

Aprendizaje constitucional

ANDREW ARATO

Resumen

El autor realiza un análisis de los problemas que se pueden suscitar en los procesos de elaboración constitucional llevados a cabo por las nuevas democracias emergentes. En un recorrido que nos lleva desde Budapest hasta Filadelfia, para terminar en Sudáfrica, se discuten los aspectos relacionados con la legitimidad de estos procesos: el aprendizaje, los reglamentos de enmienda, los procedimientos a seguir, la publicidad, el consenso, la pluralidad y la "reflectividad", es decir, la capacidad de autocontrol y automodificación de una constitución. Se examina el caso de Sudáfrica, al que toma como modelo político con objeto de sortear con éxito los obstáculos que se le presentan al legislador moderno cuando aspira a elaborar una constitución a la altura de las circunstancias y necesidades actuales y futuras de una nación democrática.

Abstract

The author analyzes the constitution-making problems encountered by the new emerging democracies. In a journey that takes us from Budapest to Philadelphia, only to end in South Africa, the author especially discusses the aspects related with the legitimacy of this process: learning, amendment rules, procedures to be followed, publicity, consensus, plurality and reflectivity, *i.e.*, the self-correction and self-development means of a constitution. He examines the South African case, as a political model that offers many opportunities to learn how to successfully solve the problems faced by the modern constitution makers, to achieve a constitution that will meet today's and tomorrow's needs of a new democracy.

De Budapest a Filadelfia

La política constitucional ha regresado, en nuestra época, de forma verdaderamente dramática. En los últimos veinte años, no sólo en las democracias nuevas o restauradas de Europa Oriental, Latinoamérica y África, sino también en las democracias liberales —o no tan liberales— de Alemania, Italia, Japón, Israel, Nueva Zelanda y Gran Bretaña, asuntos relativos a la elaboración de constituciones, revisión constitucional y diseño y rediseño institucional,

se han incluido en la agenda política. Estos procesos han alcanzado también a Estados Unidos a causa de los nuevos o renovados problemas de sus versiones de presidencialismo, federalismo y régimen electoral. El artículo v.¹ se ha sentido como una auténtica prisión, y la elaboración constitucional por medio de la jurisprudencia (piensen en Vallejo *versus* Buckley, quien declaró que ¡el dinero es palabra!) se ve simultáneamente como amenaza y como protección de los mecanismos democráticos. Nos encontramos en una época en la que las naciones parecen inclinarse hacia Filadelfia y los eruditos estadounidenses estarán muy tentados a enseñarles a los demás (y volver a enseñarnos a nosotros mismos) los secretos de una democracia constitucional que supuestamente ha funcionado continuamente durante doscientos años. Pero antes de enseñar, debemos primero aprender.

El impulso a la pedagogía se alimenta de fracasos y semifracasos. Cuando menos en cuatro países latinoamericanos claves (Brasil, Chile, Argentina y México) el poder presidencial y/o militar ha subvertido la autonomía de los procesos de elaboración constitucional. En los tres estados antes federales de Europa Oriental, la inhabilidad para elaborar constituciones contribuyó al colapso de las federaciones. En los estados no federales, el proceso de elaboración constitucional nunca se cerró con éxito (Hungría, Polonia), o se cerró demasiado pronto causando graves problemas de legitimación y aprendizaje (Bulgaria, Rumania), o lo hizo sin garantizar adecuadamente el constitucionalismo (Eslovaquia, Croacia e incluso la República Checa). Después del entusiasmo de 1989, resulta penoso admitir que los países de Europa Central y Oriental pudieron no haber hecho un buen trabajo para absorber las lecciones de sus predecesores históricos, a pesar de su disposición para imitar y adoptar varias de las instituciones alemanas (poderosas cortes constitucionales centralizadas) o francesas (semipresidencialismo). Pero si estos países necesitan nuevas lecciones, hay pocos maestros plausibles en el entorno. Los defensores del *Grundgesetz* nuevamente han revelado su profundo miedo histórico del pueblo alemán; los diseñadores italianos de nuevas instituciones electorales descubrie-

¹ El artículo v de la Constitución de los Estados Unidos de América del Norte establece el reglamento para sus enmiendas constitucionales. [N. del t.]

ron que no todo lo deseable es diseñable; los constituyentes españoles insisten en clasificar la originalidad de su logro bajo el rubro de mero pragmatismo o bajo el históricamente fallido modelo europeo de una asamblea constituyente soberana, y la oposición a Su Majestad está a punto de tratar sus propuestas de renovación constitucional como algo que ya no es relevante para una victoria electoral.

Estas experiencias han atenuado el entusiasmo intelectual alrededor de la elaboración constitucional, al menos en ciertos países de Europa Occidental.

Así, tal parece que no queda nadie más que los estadounidenses quienes, como herederos de Madison y McArthur, aún tienen la confianza y tal vez las mejores credenciales para enseñar, en una variedad de escenarios, las materias de “constitucionalismo y democracia” y “elaboración constitucional y diseño institucional”.² Tomando del reciente renacimiento de la teorización política en Estados Unidos, dos aportes realizados por autores norteamericanos destacan como los esfuerzos más interesantes para encarar imaginativamente los fracasos de elaboración constitucional en las nuevas democracias.

Bruce Ackerman, basado en los resultados preliminares de su esfuerzo continuo por reunir las interpretaciones liberal y republicana de democracia constitucional, encara particularmente los problemas de legitimidad de ambas, la elaboración constitucional parlamentaria paso a paso, y las asambleas constituyentes dominadas

² Tres autores aparentemente representan la excepción a esta aseveración: Ulrich Preuss, Giovanni Sartori y Jon Elster. El trabajo de Sartori, *Comparative constitutional engineering* es exactamente lo que su título indica: un trabajo sobre ingeniería social que no muestra interés en la inevitable pregunta normativa sobre qué hace a un proceso de diseño institucional capaz de ser justificado. Su recomendación general sobre las instituciones de la V República, como algo casi universalmente imitable, no es convincente inclusive en el contexto italiano. Jon Elster (¿noruego o norteamericano?) es lo opuesto a Sartori y en general busca demostrar que los resultados legítimos o exitosos son siempre paradójicos. Cuando se aventura a teorizar sobre normas, parece ser el utopista más desvergonzado. Finalmente Ulrich Preuss, bajo el impacto del cambio de régimen en Alemania Oriental, se encontraba muy avanzado en el desarrollo (véase *Constitutional revolution*, Atlantic Highlands, N.J., Humanities Press, 1995) de una fructífera interpretación del significado de la elaboración constitucional en nuestro tiempo. Pero aparentemente el fracaso de este proyecto en Alemania (la constitución de la mesa redonda que él ayudó a diseñar no fue promulgada, la promesa del artículo 146 del *Grundgesetz* para dotar al país unificado de una constitución totalmente nueva fue violada) hizo que Preuss se retirara de sus visiones más originales.

