

PRINCIPIOS Y ACUERDOS EN EL PROCESO DE DISEÑO CONSTITUCIONAL

Sanford LEVINSON*

Si es que alguna vez llegan a serlo, las Constituciones libres difícilmente alumbrarán si no es por medio de concesiones recíprocas.¹

SUMARIO: I. *¿Hasta qué punto las Constituciones son el reflejo de una suerte de proceso “ideal” de redacción, o acaso, las mismas son el producto de lo que podría llamarse “hechos políticos en su circunstancia”?* II. *Luchas (y acuerdos) concretos en Filadelfia.* III. *Reflexiones sobre el acuerdo/concesión.* IV. *Acuerdos estructurantes.* V. *La pregunta central: ¿La Constitución valió la pena?*

Nuestro tema se erige en el juego entre ley y política. Desde hace más de un siglo esta cuestión ha dominado los debates legales norteamericanos al menos desde la época de Oliver Wendell Holmes; aun cuando aquel debate se había concentrado casi exclusivamente en temas de *interpretación legal*, es decir, sobre las interpretaciones que deben dominar las existentes cláusulas de las Constituciones. Por ejemplo, ¿cómo deben ser interpretadas lo que a menudo se ha llamado las “generalidades majestuosas” de las Constituciones, incluyendo en ello las provisiones que dan cuenta de los derechos humanos? Dentro de los Estados Unidos, a menudo se han desatado acalorados debates sobre el significado de “la igual protección de las leyes” o sobre “el debido proceso legal”. Estos son ejemplos de normas constitucionales que proponen

* Profesor W. St. John Garwood and W. St. John Garwood Centennial, Facultad de Derecho de la Universidad de Texas.

¹ Carta de James Madison a Edward Everett, 28 agosto de 1830 en Bella, Anthony, *Federalismo*, 2010, p. 104.

fundamentalmente *conversaciones* interminables en lugar de dejarnos algo que genuinamente pueda llegar a verse precisado mediante *acuerdos*.

Mis intereses más recientes, sin embargo, se han ido paulatinamente alejando de la interpretación constitucional. Los mismos han virado hacia cuestiones que tienen que ver con el *diseño constitucional* y, al mismo tiempo, cuando luego de haber alcanzado decisiones normativamente definitivas en torno a aspectos vitales de naturaleza estructural los debates sobre el diseño se ven congelados, mi atención se concentra ahora sobre el rol que juegan las Constituciones. Por ejemplo, ¿cómo han de ser seleccionados los miembros de las instituciones de gobierno, cuántos miembros habrá, y cuánto tiempo pueden ellos durar en sus cargos? Por dos tipos de razones diversas, he llegado a creer que las respuestas concedidas a estas preguntas son a menudo más importantes que las cláusulas sobre la protección de derechos sobre las cuales la mayoría de los estudiosos del derecho están concentrando mayor interés. En la medida que las mismas directamente dependen de una forma general, mi primera razón indica que las cláusulas sobre derechos siempre nos revelan ejemplos sobre lo que he denominado “la constitución en la conversación”. En segundo lugar, en tanto el cumplimiento de las normas dependa de los tribunales, resulta imprescindible preguntarse cómo van a ser elegidos los jueces, cuántos y por cuánto tiempo trabajarán en un determinado tribunal, así como, quizá, si los magistrados gozarán de plena libertad mientras ocupen el cargo; esto es, si han de emitir opiniones independientes, concurrentes o discrepantes o si, como ocurre en algunos tribunales, se les impondrá que se adhieran a una única “opinión del tribunal”. Aun cuando no estén del todo de acuerdo y lleve décadas resolver controversias en torno a qué derechos deben estar reconocidos en la Constitución, los redactores de las Constituciones deben proporcionarnos respuestas claras a estos desafíos constitucionales.

A menudo, al interior de una sociedad potencialmente fraccionada, los legisladores constitucionales deben hacer frente al mandato específico que les obliga a crear una apariencia de orden por medio de la Constitución. En efecto, después de todo, lo que puede ser peor aún, el fraccionamiento podría tan solo dar testimonio de la vigorosa sociedad civil que por medio de muy diversos y competitivos partidos políticos exhibe la lucha para obtener poder político. No son pocas las Constituciones que son escritas luego de superarse un periodo de violencia civil —incluyendo guerras civiles a gran escala— o sobre un trasfondo de verosímiles rupturas fundamentales. Obviamente, no resulta una cuestión sin importancia la evitación de tales rupturas, aun cuando siempre es preciso y necesario preguntarse cuál es el precio que se está dispuesto a pagar para lograr este objetivo. De tal modo,

¿es una Constitución “exitosa” aquella que satisface las demandas de los “analistas” y “expertos” con respecto a su protección de importantes valores en juego, o lo será, en cambio, aquella que es capaz de dar respuesta a los desafíos políticos que enfrentan los encargados de redactar la Constitución? Y una pregunta derivada es la siguiente: ¿qué es lo que hace “legítima” a una Constitución? ¿Es acaso la congruencia de la Constitución con las propias preferencias teóricas, o, en cambio, es más bien el grado suficiente de aceptación que colectivos humanos relevantes le prohíjan? Y por supuesto, para eludir la visión “hobbesiana” de la política, la cual muestra la misma como una representación “desagradable” y “brutal” que amenaza en volver demasiado corta la vida de muchas personas, resulta imprescindible precisar también quiénes son verdaderamente “colectivos humanos relevantes”.

Deseo abordar estos temas a través del análisis de algunos elementos particulares de la experiencia constitucional americana. Debo recalcar, claro está, que esto no lo hago porque entienda que nuestra experiencia pueda resultar ejemplarmente normativa para otros países. En realidad, me he vuelto crecientemente hostil hacia la Constitución de los Estados Unidos, razón por la cual cualquier sujeto de otro país que debiera hacer o reformar una Constitución para el siglo XXI, no encontrará mi consejo en este sentido. Los motivos son variados, aunque básicamente no puede entenderse que en el mundo moderno una Constitución pueda ser redactada bajo las condiciones de sigilo que tuvieron lugar en Filadelfia en aquel verano de 1787. Más allá de ello, estoy convencido de que la historia de la Constitución de los Estados Unidos permite acceder a valiosas conclusiones directamente pertinentes al tema de nuestra conferencia.

I. ¿HASTA QUÉ PUNTO LAS CONSTITUCIONES SON EL REFLEJO DE UNA SUERTE DE PROCESO “IDEAL” DE REDACCIÓN, O ACASO, LAS MISMAS SON EL PRODUCTO DE LO QUE PODRÍA LLAMARSE “HECHOS POLÍTICOS EN SU CIRCUNSTANCIA”?

