

LUZ DESDE FLORIDA¹

En sus lamentos, los liberales representan en general el resultado de las elecciones presidenciales estadounidenses del año pasado como un ultraje para el derecho democrático del país. Gracias a la atroz manipulación de votos por parte de los funcionarios republicanos de Florida, descaradamente apoyados por la mayoría conservadora del Tribunal Supremo, Bush robó unas elecciones que en derecho había ganado Gore. Ésa ha sido la cantinela de los militantes demócratas y de los periodistas de todo el país. En los tramos más elevados de esta banda de opinión, sin embargo, las puras denuncias de fraude electoral se subliman hasta convertirlas en una causa más noble. Entre los teóricos constitucionales, la victoria de Bush es descrita no tanto como algo directamente ilegal sino moral e históricamente inadecuado; una transgresión no de la letra, sino del espíritu de la Constitución. Aquí, un ideal místico de la «verdadera» democracia americana sirve para borrar los límites entre este constructo imaginario y el sistema realmente existente.

La versión más extravagante de este argumento la ha ofrecido Bruce Ackerman, un arrogante demócrata de Yale, en un ensayo titulado «Anatomy of a Constitutional Coup» (*London Review of Books*, 8 de febrero de 2001). Ackerman anuncia alegremente la existencia de una Constitución no escrita —«viva»—, superior a la letra muerta del propio documento escrito. Sean cuales sean los hechos de las reuniones cuatrienales del Colegio Electoral² de la nación, aquélla ha creado un sistema en el que «los estadounidenses piensan y actúan como si eligiesen directamente a su presidente». En el año 2000, este texto invisible se mezcló, como un fantasma de pantomima, de formas «impredecibles y extrañas» con los detalles visibles de la ley. La Constitución viva dio las elecciones a Gore, pero en un movimiento que equivalió a poco menos que a un golpe de Estado, Bush la sustituyó por un cadáver. En palabras de Ackerman, «el arma de Bush fue la Constitución escrita». ¿Podía haber un truco más turbio? Obtenida en un

¹ Richard POSNER, *Breaking the Deadlock: the 2000 Election, the Constitution and the Courts*, Princeton University Press, Princeton, 2001.

² En inglés, se refiere al conjunto de electores elegidos a su vez por un gran colectivo para que voten en representación de éste. [N. de la T.]

campo tan nefando, la victoria republicana supuso inevitablemente «un grave coste para los ideales y las instituciones de la nación». Dicha postura patriótica es un ejemplo extremo, pero en absoluto aislado, de partidismo herido y encubierto con tonos de elevada indignación jurídica. En el *New York Review of Books* («A Badly Flawed Election», 2 de enero de 2001) el Polonio de la jurisprudencia liberal, Ronald Dworkin, a pesar de admitir que Gore no necesariamente habría ganado de haberse producido nuevos recuentos, se mostró partidario, sin embargo, de «una afirmación nacional del principio democrático» que habría permitido que éstos continuasen. «Aquellos que durante años sostuvimos que el Tribunal Supremo convierte a Estados Unidos en una nación de principios, tenemos una especial razón para lamentarnos», escribió lastimeramente.

Entre todo este humo, el análisis que Richard Posner hace de las elecciones de 2000 se recibe como un golpe de aire frío y puro. Conservador inflexible, nombrado Juez Federal de Apelaciones por Reagan, Posner no pierde tiempo en piadosos sueños sobre cómo debería ser la democracia estadounidense. El valor de este libro consiste en describir, en su mayor parte con acerada precisión, lo que es en realidad: un sistema superficial y restrictivo, que él elogia a pesar de sus limitaciones. Las elecciones presidenciales estadounidenses no son, señala, una transustanciación mágica de la voluntad popular, sino un mecanismo prosaico que permite a una minoría de la población —apenas el 17 por 100 votó por Gore o Bush— «ejercer una función ligeramente controladora» para garantizar una sucesión ordenada del gobierno. El pueblo no gobierna en una democracia representativa: son los dirigentes elegidos quienes lo hacen. Por lo tanto, señala con satisfacción, «podemos ser partidarios entusiastas de la democracia sin tener que parlotear sobre el autogobierno o la voluntad popular». En Estados Unidos, resalta sarcásticamente Posner, es improbable que los políticos sean un ejemplo típico de quienes los votan. Son «los que tienen mucha labia, los listos, los perspicaces, los guapos, los carismáticos» —aquí, aunque no en otras partes, omite significativamente a los ricos— quienes tienen probabilidades de dominar en las competiciones electorales, constituyendo una clase política propia.