por anteriores comunistas.³ Stephen Holmes, por otra parte, es extremadamente crítico con los intentos por establecer prematuramente un cierre constitucional, especialmente de un énfasis tempranero, en la jurisprudencia sobre derechos humanos, que supuestamente limita la habilidad de los gobiernos para actuar, o de lograr legitimidad para sus actos al apelar a una justicia sustantiva.⁴ Ambos se muestran muy recelosos de cortes constitucionales activistas en el área, pero por razones aparentemente distintas. Según Ackerman, dada la "suavidad" de la legitimidad del fondo constitucional, una corte constitucional como la de Hungría, formalmente una de las más poderosas del mundo, tiene una justificación democrática débil para sus repetidas revisiones contramayoritarias. Es más, mientras el fondo constitucional permanece incompleto, una corte activa acaba asumiendo poderes *cuasi* constituyentes, democráticamente ilegítimos. En lo que a Holmes concierne, la jurisprudencia en derechos humanos de tal corte (que equiparó con un Poliburó no electo) es sospechosa puesto que interfiere con la libertad de acción y las necesidades de legitimación de nuevos y aún inciertos gobiernos parlamentarios. Ambos están obviamente conscientes del hecho de que la Suprema Corte de Estados Unidos solamente ha declarado inconstitucionales dos estatutos federales en sus primeros setenta años: con gran cautela y sutileza en *Marbury versus Madison* y atrabancada y desastrosamente en *Dread Scott*. ¡En Hungría, docenas de estatutos o partes de estatutos se invalidaron en un periodo de sólo siete años!

³ B. Ackerman, *The future of the liberal revolution*, New Haven, Yale University Press, 1992.

⁴ B. Ackerman, "Back to the drawing board", *East European Constitutional Review*, vol. 2, núm 1. El razonamiento está casi totalmente incorporado en "The politics of constitutional revision in Eastern Europe" por Stephen Holmes y Cass Sunstein, en S. Levinson (ed.), *Responding to imperfection. The theory and practice of constitutional amendment*, Princeton, Princeton University Press, 1995. El artículo conjunto, sin embargo, tiene profundas contradicciones internas, tanto entre la interpretación teórica de reforma constitucional y el análisis de los problemas de Europa Oriental, como entre este análisis y las recomendaciones específicas. Mientras que por un lado el texto es extremadamente crítico en relación con imitar el constitucionalismo alemán, por el otro, el método de enmienda que generalmente propone es idéntico al de la República Federal y ciertamente no es el modelo parlamentario flexible que el artículo en otra parte plantea. De cualquier manera, puesto que el texto original de Holmes aparentemente representa una postura constante, en lo subsecuente me referiré principalmente a él, aun cuando el artículo en su conjunto a veces expande significativamente esta posición.

Curiosamente, en su búsqueda de modelos, tanto Ackerman como Holmes confían en aspectos del proceso de elaboración de la constitución en Estados Unidos. Ackerman apunta al dualismo espacial de separar la asamblea constituyente (“convención”) y legislaturas ordinarias, de lo que él interpreta como el carismático liderazgo protopresidencial del esfuerzo de elaboración constitucional. Holmes menciona el dualismo temporal de dos esfuerzos de elaboración constitucional: el de 1781, que produjo los artículos de la Confederación, y el de la Convención de Filadelfia de 1787, que evidentemente aprendió de la experiencia de seis años de gobierno constitucional fracasado.⁵

A pesar de la experiencia estadounidense de dos síntesis constitucionales tempranas, Ackerman teme que si una nueva constitución no surge del escenario revolucionario original, la ventana que podría abrir la oportunidad para una legítima elaboración constitucional puede, en definitiva, cerrarse. Esto conduce a un proceso de continuo manoseo por medio de reformas parlamentarias, o al congelamiento de constituciones ilegítimas, dependiendo del reglamento de enmienda vigente. Holmes, quien evidentemente apoya la elaboración constitucional parlamentaria y considera que los esfuerzos encaminados a separar la política normal de la política constitucional son irreales e inclusive indeseables, teme a su vez que los acuerdos constitucionales se aíslen del cambio a causa de reglamentos que dificulten enmiendas, a causa de una revisión constitucional profunda, o a causa de ambas, sea o no que las constituciones hayan sido legítimamente creadas.

Ambos analistas, obviamente, ofrecen argumentos de peso. En aras de institucionalizar una constitución legítima que pueda convertirse en punto de referencia para un futuro patriotismo constitucional, Ackerman recomienda las enseñanzas estadounidenses que

⁵ Véase B. Ackerman, “Back to the drawing board”, *op.cit.*, p. 25. No es del todo lógico comparar en el contexto actual el segundo esfuerzo norteamericano de 1787 y el primer esfuerzo francés de 1789-1791. Ambos esfuerzos primarios produjeron constituciones altamente inflexibles. El segundo esfuerzo francés por la Convención Nacional fracasó totalmente cuando la constitución de 1793 no entró en vigor. De hecho, el patrón francés de cada periodo revolucionario es aparentemente el mismo que Holmes propone (1791 y 1793; 1848 y 1852; 1945 y 1958). Pero los repetidos esfuerzos franceses de elaboración constitucional, ligados a varios desastres políticos, no inspirarían mucha confianza hoy en día, a pesar de la amplia admiración por las instituciones de la V República.

permitieron que la constitución de Estados Unidos se convirtiera en objeto de celebración pública en su época o, cuando más, después de la ratificación de la Carta de Derechos.⁶ Por lo tanto, pone énfasis en una asamblea separada, en la cual las consideraciones de política cotidiana y los intereses institucionales de los cuerpos políticos establecidos no estén presentes, con oportunidades para la movilización pública y su participación en el proceso de ratificación, así como para el carismático liderazgo del héroe máximo de la revolución. Pero Holmes, que hace hincapié en la elaboración constitucional como parte integral de la política ordinaria, ciertamente tiene razón al destacar la institucionalización del aprendizaje constitucional, en especial para aquellos pueblos que (a diferencia del estadounidense) carecen de alguna experiencia previa con gobiernos democráticos. Por estas razones, el hecho de que sus recomendaciones políticas sean casi opuestas es, aparentemente, un tanto desconcertante. Elaboración constitucional parlamentaria abierta, con poca supervisión legal y control, cuando menos por un tiempo considerable, es la propuesta de Holmes.⁷ Una relativamente temprana elaboración constitucional dualista bajo liderazgo presidencial, es lo que Ackerman recomienda. Este último, por supuesto, no podría objetar al menos ciertos ejercicios de “conservación” o “sintéticos” de revisión contramayoritaria en el contexto de un fondo constitucional “más duro” de suficiente legitimidad democrática. Sus propuestas divergentes parecen sugerir que aparentemente no hay modo de combinar las virtudes de ambos: el aprendizaje institucional y la legitimidad.⁸

⁶ Leonard W. Levy, “Bill of Rights”, en L. W. Levy (ed.), *Essays on the making of the constitution*, Nueva York, Oxford University Press, 1969. [N. del a.] Las primeras diez enmiendas a la constitución de Estados Unidos, ratificadas el 15 de diciembre de 1791, constituyen lo que se conoce como la Carta de Derechos (*Bill of Rights*). [N. del t.]