Lo primero que me pregunto es acerca de las circunstancias que rodean la redacción de una Constitución. ¿Hasta qué punto es posible que fluya libremente un debate que, aun cumpliendo las condiciones para una “democracia deliberativa” tal como nos lo presenta un teórico como Habermas, está contrapuesto a procesos que son intensamente políticos? En este contexto tomemos a John Rawls, ciertamente el teórico político norteamericano más influyente del siglo XXI. En su libro *A Theory of Justice* (*Teoría de la Justicia*), publicado en 1971, el autor propone como fundamento básico de las normas

de la política la noción del “velo de ignorancia”. Esta noción aludía al desconocimiento casi absoluto de la propia y concreta realidad de los participantes. Rawls argumentaba que en las mencionadas circunstancias —especialmente si damos por sentado una común aversión a asumir riesgos innecesarios—, los operadores habrían de elegir casi automáticamente lo que todos nosotros reconocemos como las normas básicas de la justicia como “imparcialidad”. Ello es así, en tanto los involucrados se comportaran de forma racional. De ser así, dado que no conocerían su propia identidad sino hasta que se corriera el velo, esto es, dado que ninguno sabría su raza, género, religión, recursos económicos, etcétera; en tal hipótesis, es pleno, todos estarían dispuestos a asegurarse ciertos derechos y libertades básicas. Luego, paradójicamente o no, cualquier inequidad estaría reforzando los propios intereses de los carecientes relativos que, en realidad, habrían de saber que, en ese mundo desigual, siempre estarían mejor que en un mundo de completa igualdad donde, por ejemplo, todo el mundo tendría, de hecho, prácticamente nada. En el nivel institucional, es dable presumir, se intentarían diseñar instituciones que estuvieran contestes en fortalecer estas normas de justicia. No hace falta decir que cualquier sistema diseñado de acuerdo con el velo de ignorancia sólo puede ser legítimo en tanto el mismo procure tratar a todos con lo que Ronald Dworkin literalmente ha llamado “igual consideración y respeto”.

No voy a detenerme en el análisis del argumento de Rawls por una sencilla razón: no hay motivo alguno para creer que cualquier Constitución vigente pueda haber sido redactada en condiciones de ignorancia fundamental de la situación propia y, de manera concomitante, que la incapacidad de predecir beneficios o perjuicios pudo haber dominado cualquier propuesta particular de arreglo constitucional.

Por el contrario, las Constituciones siempre están redactadas en lo que podría llamarse “tiempo real”. Las mismas son hechas por personas que poseen profundos conocimientos y lazos con los grupos con los cuales se ven identificados. No sorprende, luego, que primariamente exista la preocupación y la voluntad de dar protección a los ostensibles intereses de los grupos de referencia. Esto sólo viene a demostrar que las Constituciones son producto de luchas políticas que invariablemente responden las diferencias reales del lugar. La voluntad cierta de arribar a un arreglo constitucional requiere la disposición insoslayable de ceder las convicciones básicas de los interlocutores, incluyendo aquellas que los críticos podrían describir como el “remate” de (legítimos) intereses de grupo para así poder alcanzar el objetivo mayor del mismo orden constitucional. Si “derecho y política” asoman como términos opuestos con respecto al funcionamiento de las Constituciones existentes, “los principios y la política” pueden quizá verse también

como términos en oposición cuando aludimos a la creación de las mismas Constituciones.

II. LUCHAS (Y ACUERDOS) CONCRETOS EN FILADELFIA

Los representantes que llegaron a Filadelfia en 1787, a decir verdad, apenas si estaban de acuerdo en unas pocas cuestiones elementales. He de considerar, básicamente, sólo dos cuestiones centrales que impusieron grandes negociaciones y concesiones para que la posibilidad política de la Constitución contara con famosos y duraderos “acuerdos”. Me refiero a la representación política y a la esclavitud.

1. *La base de la representación*

A. *El Senado*

La representación, obviamente, resulta un tema fundamental que todo redactor constitucional debe enfrentar. Todas las decisiones pueden reflejar debatibles posiciones con respecto a profundas cuestiones de teoría política. Más allá de ello, empero, en términos agresivos, las decisiones inevitablemente tienen incidencia sobre las consecuencias reales que, afectando la forma de un nuevo gobierno, da cuenta de los múltiples intereses en conflicto que compiten para maximizar sus respectivas situaciones de poder. Ahora bien, concentrémonos en eso que los admiradores de la Convención dan en llamar el “Gran Acuerdo”, esto es, reparando la representación en el Senado, veamos entonces eso que permitió resolver los profundos conflictos que separaban a los estados grandes de los pequeños de la Unión.

Por definición, basada en la población, la representación proporcional favorece a los estados grandes; la igual representación, contrariamente, a los estados pequeños. El “Gran Acuerdo” llevó a aplicar sendos principios a cada cámara. La Cámara de Diputados tomaría la representación proporcional, en tanto que el Senado había de organizarse sobre la representación igualitaria de los estados. Esto significa que Delaware, que era el estado más pequeño —aproximadamente 59,000 en el censo de 1790—, iba a tener el mismo número de senadores que Virginia, el estado más grande cuya población incluyendo a los esclavos era de unas 691,000 personas. En efecto, la legislatura que había elegido a los representantes-delegados de Delaware les había dado precisas instrucciones para retirarse en caso de que la Con-

vención no adoptara el principio de la representación igualitaria. A fines del siglo XVIII, la diferencia de población con respecto a la igual asignación de bancas entre Virginia y Delaware era aproximadamente 11.5/1; hoy en día la proporción es aún mayor si se compara que la distancia de población entre California y Wyoming es aproximadamente 70/1.

James Madison, quien provenía de Virginia, estaba totalmente escandalizado por la idea de la representación igualitaria de los estados. Madison estaba decidido a rechazar la idea, sin embargo, finalmente aceptó cambiar su posición. La razón de ello no fue producto de un cambio de opinión en términos abstractos de beneficios para la Unión. La verdadera razón, por el contrario, fue que teniendo en cuenta la “revisión” constitucional, alcanzó a comprender cuán verosímil era la amenaza de Delaware y sus aliados de retirarse de la Convención. De este modo y no de otro nació el “Gran Acuerdo” que finalmente hizo posible la sanción de la Constitución y con ella, la preservación genuina de la Unión.