Y, de hecho, los votantes no son en realidad «el pueblo». Son, a lo sumo, solo una fracción —y no necesariamente representativa— de la población: adultos, registrados, no encarcelados, en algunos casos que no han cometido ciertos delitos. En la práctica, el escaso 50 por 100 de este grupo que vota de hecho es abrumadoramente la mitad más rica. El sistema vigente, que permite que el ganador se lo lleva todo (frente al sistema proporcional), abre otra brecha entre la voluntad popular y el resultado electoral. En el ámbito legislativo, obstaculiza las posibilidades de que se desarrolle un tercer partido. Bajo condiciones de duopolio, además, republicanos y demócratas «tienen un fuerte incentivo para avanzar hacia el centro de la distribución de la opinión política. Esto puede obligar a los votantes a elegir entre dos candidatos con puntos de vista en buena medida idénticos, que no tienen un respaldo general pero que sí disfrutan del

respaldo del votante medio». El voto sería, como mucho, solo ligeramente acorde con la opinión pública, y es posible «que no registre en absoluto la “voluntad popular”». La baja participación no importaría, si los no votantes tuviesen los mismos intereses que los votantes; pero como observa Posner –perfectamente consciente de las desigualdades sociales–, «no es así».

Al contemplar la Constitución, Posner resalta que los Padres Fundadores conservaron mucho del *antiguo régimen* inglés y de sus cartas coloniales: no sólo sus rasgos indirectos y «aristocráticos», sino también su limitada base electoral. La ampliación del sufragio desde el siglo XVIII ha sido todo menos una progresión fluida. En el último tercio del siglo XIX, se introdujeron pruebas de alfabetización y restricciones para los extraños –tales como los nativos estadounidenses– para limitar los derechos de voto, algunas con el apoyo del movimiento sufragista femenino. En el sur de las leyes Jim Crow³, diversos mecanismos –desde impuestos de capitación a la intimidación violenta– impedían el voto a la mayoría negra. Florida no era una excepción. El sufragio supuestamente universal de los treinta y cinco años siguientes a la *Voting Rights Act* [Ley de Derechos al Voto] de 1965 ha sido matizado, demuestra Posner, por los efectos de la financiación empresarial de la campaña, la mala distribución de los votos, las votaciones en días laborables, las manipulaciones, los procesos de registro difíciles de gestionar, la continua intimidación a los votantes negros, una tecnología electoral que discrimina a los pobres y a los analfechos, y el tipo de cinismo alimentado por el propio sistema, todo lo cual redujo los votos efectivos en las elecciones presidenciales del año 2000 a poco más de un tercio de la población. Aunque los requisitos de disponer de propiedades inmuebles se abolieron formalmente hace dos siglos, el electorado –como demuestra Posner, que no es partidario de la supremacía de los anglosajones blancos y protestantes (WASP)– sigue gravemente sesgado: social, económica y racialmente. La legendaria democracia estadounidense imaginada por Tocqueville está en realidad «más cercana al espíritu de Burke que al de Rousseau». Uno podría añadir: y al Burke de la línea dura, el de *Thoughts and Details on Scarcity*. Aderezando su descripción del orden político con términos como «control de calidad», «propietarios» y «costes», Posner señala con placer que la democracia estadounidense se basa en los «valores comerciales»: respalda a una economía de mercado, y es respaldada por ella.