⁷ Pudiera ser que Holmes y Sunstein apoyaran una constitución un tanto más aislada aparejada de una revisión judicial más activa en una etapa muy posterior. Pero no son consistentes en este punto, tal vez porque tengan una ligera confusión entre elaboración constitucional a través de enmiendas y la clase de reglamento para enmiendas que desean establecer en una nueva constitución. Tal vez ésta sea la razón por la cual por un lado argumentan en pro de un reglamento que permita hacer enmiendas con relativa facilidad y en contra de tratar de separar la política constitucional de la política ordinaria y, por el otro, proponen un reglamento moderadamente rígido que inclusive en el contexto de una corte de medianos poderes promovería, desde luego, la separación de ambas clases de política. La respuesta al acertijo puede estar, sin embargo, en el hecho de que el artículo aparentemente se basa en el trabajo de dos o más autores con distintos puntos de vista sobre política constitucional.

⁸ Uno normalmente trataría de promover ambas virtudes por medio de un reglamento de enmiendas moderadamente difícil. Para Europa Oriental, Holmes y Sunstein específicamente

De Filadelfia a Budapest

Leer las propuestas estadounidenses desde el punto de vista de su discurso puede fácilmente llevar a un escepticismo ciego en cuanto al énfasis que ponen en relación con la legalidad y el aprendizaje, que debería ser bienvenido. Pero es difícil culpar a los escépticos de Europa Central y Oriental tanto desde el punto de vista de su experiencia histórica como de consideraciones teóricas.

Para empezar, las recomendaciones de Holmes no son suficientemente consistentes si se toman en cuenta las necesidades de países en transición tras largos periodos de gobierno arbitrario.⁹ En los países de constituciones provisionales donde los procesos de elaboración constitucional se dejaron abiertos indefinidamente —es decir, Polonia y Hungría (precisamente por la constante interacción de asuntos de política ordinaria y constitucional que Holmes considera inofensiva e incluso benéfica)— a pesar de innumerables esfuerzos durante un periodo ya de siete años, ha sido inusitadamente difícil llevar el proceso a una conclusión legítima.¹⁰ Mientras tanto, los textos enmendados de 1989 a 1990 —resultados en parte de parlamentos que no fueron electos libremente y de mesas redondas no electas— se hallan bajo ataques constantes y toda supermayoría parlamentaria capaz de realizar una elaboración constitucional es inmediatamente denunciada como una “dictadura constitucional” en proceso. Efectivamente, dicha “dictadura”, que podría imponer una constitución de democracia dura —debido a sistemas electorales con enorme desproporcionalidad en potencia y a reglamentos de enmiendas constitucionales débiles— sería posible en el momento en que una mayoría absoluta considere suficiente su supuesto apoyo popular-plebiscitario como para saltarse el proceso y para lograr así un consenso parlamentario. Finalmente, Holmes y

descartan esta opción, a pesar de que el reglamento de enmiendas que apoyan sería bastante congruente con ella.

⁹ Es difícil saber, por cierto, cómo tomar el ejemplo de la utilización superficial por Khasbulatov de las enmiendas constitucionales que Holmes y Sunstein señalan (*op. cit.*, pp. 281 y ss.), puesto que ese patrón en Rusia desempeñó un papel decisivo en el desastre de 1993.

¹⁰ Véase la serie de artículos de Wiktor Osiatinsky para Polonia, y los míos para Hungría, en *East European Constitutional Review*.

Sunstein aceptan casi frívolamente la idea de que un parlamento normal debería ser una asamblea *cuasi* constituyente, sin darse cuenta de que, con la apertura que promueven, este modelo podría fácilmente degenerar en la clase de revolución constitucional permanente que es incapaz de fundar un sistema cualquiera de autoridad.¹¹

Al mismo tiempo, hay poca evidencia que pudiera sugerir que las cortes constitucionales han interferido realmente con la libertad de los gobiernos para actuar en lo verdaderamente importante o para que logren la legitimidad política que respalde sus actos. Los proyectos de reprivatización y justicia retroactiva eran, de hecho, bastante impopulares en Hungría, donde la corte sí interfirió con dichos intentos emanados del parlamento que, reclama Holmes, pudieron ser potencialmente útiles para construir la legitimidad. En lo que a libertad de acción de los gobiernos concierne, aun en el solitario caso de Hungría, donde la corte trató de interferir con los esfuerzos de estabilización económica propugnados por el gobierno liberal en 1995, el daño financiero fue, al final, mínimo y la mayor “sensibilidad social” impuesta al gobierno puede, a la larga, resultar benéfica. Es posible argumentar que las decisiones judiciales (que en teoría eran escasamente defendibles) ayudaron a canalizar y a aminorar manifestaciones de descontento social más extremas que habrían podido, tal vez, derribar la totalidad del programa de estabilización.

Existe una objeción más profunda todavía para un argumento que privilegia evidentemente al aprendizaje sobre la normatividad. En asuntos legales y constitucionales —como Niklas Luhmann frecuentemente argumentaba— uno debe aprender no sólo a aprender sino también cómo no aprender.¹² Para lograr que las estructuras normativas se tomen en serio, éstas deben ser resguardadas de los cambios fáciles ante situaciones decepcionantes. Al respecto, la esencia de un régimen autoritario, especialmente del modelo soviético

¹¹ Holmes y Sunstein, *op. cit.*, p. 283. Supongo que ellos piensan que la invasión del dominio constitucional por la política ordinaria sólo puede causar pocos daños. El problema es que en caso de la fusión indefinida de las dos asambleas, el proceso también puede funcionar en dirección opuesta, con la política seudorrevolucionaria invadiendo el ámbito de la toma de decisiones cotidiana. Por ello es importante cerrar el periodo de elaboración constitucional, aun cuando el periodo de enmienda constitucional permanezca abierto indefinidamente.

¹² Holmes, *A sociological theory of law*, Londres, Routledge, 1972, pp. 31 y ss.

