Editorial Gedisa ofrece
los siguientes títulos sobre

SOCIOLOGÍA

- JON ELSTER (COMP.) *La democracia deliberativa*
- ZYGMUNT BAUMAN *Trabajo, consumismo
y nuevos pobres*
- MANUEL CRUZ (COMP.) *Tolerancia o barbarie*
- FAREED ZAKARIA *De la riqueza al poder.
Los orígenes del liderazgo
mundial de Estados Unidos*
- MICHAEL SANDEL *El liberalismo y los
límites de la justicia*
- BRIAN BARRY *Teorías de la justicia*
- TEUN A. VAN DIJK *Ideología*
- REINHARD ZINTL *Comportamiento político
y elección racional*
- BRUCE ACKERMAN *La política del diálogo liberal*
- DENNIS F. THOMPSON *La ética política y el ejercicio
de cargos públicos*
- JON ELSTER *Psicología política*
- JON ELSTER *Justicia local*
- IRING FETSCHER *La tolerancia*
- ROBERT A. DAHL *Después de la revolución*
- ERNEST GELLNER *Cultura, identidad
y política*
- JEAN-LOUIS LABARRIÈRE
CHRISTIAN LAZZERI Y OTROS *Teoría política y comunicación*
- THOMAS SOWELL *Conflicto de visiones*
- DENIS JEAMBAR E YVES ROUCAUTE *Elogio de la traición*
- EDGAR MORIN *Pensar Europa*

LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

Jon Elster
compilador

gedisa
editorial

4

La deliberación y los procesos de creación constitucional*

JON ELSTER

Las asambleas constituyentes pueden utilizar la democracia deliberativa de dos maneras. Por un lado, la deliberación entre delegados elegidos democráticamente puede ser parte del proceso de aprobar la constitución. Por otro, la promoción de la democracia deliberativa puede ser uno de los objetivos de los que la elaboran. En este ensayo considero sólo el primer aspecto.¹ Procederé del modo siguiente. En el apartado 1 presento algunos hechos esquematizados acerca de las constituciones y su redacción. En el apartado 2 trato de caracterizar el *marco deliberativo* como estructura institucional. En el apartado 3, el núcleo esencial del ensayo, considero la deliberación en algunas asambleas constituyentes anteriores. En el apartado 4 formulo algunas conclusiones normativas.

1. Constituciones y elaboración de constituciones

Me limitaré a la época de las constituciones modernas, de 1776 en adelante. En un sentido amplio pueden definirse como conjuntos escritos de leyes que poseen las siguientes caracte-

* Este ensayo se basa en numerosas conversaciones mantenidas con Stephen Holmes, Aarund Hylland, Claus Offe, Wiktor Osiatynski, Ulrich Preuss y Cass Sunstein, y en mis trabajos anteriores sobre redacción de constituciones (Elster 1991, 1993a, b, 1994, 1995 a, b, c, d, e, f, 1996 a, b).

rísticas. a) Se hace referencia al texto como “la constitución” o con alguna frase equivalente. b) Se aprueba como un todo, y no en forma fragmentaria. c) Regula los aspectos fundamentales de la vida política. d) Es más difícil reformar la constitución que promulgar la legislación ordinaria. e) La constitución tiene prioridad en caso de conflicto con la legislación ordinaria. Estos rasgos no siempre armonizan entre sí. Además, lo que es y lo que no es fundamental constituye en cierta medida una cuestión opinable. Para mis propósitos presentes, estas complicaciones carecen de importancia.

Los procesos mediante los cuales se aprueban constituciones varían ampliamente. No todos implican deliberación, ni todos siguen tampoco los procedimientos democráticos. La historia de la redacción de constituciones nos muestra que el proceso puede ser no democrático y no deliberativo, democrático y no deliberativo, o democrático y deliberativo. El cuarto caso, el de los procedimientos no democráticos y deliberativos, se ejemplifica en varias asambleas francesas prerrevolucionarias.² Como no se trataba de asambleas constituyentes, no voy a analizarlas aquí. La elaboración de la Constitución francesa de 1958 incluía un elemento de deliberación no democrática, pero también procedimientos más genuinamente democráticos, como se explica más adelante.

Antes de analizar los otros tres casos, permítaseme explicar lo que quiero significar con “democracia”. Entiendo la idea en un sentido acotado, como cualquier tipo de control efectivo y formalizado por parte de los ciudadanos sobre los dirigentes o las políticas: “efectivo” a fin de excluir formas rituales de participación, y “formalizado” para excluir la rebelión como medio de control. La *existencia* de la democracia no depende de que el control sea *ex ante* o *ex post*, directo o representativo, en una vuelta o en dos, dividido o no dividido, basado en un electorado amplio o reducido. Aunque el *grado* de democracia puede depender de esos rasgos del sistema político, no me ocuparé de esas variaciones. La Convención Federal de Filadelfia ejemplifica la democracia deliberativa a pesar del hecho de que las mujeres, los esclavos y muchos individuos carentes de propiedades quedaban excluidos del proceso de elección de delegados.³

Una constitución puede ser impuesta por una autoridad superior o externa sin ningún elemento de deliberación ni de participación democrática. La Constitución prusiana del 5

de diciembre de 1848 fue impuesta por el rey, y la japonesa de 1886, por el ejército de ocupación de los Estados Unidos. Estas constituciones no eran documentos ficticios. Regulaban y condicionaban la vida política en gran medida, a diferencia de la Constitución de Stalin de 1936 o del “Pacto constitucional” de Yuan Shikai en la China de 1914. Podríamos preguntarnos si una constitución que es impuesta de modo unilateral por un poder omnipotente puede proteger a los ciudadanos de ese mismo poder, dado que “quien puede obligar, puede liberar”.⁴ Creo que Hobbes estaba errado. Quebrantar una promesa es peor que no hacerla, porque un acto público de promesa crea expectativas y por tanto un potencial para el desengaño y la rebelión. Los autócratas pueden, si quieren, obligarse a sí mismos mediante este mecanismo.

Entre los documentos aprobados a través de procesos democráticos y no deliberativos se encuentran las Constituciones francesas de 1799, 1802 y 1804, elaboradas por y para Napoleón I, y la Constitución de 1852, creada por y para su sobrino Luis Napoléon. Si bien su aprobación coincidió con plebiscitos o elecciones plebiscitarias que apoyaron los regímenes contrarrevolucionarios, no existió participación democrática en el proceso de elaboración. Un ejemplo más reciente es la Constitución francesa de 1958, elaborada por y para De Gaulle.⁵ Inicialmente éste trató de tener las manos libres para prepararla y convocar un referéndum para su ratificación. Cuando esta idea encontró resistencias creó una Comisión Consultiva Constitucional que analizó su borrador y le efectuó recomendaciones no vinculantes, que él ignoró casi por completo. Cabría preguntarse si estos son casos de control *ex post efectivo*, es decir, si el gobernante autocrático hubiera respetado el plebiscito en caso de que se hubiese manifestado contra él. El antecedente de este enunciado contrafáctico resulta tan problemático, empero, que la cuestión puede carecer de sentido.⁶ Si hubiera existido alguna posibilidad de que De Gaulle perdiera el referéndum, nunca se hubiese puesto en la posición de convocarlo.

Existe otro sentido en el que una asamblea constituyente puede ser democrática pero sin ser deliberativa, a saber, si los delegados llevan mandatos imperativos y los obedecen de modo riguroso. Estudio este caso en el apartado 3. Aquí me limitaré a señalar la tendencia de las asambleas constituyentes a reivindicar lo que los estudiosos alemanes denominan *Kompetenz-Kompetenz*, el poder de determinar sus propias facultades. Por

lo tanto, suelen resistirse si las autoridades naturales que convocan a la asamblea y eligen a los delegados tratan de restringir su libertad de acción.⁷

Me ocupo aquí de las asambleas constituyentes que son deliberativas a la vez que democráticas. Pueden ser más o menos democráticas en dos sentidos: con respecto al modo de elección de los delegados y con respecto a sus procedimientos internos de toma de decisiones. La democracia en la elección de los delegados no sólo depende del alcance del sufragio, sino también del sistema electoral elegido. Antes del surgimiento de los partidos políticos y de la invención de la representación proporcional, no existía seguridad de que una asamblea fuese representativa de su electorado. La asamblea de Frankfurt de 1848, por ejemplo, si bien elegida (en principio) por el sufragio universal de los varones, no incluía a los campesinos, sólo a unos pocos tenderos, virtualmente a ningún trabajador manual y a ningún obrero industrial. La asamblea de Weimar de 1919, por el contrario, fue elegida por representación proporcional. Asimismo, una asamblea es más democrática si los delegados son escogidos en elecciones de una sola vuelta, en lugar de dos. La Constitución de los Estados Unidos y la de Bonn de 1949, por ejemplo, fueron elaboradas por asambleas elegidas por las legislaturas estatales.