Dado que el sistema electoral es un mecanismo para garantizar la perpetuación ordenada del gobierno, y no para expresar directamente la volun-

³ Con el nombre de Jim Crow se designa, en Estados Unidos, a la política de segregación y discriminación de la población negra que fue impulsada especialmente a través de leyes aprobadas en los Estados del Sur a finales del siglo XIX y que no fue puesta en cuestión hasta después de la Segunda Guerra Mundial. El término proviene del título de una canción de las plantaciones de principios del siglo XIX. [N. de la T.]

tad popular, Posner sostiene que en una situación de empate estadístico, deberían observarse las leyes de manera legalista, y que deberían dictarse inmediatamente interpretaciones jurídicas de las mismas. A continuación procede a presentar un análisis lúcido y detallado del resultado de Florida. En todo el país, por supuesto, Gore obtuvo una mayoría relativa de votos, con una superioridad del 0,5 por 100 sobre Bush, con una participación de unos 105 millones de electores. (Como muchos otros, Posner habla equivocadamente de una «mayoría» olvidando el electorado de Nader, que fue mayor que la diferencia entre demócratas y republicanos: *nadie* obtuvo una mayoría del voto popular.) En Florida, considera Posner, es posible que Gore obtuviese también una mayoría relativa de intenciones de los votantes. Respalda esta conclusión con un escrupuloso análisis de regresión sobre la incidencia de la alfabetización, las rentas y la raza en los patrones de voto locales, que sugiere que una mayoría de aquellos que estropearon sus papeletas de voto probablemente quisiesen votar por Gore. Con una tecnología diferente, y una tabulación a escala de circunscripción y no de condado, comenta, Gore podría perfectamente haber ganado legalmente el voto de Florida; aunque bajo esas condiciones también los republicanos podrían haber asignado más recursos a condados más populosos y de rentas más bajas. Pero ésas no fueron las elecciones que se celebraron. Para Posner, lo que cuentan no son las intenciones, sino los resultados.

El margen original de Bush de 930 votos sobre los casi 6 millones emitidos, hacía que el resultado de Florida fuese en efecto un empate estadístico, una ventaja tan estrecha que, en opinión de Posner, era meramente probable que Bush hubiese recibido realmente más votos. ¿Podría un cómputo exhaustivo haber cambiado decisivamente el resultado, sacándolo de la zona de empate? Posner concluye que no, pero sólo después de haber conducido al lector por un exhaustivo estudio de los criterios —el corazón del país de la “perforología”— utilizados para recuperar votos, desde el criterio mínimo de recuperación de votos exigido por el código de Florida al concepto maximalista del condado de Broward, donde los encargados del cómputo manual podrían pensar que son capaces de discernir la intención del votante (algo peligrosamente subjetivo, a ojos de Posner). Sugiere que, sobre cualquier otra base que la de Broward, era muy improbable que los cómputos manuales (en sí mismos no fiables al cien por cien) se hubiesen podido apartar significativamente del resultado del 50/50. Pero, en cualquier caso, la ley electoral de Florida establece sin ambigüedades que sólo se pueden ordenar cómputos en todo un condado si hay problemas en la *tabulación* de los votos, no errores del votante —tales como no seguir la instrucción de hacer una perforación limpia en la papeleta de voto—, o problemas de diseño de esta última. Los errores de tabulación —que una máquina no cuente una perforación limpia— fueron pocos, y estadísticamente tenían tantas probabilidades de favorecer a Gore como a Bush.

Legalmente, por lo tanto, Bush obtuvo una mayoría relativa de votos en Florida. Esto lo registró correctamente la secretaria del Estado, Kathleen

Harris («a quien, para bien o para mal, Florida había votado para un cargo electo» y a quien había confiado amplias competencias discrecionales «tanto de interpretar como de aplicar la ley electoral»). Este hecho fue puesto incorrectamente en duda por el Tribunal Supremo de Florida, por una abusiva ampliación de una disposición genérica incluida en la constitución del Estado —«todo poder político es inherente al pueblo»—, que no guarda relación con la tabulación técnica de los votos. Posner es mordaz con esta demagógica utilización de la bandera del «poder popular», algo comprensible, considerando que gran parte de este poder tendría que residir en el pueblo que no había votado. El Tribunal Supremo Federal, por lo tanto, hizo bien, en su opinión, al rechazar la sentencia de su homólogo de Florida que disponía que debían continuar los recuentos. Pero lo hizo, en su vista final, aduciendo razones equivocadas: que el tribunal de Florida no había proporcionado una «protección igual» a los votantes mediante la determinación de un método de recuento uniforme para todo el Estado; y ello a pesar de que las elecciones se celebran desde hace tiempo bajo dirección local y de que nunca había habido tal supervisión uniforme del voto original. Éste ha sido, por supuesto, un ejemplo manifiesto del activismo judicial que los conservadores han condenado desde los días del Tribunal de Warren, y a lo que se opone la mayoría de los jueces actuales que fueron seleccionados por Reagan y Bush para resistirse a ello.