—basado en la prioridad absoluta del poder discrecional—¹³ es que resulta incapaz de aprender cómo no aprender; en otras palabras, cómo no alterar normas frente a consideraciones de políticas que cambian constantemente. Para romper con un régimen así, lo fundamental es aprender cómo no aprender dentro de una dimensión clave: ¡la del constitucionalismo! Es evidente que los regímenes del modelo soviético también tenían “problemas de aprendizaje” en el campo de las políticas económicas, donde el objetivo de reformas de este tipo era, en cierto sentido, aprender a aprender. Pero las instituciones políticas capaces de efectuar este tipo de aprendizaje solamente pueden surgir si los actores adquieren respeto por reglas normativas, lo cual no es posible sin estructuras autolimitativas institucionalmente protegidas. Desde un punto de vista funcional, éste es el objetivo de la jurisprudencia en derechos humanos y la revisión judicial.¹⁴

Este último punto fue bien captado por el mismo Holmes en su importante artículo sobre compromisos previos.¹⁵ En general, la autolimitación hace al gobierno más fuerte, no más débil. Indudablemente, éste podría contestar que hay ambos límites: incapacitantes y capacitantes, lo cual significa exactamente lo que yo dije: que los gobiernos deben aprender ambas cosas, cómo aprender y cómo no aprender. Hay áreas en las que deben ser fuertes (por ejemplo, iniciar y llevar a cabo una determinada reforma económica, donde hasta la desestatización presupone gobiernos fuertes) y áreas donde no debe permitirse que adquieran fuerza aunque solamente sea para que puedan concentrar todos sus recursos en lo esencial. Pero esta diferenciación y distinción no la pueden hacer en forma espontánea los ejecutivos y parlamentos que, en general, buscan extender su fuerza a todas las áreas de importancia para ellos, y especialmente los políticos que han sido socializados bajo arreglos donde el poder político nunca conoció limitaciones formales. Lo que los estados ex

¹³ Véase E. Fraenkel, *The dual states*; y A. Arato, “Critical sociology and authoritarian State socialism”, en *From western marxism to democratic theory*, Armonk, N.Y., M. E. Sharpe, 1993.

¹⁴ Véase Luhmann, *Grundrechte als Institution*, Elster, *Ulysses and the sirens*.

¹⁵ “Precommitment and the paradox of democracy”, en Elster y Slagstad (eds.), *Constitutionalism and democracy*, Cambridge: Cambridge University Press, 1988. El tema está presente en la parte del estudio Holmes-Sunstein que trata del significado de las enmiendas constitucionales en general, pero específicamente se da por descontado en las partes que tratan de Europa Oriental.

comunistas deben aprender, en aras de una nueva identidad legal genuina, es el imperio de la ley, y este aprendizaje no puede retrasarse sin que sufra graves consecuencias la forma en que se entenderá la democracia. Hasta al parlamento debe impedírsele que se ponga los zapatos del príncipe moderno y esto solamente se puede lograr si se establecen contrapesos al poder desde el mero principio. Con frecuencia, si el parlamento reclama poderes absolutos es justamente cuando debe temerse la pérdida de su legitimidad y no cuando se le obliga a compartir el poder.¹⁶ Concebiblemente, existen sólo dos contrapesos de poder que pueden lograr la tarea de limitar al parlamento: una corte constitucional y la presidencia; y de estos dos posibles “defensores de la constitución”, la corte constitucional ciertamente es la “menos peligrosa”.¹⁷ Únicamente esta forma de limitar el poder parlamentario puede entenderse, dentro del marco del constitucionalismo, como un límite capacitante, en lugar de uno incapacitante.

Latinoamérica, por tradición, tenía presidentes poderosos y cortes débiles. El constitucionalismo ha sido notable por su ausencia. Por ello, en un país como México, la instauración de revisiones constitucionales se ha considerado ampliamente como parte esencial para llevar a cabo los actuales intentos de reforma. Pienso que es innegable que las nuevas cortes constitucionales de Europa Central y Oriental, en conjunto, han tenido éxito (excepción hecha de la muy sobrepolitizada Corte de Justicia Rusa Zorkin, que se convirtió en participante directa en los conflictos políticos) al ayudar a convertir a las constituciones en genuinos límites normativos del poder. Hay varios casos espectaculares en Hungría, Eslovaquia y Bulgaria, países donde la revisión constitucional ha estado activa, que confirman esto. Pero aun sin casos similarmente dramáticos en Polonia, la República Checa y Rumania, tenemos razones para creer que la sola existencia de formas de revisión constitucional relativamente más débiles han tenido un efecto civilizador y de disciplina en los

¹⁶ De acuerdo con Arendt, la separación de poderes realza, en lugar de disminuir el poder.

¹⁷ El debate de Kelsen *versus* Schmitt sobre este punto se decidió en la corte de la historia, cuando el presidente Hindenburg le ofreció la cancillería al *fuehrer* de la NSDAP. Véase C. Schmitt, *Der Hueter der Verfassung* [1931], Berlín, Duncker and Humblot, 1969; y H. Kelsen, “Judicial review of legislation. A comparative study of the Austrian and the American constitution”, *Journal of Politics*, núm. 4, 1942.

tenedores de los poderes ejecutivo y legislativo. Como yo sostuve, el caso no es tan fuerte como para que los límites que impusieron al poder gubernamental fueran incapacitantes en los términos de la propia distinción que Holmes hace. Así pues, las objeciones de Ackerman y las de Holmes con respecto al éxito de las cortes constitucionales son opuestas.

Inclusive si se concede que, en el proceso de transición de las dictaduras, no es la soberanía parlamentaria sino el imperio de la ley lo que significa la dimensión más fundamental del cambio de regímenes políticos, el éxito mismo de las cortes constitucionales se vuelve especialmente difícil de justificar desde el punto de vista normativo frente a una experiencia constitucional tenue o de insuficiente legalidad. La revisión constitucional por una corte se puede hacer compatible con una legitimidad democrática solamente cuando la constitución misma se hace democráticamente. La corte únicamente puede ser un medio del imperio de la ley sólo en los cimientos de una constitución que no es primordialmente su propio producto. Las reglas de una corte son reglas de seres humanos. La corte en sí misma, en tanto máximo poder constituyente, es una usurpación, incluso si astutas maniobras políticas, como en Hungría, disfrazan la actividad constituyente evitándola, cuando sectores como la opinión pública y los funcionarios electos pudieran ser antagonizados. Dichas maniobras fracasarán o conducirán a un compromiso de la legalidad misma cuando la corte algún día se enfrente a ambas manifestaciones del deseo de las mayorías. Incluso si las advertencias de Ackerman sobre el posible colapso de las cortes constitucionales han sido confirmadas hasta el momento únicamente por los eventos de Rusia y Albania, las semillas de crisis potenciales se encuentran presentes hasta donde, como en Hungría, la corte cuenta con un alto prestigio en la actualidad.