B. La Cámara de Diputados

Ahora bien, el Senado no fue el único foro donde tuvieron que alcanzarse arreglos y negociaciones en materia de representación. Dado que la Cámara representa a los estados sobre la base de la población, parece ser un interrogante central que merece una respuesta sencilla el siguiente: ¿cómo, precisamente, definimos la población que debe ser “representada”? Tengamos en cuenta la comparación entre la población de Virginia y la de Delaware aludida renglones arriba. En realidad, Delaware, tal como la mayoría de los otros estados en 1787, era también un estado con esclavos. Luego, teniendo en cuenta que un caso de 1783 ya había indicado en Massachusetts que la esclavitud no era legítima en el estado, entonces, ¿podríamos tal vez sostener que las aproximadamente 379,000 personas de aquel estado contadas en el censo de 1790 eran todas “libres”? Con su población de 96,540 en 1790, ¿podía New Hampshire ser reputada “libre”, toda vez que allí también la esclavitud había sido vista legal y moralmente deslegitimada? Lo cierto es que en Nueva York la esclavitud no terminó sino hasta 1827. Y ello significa que la población registrada al menos en los cuatro primeros censos incluía a personas libres como esclavos.

De manera que la cuestión central era saber si la base de la representación en la Cámara recaería sólo sobre la población libre o sobre la totalidad de la población. Corresponde notar que esto guarda una significativa diferencia puesto que el argumento en torno a la representación difiere si el

mismo se basa en el número de personas con derecho a voto o si tiene por referencia los votantes reales. Se alude a la más elemental distinción entre personas libres —aunque algunas de ellas subordinadas como, por ejemplo, mujeres y niños—, por un lado, y los esclavos por el otro. Y la decisión fue adoptar el arreglo mayoritario de 3/5, por medio del cual la base de la representación se calculaba sobre la sumatoria de personas libres junto con todos los esclavos. Ahora bien, el número total de esclavos era dividido por 3/5 antes de hacerse dicha suma. De tal suerte, 100 personas libres sumadas a 100 esclavos debían computarse con un total de 160 individuos. Si la representación tomaba por referencia sólo personas libres, es evidente, no había ninguna asignación adicional para los esclavos. Por otro lado, más allá de toda opinión sobre la regla de 3/5 mencionada, lo cierto es que la misma nada tiene que ver con las creencias que pudieron haber tenido los dueños de los esclavos con respecto a que sus esclavos apenas si eran 3/5 humanos. En efecto, los estados con esclavos hubieran aceptado sin dudar que cada esclavo fuera contado como una persona, *siempre que a los mismos no se les reconociera ningún derecho de voto*. Lo concreto es que los estados antiesclavistas fueron quienes insistieron en contabilizar a los esclavos como 3/5 de las personas libres; siendo ello además el fruto de una concesión cuyo resultado revelaba la preferencia de que, a los fines de calcularse la representación, los mismos no contaban para nada. Después de todo, ¿por qué habrían de contar? En el Estado esclavista no hubo ningún argumento concreto que viniera a vincular los intereses de los esclavos con la actividad de la representación y el voto de aquellos con derecho a hacerlo. En el momento, sobre las mujeres que estaban “virtualmente representadas” por esposos, padres o hermanos, sí hubo por el contrario otros argumentos en este sentido. En otras palabras, no hace falta que ahora estemos de acuerdo con tales posiciones que aludían a esposas, niños, o hermanas. Lo cierto es que en aquel entonces se pensaba que la llamada “representación virtual” era un buen argumento para los involucrados. Mientras que, por el contrario, nadie llevó adelante la idea de que a los fines de tener en cuenta los intereses de los esclavos, los amos debían identificarse con los intereses de estos sujetos.

De manera que, con relación al número de representantes, en Filadelfia se decidió que los estados que poseían esclavos iban a contar con una enorme ventaja. Y esta ventaja no sólo estaba pensada para la Cámara de Diputados. Dado que el presidente tenía que ser elegido por medio de un colegio electoral donde cada estado iba a contar con una cantidad combinada de votos representativos del número de representantes con sus dos senadores, es pleno que los Estados que tenían mayor cantidad de esclavos pasaron a tener más poder en la elección del Poder Ejecutivo. Tal vez ello sea una ra-

zón que permita saber por qué siete de los primeros nueve presidentes fueron dueños de esclavos. Pero aún más, el “Gran Acuerdo de los 3/5” no sólo tuvo impacto en la Cámara de los Representantes y en la Presidencia. En efecto, si se considera que fueron estos presidentes quienes nominaron a los miembros de la Suprema Corte, no cabe duda de paso que tal fórmula permite saber por qué la Suprema Corte consistentemente se mantuvo como un factor central en el sostenimiento de la esclavitud hasta 1861.

2. *Colaboración con la esclavitud*

Estructuras intrínsecas vs. barreras de cartón

El segundo gran acuerdo —y podemos asumir que para la Unión fue más importante que el logrado por el Senado— tuvo que ver con la esclavitud. En la Constitución se destacan tres aspectos importantes de dicho acuerdo: *a)* la cláusula sobre el esclavo fugitivo; *b)* la protección del comercio internacional de esclavos hasta 1808, y *c)* la cláusula de los 3/5.

Vale la pena detenerse un momento para diferenciar estos tres enfoques. El primero, la cláusula del esclavo fugitivo, hizo que los Estados asumieran el compromiso de devolver cualquier esclavo que de manera “ilegal” escapara de un Estado esclavista hacia otro. Tal como lo hiciera de manera bastante odiosa Madison, podría ser descripta como una suerte de “barrera de cartón o pergamino”. Vale decir, el texto de la Constitución no incluyó ningún mecanismo de coacción, como se sabe, tampoco mencionó las palabras mágicas “esclavo” o “esclavitud”. Los estados que poseían esclavos debían confiar en la buena fe de los otros estados, aún de aquellos que ya mostraban bastantes dudas sobre la legitimidad de la esclavitud. Sin embargo, todos —incluso estos últimos— debieron cumplir la promesa implícita de restitución de esclavos fugitivos. Para mayor seguridad y garantía, en 1793 el Congreso finalmente promulgó la Ley del Esclavo Fugitivo. Más allá de ello, en 1787 no había todavía tales garantías de que el Congreso iba a promulgar la ley, ni tampoco estaba del todo claro que la concesión de poderes a partir de la lectura del artículo uno, sección 8, de la Constitución pudiera ser reputada como constitucional. Dicho sea de paso, es un hecho histórico que, en 1842, en un fallo redactado por el juez Joseph Story, oriundo de Massachusetts, la Suprema Corte de los Estados Unidos *sí* sostuvo que la sanción de la Ley del Esclavo Fugitivo era una facultad que estaba dentro

de los poderes del Congreso. Asimismo, el nombrado advirtió que cualquier otra conclusión podría poner en peligro la Unión.