La democracia en el funcionamiento interno de la asamblea depende mayormente de la decisión de emplear individuos o bien grupos supraindividuales como unidad de votación. En la Convención Federal, a cada Estado le correspondía un voto, sin que importase la cantidad de población. Aunque los representantes de Pensilvania querían denegar a los Estados más pequeños un voto equivalente, su propuesta nunca llegó a tratarse.⁸ Cuando se formó una comisión para lograr un acuerdo sobre la cámara alta, James Wilson “se opuso a la comisión porque decidiría según la misma regla de sufragio que era objeto de oposición”,⁹ pero en vano. En la Asamblea Constituyente de 1789 la nobleza y el clero querían que el voto fuera por estados, pero el tercer estado, que tenía tantos delegados como los otros dos en conjunto, luchó y obtuvo el voto por cabeza.

8. El marco deliberativo

El simple hecho de que una asamblea de individuos defina su tarea como deliberación, en lugar de la mera negociación basada en la fuerza, ejerce una profunda influencia sobre las propuestas y argumentos que pueden efectuarse. Antes de analizar los mecanismos involucrados, permítaseme decir algunas palabras acerca del objeto de la deliberación política.

Con pocas excepciones, la tarea de una asamblea política es elegir entre propuestas normativas. Un miembro de la asamblea afrontará esta tarea con un conjunto de *preferencias sobre políticas*, las cuales derivan de *preferencias fundamentales* y de un conjunto de *creencias acerca de las relaciones entre fines y medios*. Como ejemplo de la relación entre estos tres elementos, considérense los debates acerca del unicameralismo contra el bicameralismo en la Asamblea Constituyente francesa de 1789.¹⁰ En términos muy generales, participaban tres grupos. La derecha reaccionaria quería volver el reloj atrás hasta la monarquía absoluta; el centro moderado quería una monarquía constitucional con un fuerte control sobre el Parlamento, y la izquierda aspiraba a una monarquía constitucional con menores y más débiles controles sobre el Parlamento. Acerca del tema del bicameralismo, las posiciones eran las que aparecen en el cuadro 4.1.

Cuadro 4.1. Opiniones sobre el bicameralismo en la Asamblea Constituyente

	Preferencias fundamentales	Creencias derivadas	Preferencias
Reaccionarios	Desestabilizar al régimen	El bicameralismo estabilizará al régimen	Unicameralismo
Moderados	Estabilizar al régimen	El bicameralismo estabilizará al régimen	Bicameralismo
Radicales	Estabilizar al régimen	El bicameralismo estabilizará al régimen	Unicameralismo

El bicameralismo fue, finalmente, derrotado por la alianza entre reaccionarios y radicales. (Algunos diputados pueden también haber votado por el unicameralismo porque temían por su vida si no lo hacían.) Este fenómeno general —el acuerdo basado en diferencias de preferencias y diferencias de creencias que se compensan unas a otras— es muy común.¹¹ Implica que cuando la deliberación reduce el desacuerdo, ya sea sobre fines o sobre cuestiones de hecho, puede incrementar el desacuerdo acerca de la decisión. “Discutir para consensuar” es una frase ambigua.

Ya sea que la discusión verse sobre fines últimos o acerca de los mejores medios para realizarlos, se ve obligada a ser formalmente imparcial. Por diversas razones puede ser difícil para un miembro hacer efectivo su voto sin justificarlo ante los demás o ante los votantes de su distrito. Tampoco puede justificarlo diciendo “Debemos hacer X porque eso es lo que quiero”, o “P es verdad porque eso es lo que creo”, y esperar persuadir a otros. En realidad, hacerlo no sólo carecería de sentido sino que resultaría costoso. Como escribe James Coleman, si “los miembros [de una asamblea] vacilan en mostrar sus intereses egoístas y a veces expresan desaprobación cuando otro miembro lo hace”, es porque existe una norma social “que dice que nadie debe adoptar una posición que no pueda ser justificada en función del beneficio para el conjunto”.¹² La norma no induce a los miembros a volverse imparciales; sólo a parecerlo.

Esta es una fuente de tergiversación de las preferencias: un orador puede considerar que le conviene presentarse como no movido por el interés. En primer lugar, puede querer *engañar* a otros respecto de su motivación real. Este caso tiene dos subcasos, según lo que desee lograr con el engaño. Por un lado, tal vez trate de evitar el oprobio asociado con la manifestación notoria de intereses privados en los debates públicos. Por otro lado, tal vez argumente que su posición está basada en principios, de un modo que excluye tanto el compromiso como la negociación. Esto equivale a emplear el argumento racional como dispositivo previo al compromiso. En segundo lugar, tal vez intente *persuadir* a otros si cree que son proclives a ser influidos por el argumento imparcial.

Para ser más específico, imaginemos que se trata de una asamblea que debate y vota ante un público o ante votantes. El primer subcaso del primer motivo para sustituir el interés por

el razonamiento imparcial puede darse incluso cuando todos los miembros de la asamblea se hallan —y se saben mutuamente— motivados sólo por intereses. A fin de engañar a su auditorio, incluso pueden simular estar motivados por el interés público, suponiendo que tienen interés en la reelección y que los votantes castigan la apelación descarnada de los intereses. Los intercambios de votos en el Congreso, por ejemplo, son habitualmente disfrazados con la fraseología del interés público.¹³ En contraposición a esto, el segundo subcaso sólo puede darse si el orador considera que otros miembros pueden creer que su postura está motivada por preocupaciones genuinamente imparciales. El segundo motivo sólo puede existir si él cree que otros miembros podrían estar motivados por preocupaciones semejantes. No tiene que creer que ellos creen que tiene esas motivaciones, aunque es más probable que los persuada si así lo suponen.

Respecto del primer motivo tropezamos con un obstáculo. Si la justificación imparcial coincide *perfectamente* con el interés del orador, el disfraz puede resultar demasiado transparente para funcionar. Supongamos que un partido conservador propone una rebaja de impuestos para los ricos apelando al argumento del “derrame”, es decir que la rebaja beneficiará, en última instancia, a todo el mundo. Si el efecto inmediato es producir beneficios para todos los ricos y sólo para los ricos, es probable que sea objeto de burla y puede conseguir una derrota electoral. El partido haría bien, por tanto, si atenúa su propuesta de modo que beneficie a la mayoría de los ricos pero no a todos, y no sólo a los ricos. En estos casos la transacción resulta obvia. Por otro lado, la propuesta debe ser lo suficientemente atenuada como para desviar las sospechas (la *restricción de imperfección*). Pero además, no debe ser tan atenuada como

¹¹ La “restricción de imperfección” (*imperfection constraint*) es para Elster una de las dos restricciones a la transmutación del interés en razón. La otra es la coherencia a través del tiempo. La restricción de imperfección consiste en que la coincidencia entre el interés y el argumento imparcial no debe ser demasiado estrecha. Si, por ejemplo, abogo por una concepción de la justicia que coincide perfectamente con mi interés, ese hecho puede ser tan evidente para mí como para hacerme sentir incómodo. Mi autoestima me exige adoptar una concepción que se desvie un tanto de la que es óptima desde el punto de vista de mis intereses, en tanto que, por supuesto, la última motivación me impide desviarme demasiado de ellos. La posición finalmente elegida no

para que el interés en juego sea perjudicado en lugar de promovido. Una propuesta de rebaja de impuestos sólo para los pobres parecería eminentemente desinteresada, pero difícilmente agradará a los votantes conservadores.

También la pasión y el prejuicio pueden disfrazarse de racionalidad. Las recientes Constituciones en los países de Europa Central y Oriental, por ejemplo, contienen cláusulas redactadas con aire imparcial pero que tienen un origen inequívoco en el prejuicio étnico. Todas las Constituciones de la región incluyen cláusulas que prohíben la discriminación (negativa) por motivos de raza, nacionalidad, origen étnico, sexo, religión y muchos otros motivos similares. Pero tres de ellas —las de Bulgaria, Rumania y Eslovaquia— contienen también prohibiciones explícitas respecto de la discriminación inversa o positiva, es decir la acción afirmativa. Estos son también los países de la región con las mayores poblaciones minoritarias¹⁴ y las más densas historias de conflictos étnicos. En el documento rumano la prohibición sólo abarca la discriminación inversa por motivos étnicos. Bulgaria y Eslovaquia trataron al menos de satisfacer la restricción de imperfección al extender el impedimento de la discriminación positiva a *todos* los criterios que se enumeran en las prohibiciones sobre discriminación negativa. Y sin embargo también en estos países las cláusulas se deben a los prejuicios de una mayoría étnica en la asamblea constituyente contra varias minorías. Los sesgos contra las minorías étnicas hubieran sido aun más fuertes si en los procesos de elaboración no hubiesen intervenido delegados del Consejo de Europa. El primer borrador de la Constitución rumana, por ejemplo, contenía una prohibición aparentemente imparcial de los partidos de base étnica que estaba directamente dirigida contra la numerosa minoría húngara.