Los fundamentos correctos, sostiene Posner, radican en el artículo II de la propia Constitución estadounidense, que da claramente a las asambleas legislativas de los Estados, no a sus tribunales, el derecho a determinar la forma en que se eligen los miembros del Colegio Electoral del Estado. Aun así, el voto del Tribunal Supremo para suspender los cómputos de Florida estaba en su opinión justificado, a pesar de que su argumentación jurídica estuviese equivocada, por razones pragmáticas. Porque la alternativa suponía «arriesgarse a que se produjese una crisis constitucional y política meramente por enredar con un empate estadístico que —dada la inherente subjetividad que representa el cómputo manual de los votos anulados— es imposible de resolver». Posner presenta varios escenarios posibles de «desorden y parálisis» si al Tribunal Supremo de Florida, plagado de jueces demócratas, se le hubiese permitido salirse con la suya: largos retrasos mientras se solucionasen las sutilezas de las perforaciones; el recuento de los 60.000 votos perdidos (y quizá también de votos en exceso); la posibilidad de que dos candidaturas de Florida se enfrentasen ante el Congreso, con posibles procedimientos en el Tribunal Supremo y, si las discusiones se prolongasen, con la perspectiva de que el ruritano de 98 años, Strom Thurmond, actuase como presidente en funciones. Algunos de estos dramas potenciales son sin duda exagerados, aunque su mera posibilidad supuso una revelación desmitificadora en otras muchas partes del mundo.

Posner concluye que bien está lo que bien acaba. Lo que el empate de Florida demuestra es simplemente la necesidad de establecer reformas

menores. La tecnología de la tarjeta perforable debería desaparecer, tendrían que establecerse más claramente los plazos límite para los votos electorales, y el Colegio Electoral debería establecer un cómputo automático del voto popular de cada Estado. (Contra la idea convencional, Posner sostiene que el Colegio en realidad compensa la distribución errónea de distritos al dar más peso al voto de las minorías en los Estados populosos, «dando ventaja a los votantes hispanos, a los nacidos en el extranjero, a los judíos y a los urbanos».) El sistema de representación política comercializado, sesgado y mediado que tan bien esboza, no le causa ansiedad a Posner, conocido defensor, desde su libro *Economic Analysis of the Law* (1973) en adelante, de su propia rama de pragmatismo jurídico, y que reconoce predilección por «nuestra actual política “postideológica”». Al contrario que Hannah Arendt, alaba los efectos beneficiosos del escaso interés público por los asuntos políticos: «la democracia limitada es la mejor».

Sin embargo, la perdurable imagen de los ciudadanos trabajando hasta tarde, después de noviembre de 2000, en los recuentos de Florida –mirando a contraluz para descifrar la intención de un votante desconocido– expresa muy bien el deseo natural de democracia popular y el sentimiento de igual valor humano, bastante enfrentado a la democracia estadounidense que Posner tan críticamente describe y tan reveladoramente defiende. Los cambios radicales que necesita este miserable sistema, empezando por el establecimiento de controles draconianos a la financiación de la campaña y la abolición completa del duopolio en el que el vencedor se lo lleva todo, no sólo están más allá de su imaginación, sino también de la de sus farfullantes oponentes constitucionales, que normalmente se limitan a plantear débiles exigencias de que se elimine paulatinamente el Colegio Electoral o se hagan ligeros ajustes a la financiación privada. Posner termina prediciendo que el «veredicto histórico del litigio *Bush v. Gore* dependerá significativa, aunque inadecuadamente, del éxito de la presidencia de Bush». No sabía que el *New York Times* –declarado partidario de Gore– tendría que anunciar, reacio, que incluso su propio cómputo de los condados que Gore reclamaba le daban, después de todo, Florida a Bush.