Pasados veinte años, la protección del comercio internacional de esclavos tomó una forma algo distinta. Recuérdese que, en la materia, según lo establecido por el artículo I, sección 8, había una limitación absoluta a los poderes del Congreso. En este punto, podría llegar a pensarse que el poder del Congreso para regular el comercio interestatal e internacional no involucraba la prohibición del comercio de esclavos. Quizá sí, quizá no. La cuestión fundamental realmente es que ello no tenía importancia. El comercio internacional de esclavos recibió un estatus incorporado durante dos décadas. De hecho, durante este lapso, el Congreso prohibió la participación norteamericana en el comercio internacional de esclavos. ¿Pero qué hubiera sucedido si en 1802, por ejemplo, el Congreso hubiera decidido sancionar una ley prohibitoria? Podría livianamente decirse que tal accionar del Congreso hubiera sido “inconstitucional”; ahora bien, ¿quién habría estado en condiciones de decirlo? Tal vez el presidente, quien más allá de sus propias convicciones en materia de esclavitud, presumiblemente habría sido objeto de una obligación constitucional de vetar tal legislación. Más allá de ello, antes de 1808, es posible imaginar también que alguien involucrado en el comercio internacional de esclavos podría haber ido corriendo al tribunal más cercano para advertir que el Congreso no tenía autoridad alguna para obstaculizar dicho comercio. Naturalmente que, entre otras cosas, esto trae a colación el problema del “control de constitucionalidad”, y a partir de ello, el poder práctico que tienen los tribunales.

Sea como fuere, con respecto a la cláusula de los 3/5 el asunto es completamente diferente. Luego de cumplir con el constitucionalmente ordenado censo poblacional, todo lo que hay que hacer es contar la población y, luego, multiplicar el número de esclavos por 3/5 para finalmente obtener la base de la población sobre la cual se calcula la representación. Lo cierto es que no hay absolutamente ninguna cuestión sobre lo que pudieran entablarse conversaciones acerca del significado constitucional del texto. Lo único que existe es una regla fija cuya violación —por parte del rechazo concertado de, por ejemplo, la mayoría de representantes de “estados libres” que tuvieran representación y que rechazasen otros representados “extras” de estados con esclavitud— habría de desencadenar un verdadero colapso de toda la estructura política de la Unión. Obviamente, producida esta hipótesis, era bien probable una guerra civil. La cláusula de los 3/5 fue pergeñada de una manera diversa a cómo lo fueron las otras dos cláusulas antes aludidas.

III. REFLEXIONES SOBRE EL ACUERDO/CONCESIÓN

Pues bien hemos llegado ahora a una cuestión central: ¿es la voluntad de trabar acuerdos necesariamente una virtud, o puede acaso convertirse en una fuente de incidentes problemáticos? En 1775, más de un año antes de la Declaración de la Independencia Norteamericana, pocas semanas antes del estallido de violencia revolucionaria en Concord y Lexington, un punto de vista al respecto fue bien precisado por Edmund Burke. Lo hizo durante su gran discurso crítico sobre las políticas del rey Jorge III y sus ministros con respecto a las colonias de norteamérica. “Todo gobierno —de hecho, todo beneficio y gozo humano, toda virtud y todo acto prudente— tiene por fundamento acuerdos e intercambios”.² Un libro de texto básico escrito por el extinto científico político Clinton Rossiter (quien es también editor de la edición más utilizada de *El Federalista*), precisamente comenzaba diciendo: “No hay América sin democracia, no hay democracia sin política, no hay partidos sin acuerdos y moderación”.³

Es especialmente iluminador un libro notable sobre este punto: *Constitution by Consensus* (*La Constitución a través del Consenso*). En efecto, este libro versa sobre cómo un grupo de israelíes pasaron más de dos años en intensas reuniones para lograr descifrar cuál era la mejor forma que una Constitución escrita para ese país debía establecerse. En realidad, el grupo no era tan diverso como debió haberlo sido; no incluía, por ejemplo, a árabes israelíes. De todos modos, el grupo ciertamente se nutrió de diversas comunidades judías tanto de las seculares como de las sectarias; de fuertes corrientes nacionalistas como de otras más liberales y más cosmopolitas. La primera sección del libro da cuenta de un conjunto de ensayos titulado “Yo Creo”. En este pasaje, de manera bastante cándida, los participantes volcaron sus dudas y sentimientos encontrados con respecto a este emprendimiento común. Quien presidía el grupo, Arye Carmon, refiere “al acuerdo negociado como elemento integral” para poder resolver “la necesidad existencial que hoy padece Israel”.⁴ No debiera llamar a sorpresa, entonces, que la palabra “acuerdo negociado” reaparezca a menudo en las distintas declaraciones y en la manifestación final colectiva donde se reconoce expresamente que para alcanzar el objetivo, “serán dolorosos los acuerdos y las necesarias

² Burke, Edmund, *Discurso sobre la Conciliación con las Colonias*, 22 de marzo, 1775, cit. en Margalit, Avishai, *On Compromise and Rotten Compromises*, 2009, p. 12.

³ Rossiter, Clinton, *Parties and Politics in America*, Mentor, 1967.

⁴ Carmon, Arye, “Introduction”, *Constitution by Consensus*, 2007, p. 17.

concesiones”.⁵ Ciertamente, empero, porque precisamente son “dolorosos”, no hay garantía alguna de que los acuerdos negociados van a poder ser alcanzados por las partes. Sólo se vislumbra una fuerte convicción acerca de que más allá de todo —aun con un proyecto definido—, si en verdad los acuerdos negociados no fueran logrados, el futuro del proyecto israelí estaría condenado.

La Revolución norteamericana —y quizá la Guerra Civil que tuvo lugar setenta y cinco años después— es claro ejemplo de lo que puede llegar a ocurrir cuando negándose a trabar acuerdos negociados los actores políticos del Estado se plantan en principios inmodificables. De manera similar, por los bienes presuntos traídos consigo, los sucesos de 1787-1790 pueden ser vistos como ejemplos equivalentes añadidos a la disposición de acordar. En realidad, no habría Constitución de no haber existido los dos importantes acuerdos relacionados con la esclavitud y la integración del Senado. Más aún, el agregado de la Declaración de Derechos puede en sí mismo ser visto como un acuerdo fruto de la negociación protagonizada por defensores de la Constitución como Madison, antes bien que como un reflejo de aquellas profundas convicciones que venían a mejorar la mismas por medio de tantas “barreras de pergamino” que, verosímilmente, poca diferencia iban a asegurar con relación al nuevo sistema político creado por la Constitución. Ciertamente, la Declaración de Derechos fue prácticamente irrelevante para el orden constitucional americano hasta bien entrado el siglo XX.