En los contextos deliberativos las amenazas basadas en la fuerza son inadmisibles, no porque necesariamente responden a intereses egoístas sino porque la única fuerza que se supone

¹⁴ Es el resultado de una transacción entre mis intereses y mi autoestima, porque la mera noción de semejante transacción sería incompatible con mi autoestima. Es más bien el resultado, en palabras de Elster, "de algún tipo de paralelogramo de fuerzas psíquicas" (véase *infra*, en este capítulo, y también: Jon Elster, "Doing our level best", en *The Times Literary Supplement*, marzo 29 de 1996). [T.]

se supone es "la fuerza del mejor argumento" (Habermas). Para cumplir la norma que le impide efectuar una amenaza, un orador puede presentarla o tergiversarla como advertencia. En lugar de decir "Si hacéis X, os castigaré haciendo Y", puede decir "Si hacéis X, provocaréis Y, que es algo que no querriais". La diferencia de las amenazas, las advertencias pueden ser evaluadas como verdaderas o falsas y por tanto como susceptibles de argumentación racional. Empleando esta estratagema el orador elude no sólo la norma contra las amenazas,¹⁵ sino también el problema de volver creíble la suya. Un líder sindical cuya conducta no se guíe por la norma podría incluso preferir una frase como: "Si no me dais lo que pido, no podré controlar a los miembros de mi asociación", en lugar de: "Si no me dais lo que pido, convocaré a la huelga a los miembros de mi asociación". El primer caso es una cuestión de plausibilidad; el último, de credibilidad.

Chaim Perelman y Lucie Olbrechts-Tyteca cuentan una divertida anécdota que puede emplearse para ejemplificar la distinción entre amenaza y advertencia: "En Bélgica, en 1877, cuando el ministro católico de Justicia decidió, a pesar de una ley que protegía la libertad del votante, no procesar a los curas que habían amenazado con los tormentos del infierno a los feligreses que habían votado por el Partido Liberal, Paul Janson ridiculizó al ministro. Al plantear dudas acerca del peso de esas amenazas 'en realidad cometía una herejía religiosa' ".¹⁶ Si los sacerdotes (como sospecho) hubieran estado simplemente advirtiendo a sus feligreses, no hubiese existido herejía. Del mismo modo, un presidente que aspira a la reelección puede legítimamente advertir a los votantes que si votan por su oponente van a sufrir económicamente, pero no amenazarlos con emplear el período entre principios de noviembre y fines de enero para hacerlos sufrir."

El principal argumento que he tratado de desarrollar es que un *marco deliberativo* puede incidir en los resultados independientemente de los motivos de los participantes. Como existen poderosas normas contra las apelaciones descarnadas al interés o al prejuicio, los oradores tienen que justificar sus pro-

¹⁵ En los Estados Unidos las elecciones nacionales se celebran el primer martes de noviembre, y el traspaso del poder al nuevo mandatario tiene lugar el 20 de enero. [T.]

puestas de acuerdo con el interés público. Como existen poderosas normas contra el empleo de amenazas, tienen que darse zarlas de advertencias. Además —y este es el punto clave desde la perspectiva conductual— las propuestas serán *modificadas y también disfrazadas*. La máscara del interés personal o el prejuicio se halla sometida a dos restricciones. En primer lugar, como ya mencioné, está la *restricción de imperfección*. Puesto que una coincidencia perfecta entre el interés personal o el prejuicio y el argumento imparcial resulta sospechosa, los oradores que defienden intereses propios o prejuicios tienen un incentivo para argüir a favor de una posición que difiere un tanto de su postura ideal. En segundo lugar, el discurso público se halla sometido a una *restricción de coherencia*. Una vez que un orador ha adoptado un argumento imparcial porque coincide con su interés o su prejuicio, será mirado como oportunista si se desvía de él cuando deja de servir a sus necesidades.¹⁷ Por estas razones no pueden descartarse argumentos imparciales como racionalizaciones *ex post* sin eficacia independiente. Además, esta actitud reduccionista es, en última instancia, incoherente: si todas las apelaciones al interés público fueran hipócritas y se supiera que lo son, no podrían persuadir a nadie y nadie se molestaría en hacerlas.

La sustitución de las amenazas por las advertencias puede también afectar la esencia de las propuestas, porque no todas las amenazas poseen "advertencias equivalentes" perfectas. El sustituto de decir "Si hacéis X, os castigaré haciendo Y" puede ser "Si hacéis X, provocaréis Z" o "Si hacéis W, provocaréis Y". La razón es que las advertencias, a diferencia de las amenazas, se hallan sujetas a *restricciones de plausibilidad*. El dirigente sindical podría obtener un aumento de salarios del 15% si pudiese hacer una amenaza creíble de huelga, mientras que una advertencia no sería plausible por encima del 5%. Es difícil que el empleador crea que los trabajadores se pondrán incontrolables a menos que obtengan un enorme aumento, porque no es así como funcionan estas emociones. En contraste, el dirigente sindical puede asegurar plausiblemente que sus miembros se pondrán incontrolablemente furiosos si sienten que se los trata de modo injusto, como por ejemplo al recibir salarios inferiores a los de los trabajadores de empresas comparables.

En los marcos deliberativos las advertencias se encuentran, asimismo, sometidas a restricciones de plausibilidad. Un ejem-

plausibilidad de las conferencias de mesa redonda en Polonia y la tensión entre el régimen y la oposición.¹⁸ En una gama que va desde la negociación hasta la discusión, las conversaciones polacas se encontraban probablemente más cerca de la primera y las húngaras, de la segunda. Y sin embargo incluso en Polonia las conversaciones contenían un elemento deliberativo y el empleo descarnado de amenazas podría haber provocado la ruptura. Una amenaza, además, no hubiese resultado viable, porque la intervención soviética hubiera sido calamitosa también para los comunistas. Estos, entonces, presentaron la posibilidad de la intervención como una advertencia, más que como una amenaza.¹⁹ La advertencia tuvo cierta —aunque limitada— plausibilidad y eficacia.²⁰ En las conferencias húngaras que se realizaron unos meses después, la advertencia equivalente a una amenaza ya no tuvo prácticamente plausibilidad, en buena medida por la ausencia de intervención soviética tras la victoria de Solidaridad en las elecciones polacas.

II. La deliberación en las asambleas constituyentes

La deliberación acerca de constituciones demanda la creación de lo que denominé un marco deliberativo. El procedimiento debe trascender el simple registro de votos y dar lugar a la interacción comunicativa. El marco, además, debe guiar esta interacción hacia el debate y apartarla de la negociación basada en amenazas. Al analizar estas cuestiones me apoyaré en gran medida en las actas de la Convención Federal, las de las asambleas constituyentes francesas de 1789-91 y 1848, y en la asamblea de Frankfurt de 1848. Las actas de esas asambleas —tanto las de sesiones plenarias como las de comisiones— son muy completas. Además, en virtud de las dramáticas circunstancias en que se desarrollaron, ponen de manifiesto el juego de razón, interés y pasiones en el proceso de elaboración de las constituciones.

En general, como dije, las asambleas constituyentes se rehúsan a ser controladas por las autoridades superiores. Afirman su derecho a deliberar libremente sin ninguna restricción previa acerca del procedimiento o del contenido e ignoran los mandatos de los votantes de sus distritos así como también las

instrucciones de las autoridades convocantes. La Asamblea Constituyente de 1789 es el mejor ejemplo de esta cuestión. Muchos delegados tenían instrucciones de sus votantes para votar por estado, y no por cabeza; en favor de un veto absoluto para el rey en la nueva constitución, y en contra de nuevos impuestos o empréstitos antes de que la constitución fuese aprobada. Una vez reunidos, los delegados descartaron esas restricciones, en parte por razones de oportunidad —un nuevo empréstito resultaba demasiado urgente como para ser postergado— pero mayormente por razones de principio.²¹

Aunque el reaccionario abate Maury invocó hipócritamente la autoridad de Rousseau a favor de los mandatos imperativos,²² se hallaba en minoría. Pétion aceptó los mandatos imperativos en cuestiones legislativas ordinarias, pero no para asuntos constitucionales, “cuando se trata de erradicar una cantidad de abusos y prejuicios, de introducir todo un orden nuevo y, por así decirlo, de crear todo”.²³ Como expliqué en la introducción de este volumen, Sieyès arguyó que el deseo de la nación no podía determinarse mediante la simple consulta de los *cahiers* de quejas y deseos que los delegados habían traído consigo a Versalles. Mirabeau invocó la misma idea al analizar las reglas de votación en la asamblea. Respondiendo a una propuesta de que el quórum fuese fijado en la mitad del número de delegados, dijo que esto equivaldría a vetar a los ausentes. “Este tipo de veto, sin embargo, es el más temible y el más certero. Mientras uno puede tener esperanzas de influenciar y convencer a individuos que se hallan presentes mediante el uso de razones, ¿qué influencia puede uno tener sobre los que replican no presentándose?”²⁴ No se puede discutir con los ausentes.

