado. Si esta es la convicción no dicha de Pettit, entonces el mérito es mayor, puesto que la apuesta es a la tensión permanente entre arbitrio y libertad. Una tensión que no puede sino afirmarse a menos que de lo que se trate sea el postular la tarea imposible de fosilizar el propio ejercicio de la soberanía, ya sea ésta del pueblo o de un gobernante constitucional o absoluto. Tarea imposible puesto que como lo señalara Carl Schmitt (2005, p. 5), el soberano siempre busca su excepción, más aún es en los estados de excepción en donde realmente se expresa desnuda e indómita (Agamben, 1995, p. 25).

Si ello es así, Pettit ha mostrado que el republicanismo más sofisticado no aspiraría más (no lo podría en verdad hacer) que a retrasar dicha posibilidad, la de la expresión del arbitrio, pero nunca a eliminarla. De lo que se trataría en definitiva es de guardar el sueño de Leviatán.

Pero entonces, si a lo que podemos aspirar es sólo a confiar que el terrible monstruo marino no decida ejercitar, una vez más, sus fauces sedientas de libertades mal cuidadas, por la constitución y la democracia, ¿por qué luego negarse al anhelo mayor; aquel que sólo el juez último referido por Locke –el pueblo– puede mandar? Así Locke se pregunta:

¿Quién podrá juzgar si el príncipe o el cuerpo legislativo están actuando en violación de la confianza que se depositó en ellos?... Y respondo: el juez habrá de ser el pueblo; pues ¿Quién podrá juzgar si su delegado o diputado está actuando de acuerdo con lo que se le ha encomendado,

sino aquel que le ha encomendado la misión y conserva todavía el poder de destituirlo cuando el depositario del encargo no lo cumpla? (Locke, 1997, pp. 230-231).

Pero, si el mandato del pueblo ha sido (y será, en la convicción de Pettit) reiteradamente frustrado, ¿por qué no decidirse a pensar el anhelo mayor, el anhelo de Marx, que no es otro que pensar la libertad sin Estado, esto es, una libertad en “democracia verdadera”? Recordemos que Marx al respecto acuñaba en sus escritos tempranos la idea de que “todas las formas de Estado tienen a la democracia por su verdad y que ellas son no-verdaderas en la medida que no son democracia... En una democracia el Estado *abstracto* ha cesado de ser el momento dominante” (Marx, 1975, p. 89).

Puestas así las cosas podríamos concluir que lo peculiar de la idea del constitucionalismo moderno no está ni en las justificaciones asumidas como *necesarias o contingentes* para el surgimiento de la sociedad política, ni en las restricciones institucionales a la voluntad mayoritaria, una vez aceptada la existencia del Estado, ni tampoco diríamos en las tensiones de una democracia con apellido, sea ésta contestaria o deliberativa, sino en el carácter *permanentemente frustrado* de la empresa de querer atar las manos del arbitrio para el resguardo de la libertad. La pregunta, por tanto, con la que cierro es ésta: y si los marineros, asumiéndose como pueblo soberano, como ‘democracia verdadera’, hubiesen desobedecido a Ulises y desatado sus manos para que éste siguiese libremente el canto de las sirenas, ¿habría ello significado la ruina de todos? Probablemente así hubiese sido, pero ¿no es acaso también cierto que es de las desobediencias, a pesar de las ruinas retrasadas pero nunca eliminadas, de donde han surgido las más grandes libertades? Por lo demás, la democracia, al no ser abstracta como el Estado, no puede sino asumir trances concretos, pero universales. Vale, por tanto, el riesgo.

## REFERENCIAS

- Agamben, G. (1995). *Homo Sacer, Sovereign Power and Bare Life*. Standford, California: Stanford University Press.
- Bartolus de Saxoferrato (1588). *Commentaries on the Second Part of the New Digest in Opera Omnia*, 12 vols, Vol. VI.
- Berman, H. J. (1994). “The Origins of Historical Jurisprudence: Coke, Selden, Hale”. *The Yale Law Journal*, 103(7), May, 1651-1738.
- Elster, J. (1988). “Introduction”. En Jon Elster and Rune Slagstad, *Constitutionalism and Democracy* (pp. 1-17). Cambridge: Cambridge University Press.

- Foucault, M. (2007). *Security, Territory, Population, Lectures at the College de France, 1977-1978*. Hampshire: Palgrave Macmillan.
- Habermas, J. (1996). *Between Facts and Norms*. Cambridge: Polity Press.
- Homero (2000). *Odisea*, trad. José Manuel Pabón. Madrid: Editorial Gredos, S.A.
- Locke, J. (1997). "Segundo ensayo sobre el gobierno civil". En Locke, J., *Dos ensayos sobre el gobierno civil* (pp. 201-384). Joaquín Abellán (ed.) Madrid: Espasa Calpe S.A.
- Madison, J et al. (2001). *The Federalist*. New York: Liberty Fund.
- Maquiavelo, N. (2000). *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*. Madrid: Alianza.
- Marx, K. (1975). "Critique of Hegel's Doctrine of the State". En Marx, K., *Early Writings* (pp. 57-198). London: Penguin Books.
- Ockham, W. of (1937). *A Brief Account of the Power of the Pope*. Paris: Ed. L. Baudry.
- Pettit, Ph. (1997). *Republicanism, A Theory of Freedom and Government*. Oxford: Oxford University Press.
- Rousseau, J.-J. (1998). *El contrato social*. Buenos Aires: Editorial Losada S.A.
- Schmitt, C. (2005). *Political Theology, Four Chapters on the concept of Sovereignty*, Chicago and London: Chicago University Press.
- Skinner, Q. (1978). *The Foundations of Modern Political Thought*. Vol. II. Cambridge: Cambridge University Press.
- Suárez, F. (1872). *A treatise on the Laws and God the Lawgiver*. 2 Vols. Naples.
- Sunstein, C. R. (1988). "Constitutions and democracias: an epilogue". En Elster, J. and Slagstad, R., *Constitutionalism and Democracy* (pp. 327-353). Cambridge: Cambridge University Press.