Podríamos inclusive llegar hasta nuestros días: en postrimerías de la “paliza” que sufrieron los demócratas en las elecciones de mitad de término de 2010, cuando el presidente Obama no tuvo más alternativas que negociar un acuerdo con los republicanos del Senado; acuerdo que, entre otras cosas, permitió extender por dos años todas las reducciones de impuestos de la era Bush. Durante una conferencia de prensa, encontrándose castigado incluso por muchos miembros de su propio partido, el presidente argumentó que los Estados Unidos “es un país grande, diverso y el pueblo tiene muchas posiciones complicadas [...] significa que para que las cosas se hagan, no hay más opción que trabar acuerdos negociados. En efecto, advirtió el presidente que el país había sido fundado sobre acuerdos y concesiones. De no continuar haciéndolo, yo no podría pasar por la puerta de entrada de la época de la fundación de este país. Y si realmente estuviéramos pensando en posiciones ideales, la verdad es que no podríamos tener unión”.⁶

⁵ *Ibidem*, p. 104.

⁶ <http://www.whitehouse.gov/blog/2010/12/07/president-obama-middle-class-tax-cuts-and-unemployment-insurance-agreement-a-good-de>.

De tal suerte, este conjunto de eventos narrados, ¿son acaso presentados para reivindicar la necesidad de la negociación y el acuerdo tal como nos lo plantea Burke o, eventualmente, son planteados para mofarnos de aquellas personas “arrogantes” que resistían el acuerdo? ¿Es posible que *todo* pueda ser sometido a negociación, o existen circunstancias donde las personas deben trazar un límite en nombre de ciertos presupuestos “absolutos”? Teniendo en cuenta el temor a la disolución de la Unión y habida cuenta del afianzamiento de la opresión que por caso sufrieron los ancestros de su esposa Michelle, ¿debemos tomar los argumentos del presidente Obama en sintonía con aquellos delegados antiesclavistas que finalmente terminaron aceptando los acuerdos sobre esclavitud?

Pues bien, si mirásemos los argumentos ensayados por el filósofo israelí Avishai Margalit en su reciente libro *Sobre el acuerdo y los acuerdos en descomposición*, quizá podríamos encontrar alguna respuesta.⁷ Margalit hace una nítida distinción entre acuerdos aceptables y aquellos otros que son indefendibles por “degradantes”; siempre que, con relación a estos últimos, condiciones excepcionales marquen otra cosa que, aun así, *tal vez*, tampoco pueda llegar a ser tolerados. Lo que él define como un “acuerdo político degradado” no es otro que aquel consentido para “establecer o mantener un régimen inhumano; un régimen de crueldad y humillación. Vale decir, un régimen donde los humanos no son tratados como humanos”.⁸

En este contexto, no requiere un gran esfuerzo de imaginación asumir la esclavitud y, a partir de ello, puede uno interrogarse si la Constitución de los Estados Unidos no fue acaso un “acuerdo auténticamente degradado”; algo así como “una alianza con la muerte y un convenio con el infierno”, en las palabras del abolicionista William Lloyd Garrison. Y a partir de ello, en aras de preservar la Unión, nuevos “consensos negociados” fueron temerariamente arreglados. Tal es el caso de la ya mencionada Ley del Esclavo Fugitivo de 1793 —parte del “Acuerdo de 1850”—, cuyo fundamento no era otro que la protección de los intereses de los dueños de esclavos. Margalit menciona la declaración de Garrison en tanto que la misma revela que para él “el Norte, la preservación de la Unión está puesta por encima de todas las cosas —por encima del honor, la justicia, la libertad, la integridad del alma”.⁹

En nombre de valores más altos, ¿*existen* oportunidades donde es posible evitar compromisos y negociaciones? ¿Debemos otorgar alguna vali-

⁷ Margalit, Avishai, *On Compromise and Rotten Compromises*, 2009.

⁸ *Ibidem*, p. 2.

⁹ *Ibidem*, p. 56.

dez universal a la máxima *Fiat justitia ruat caelum*, traducida generalmente como “*Que se haga justicia aunque se caigan los cielos*”? O, por el contrario, ¿*todo* debe estar sujeto al sacrificio si ello impediera algún resultado calamitoso? Con relación a la garantía constitucional de un periodo de veinte años de protección al comercio internacional de esclavos antes de que el Congreso pudiera regularlo (y presumiblemente prohibirlo), prestemos atención al debate protagonizado en la Convención Ratificadora de Virginia por George Mason, Patrick Henry —líder opositor en la etapa de ratificación— y James Madison. En realidad, Mason estaba dispuesto a aceptar la alternativa de una Unión sin los “estados del sur”; aludiendo en ello a Georgia y Carolina del Sur, estados éstos que aparentemente no iban a aceptar una Constitución que pudiera dar protección al comercio de esclavos. Tal como Pauline Meier da cuenta de manera magistral en su historia de los debates durante la etapa de ratificación: “A menos que estuvieran de acuerdo en abandonar «este comercio vergonzoso»”, Mason estaba dispuesto a que esos estados quedaran fuera de la Unión ¿Cuál fue la respuesta de Madison? Pues bien: “Por grande que sea ese mal, un desmembramiento de la Unión sería algo aun peor”.¹⁰

Cualquier persona interesada en la política norteamericana contemporánea debería encontrar más que interesante el primer discurso de Rand Paul, senador por Kentucky, ante sus pares. El nombrado, quien en noviembre de 2010 se vio arrastrado por el maremoto del *Tea party* tomó partido de la ocasión para marcar diferencias con su predecesor reconocido como el “gran negociador”: Henry Clay. Paul resaltó que al llegar a Washington “uno de mis nuevos colegas me preguntó con brillo en los ojos y un dejo de ironía, «¿serás un gran componedor?»”.¹¹ Avalando su carácter, Paul tomó la pregunta con total seriedad. Esta es la razón por la cual dedicó su primer discurso a contestarla. Comenzó describiendo la historia de vida de Clay como que, en el mejor de los casos, fue portadora de “un mensaje contradictorio,” ya que muchos de los acuerdos que propició estaban relacionados con la esclavitud. Asimismo, comparó de manera crítica a Clay con otros grandes americanos de la época, incluyendo a William Lloyd Garrison y a Frederick Douglass, el gran abolicionista negro. Por otro lado, dedicó unas cuantas palabras a Cassius Clay, un primo del otro Clay que se convirtió en abolicionista.¹² “Cassius Clay fue un héroe,” dijo Paul, “aun cuando es-

¹⁰ Meier, Pauline, *Ratification: The People Debate the Constitution, 1787-1788*, Simon & Schuster, 2010, p. 284.