En la asamblea de 1789 las exigencias de respetar los mandatos de los diputados provinieron mayormente de la nobleza no liberal. Desde el punto de vista del procedimiento apoyaron los mandatos imperativos porque constituían el método tradicional. En lo sustancial los propiciaron porque la mayoría de las instrucciones coincidía con sus opiniones. La izquierda no había adoptado aún lo que habría de convertirse en la exigencia radical estándar en favor de la democracia cuasi directa, que debía asegurarse a través de mandatos imperativos, períodos interelectorales cortos y la posibilidad de revocar los nombramientos de los representantes en cualquier

momento. Para la época de la asamblea de Frankfurt, esta demanda estaba en primer plano:

Mientras que los moderados se consideraban a sí mismos miembros de una asamblea electa y libre de votar de acuerdo con los resultados del debate y no como delegados, la izquierda exigía que los miembros obedeciesen la voluntad general del pueblo. La imprecisión del concepto de Rousseau permitía a la izquierda constituirse en intérprete de la voluntad general, pero era mucho más que simplemente un modo de favorecer los intereses del propio partido. En otros momentos la izquierda insistió en que los miembros obedeciesen las instrucciones de los votantes de sus respectivos distritos. Cualquier pretensión de la izquierda en cuanto a revocar (*Abberufung*) el nombramiento de determinados miembros era firmemente resistida por los moderados en virtud de que —como decía Burke— los miembros no eran delegados y habían sido elegidos para todo el período parlamentario.²⁵

A pesar de esos intentos de parte de la derecha o de la izquierda de imponer los mandatos imperativos, las asambleas constituyentes han rechazado en forma sistemática este procedimiento e insistido en la libre comunicación antes de votar. La naturaleza de la comunicación —su ubicación en la gama que va desde la discusión a la negociación— depende de unas cuantas variables. Las más importantes son el *tamaño* (pequeña o grande), la *publicidad* (debates abiertos o cerrados), la presencia o ausencia de *fuerza*, y la importancia del *interés* como motivación de los constituyentes. Aunque analítica y en cierta medida empíricamente diferentes, las primeras tres variables se hallan estrechamente relacionadas entre sí. Las asambleas numerosas por lo general debaten frente a un público que puede, en ocasiones, recurrir a la fuerza o a las amenazas de usarla contra los diputados. También, como veremos, los efectos del tamaño y los de la publicidad se hallan muy vinculados entre sí.

Consideremos en primer lugar el tamaño. La negociación es necesariamente un fenómeno propio del número reducido: en las asambleas grandes y fragmentadas la interacción debe adoptar la forma de la discusión. Las asambleas constituyentes modernas, por supuesto, no se fragmentan. Consisten habitualmente en un pequeño número de partidos políticos cuyos líderes pueden participar —y de hecho lo hacen— en la negociación

y el sistema de concesiones mutuas. Sin embargo, antes del surgimiento de los partidos políticos el miembro individual constituía la unidad efectiva de interacción. En Filadelfia los votos emitidos por las 12 delegaciones estatales a menudo se encontraban divididos, lo cual a veces daba como resultado un empate. En la asamblea francesa de 1789, los 1200 delegados podían ser asignados *grosso modo* a uno de los seis grupos que iban de la extrema izquierda a la extrema derecha, y Mirabeau que formaba una categoría propia.²⁶ En Frankfurt los 596 delegados se distribuyeron en cinco grupos, desde la derecha a la extrema izquierda.²⁷ En ambas asambleas, empero, estas subdivisiones eran fluidas e inestables. En París, "dada la ausencia de partidos, los líderes de opinión (...) y los oradores tales como Maury, Barnave, Thouret, Mirabeau, Clermont-Tonnerre, Cazalès, Grégoire o Le Chapelier, todos capaces de improvisar una sólida réplica verbal, ejercieron una fuerte influencia sobre sus colegas".²⁸ En Frankfurt "un número considerable de representantes no se adscribieron en ningún momento de modo firme a agrupamiento alguno. Si bien existía abundante discusión en los clubes, muchas cuestiones eran tan complejas que los miembros no se decidían hasta que debían votar, tras el debate plenario. Los grupos parlamentarios no constituían camisas de fuerza para las opiniones de sus miembros".²⁹

En tales contextos ningún dirigente político podía de modo creíble prometer el aporte de un bloque de votos. Este hecho puede constituir una de las explicaciones de por qué Mounier, el líder de los moderados en la asamblea de 1789, rechazó una propuesta de intercambio de votos hecha por tres radicales, Barnave, Duport y Alexandre Lameth. Ellos ofrecieron a Mounier tanto un veto absoluto para el rey como el bicameralismo si él, a su vez, aceptaba a) que el rey renunciase a su derecho de disolver la asamblea; b) que la cámara alta tuviese sólo un veto suspensivo, y c) que periódicamente habrían de reunirse convenciones para revisar la constitución. Mounier se negó de plano. De acuerdo con su versión, no creyó correcto hacer concesiones en una cuestión de principio, pero también hubiera tenido justificadas razones para dudar de la capacidad de los tres para cumplir con su promesa.³⁰

Y sin embargo, incluso si la asamblea es grande y las subdivisiones políticas móviles, otras subdivisiones pueden ser más

estables. Las asambleas francesas de 1789 y 1848, lo mismo que la alemana de 1848, se repartieron originariamente en *bureaux*, subcomisiones formadas al azar (y en la asamblea de 1789 renovadas a menudo) que deliberaban en forma paralela sobre los mismos asuntos antes de efectuar sus recomendaciones a la asamblea plenaria. En la asamblea francesa de 1848 se mantuvo este sistema hasta el final, pero en las otras dos, los *bureaux* fueron pronto reemplazados por comisiones especializadas. En Frankfurt "tan pronto como la asamblea inició sus sesiones, los [*bureaux*] fueron eclipsados por los clubes políticos y por las comisiones parlamentarias. Se trataba de agrupamientos puramente accidentales y que no podían hacer frente a la competencia de cuerpos que estaban compuestos por personas de la misma orientación o que compartían una tarea común".³¹

Esta descripción se aplica literalmente a la asamblea francesa de 1789.³² Y sin embargo, antes del reemplazo de los *bureaux* por las comisiones tuvo lugar un gran debate acerca de los papeles respectivos de los *bureaux* y de los debates plenarios. Para Mounier, líder de los moderados, los *bureaux* propiciaban "la serena razón y la experiencia" al apartar a los miembros de todo lo que pudiese estimular su vanidad y el temor a la desaprobación.³³ Para el patriota Bouche, las comisiones tendían a debilitar el fervor revolucionario. Prefería las grandes asambleas, en las que "las almas se vigorizan y se exaltan, y en las que los nombres, los rangos y las distinciones no cuentan para nada".³⁴

El sistema de los *bureaux* encerraba obvias desventajas. Al debatir cualquier tema, quienes realmente supiesen algo acerca de él estarían en minoría. Al mismo tiempo, sin embargo, la composición aleatoria del grupo podía propender a la imparcialidad. Los que sabían mucho acerca de un tema también solían tener intereses respecto de él o estar movidos por fuertes pasiones; de otro modo no se hubiesen molestado en informarse. La ignorancia es una buena vacuna contra estos motivos. Aunque hubiera sido peligroso confiar la decisión final a los *bureaux*, estos podrían haber desempeñado un papel útil en la estructuración del debate y en la presentación de recomendaciones a la asamblea. De hecho se ha propuesto asignar a los congresistas norteamericanos a las comisiones de modo aleatorio.³⁵

Es probable que la dinámica de las grandes asambleas, los pequeños *bureaux* y las pequeñas comisiones especializadas sea muy diferente. En una asamblea grande no es posible desarrollar un argumento de modo coherente y sistemático. Los debates suelen ser dominados por un pequeño número de oradores experimentados y carismáticos, un Mirabeau o un Lamartine, quienes se apoyan en la retórica más que en los argumentos. La forma externa de los debates es la deliberación, pero la fuerza que motiva las decisiones, más que la razón, es la pasión. Aunque los propios oradores no sean arrastrados por la emoción, esperan prevalecer apelando a las emociones del auditorio.³⁶ En los *bureaux* es más probable que se respete la sustancia y no sólo la forma de la deliberación. El tamaño pequeño reduce las posibilidades de demagogia y permite que sean escuchados todos los oradores. Por su composición aleatoria se hace menos probable que predominen el interés y la pasión. En las comisiones funcionalmente especializadas, la calidad técnica de cualquier deliberación, especialmente en cuestiones de hecho, tal vez sea mayor que en los *bureaux*. Y sin embargo, como es menos probable que los miembros adopten una actitud imparcial, habrá menos deliberación y más negociación.