Sin embargo, el diagnóstico más preciso de Ackerman sobre los problemas potenciales está ligado a un juego de soluciones que son, con mucho, más problemáticas que las de Holmes.¹⁸ La idea de un proceso dualista de elaboración constitucional, donde una convención especial se dedica a política constitucional y solamente cons-

¹⁸ La objeción también se aplica a mi propio artículo "Dilemmas of constitution making in East Europe", originalmente en *Cardozo Law Review* 1992.

titucional, nunca ha sido probada en estados no federales.¹⁹ En el caso del modelo de una legislatura normal, libremente electa, políticamente poderosa, que pudiera no querer ceder ante otra asamblea, éste podría acercarse riesgosamente a los peligros de un doble poder y a la guerra civil. Tal fue la experiencia de la elaboración constitucional rusa en 1993. La segunda mejor opción de Ackerman —una asamblea constitucional soberana, probada en Rumania (a no dudarlo, inevitablemente)— tiene pocas oportunidades de evitar una constitución que se imponga por un gobierno provisional en nombre de una legitimidad revolucionaria popular. Ackerman, acertadamente, se da cuenta de los problemas de legitimación de la constitución rumana pero, en mi óptica, se equivoca al achacarlos al papel predominante de los ex comunistas en el proceso. Como Hannah Arendt ha mostrado en su polémica contra Sieyes (y Carl Schmitt), es el modelo populista-revolucionario mismo el que produce problemas de legitimación en una democracia liberal.

Finalmente, la idea de que un presidente carismático debe desempeñar un papel protagónico al movilizarse para la constitución, no parece ser una evaluación apropiada del papel de Washington, ni muestra una correcta percepción del peligro de que tal papel, para una presidencia preexistente, pueda predisponer negativamente a la nueva constitución hacia un gobierno presidencial al que se le incorporen las debilidades y peligros tan elocuentemente anotados por Juan Linz y sus colaboradores.²⁰ Aunque cada periodo históri-

¹⁹ El Massachusetts de 1780 parece ser la única excepción donde no se tuvo estabilidad constitucional garantizada por subunidades continuas como Estados Unidos o los estados alemanes en 1787 y 1948 respectivamente, o por el Estado federal de Estados Unidos en el caso de convenciones constitucionales estatales posteriores. Los estados latinoamericanos que se inclinan a seguir este modelo son (o se supone que son) federales y, generalmente, como lo muestra el reciente caso argentino, el mismo poder dominó ambas asambleas. Podría ser interesante explorar cuántas guerras civiles en Latinoamérica estuvieron ligadas a una verdadera dualidad de los poderes legislativo y constituyente.

²⁰ Hay ahora un amplio debate sobre este tema, encabezado por Juan Linz. Véase en particular: Linz y Valenzuela, *The failure of presidential democracy*, Baltimore, Johns Hopkins, 1994, 2 vols.; A. Lijphart (ed.), *Presidential versus parliamentary government*, Oxford, Oxford University Press, 1992; M. S. Shugart y J. M. Carey, *Presidents and assemblies*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992; y G. Sartori, *op. cit.* Sin embargo, una vez que se asiente el polvo, se verá que los únicos ejemplos de repúblicas presidenciales o semipresidenciales exitosas son Estados Unidos y la V República Francesa, respectivamente, y que ha sido difícil imitar a cualquiera de éstas. Muy recientemente, en Bulgaria por ejemplo, se dio una grave crisis constitucional por la omisión de una importante provisión que concedería a un presidente, electo más recientemente que la legislatura, el derecho a disolver el parlamento al menos en

co tenga un Washington, un San Martín, un Havel o un Mandela, capaces de autolimitarse en asuntos de política constitucional o de formación del Estado, parece ser que siempre habrá muchos más Bonapartes, De Gaulles, Walesas, Yeltsins, Illiescus, Menens, Fujimoris y Berishas cuyas ideas de democracia equivalen a la expansión de su propio poder plebiscitario.

No obstante, una vez que se institucionaliza una estructura constitucional, presidencial o semipresidencial, es prácticamente imposible echarla para atrás, como lo descubrieron recientemente los reformadores en Brasil. Los búlgaros están descubriendo que afinar este sistema puede ser difícil si está protegido por un reglamento que dificulte enmiendas, incluso frente a disfunciones que pueden resurgir inconvenientemente después una elección que produzca un "gobierno dividido". Dicho resultado parece confirmar la posición de Holmes, quien ha advertido insistentemente acerca del insuficiente potencial de aprendizaje de un constitucionalismo prematuro. Esta objeción no puede refutarse simplemente planteando los inicios ilegítimos de las dos constituciones (Bulgaria y Rumania) pues en realidad fueron hechas de acuerdo con un calendario que se parece al de Ackerman. Asimismo, la legitimidad constitucional, que de hecho fue considerable en Bulgaria, no pudo compensar totalmente los problemas funcionales subsecuentes tales como los recientemente experimentados. Aunque es cierto que actores de dudosa legitimidad pueden inclinarse a tratar de congelar sus síntesis constitucionales "prematuros" para su autoprotección futura, una sociedad democráticamente movilizadada, como bien lo sabe Ackerman, también tendría buenas razones para proteger su elaboración constitucional en contra de mayorías numérica o cualitativamente inferiores. Así como a Holmes le preocupa la institucionalización del aprendizaje y no puede manejar el problema de la legitimidad o garantizar que el constitucionalismo forme parte de lo aprendido, la persecución de Ackerman por la legitimidad democrática y el cons-

una ocasión. A diferencia del relativo retiro del presidente durante la cohabitación, esta provisión por lo menos se encuentra enclavada en la actual constitución francesa. Pero como el ejemplo de cohabitación muestra, para que esta constitución funcione en periodos de gobiernos divididos, la autolimitación del actor con el mandato democrático menos reciente es esencial. Esta autolimitación es la que no fueron capaces de hacer los actores de Bulgaria.

tucionalismo no puede tomar en cuenta los problemas de aprendizaje del gobierno constitucional.²¹

De [Madrid y] Budapest a Johannesburg y más allá

El llamado para “regresar al restirador” después de la primera oleada de elaboración constitucional post-89 estuvo justificado. Pero los resultados posteriores dependían de deshacerse del prejuicio, muy generalizado, acerca de que las recientes transiciones a la democracia eran solamente “revoluciones para emparejarse”; que tenían mucho que aprender y poco que enseñar.²² Hannah Arendt, quien tuvo la sensibilidad para comprender la originalidad de las rupturas históricas, ha hecho advertencias en contra de localizar el poder constituyente en estados jurídicos e institucionales naturales.²³ Pero al encontrar únicamente la experiencia estadounidense en el lado positivo de la balanza, no pudo decirnos cómo puede evitarse tal situación, especialmente en el caso de regímenes antiguos mucho menos atractivos que las colonias de Norteamérica, y frente al tradicional prestigio en Europa de la elaboración constitucional democrático-revolucionaria.²⁴ Se dejó a los españoles y a los estados del este y centro europeo, que ya habían tenido demasiadas revoluciones, el descubrimiento de la solución en medio de su radical pero no revolucionario cambio de regímenes: *elaboración constitucional parlamentaria dentro de la continuidad legal*.²⁵

Podemos hablar de elaboración constitucional parlamentaria cuando un parlamento, electo para propósitos legislativos ordina-

²¹ Su preferencia neojeffersoniana por el aprendizaje a través de revoluciones constitucionales puede obstruir el problema mismo de la institucionalización del aprendizaje.