¹¹ Disponible en: <http://paul.senate.gov/record.cfm?id=330804>.

¹² Había una razón, después de todo, de que el nombre original de Muhammed Ali era Cassius, y no Henry, Clay.

tuvo separado permanentemente de Henry Clay. Henry Clay no dio lugar a quienes fueron los verdaderos creyentes, los abolicionistas”. Y luego Paul remató su discurso con una la pregunta clave: “¿Quiénes son nuestros héroes?, ¿Estamos fascinados y embelesados por el Gran Componedor o por su primo Cassius Clay?”.

Presumiblemente, no nos sorprende que Paul tenga preferencia por Cassius en contra de Henry como su modelo a seguir.

Mientras esté sentado en el escritorio de Henry Clay, siempre recordaré el deseo de forjar acuerdos que acompañó toda su vida. Sin embargo, guardaré también cerca de mi corazón la posición de principios de su primo Cassius Clay, quien se negó a traicionar la vida de ningún ser humano por el simple propósito de arribar a un acuerdo.

De tal manera, para bien o para mal, la pregunta es si habrían caído los cielos no sólo si hubiera habido el Acuerdo de 1850 sino también si no hubiera habido Constitución en 1787. Si la convención de Filadelfia hubiera fracasado, es muy probable que hubiera al menos dos, posiblemente tres, países separados, diferenciados, entre otros aspectos, por su posición con respecto a la esclavitud. ¿Valió la pena legitimar la esclavitud dentro de la Constitución a través, fundamentalmente, de la cláusula de los 3/5, que daba a los estados con esclavos una enorme ventaja de representación no sólo en la Cámara de Diputados sino también en el colegio electoral? Más directamente, ¿cómo valoramos este “esfuerzo”?

Hay muy buenas razones para creer que nuestra historia colectiva habría sido diferente si la Constitución no hubiera tenido éxito. Como muy bien lo ha argumentado el politólogo David Hendrickson; atento a la experiencia de los países europeos que compartían un mismo continente, los convocados en Filadelfia tenían motivos para albergar poderosos temores de que muchos países en el espacio geográfico de lo que hoy concebimos como los Estados Unidos no iban a tener muchas chances de convivir en paz. De tal suerte, la abrumadora *necesidad* de realizar un “pacto de paz”, como todos sabemos, casi inevitablemente impone la tarea de llegar a acuerdos negociados con quienes a menudo son enemigos muy poco atractivos o, mejor, con quienes, para ser más precisos, deseamos convertir en “antiguos enemigos”. Cuando los acuerdos de paz son en verdad “impuestos” —tal es el caso de Versalles después de la Primera Guerra Mundial—, rara vez son estables y, de hecho, en tanto provocan reacciones violentas en quienes se sienten ostensiblemente “victimizados” suelen terminar desatando otra guerra. Las llamadas “Enmiendas de la Reconstrucción” agregadas inme-

diatamente después de la Guerra Civil —especialmente la Enmienda Catorce—, fueron enmiendas que aún siendo ciertamente “impuestas” sobre los perdedores blancos del Sur, en realidad apenas si tuvieron mínimo efecto sobre el derecho que regulaba las relaciones interraciales. La verdad es que casi durante un siglo ello fue así. Y pudo serlo merced al “Acuerdo de 1877” donde los atribulados intereses de los afroamericanos se vieron básicamente sacrificados para favorecer a aquellos blancos del Sur que por entonces eran mejor recibidos de vuelta a la Unión que habían intentado abandonar.

Como ya se ha remarcado, el acuerdo sobre la esclavitud no fue el único “Gran Acuerdo” que se consideró necesario para lograr la aceptación a la Constitución firmada el 17 de septiembre de 1787. También fue necesario dar cumplimiento a la exigencia extorsiva de Delaware y otros estados pequeños quienes demandaron un poder de voto igual en el Senado. En efecto, como lo resalta Jack Rakove, para Madison esto fue “más una derrota que un acuerdo”.¹³ Y fue así por una razón muy simple: el bicameralismo americano, a diferencia de muchos sistemas bicamerales en el mundo, concede a cada cámara la posibilidad de poner en un punto muerto cualquier legislación aprobada por la otra cámara. Tenemos una Constitución llena de “puntos de veto”, y, como vemos cotidianamente casi todos los días, entre los más importantes de estos, está la potestad de lo que Madison consideraba un Senado indefendiblemente estructurado para poder matar cualquier legislación que estime inaceptable. Como sucede en algunos sistemas bicamerales europeos, otro tipo de “acuerdo”, por ejemplo, podría haber permitido a la Cámara de Representantes —con el apoyo del presidente—, anular el “bloqueo” del Senado con una súper mayoría agravada. Por lo tanto, después de dos siglos, nosotros en los Estados Unidos todos los días estamos pagando los costos de los *dos* Grandes Acuerdos que posibilitaron la Constitución de 1787. Y, por supuesto, dado el estatus de los Estados Unidos como “potencia mundial,” puede decirse que de algún modo el mundo entero está pagando el precio de esos “firmemente instalados acuerdos” conseguidos hace más de dos siglos en la Constitución.

Por más que se considere que el Senado creado por la Constitución es aborrecible —a propósito de ello: lo mejor que pudo hacer Madison fue describir el poder de voto igual en el Senado como un “mal menor” (antes que no tener Constitución)— ¿podría de todos modos ser éste un “acuerdo degradado”, en tanto semejante a la esclavitud, moralmente ofensivo? ¿O consideraríamos eso un buen ejemplo de “horrible exceso” retórico? La política, según los sugirieron tanto Burke como el presidente Obama, es el arte de

¹³ Rakove, p. 372.

aceptar toda clase de “males menores”. De tal modo, nos es posible estar de acuerdo con Madison en que el poder de voto igualitario en el Senado fue un precio que valió la pena ser pagado en 1787. Esto, de ninguna manera implica que en nuestro tiempo no debemos desear tener una Constitución mejor que la que tenemos, pero ese es otro asunto.