La ausencia o la presencia de público es otro elemento de importancia para determinar si existe la comunicación dentro del *continuum* de discusión-negociación. Los cuatro casos que he seleccionado varían considerablemente a este respecto. En la Convención Federal las sesiones eran a puertas cerradas y secretas, un procedimiento que Madison más tarde justificó como sigue: "Si los miembros se hubiesen comprometido públicamente desde un principio, más tarde hubieran supuesto que la coherencia les exigía mantener su postura, mientras que en la discusión secreta nadie se sentiría obligado a mantener sus opiniones por más tiempo del que estuviesen convencidos de su corrección y veracidad, y quedarían abiertos a la fuerza del argumento".³⁷ Este es, por cierto, uno de los efectos del secreto: eleva la calidad de cualquier deliberación. Madison desatendió, empero, otro efecto: el de cambiar la modalidad de las sesiones para llevarlas hacia el extremo negociador del *continuum*. En la Convención Federal hubo muchas discusiones de alta calidad, pero también una buena medida de negociación con cara de perro.³⁸

En las otras tres asambleas las sesiones plenarias estuvieron abiertas al público, el cual, además, desempeñó un papel muy activo. En París, en 1789, había en las galerías entre 300 y 600 personas,³⁹ y en Frankfurt entre 1500 y 2000.⁴⁰ En ambas, la decisión de admitir al público siguió la divisoria izquierda-derecha. La izquierda, por un lado, tenía una teoría de la representación popular que iba más allá del mero derecho de votar. En París, Camille Desmoulins comparó a la "incorruptible galería" con los "tribunos del pueblo que asistían a las deliberaciones del Senado romano".⁴¹ En Frankfurt "la galería pública era para los radicales un vínculo necesario con el pueblo representado por la asamblea. Los demócratas no creían en aislar a los miembros del mundo exterior a fin de asegurar un debate libre de perturbaciones e imparcial".⁴² Los moderados y los conservadores eran de opinión opuesta. En París el abate Maury dijo: "La Nación, cuando envió a sus representantes a la asamblea, no pensaba elegir comisionados que quedasen a merced del aplauso o de la rechifla popular". Para los moderados de Frankfurt, el pueblo "tenía todo el derecho de oír pero ninguno de ser oído en la cámara, como ha sido la costumbre en Inglaterra".⁴³

La izquierda, por otro lado, también creía que sus principales reclamos podían beneficiarse con la presión del público. Un dispositivo importante para poner en práctica esta presión era pedir la votación nominal. La forma habitual de votar en el París de 1789 —lo mismo que en la Frankfurt de 1848— era la votación ordinaria:^{*} los que estaban a favor de una moción se levantaban mientras que los que estaban en contra permanecían sentados (*culocratie*). Este procedimiento podía defenderse o preferirse por dos motivos. En primer lugar, dificultaba saber exactamente *cuántos* habían votado a favor o en contra de determinada moción, y, en el caso de una aprobada, la magnitud exacta de la mayoría. Dada la ideología prevaleciente en el sentido de que, cuando la mayoría había hablado, su opinión se convertía *ipso facto* en la voluntad general,⁴⁴ un recuento exacto de los votos se consideraba incompatible con el deber de

* En esta materia la terminología española es más concisa que la inglesa: *voting by roll call* es la votación nominal, mientras que *voting by "sitting and rising"*, como escribe Elster, es una de las formas de lo que en español se denomina votación ordinaria. [T.]

la minoría de lograr que su voluntad se fundiese con la de la mayoría.⁴⁵ En segundo lugar, el procedimiento dificultaba saber exactamente *quiénes* habían votado contra la moción, consecuencia que podía resultar muy deseable si se consideraba que aquella poseía fuerte apoyo popular. Precisamente por este motivo, como cabía esperar, en ambas asambleas la izquierda hizo a menudo hincapié en la votación nominal. En París se hicieron y circularon listas con los nombres de los que votaban contra medidas que contaban con el apoyo popular. El temor de estar en una de esas listas contribuyó a la derrota del bicameralismo y del veto absoluto para el rey. Algunos diputados temían por su vida y la de su familia si iban contra la opinión que prevalecía en París.⁴⁶ También en Frankfurt un "instrumento de la izquierda para tornar a los representantes sensibles a la opinión pública era la exigencia de votar en forma nominal. Esto influyó en las votaciones, de acuerdo con algunos observadores".⁴⁷

Voy a tratar de evaluar los efectos reales de la publicidad sobre la calidad de los debates y decisiones, en cuanto diferentes de esos reclamos ideológicos e interesados. En términos generales, el efecto de un auditorio es reemplazar el lenguaje del interés por el de la razón, y sustituir los motivos imparciales. Ante la presencia de un público resulta especialmente difícil parecer motivado sólo por intereses egoístas. Aunque los otros miembros de la asamblea no se escandalizaran, el auditorio sí lo haría. En general, esta *fuerza civilizadora de la hipocresía* constituye un efecto deseable de la publicidad.⁴⁸ No resulta enteramente correcto decir, con el juez Brandeis, que "la luz del sol es el mejor desinfectante". Prefiero la expresión de La Rochefoucauld: "La hipocresía es el homenaje que el vicio le rinde a la virtud". La publicidad no elimina los motivos deshonestos, pero obliga o induce a los oradores a esconderlos.

En el otro platillo de la balanza, la mayor dificultad de retractarse de una posición que uno ha adoptado en público presenta varios efectos no queridos. Resulta menos probable que los oradores cambien de opinión como resultado de objeciones fundamentadas, y alienta el uso de la publicidad como dispositivo propiciador de compromisos. También del lado negativo de la balanza se sitúa el hecho de que los públicos numerosos sirven de caja de resonancia para la retórica. En Frankfurt, los seiscientos miembros hubiesen resultado presumiblemente

menos vulnerables ante la oratoria si hubiesen debatido sólo entre ellos, sin la presencia de dos mil personas en la galería. Otro efecto negativo de la publicidad consiste en que puede distorsionar el proceso democrático, por ejemplo, si permite que las multitudes impongan su voluntad sobre una mayoría de diputados elegidos democráticamente. París no debe dominar a toda Francia.

Esta última observación puede servir para introducir la tercera variable, el empleo o la amenaza de empleo de la fuerza en el proceso de redacción constitucional. En Filadelfia los delegados nunca fueron más allá de la amenaza. En los debates sobre la representación de los estados en el Senado, los estados pequeños blandieron la amenaza de una alianza con poderes extranjeros, y los grandes replicaron con referencias a su propio poder.⁴⁹ En las otras tres asambleas la fuerza desempeñó de hecho un papel preponderante. En Frankfurt "el trabajo del parlamento fue (...) amenazado con la persecución por parte de la turba de miembros impopulares de la asamblea".⁵⁰ Un representante del Centro Derecha fue golpeado y dos asesinados. En las dos asambleas francesas, que ahora estudio con mayor detalle, la amenaza y el empleo de la fuerza resultaron decisivos para el desenlace.

Los debates de 1789 fueron suspendidos en un campo de fuerza creado por dos factores extraparlamentarios: las tropas del rey y las turbas de París. Luego de que el rey, el 23 de junio, aceptó de mala gana la fusión de los tres órdenes en una asamblea nacional, reforzó la presencia de tropas cerca de Versalles. La amenaza implícita a la asamblea resultó evidente. Las réplicas de Mirabeau al desafío del rey ofrecen un claro ejemplo de la ambigüedad entre amenaza y advertencia. En su primer discurso sobre el tema se expresó en términos muy generales: "¿Cómo podría el pueblo no enfadarse cuando la única esperanza que le queda [a saber, la asamblea] se halla en peligro?"⁵¹ En su segundo discurso se tornó más específico. Las tropas "pueden olvidarse de que son soldados por contrato, y recordar que por naturaleza son hombres".⁵² Además, la asamblea no puede siquiera confiar en que ella misma actuará de modo responsable: "Los movimientos apasionados son contagiosos: no somos más que seres humanos; nuestro temor de parecer débiles puede llevarnos demasiado lejos en la dirección opuesta".⁵³ De estos enunciados, el primero constituye una

característica advertencia; el segundo, lo que podríamos denominar una "advertencia de autocumplimiento", y el tercero, una amenaza apenas disimulada.