²² J. Habermas, *Die nachholende Revolution*, Francfort, Surkhamp, 1990. Una actitud descendiente también se encuentra en el artículo de Holmes y Sunstein, basada en la tesis errónea de que las transformaciones del centro y oriente europeo eran fundamentalmente heterónomas y ocasionadas externamente, *op. cit.*, pp. 286 y ss. Esta tesis es insostenible para cuando menos varios países, aunque en todos los casos la transformación de la política exterior soviética desempeñó un papel preponderante.

²³ Véase, desde luego, *On revolution*.

²⁴ Tal como Ackerman, a quien tanto influyó, Arendt rehabilitó el concepto de revolución con base en la única revolución excepcional.

²⁵ Nótese que Arendt apoyó ambigüamente el primer principio, pero rechazó específicamente el segundo. Fue precisamente esta combinación, que pudo institucionalizarse en términos de la dualidad de las asambleas, lo que únicamente pudo funcionar en Norteamérica.

rios, es el sujeto de diseño constitucional. Ni el parlamento, ni el gobierno arraigado en él, es provisional por la duración de la elaboración constitucional. La elaboración constitucional por dos cámaras es una seña, aunque no esencial, de este modelo de proceso. Reconocemos que un parlamento, cuyas dos cámaras se reúnan juntas como “asamblea constituyente”, es un caso limítrofe para este modelo ideal, que nos recuerda la formación de la primera asamblea constituyente soberana de los tres órdenes de los *États Généraux*. Pero la Asamblea Constituyente de 1789-1791 cortó el cordón umbilical con el orden legal del viejo régimen, una maniobra que no encaja con el modelo ideal de elaboración constitucional parlamentaria aquí desarrollado.²⁶ Otro caso limítrofe es el de un parlamento normal que por sí mismo decide disolverse cuando ha producido una constitución.²⁷ Pero no debemos extraviarnos por la nomenclatura: un parlamento ordinario, con elaboración constitucional entre sus tareas, puede denominarse asamblea constituyente durante el proceso o posteriormente por los historiadores. La marca principal de lo que aquí se denomina elaboración constitucional parlamentaria es que se opere bajo el reglamento para enmiendas constitucionales del régimen existente. Cuando dicho reglamento se aplica primero para aprobar un nuevo reglamento de ratificación o enmienda nos encontramos, nuevamente, frente a un caso limítrofe dentro de este modelo.

Obviamente, el modelo de elaboración constitucional parlamentaria que aquí se formula presupone una continuidad legal, o la ausencia de una ruptura entre dos órdenes legales sucesivos. Un parlamento electo legalmente puede llevar a cabo un “autogolpe” y aprobar revisiones específicas de la constitución o, asimismo, establecer un nuevo orden legal que viole totalmente el reglamento existente para cambios constitucionales. De acuerdo con mis ideas, tal caso marginal de elaboración constitucional parlamentaria cae fuera del modelo. La continuidad legal es, sin embargo, difícil de formular en sí misma porque indudablemente se dan casos donde, especialmente bajo la amenaza de la fuerza, los parlamentos ratifican cambios que no pueden resistir. Debemos hablar de continui-

²⁶ Véase Elster, “Arguing and bargaining in two constituent Assemblies”.

²⁷ Véase Bonimi-Blanc.

dad legal solamente cuando la norma legal crítica, el reglamento de enmiendas, realmente constriñe y limita las expectativas y acciones mutuas de los actores. Una prueba operativa para dicho freno legal real consiste en preguntar (cuando menos como un experimento mental) si hubo o no diferencia para el resultado; que una asamblea enfrascada en la elaboración constitucional, incluyendo una asamblea que ya esté sesionando, utilice un reglamento de enmienda ya existente, en lugar de operar bajo sus propias reglas: generalmente la aprobación por simple mayoría en el caso de asambleas constituyentes soberanas. (Esta prueba no puede aplicarse cuando el reglamento existente para el cambio sea votación por simple mayoría.) Empero, quiero resaltar que utilizar un reglamento que nunca se usó antes con autonomía —como el reglamento de enmienda para una constitución anteriormente inoperativa del tipo soviético— satisface, pero nuevamente como caso marginal, los requisitos de continuidad legal, siempre y cuando el uso de dicho reglamento haya constreñido a los actores parlamentarios y extraparlamentarios relevantes (como sucedió, palpablemente, en todos los casos del este y centro europeo).

Así definido (y sin olvidar el carácter ideal típico del modelo) hemos tenido un gran número de casos de elaboración constitucional parlamentaria desde mediados de los años setenta: España (pero Portugal no), Brasil (pero Argentina no), Polonia, Hungría, la República Checa, Eslovaquia (pero Rumania no y probablemente Bulgaria no), las repúblicas ex yugoslavas, Rusia en 1988-1992 (pero finalmente no en 1993), y la mayoría de las otras repúblicas ex soviéticas. Esfuerzos parecidos fracasaron totalmente en la República Democrática Alemana y en Checoslovaquia, en el sentido de que sus parlamentos fueron incapaces o no quisieron producir nuevas constituciones para dichas unidades que resultaron ser no viables como estados.²⁸ Obviamente, no todos los casos en los que se produjo una constitución funcional debieran contarse como “éxitos” en el sentido formativo de haber contribuido a la emergencia de una cultura del “constitucionalismo”. Así pues, en tanto la elaboración constitucio-

²⁸ En el caso checo y eslovaco siempre pensé que la inadecuada estructura constitucional tuvo un papel causal en la disolución del Estado. Esta interpretación es ahora sostenida en el excelente artículo de Allison K. Stanger, “Czechoslovakia's as an unintended consequence of the Velvet Constitutional Revolution”, *East European Constitutional Review*, vol. 5, núm. 4.

nal parlamentaria ciertamente existe, es necesario preguntarnos qué puede hacer este método legítimo. La bien fundada sospecha de que el espectro del doble poder y la dictadura constitucional de una asamblea constituyente soberana nos ayuda a evitar otros males es, desde luego, de poca importancia normativamente hablando, sobre todo a la luz de aquellas críticas que señalan que la elaboración constitucional parlamentaria es solamente, por sí misma, una especie de imposición gubernamental incapaz de producir legitimidad o estabilidad [Arendt].