Quizá la analogía correcta es el precio que se pagó en 1945 para la creación de las Naciones Unidas, lo cual implicó no sólo el sistema de veto selectivo en el Consejo de Seguridad, sino también, la concesión de facto de una extra representación a la URSS con la concesión de bancas a Ucrania y Bielorrusia. Ahora bien, a partir de las particularidades del sistema de veto, el cual tiene poco sentido después de dos generaciones —y, en efecto, de hecho, el mismo hoy puede causar gran daño a las posibilidades de un orden mundial estable—, no se infiere con ello que aquello fue un error en 1945. *En cambio, el error es sentirnos casados indeleblemente con esas estructuras institucionales mucho tiempo después que sus fundamentos han dejado de tener sentido.*

Una de las diferencias entre estos dos “Grandes Acuerdos” es que bien se puede argumentar que quienes trabajaron el acuerdo con respecto al poder de voto en el Senado luego asumieron los costos de este. Es decir, los estados como Virginia fueron los grandes perdedores en la decisión de otorgar igual poder de voto a Delaware y a Rhode Island, así como los Estados Unidos y el resto de “Occidente” pagaron también un costo marginal al dar de facto una representación adicional a la Unión Soviética en la Asamblea General.

Por definición, toda negociación implica una voluntad de soportar costos personales directos para alcanzar un objetivo deseado, y Madison, como uno de los delegados de Virginia, decidió en definitiva que era un costo que valía la pena pagar por parte de los habitantes de Virginia. Así también lo hizo la convención ratificadora de Virginia cuando aceptó conceder su propia aprobación a la Constitución. Y Virginia fue a su vez el gran beneficiario del otro Gran Acuerdo por el cual este estado logró aumentar su poder en la Cámara de Diputados y en el colegio electoral. En este sentido y de algún modo, en la Casa Blanca y en la Suprema Corte cuyos integrantes son propuestos por el presidente. De todos modos, el paralelismo en realidad no funciona. No procede porque resulta obvio que quienes pagaron los costos primarios del Gran Acuerdo con respecto a la esclavitud, fueron precisamente los mismos esclavos que plausiblemente no estuvieron bajo ningún punto de vista representados en Filadelfia. Ellos no recibieron ningún beneficio de la exitosa fundación del nuevo orden político. La esclavitud al final de cuentas *sí* terminó, pero sólo como consecuencia de una guerra catastrófica cuya matanza, en gran medida, fue causada por varios aspectos de la misma Constitución.

IV. ACUERDOS ESTRUCTURANTES

Vale la pena mencionar que algunas estructuras pueden ser más propensas a promover acuerdos que otras. Pero la pregunta de cómo asegurar “una predisposición para alcanzar acuerdos” estaba en el corazón mismo de la organización de la Convención de Filadelfia. Se tomaron varias decisiones que volvieron más fáciles los acuerdos de lo que hubieran sido de otra manera. Consideremos un hecho notable, casi literalmente incomprensible para quienes vivimos en estos días, por cuanto la promesa de mantener secretas las deliberaciones realizada por todos los delegados, pudo mantenerse a lo largo de toda la Convención. De hecho, esto duró muchos años más. No hubo filtraciones, y punto. Por lo tanto, ello ha llevado al teórico político Jon Elster, estudioso de los procedimientos emprendidos en la redacción de varias Constituciones nacionales, a argumentar que, si se desea llegar a un acuerdo, en muchos aspectos importantes, la característica de “opacidad” protagonizada por los hombres de Filadelfia es preferible a la “transparencia”. Esto sucede precisamente porque la “transparencia” por definición, implica que existen personas que desde afuera pueden tener capacidad de control sobre la oferta y los tratos realizados. Con ello, claro es, intereses vitales, principios y valores morales susceptibles de negociación pueden verse minados cuando existan amenazantes represalias en contra de sus “representantes” verosímiles.¹⁴ Obviamente esta es una aseveración empírica cuyo pleno análisis va más allá del alcance del presente trabajo. De todos modos y a los fines del argumento, por caso, ello resulta una intuición plausiblemente correcta.¹⁵ En consecuencia, ¿sugiere lo dicho que en aras de “producir acuerdos” deberíamos acaso activamente *preferir* incluso a aquellas estructuras que ofrecen escasa transparencia? Suponiendo que se admire el resultado obtenido en Filadelfia, en la medida en que Elster tuviere razón al vincular el éxito de la Convención a la casi completa opacidad de su proceso, ¿tiene esto alguna implicación para con las instituciones que fueron diseñadas en una convención constitucional? Es más, en contra de los productos de un sistema político “transparente”, si la opacidad fuera de ayuda para obtener una Constitución (presumiblemente

¹⁴ Citado por Menkel-Meadow, Carrie, *The Ethics of Compromise*, p. 150. Véase también Elster en el libro Rosenfeld.)

¹⁵ Consideremos en este contexto los posibles costos políticos de la revelación de información filtrada que indicaba que el liderazgo palestino que negociaba con Israel estaba dispuesto a hacer concesiones sustancialmente más grandes que las que previamente habían sido reconocidas (o defendidas ante el pueblo palestino por sus líderes “ostensibles”).

buena), ¿por qué entonces no inferir que ello no sería igualmente propicio para obtener legislación en general más deseable?

En contra de la mayoría de las teorías que reclaman grandes dosis de transparencia para poder obtener un adecuado respaldo de la opinión pública, tal conclusión pondría a la “democracia” como un atributo negativo antes bien que como uno positivo para el sistema político. De igual modo, podría pensarse respecto a los mecanismos de responsabilidad. Aun cuando ello pudiera traer aparejado la casi absoluta incapacidad de tomar decisiones en temas de la vida pública de toda índole, en particular, esto es así cuando en aras de defender intereses sin concesiones, gran parte del electorado se siente proclive a librar batallas a menudo con demonizadas oposiciones. Lo cierto es que la transparencia pudo haber condenado la tarea en Filadelfia y con ello se hubiera producido la inexistencia de la Constitución. Y si así fuera, ¿cuál es el problema?

V. LA PREGUNTA CENTRAL: ¿LA CONSTITUCIÓN VALIÓ LA PENA?

¿Qué pensamos de la Constitución de los Estados Unidos y de los acuerdos que fueron casi imprescindibles para lograrla? ¿La disposición al acuerdo ha reportado reconocimiento a los redactores? En cualquier caso, dada la aceptación de la esclavitud, ¿compartimos la visión de Margalit en cuanto que la prevalencia de ciertos intereses de los dueños de esclavos fue, al final de cuentas, un moralmente indefendible “acuerdo degradado”. Recordemos la definición de lo que es un “acuerdo en descomposición”: “un pacto para establecer o mantener un régimen inhumano, un régimen de crueldad y humillación donde impera un régimen que no trata a los humanos como humanos”. ¿Cabe alguna duda de que esta definición bien describe la esclavitud en norteamérica?