En su breve intervención en el mismo debate, Sieyès mencionó que en todas las asambleas deliberativas, en especial en los estados de Bretaña, el cuerpo se rehusó a deliberar si se encontraban tropas a menos de cuarenta kilómetros de donde se reunía.⁵⁴ Sin embargo, cuando la asamblea reclamó la retirada de las tropas, el rey, en su respuesta, pretextó que habían sido traídas para poner a París bajo control, y no para aterrorizar a la convención.⁵⁵ Si la asamblea objetaba la presencia de tropas en las inmediaciones de París él estaría plenamente dispuesto a trasladarla a Noyon o a Soissons, y a desplazarse él mismo a Compiègne a fin de facilitar la comunicación entre ambos. La asamblea, empero, no podía aceptar una propuesta que la privaría del potencial amenaza-advertencia que poseía París. Se tomó la decisión de enviar una delegación al rey para pedirle que retirase las tropas, "cuya presencia incrementa la desesperación del pueblo".⁵⁶ Si el rey se avenía, la asamblea enviaría una delegación a París "para comunicar la buena noticia y contribuir al retorno del orden". No había necesidad de decir lo que harían si él no se plegaba a lo que ellos querían. Al día siguiente cayó la Bastilla, y el rey se avino a retirar las tropas.

A medida que se desplazaba el equilibrio del poder, los moderados llegaron a creer que la mayor amenaza para la asamblea la representaban ahora los sectores radicales de la Comuna de París, más que las tropas del rey. El 31 de agosto Clermont-Tonnerre propuso que la asamblea abandonase Versalles y se instalase en otro lugar en caso de que las autoridades de París se mostrasen incapaces de mantener la paz. "Vosotros no cedisteis al despotismo armado, ¿vais ahora a ceder a la efervescencia popular?"⁵⁷ Pocos días después el resto de los moderados y parte de la nobleza se le unieron, los primeros porque creían que el traslado salvaría a la asamblea, y los segundos porque creían que habría de destruirla.⁵⁸ Inexplicablemente, el rey se rehusó. En lugar de eso convocó a un regimiento de Flandes para efectuar una demostración de fuerza, iniciando así la cuenta regresiva hacia la confrontación del 5 y 6 de octubre que lo forzaría a trasladarse a París.

La constitución de 1848, lo mismo que la de 1791, se redactó dentro de un campo de fuerzas definido por las tropas gu-

bernamentales y el pueblo de París. En 1848, sin embargo, el movimiento se efectuó en la dirección opuesta. Tras la victoria inicial de las fuerzas revolucionarias en febrero de 1848, la derrota de la insurrección de junio inauguró el movimiento contrarrevolucionario que finalmente llevó a Luis Napoleón al poder. Lo mismo que en 1789, la redacción de la constitución sufrió la fuerte influencia de acontecimientos extraparlamentarios. Como escribió Tocqueville (miembro de la Comisión Constitucional): "Si la comisión se hubiera reunido el 27 de junio en lugar del 16 de mayo, su obra hubiera resultado completamente diferente".⁵⁹

La Asamblea Constituyente fue elegida el 23 de abril y se reunió en París el 4 de mayo. Entre el 12 y el 17 de mayo discutió el procedimiento para elegir la Comisión Constitucional. En medio de estas deliberaciones, el 15 de mayo una multitud invadió el recinto de la asamblea a fin de exigir apoyo para la independencia polaca, atemorizando a muchos de los diputados. Los dieciocho miembros de la Comisión Constitucional, cuya composición puede haber estado algo influida por los acontecimientos del 15 de mayo,⁶⁰ comenzaron a trabajar el 19 de mayo y entregaron un primer borrador el 19 de junio. El 23 de junio el gobierno anunció la clausura de los talleres nacionales que se habían creado como consecuencia de la revolución de febrero, y provocó de este modo una insurrección que fue reprimida tras cuatro días de lucha sangrienta. En julio y agosto los *bureaux* de la asamblea deliberaron acerca del proyecto y sometieron sus comentarios a la consideración de la comisión, la cual entregó su borrador final el 30 de agosto. En septiembre y octubre la asamblea discutió el borrador, que fue aprobado con un solo cambio significativo (que analizo más adelante) el 4 de noviembre.

Resulta claro que los dos borradores fueron escritos, respectivamente, al amparo de las insurrecciones de febrero y de junio. El primer borrador incluyó no sólo una proclamación general del derecho a trabajar, sino también garantías institucionales para su ejercicio. Prohibía la práctica de contratar sustitutos para el servicio militar y abría las puertas a la tributación progresiva. Acerca de estos y otros puntos, los debates en la Comisión Constitucional contienen numerosas referencias a la necesidad de respetar la opinión pública.⁶¹ El segundo borrador abolió el derecho a trabajar y otorgó rango

constitucional a la tributación proporcional. Se mantuvo la prohibición sobre relevo militar, pero fue descartada en la versión final que aprobó el Parlamento. Aunque la Constitución de 1848 mantuvo el principio del sufragio masculino —lo mismo que en Frankfurt, hubiese sido embarazoso abandonar el procedimiento por el cual los propios constituyentes habían sido elegidos— fue por lo demás y en buena medida un documento contrarrevolucionario.

Consideremos finalmente el papel del interés en la redacción de una constitución. Hemos visto que en un marco deliberativo les resulta difícil a los redactores *expresar* su interés abiertamente y que tienen que presentarlo tras la máscara del interés general. Si bien he sostenido que esta restricción constituye una traba para propuestas factibles y no sólo lo que puede decirse en su favor, no es necesariamente una limitación muy fuerte. En la mayoría de las asambleas constituyentes los individuos, los grupos y las instituciones arguyen en favor de posturas que los benefician en forma notoria.

El interés personal de los redactores en el sistema político futuro constituyó un factor importante en Filadelfia, como lo revelan los esfuerzos que realizaron varios oradores para mostrar que las propuestas imparciales también podían ser adoptadas por hallarse en el interés de largo plazo de la estirpe familiar. Esta idea de que *el interés creado puede simular la imparcialidad* fue expresada de modo llamativo por George Mason:

Debemos atender a los derechos de toda clase de personas. Siempre lo había intrigado la indiferencia de las clases superiores de la sociedad ante esta exigencia de humanidad y normas de conducta, considerando que, por opulentos que fuesen sus medios, o elevadas sus situaciones, unos pocos años no sólo podrían bastar sino que seguramente bastarían para distribuir a su posteridad entre las clases más bajas de la sociedad. Por tanto, cada motivo egoísta, cada vínculo familiar debería recomendar un sistema político semejante, que habría de proveer no menos cuidadosamente a los derechos y felicidad de los ciudadanos de los órdenes más bajos que a los de los más altos.⁶²

El gobernador Morris empleó un razonamiento similar, del tipo del velo de la ignorancia, cuando sostuvo que “los vínculos con el Estado y la importancia del Estado han sido la ruina de

este país. No podemos matar a las serpientes, pero quizá podamos arrancarles los dientes. Quería que nuestras ideas se ampliasen para abarcar el verdadero interés del hombre, en lugar de verse circunscriptas dentro del ámbito estrecho de un lugar determinado. Y, después de todo, cuán pequeño puede ser el motivo provisto por el egoísmo para una política semejante. Quién puede decir si él mismo, o menos aún sus hijos, han de ser el año próximo habitantes de este o del otro Estado”.⁶³ Este argumento se refiere a los trece Estados que existían por entonces, pero también fue empleado para cubrir el ingreso de futuros Estados. Contra la propuesta de Gerry de “limitar el número de nuevos Estados que podían admitirse en la Unión, de tal modo que nunca puedan superar el número de los Estados atlánticos”,⁶⁴ Sherman replicó que “estamos proviendo para nuestra posteridad, para nuestros hijos y nietos, quienes tendrán la misma probabilidad de ser ciudadanos de los Estados occidentales que de los antiguos”.⁶⁵

El papel del interés grupal en Filadelfia se ejemplifica de modo llamativo con los debates entre los Estados grandes y los pequeños acerca de su respectiva representación en el Senado. Si bien esta confrontación incluyó ciertas amenazas de empleo de la fuerza, como ya se mencionó, a los argumentos formulados de modo imparcial les cupo un lugar más central. Ambos lados, de hecho, pudieron defender sus opiniones apelando a la justicia y la equidad.⁶⁶ Hubo argumentos evidentes basados en la igualdad: igual representación de los Estados frente a igual representación de los individuos. Hubo también argumentos opuestos basados en la naturaleza de los contratos. De acuerdo con Sherman, había llegado el momento de suprimir la desigualdad surgida con el nacimiento de la república. “Que los grandes Estados accedieron a la confederación, y que ellos, en la hora del peligro, hicieron el sacrificio de su interés en favor de los Estados menores, es verdad. Como la sabiduría de Salomón al adjudicar el niño a su verdadera madre sobre la base de la ternura demostrada, los Estados grandes bien sabían que la pérdida de un miembro era fatal para la confederación: ellos también sacrificaron tiernamente sus más preciados derechos antes que sacrificar el conjunto. Pero ha llegado el momento de que se haga justicia a sus reclamos.”⁶⁷ Patterson dio la vuelta a este argumento. “Se observó (...) que el estado mayor abandonó su pretensión no porque fuera lo correcto, sino porque las circuns-

tancias del momento impusieron esa concesión. Así sea, ¿por eso libres de retirarla? ¿Puede el donante recuperar su regalo sin el consentimiento del donatario?⁶⁸ Para Sherman, la justicia requiere que los contratos sean vinculantes, incluso si no son equitativos. Para Patterson la justicia requiere que los contratos se deshagan si no son equitativos.