La cuestión concerniente a las condiciones de legitimidad esconde al menos tres preguntas: 1. ¿Qué parlamentos pueden legalmente producir nuevas constituciones? 2. ¿Con base en cuál legalidad pueden y deberían asentarse? 3. Finalmente, y lo más importante, ¿cómo deben proceder los parlamentos para lograr legitimidad constitucional?

¿Qué parlamento?

En relación con la primera pregunta, siempre se puede escoger. En España, pudieron haber sido las últimas cortes franquistas las que aprobaron en efecto una amplia Ley de Reforma ratificada arrolladoramente por un referéndum popular, o el primer parlamento democráticamente electo, que de hecho produjo la nueva constitución. En Hungría, pudo haber sido el primer parlamento electo democráticamente, como quería la oposición democrática, o el último parlamento kadarista, como deseaba el partido de Estado. De hecho, la constitución materialmente nueva, que nunca se aceptó como final o totalmente legítima, era el producto de dos rondas dominadas por cada parlamento, además del referéndum popular de noviembre de 1989, lo que determinó que el régimen fuera parlamentario y no semipresidencial. En Polonia hubo tantas versiones como parlamentos (cuatro) y tres ya habían fracasado. A diferencia de Hungría y de la República Democrática Alemana, aquí no se sugirió al último parlamento comunista para el papel, y el primero poscomunista, el Sejm Contractual, fracasó porque fue electo libremente sólo en parte, y no tenía suficiente legitimidad para votar realmente sobre el excelente documento que su comité de redacción produjo. En el tercer parlamento, el primer Sejm electo libremente (o en el Sejm y

el Senado conjuntamente), nadie tenía una mayoría para la elaboración constitucional debido a la fragmentación política extrema.²⁹ En Sudáfrica, negociaciones multipartidistas en Kemston Park redactaron una constitución interina que fue aprobada por el último parlamento del *apartheid*. Esta situación fue idéntica al patrón húngaro y en ambos casos (a diferencia de España) las fuerzas democráticas en la transición no tuvieron éxito en restringir, antes de las elecciones libres, regulaciones a los reglamentos orgánicos necesarios para estas elecciones. Pero lo que distingue a Sudáfrica es que aquí el proceso se estructuró desde el principio para que el primer congreso *postapartheid* remplazara la constitución interina por la definitiva.³⁰

Lo que estos ejemplos parecen dejar claro es que solamente un parlamento electo libremente tiene legitimidad para producir una nueva constitución. Pero inclusive esta condición parece ser insuficiente en los casos de Serbia y Croacia. Cuando una elección formalmente libre se lleva a cabo bajo reglas electorales pensadas para dar al ganador una enorme ventaja en el número de escaños y/o bajo condiciones de competencia (tiempo, acceso a los medios) que dan al titular todas las ventajas, el parlamento puede no representar a todas las nuevas fuerzas políticas para que éstas acepten en su totalidad la constitución que de él emane. Casi todos los gobiernos autoritarios con suficiente legitimidad, real o imaginada, tarde o temprano tienden a tratar de manipular las elecciones para conservar algo de su poder y quizá congelar el proceso de democratización en algún tipo de dictadura blanda o democracia dura.³¹ El caso de México comprueba la viabilidad, aun en el largo plazo, de este enfoque, al menos bajo condiciones de alta legitimidad inicial del régimen. Pero hubo varios intentos fallidos de este tipo en España, Brasil, Chile, Rusia, Hungría y también Sudáfrica. La innovación que

²⁹ La fragmentación partidaria, sin embargo, no es una situación generalizada en Europa Oriental, como Holmes y Sunstein aseguran; ni el primero ni el segundo parlamento libremente electos en Hungría, ni el último electo en Polonia pueden caracterizarse así.

³⁰ Véanse los dos artículos de primer nivel de Doreen Atkinson, "Brokering a miracle: the multi-party negotiating forum" y "Principle born of pragmatism? Central government in the constitution", en Steven Friedman y Doreen Atkinson (eds.), *The small miracle*, Pretoria, Sigma Press, 1994.

³¹ En la vívida terminología de O'Donnell y de Schmitter, democradura o dictablanda. Véase *Transitions from authoritarian rule*, Baltimore, Johns Hopkins, 1987, vol. 4.

atajó el camino a dicho resultado, que implicaba una elaboración constitucional seudodemocrática o democrática mayoritaria, fueron las negociaciones de mesa redonda, asumiendo igualdad de fuerzas en ambos bandos, como en Hungría, o una orientación al consenso democrático por parte del actor más fuerte, como en España, Checoslovaquia y Sudáfrica.³² Característicamente, las mesas redondas produjeron sistemas de proporcionalidad electoral o sistemas mixtos que permitieron la presencia de todas las fuerzas relevantes en el terreno de la elaboración constitucional, en lugar de los reglamentos de votación mayoritaria que produjeron los partidos comunistas donde no pudieron imponer reglamentos parcialmente no competitivos, como en la Unión Soviética en 1988 e inclusive en la mesa redonda de Polonia en 1989 (excepcional, porque fue la primera en el imperio soviético).

Así, el patrón que puede producir un parlamento capaz de crear legítimamente una constitución, en un régimen anteriormente autoritario, parece ser algo similar a esto: 1. Negociaciones del tipo mesa redonda. 2. Hacer pasar el reglamento orgánico para celebrar elecciones libres por el último parlamento no democrático. 3. Elecciones libres bajo el reglamento del parlamento o, al menos, un reglamento mixto. 4. Elaboración constitucional por el nuevo parlamento. Este concepto esquemático (en el sentido de juicios prudentiales, no de análisis causal, para lo cual tenemos muy pocos ejemplos que difieren en demasiadas dimensiones) es también una herramienta de diagnóstico para casos empíricos de elaboración constitucional parlamentaria. Donde los pasos 2 y 3 no pueden satisfacerse como en Polonia, será difícil producir una constitución cualquiera; donde 1 y 3 se violan, como en Serbia y Croacia, solamente una constitución de legitimidad dudosa es probable. Pero inclusive, si solamente una de las condiciones permanece insatisfecha —como en Hungría, donde toda una redacción constitucional completa (no la versión final) fue promulgada por el último parlamento del partido comunista— será muy cuestionable el poder completar el proyecto y/o su legitimidad. Sin embargo, como el

³² Por tanto, no es válido declarar que la liberalización está condenada al fracaso, como lo hace A. Przeworski en *Democracy and market*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990, sin tomar en consideración esta vía electoral controlada, y su éxito a largo plazo, al menos en México.

parecido ejemplo de Sudáfrica muestra, la renovada elaboración constitucional en el parlamento libremente electo puede borrar el defecto congénito de una constitución interina de legitimidad dudosa.³³ De forma similar, como el ejemplo esloveno demuestra, la falta de una condición, como las negociaciones de mesa redonda, en este caso pueden compensarse por múltiples negociaciones informales, o por la simple orientación de los tenedores del poder para que no aprovechen su ventajosa posición con el fin de instaurar reglamentos destinados a su propio provecho. Dicha orientación aparentemente también desempeñó un papel en España, cuando Suárez ofreció negociar y llegar a un compromiso con las fuerzas que acababa de derrotar ampliamente en un referéndum popular.