A menudo, con acierto, se argumenta que no puede hacerse un omelette sin romper algunos huevos. Y, para refutar a Burke, rendimos un merecido tributo a quienes han sabido realizar significativas concesiones. A todos aquellos que en aras de alcanzar o preservar la paz, a costa inclusive de sus valores más preciados, han sabido ceder. Naturalmente, no es una coincidencia que desde hace muchos años Margalit sea crítico tanto con respecto a muchas rígidas políticas de Israel frente a los palestinos como así también respecto a la falta de capacidad negociadora del liderazgo palestino con respecto a las posiciones de los israelíes. Así está descrito el objetivo de su propio libro en tanto aboga por “defender con decisión los acuerdos negociados en general, y en particular, aquellos acuerdos negociados en favor de la paz”.

Ahora bien, existen límites, y su idea de “acuerdo degradado” representa justamente ese límite. Vale decir que, en definitiva, es mejor que no haya paz antes que por medio de un “acuerdo degradado” pudiera tener lugar la subyugación cruel de nuestros semejantes.

De modo que, ¿paz o guerra fue el dilema que enfrentaron tanto los protagonistas de Filadelfia como aquellos otros que luego fueron convocados para ratificar la Constitución? Podría creerse que la respuesta es afirmativa si se tiene en cuenta que de hecho los argumentos más sólidos en favor de la ratificación estuvieron concentrados en las más variadas amenazas que por entonces sufría la joven nación. Hoy, quizá, podría hablarse de “intereses de seguridad nacional”. Después de todo, un objetivo básico enunciado en el Preámbulo de la Constitución no es acaso ¿proveer a la “defensa común”?

Alexander Hamilton ofreció una amplia exégesis de este objetivo constitucional básico:

Los “poderes” [que se relacionan con la defensa común] deben existir sin límites, *porque es imposible predecir o definir el grado y variedad de exigencias nacionales, o el correspondiente grado y variedad de medios que pudieren ser necesarios para satisfacerlas*. Las circunstancias que ponen en peligro la seguridad de las naciones son infinitas, y por tal motivo ningún grillete constitucional puede ser impuesto al poder que debe encargarse del cuidado de las personas (*Federalista* 26).

Adoptando una frase moderna, podríamos interrogarnos si en 1787 era racional comprender que Estados Unidos estaba ante una “amenaza existencial” a su mismísima permanencia como tal. Si así fuera, con ello vendría aparejado no sólo la asignación de poderes al nuevo gobierno —esto es, todo lo que sea necesario para enfrentar la amenaza—, sino también los que prohijaran los acuerdos negociados para prioritariamente asegurarse una Constitución. En este contexto y en particular, cuando se toma en consideración una guerra que propone amenazas existenciales a la Nación, piénsese en las alianzas que deben ser realizadas para sortear tales desafíos. Por caso, los Estados Unidos se aliaron con la Unión Soviética de Stalin para luchar y derrotar a la Alemania nazi. Tal como lo ha expresado recientemente el profesor de derecho de Harvard Robert Mnookin, hay momentos en que efectivamente hay que hacer “pactos con el diablo”, aun cuando, obviamente, es necesario evitar las ocasiones para hacerlo.

Quiero concluir, entonces, haciendo dos preguntas para luego proponer lo que podría describirse como una “meta-pregunta”:

- 1) Si se asume que las consecuencias acarreadas por la ausencia de acuerdo en Filadelfia y la no ratificación de la Constitución propues-

ta hubieran significado la disolución de la Unión con la alta probabilidad de una sangrienta guerra que, finalmente, entre otros males, hubiera involucrado a los dos o tres países que se hubieran formado a lo largo de la costa atlántica, ¿justifica *eso* los acuerdos sobre la esclavitud con los consiguientes costos soportados por los mismos esclavos? Pues bien, tendríamos que entender de paso que todos debían adaptarse a un orden social fundado en la propiedad “racializada” y en la subordinación de seres humanos. Si se defienden acuerdos negociados sobre bases tan elementalmente *consecuencialistas*, entonces ¿qué incidencias ello trae consigo sobre quienes tienen a su cargo la redacción de Constituciones en el siglo XXI? Por ejemplo, en aras de la paz (relativa); en pos de evitar una guerra civil que, posiblemente, provocaría un catastrófico derramamiento de sangre interno sin contar otras guerras en países adyacentes como Irán y Pakistán, piénsese en el proceso de redacción de las nuevas Constituciones en Irak o Afganistán. La pregunta con relación a estos países: ¿cuánto sacrificio estaríamos dispuestos a soportar, por caso, con respecto a los derechos de las mujeres o con relación a quienes no comparten una visión particular del Islam?

- 2) ¿Y si optimistamente se cree que el fracaso en el consenso habría probablemente traído aparejado la irrupción de tres países separados—llámese New England, Mid-Atlántica, y Dixie, los cuales hubieran interactuado de la misma manera que, por ejemplo, lo hace Estados Unidos con Canadá y México, a veces de manera torpe, pero rara vez embarcándose en una guerra? ¿El acuerdo sobre la esclavitud podría verse justificado en este último escenario? Con este conjunto de suposiciones, ¿tiene razón Margalit cuando dice que el “Gran Acuerdo” que involucró a la esclavitud fue, y continúa siendo, un “acuerdo en descomposición”, que, aunque sea explicable no puede ser defendible.

Y ahora la “meta-pregunta”: ¿podemos acaso simplemente evitar luchar con tales preguntas declarando que lo que se hizo en 1787 carece de relevancia para nuestro propio mundo y sus preocupaciones?

Antes era antes y ahora es ahora, podría decirse. Pero ¿sobre qué base se decide la relevancia o no del pasado? ¿Existe una “prescripción” para los hechos históricos, en virtud de lo cual resulta “injusto” sacar a relucir lo que pasó “hace tanto tiempo”? Si es así, como sociedad ¿cuándo eso pasa? y, más importante aún, ¿quién decide cuándo y cómo “avanzamos”? Para superar monumentales injusticias cuyas consecuencias retumban todavía en nuestro mundo actual, ¿cómo y cuándo actuar para “dejar el pasado atrás”?

Obviamente, no hace falta que les aclare a académicos —a los argentinos en particular— lo importante que son estas preguntas para enfrentar las exigencias de la política que, a veces, demanda una amnesia colectiva, la cual etimológicamente se relaciona con la “amnistía”, en contraposición a las expectativas del derecho y la justicia.