Mientras que las ideas de interés personal y de interés grupal son suficientemente claras, la de interés institucional puede requerir aclaración. Cuando un cuerpo como un parlamento se encuentra abocado a dar forma a la constitución que entre otras cosas ha de regularlo a él mismo, puede tener tendencia a otorgarse allí un papel importante.⁶⁹ Los que elaboraron la Constitución francesa de 1789 eran conscientes de este problema y tomaron precauciones contra él al declararse inelegibles para la primera legislatura ordinaria. Fue Robespierre, en su primer gran discurso, quien persuadió a la asamblea en favor de esta "abnegada ordenanza".⁷⁰ Luis XVI no tenía semejantes escrúpulos: ofreció renunciar a su veto *sobre* la constitución a fin de obtener un veto *en* la constitución.⁷¹ Su no cumplimiento de ese acuerdo fue una causa importante de la confrontación del 5 y 6 de octubre.⁷² En Frankfurt, la asamblea constituyente unicameral creó una constitución bicameral, aportando de este modo un contraejemplo evidente a la afirmación de que las constituciones son modeladas por el interés institucional. Pero al permitir que los miembros de la cámara alta fuesen elegidos por vía de la proporcionalidad y no de la igualdad, la asamblea constituyente impuso de manera efectiva el interés federal —representado por ella misma— sobre los intereses estaduales.

4. Algunas conclusiones normativas

He tratado de indicar cómo el tamaño, la publicidad, la fuerza y el interés pueden facilitar u obstaculizar la creación de un marco deliberativo, sistema que conduce a la deliberación genuinamente imparcial acerca del bien común. En esta conclusión haré uso de esos argumentos causales a fin de formular algunas proposiciones normativas acerca del diseño óptimo del proceso de redacción constitucional. Por "diseño óptimo" no quiero referirme al que con mayor probabilidad haya de deri-

var en una constitución óptima, en cuanto definida por criterios independientes. Lo que tengo en mente es más bien el diseño que con mayor probabilidad haya de crear condiciones óptimas para la deliberación. En la terminología de Rawls, analizaré "la justicia procesal pura", en lugar de la "justicia sustancial perfecta".⁷³

1. A fin de reducir el alcance del interés institucional, las constituciones deberían ser elaboradas por asambleas convocadas específicamente para ese fin y no por cuerpos que también funcionen como legislativos ordinarios. Tampoco debería otorgarse a las legislaturas un lugar central en el proceso de ratificación.
2. De modo más general, otras instituciones o actores cuya conducta haya de ser regulada por la constitución no deberían ser parte del proceso de redacción. Estas entidades incluyen, obviamente, al poder ejecutivo, pero también al judicial y a los militares.
3. El proceso debería contar tanto con elementos de secreto (debate en comisiones) como de publicidad (discusiones en la asamblea plenaria). Con el secreto total, los partidarios y las concesiones mutuas pasan a primer plano, en tanto que la plena publicidad favorece las actuaciones *pour la galerie* y la puja retórica. A la inversa, el secreto permite la discusión seria, mientras que la publicidad asegura que cualquier acuerdo al que se llegará estará en condiciones de afrontar la luz del día.
4. Las elecciones para la asamblea constituyente deberían utilizar el sistema proporcional más que el de mayoría. Cualesquiera que sean las ventajas del sistema de mayoría para crear legislaturas ordinarias, una asamblea constituyente debe ser ampliamente representativa, por razones similares a las aducidas a favor de la representatividad en la selección de jurados.
5. A fin de reducir la probabilidad de amenazas y de intentos de influir en las deliberaciones por manifestaciones masivas, la asamblea no debería reunirse en la capital del país ni en una ciudad principal. Tampoco debe permitirse que fuerzas armadas se instalen en las proximidades.
6. La constitución debería someterse a la ratificación popular por referéndum.
7. A fin de superar el interés coyuntural o el partidario, la asamblea podría imponerse el principio de que la constitución no debe entrar en vigencia antes de, digamos, los veinte años de su aprobación. Este procedimiento equivaldría a crear un velo de ignorancia artificial y obligaría a cada participante en la elaboración a ponerse "en el lugar de todo el mundo".

La primera y la última de estas propuestas son altamente irreales. Pocas veces puede un país tener dos conjuntos de elites, una para elaborar la constitución y otra para gobernar. Y si las constituciones se elaboran en tiempos de crisis, las demoras rara vez son tolerables. Esta última observación apunta a una paradoja inherente al proceso de elaboración constitucional. Por un lado, como se crean para un futuro indefinido, las constituciones deberían aprobarse en condiciones de máxima calma y ausencia de perturbación. Por otro lado, el reclamo de una nueva constitución surge a menudo en circunstancias turbulentas. La tarea de redacción requiere de procedimientos basados en el argumento racional, pero las circunstancias externas generan pasiones e incitan al empleo de la fuerza.

Estos comentarios apuntan a una generalización final y provisoria. Mientras las legislaturas ordinarias sean dominadas por los intereses, las asambleas constituyentes tenderán a ponerse o bien por encima de los intereses o bien a caer por debajo de ellos. Sus tiempos son "los mejores y los peores".⁷⁴ La índole de su tarea puede inspirarlas a guiarse por la razón e ignorar sus intereses, y las circunstancias de su tarea pueden provocar furias y temores que se sobrepongan a los intereses.

Notas

1. En lo que se refiere al segundo aspecto, Cass Sunstein (1986: 895, 1988: 1559) sostiene que los redactores de la constitución norteamericana, en especial James Madison, se propusieron crear un sistema de democracia deliberativa. Advuértase, sin embargo, el parecer de Pétion, citado en el apartado 3, en el sentido de que la deliberación es más importante en la redacción constitucional que en la legislación ordinaria.
2. Castaldo (1989: 73ss.).
3. Para un comentario similar sobre la democracia griega, véase Ober (1989): 6-7.
4. Thomas Hobbes, *Leviatán* (1640), parte II, cap. 26.
5. Véanse Denquin (1988) y Elster (1995f).
6. Elster (1978: cap. 6).
7. Elster (1993a).
8. Farrand (1964): 1:19.
9. *Ibid.*, 515.
10. Lo que sigue se basa en Egret (1950).
11. También es identificado por Perelman y Olbrechts-Tyteca (1969:20).
12. Coleman (1990: 393).

13. Posner (1982); Macey (1986).

14. Los porcentajes son los siguientes: Albania 2%; Bulgaria 15%; República Checa 5,5% (sin contar los moravos); Hungría 8,6%; Polonia 2%; Rumanía 10,5%; Eslovaquia 14,4% (Bugajski 1994).

15. Perelman y Olbrechts-Tyteca (1969: 487): "Hay argumentos a los que se puede hacer referencia sólo por insinuación o por alusión, o por la amenaza de hacer uso de ellos. La amenaza puede ser de hecho uno de esos argumentos prohibidos".

16. *Ibid.*, 207.

17. Para un ejemplo véase Elster (1989a: 241).

18. Elster, comp. (1996).

19. Osiatynski (1996).

20. Véanse también Zielinski (1995) y Elster (1996b).

21. Lo que sigue se basa en Castaldo (1989: 139ss.).

22. *Archives Parlementaires. Série I: 1789-1799* (Paris 1875-1888), 13: 112.

23. *Ibid.*, 8: 582.

24. *Ibid.*, 299.

25. Eyck (1968: 156).

26. Castaldo (1989: 29).

27. Eyck (1968: 150).

28. Castaldo (1989: 29-30).

29. Eyck (1968: 174).

30. Para detalles acerca de las negociaciones, véanse Egret (1950) y Mounier (1789).

31. Eyck (1968: 113).

32. Castaldo (1989: 202-3).

33. Mounier (1789: 564).

34. *Archives Parlementaires*, 8: 307.

35. Thaler (1983); cotéjese con la idea de instituir una "encuesta deliberativa de opiniones" — debate entre un grupo de ciudadanos elegidos mediante muestreo aleatorio — propuesta por James Fishkin (1991). Sobre los beneficios de la aleatoriedad véase también Elster (1989b: cap. 2).

36. En muchos aspectos la *Retórica* de Aristóteles no ha sido superada. El mejor tratamiento moderno es Perelman y Olbrechts-Tyteca (1969).

37. Farrand (1964: 3: 479).

38. Elster (1994).

39. Castaldo (1989: 305 n80).

40. Eyck (1968: 156).

41. Castaldo (1989: 303-4), quien también cita muchas otras expresiones del mismo estilo.

42. *Ibid.*, 120.

43. Eyck (1968: 157).

44. Esta postura fue defendida de modo destacado por Sieyès (Manin 1997: cap. V.4).

45. Castaldo (1989: 351 n192).

46. Egret (1950: 154, 158).

47. Eyck (1988: 157).

48. Elster (1995a).
49. Para referencias, véase Elster (1996a).
50. Eyck (1968: 312).
51. *Archives Parlementaires*, 8: 209.
52. *Ibid.*, 213.
53. *Ibid.*
54. *Ibid.*, 210. La constitución adoptada el 3 de septiembre de 1791 contenía una cláusula que prohibía a las tropas acercarse a menos de sesenta kilómetros de la asamblea.
55. *Ibid.*, 219.
56. *Ibid.*, 229.
57. *Ibid.*, 513.
58. Mathiez (1898: 272).
59. Tocqueville ([1893] 1987: 169).
60. Cohen (1935: 49).
61. Craveri (1985: 120, 131, 135, 199, 205).
62. Farrand (1964: 1: 49).
63. *Ibid.*, 530.
64. *Ibid.*, 2: 3.
65. *Ibid.*
66. Véase, por ejemplo, Madison (*ibid.*, 1: 151) contra Dickinson (*ibid.*, 159).
67. *Ibid.*, 1: 348. El argumento se basa en la idea de que *la urgencia tiende a igualar el poder de negociación*, desarrollado en Elster (1996a).
68. Farrand (1964: 1: 250-1).
69. Si uno cree, como yo, en el individualismo metodológico, hablar de grupos de interés y de interés institucional no puede ser nunca más que un modo abreviado de referirse a las motivaciones de los individuos. Si los miembros de un cónclave parlamentario, por ejemplo, no siguen la línea partidaria, se arriesgan a no ser renominados o reelegidos, o a sufrir sanciones económicas. En otros casos los legisladores parecen *identificarse* con la institución a la que pertenecen. Independientemente de la reelección, tienden a enorgullecerse de su institución por una necesidad de consonancia cognitiva ("Esta debe de ser una institución importante, desde el momento en que soy miembro de ella") o en virtud de la socialización.
70. *Archives Parlementaires*, 26: 124.
71. Mathiez (1898: 268, 278ss.).
72. Castaldo (1989): 278-9.
73. Rawls (1971: 85-8ss.). Mi argumento se halla cerca del espíritu de Ely (1980).
74. Véase también Tocqueville ([1835-40] 1969: 199).

Referencias bibliográficas

Bugajski, J. 1994. *Ethnic Politics in Eastern Europe*. Londres: Sharpe.

- Castaldo, A. 1989. *Les méthodes de travail de la constituante*. Paris: Presses Universitaires de France.
- Cohen, J. 1935. *La préparation de la Constitution de 1848 (pouvoirs législatif et exécutif)*. Paris: Jouve.
- Coleman, J. 1990. *Foundations of Social Theory*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Craveri, P. 1985. *Genesi di una costituzione*. Nápoles: Guida Editori. (Este volumen contiene la transcripción completa en francés de los *procès-verbaux* del Comité Constitucional de 1848.)
- Donquin, J.-M. 1988. *1958: La genèse de la V^e République*. Paris: Presses Universitaires de France.
- Egret, J. 1950. *La révolution des notables*. Paris: Armand Colin.
- Elster, J. 1978. *Logic and Society*. Chichester: Wiley. [Lógica y sociedad. Barcelona, Gedisa, 1994.]
- . 1989a. *The Cement of Society*. Cambridge University Press. [El cemento de la sociedad. Barcelona, Gedisa, 1990.]
- . 1989b. *Solomonic Judgments*. Cambridge University Press. [Juicios salomónicos. Barcelona, Gedisa, 1991.]
- . 1991. "Constitutionalism in Eastern Europe: An Introduction". *University of Chicago Law Review* 58: 447-82.
- . 1993a. "Constitutional Bootstrapping in Paris and Philadelphia". *Cardozo Law Review* 14: 549-76.
- . 1993b. "Rebuilding the Boat in the Open Sea: Constitution-Making in Eastern Europe". *Public Administration* 71: 169-217.
- . 1993c. "Majority Rule and Individual Rights". En: S. Hurley y S. Shute (comps.), *On Human Rights*. Nueva York: Basic Books, 175-216, 249-56.
- . 1994. "Argumenter et négocier dans deux assemblées constituantes". *Revue Française de Science Politique* 44: 187-256.
- . 1995a. "Strategic Uses of Argument". En: K. Arrow et al. (comps.), *Barriers to the Negotiated Resolution of Conflict*. Nueva York: Norton, 236-57.
- . 1995b. "Limiting Majority Rule: Alternatives to Judicial Review in the Revolutionary Epoch". En: E. Smith (comp.), *Constitutional Justice under Old Constitutions*. La Haya: Kluwer, 3-21.
- . 1995c. "Transition, Constitution-Making and Separation in Czechoslovakia". *Archives Européennes de Sociologie* 36: 105-34.
- . 1995d. "The Impact of Constitutions on Economic Performance". En: *Proceedings from the Annual Bank Conference on Economic Development*. Washington, Banco Mundial, 209-26.
- . 1995e. "Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process". *Duke Law Review* 45: 364-96.
- . 1995f. "Executive-Legislative Relations in Three French Constitution-Making Episodes". En: *Revolusjon og Resonnement*. Oslo: Norwegian University Press, 67-99.

- . 1996a. "Equal or Proportional? Arguing and Bargaining over the Senate at the Federal Convention". En: J. Knight e I. Sened (comps.), *Explaining Social Institutions*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 145-60.
- . 1996b. Introducción a Elster (comp.) (1996).
- Elster, J. (comp). 1996. *The Round Table Talks in Eastern Europe*. Chicago: University of Chicago Press.
- Ely, J. H. 1980. *Democracy and Distrust*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Eyck, F. 1968. *The Frankfurt Parliament, 1848-49*. Londres: Macmillan Press.
- Farrand, M. 1964. *Records of the Federal Convention*, vols. 1-4. New Haven, Conn.: Yale University Press.
- Fishkin, J. 1991. *Democracy and Deliberation*, New Haven, Conn.: Yale University Press. [*Democracia y deliberación*. Barcelona, Ariel, 1995.]
- Macey, J. 1986. "Promoting Public-Regarding Legislation through Statutory Interpretation: An Interest-Group Model". *Columbia Law Review* 86: 223-68.
- Manin, B. 1997. *Principles of Representative Government*. Cambridge University Press.
- Mathiez, A. 1898. "Etude critique sur les journées des 5 & 6 octobre 1789" (part I). *Revue Historique* 67: 241-81.
- Mounier, J.-J. 1789. "Exposé de ma conduite dans l'Assemblée Nationale". *Archives Parlementaires* 9: 557-88.
- Ober, J. 1989. *Mass and Elite in Democratic Athens*, Princeton, N.J.: Princeton University Press.
- Osiatynski, W. 1996. "The Round Table Talks in Poland". En: Elster (comp.) (1996), 21-68.
- Perelman, C. y L. Olbrechts-Tyteca. 1969. *The New Rhetoric*. Notre Dame, Ind.: University of Notre Dame Press.
- Posner, R. 1982. "Economics, Politics, and the Reading of Statutes and the Constitution". *University of Chicago Law Review* 49: 263-91.
- Rawls, J. 1971. *A Theory of Justice*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press. [*Teoría de la justicia*. Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1997.]
- Sunstein, C. 1986. "Government Control of Information". *California Law Review* 74: 889-921.
- . 1988. "Beyond the Republican Control". *Yale Law Journal* 97: 1530-90.
- Thaler, R. 1983. "The Mirages of Public Policy". *Public Interest* 73: 61-74.

- de Tocqueville, A. de. [1835-40] 1969. *Democracy in America*. Nueva York: Anchor Books. [*La democracia en América*. Madrid, Aguilar, 1989.]
- . [1893] 1987. *Recollections*. New Brunswick, N.J.: Transaction Books.
- Wielinski, J. 1995. "The Polish Transition to Democracy: A Game-theoretic Approach". *Archives Européennes de Sociologie* 36: 135-58.