¿Cuál legalidad?

¿Podemos decir, sin embargo, que países en un curso como el de España, donde se cumplen las cinco condiciones, pueden estar satisfechos de que se encuentran en buena posición para alcanzar el éxito? No necesariamente, porque otras cosas pueden salir mal, como nos indica el caso de la transición checoslovaca, donde también se cumplía con las cinco condiciones y, no obstante, no se logró el resultado esperado. Janos Kis, quien desde un punto de vista jurídico proporcionó un análisis sobresaliente de la estructura de "régimen de cambio" (a diferencia tanto de revolución como de reforma), apunta al vacío de legitimación que caracteriza a este tipo.³⁴ Estoy convencido, no obstante el caso español, de que mientras el sistema autoritario o los líderes autoritarios retengan suficiente legitimidad, tenderán a preferir el camino de la manipulación electoral de arriba hacia abajo. A pesar de otro singular ejemplo en contra, Checoslovaquia, cuando solamente las fuerzas opositoras son legítimas y la habilidad del gobierno para reprimir se derrumba,

³³ Claro que la constitución interina sudafricana se benefició indudablemente de la carismática legitimidad de la ANC y su fantástico líder. Pero el papel de una bien diseñada segunda etapa de elaboración constitucional era importante también, tanto para la estabilidad como para la estructura de la nueva constitución. De todas formas, en general, solamente la segunda de estas fuentes de legitimación se encuentra disponible.

³⁴ "Between reform and revolution. three hypothesis about the nature of regime change", *Constellations*, vol. 1, núm. 3.

uno tiene razones para pensar que las nuevas fuerzas no negocien con los remanentes del antiguo régimen. Pero en el contexto de un rompimiento de legalidad, donde las antiguas fuerzas han perdido y las nuevas aún no obtienen una forma de apoyo que esté ligada a justificar su convicción para ejercer el poder, o sea la legitimidad, la situación política se torna sumamente inestable con graves daños potenciales para todas las fuerzas organizadas. De acuerdo con Kis, solamente reglas del juego acordadas por consenso pueden estabilizar una situación tan impredeciblemente explosiva. La adherencia a la legalidad es, en mi opinión, la más importante de dichas reglas del juego. En el esquema de Kis, cambio de régimen (o transición negociada) —que se distingue de reforma por el rompimiento en la legalidad— es diferente de revolución, precisamente por la continuidad legal. Así pues, no puede haber duda de que las fases iniciales de este tipo de transformación deben llevarse a cabo en el terreno de la legalidad del antiguo régimen y de que el nuevo orden legal debe surgir del antiguo usando las reglas de cambio de este último.

Así, no hay realmente dónde escoger en lo relacionado con la segunda cuestión que concierne a la legalidad. Una ley que aún no existe no puede usarse. Hay, pues, que usar la ley existente, aunque solamente sea para que ésta se transforme a sí misma. Esto, sin embargo, es algo difícil de aceptar en caso de regímenes sin ley y sin reglamentos legales. Es más, el modelo no parece ser aplicable a regímenes autoritarios que no sean suficientemente hipócritas como para establecer formalmente constituciones escritas, o que tengan, por lo menos, una apariencia formal de soberanía parlamentaria. Ciertamente, donde existe una constitución escrita, con un reglamento formal de enmienda, como en todos los estados comunistas, hay un resquicio dentro de la ley por medio del cual se pueden introducir inicialmente los elementos esenciales para el reglamento legal. Por supuesto que puede objetarse que la continuidad legal, al utilizar dicho reglamento de enmienda estará fundamentada en la ficción, puesto que, en el sentido material,³⁵ el reglamento para el cambio de la constitución de los regímenes comunis-

³⁵ Véase Hans Kelsen, *General theory of State and law*, Cambridge, Harvard University Press, 1945.

tas es la regla no escrita de acuerdo con la cual la fuente de todo cambio en el orden legal es la voluntad del buró político del comité central. Sin embargo, la ficción puede adquirir fuerza legal inmediatamente,³⁶ tan pronto como los tenedores del poder y sus oponentes se pongan de acuerdo en que implícitamente se adhieren al *sine qua non* de regímenes constitucionales: la supremacía (superioridad jerárquica) de la constitución formalmente hablando. Con este acuerdo, el sistema legal bajo dichos regímenes comienza, por vez primera, a estabilizar las expectativas recíprocas de los actores en el dominio de la ley pública.

Pero el hecho de que no se puedan elegir las leyes utilizadas para dirigir cambios no revolucionarios de los regímenes, no quiere decir que cualquiera de las leyes preexistentes que incluyan una ley de cambio sean compatibles con el éxito. Aun cuando un reglamento de enmiendas heredado pueda usarse para negociar los reglamentos orgánicos de una transición democrática, no significa que dicha ley sirva también para los propósitos de elaboración constitucional parlamentaria. Dicha regla puede involucrar demasiadas concesiones a la participación autoritaria en el desarrollo democrático, como en Chile, donde el régimen militar saliente forzó a las partes democráticas a aceptar el gobierno bajo una constitución autoritaria aprobada en 1980, junto con procedimientos de enmienda difíciles, y, además, nueve senadores impuestos por Pinochet para largos periodos, que podían atajar cualquier propuesta de enmienda.³⁷ Puede tener requisitos muy elevados de consenso entre nuevas fuerzas, como en el caso de Checoslovaquia, donde las enmiendas solamente podían pasar con el consentimiento de tres quintas partes de los diputados checos y tres quintas partes de los eslovacos en la Cámara Alta, concediendo poder de veto a dos quintas partes más uno de cualquiera de las dos nacionalidades o una quinta parte más uno de la Cámara. Es claro que el Partido Comunista pudo establecer dicha regla anteriormente puesto que, de cualquier manera, controlaba a todos los diputados. Sin embargo, usar la regla seriamente era una cosa totalmente distinta. Finalmente, como en México, el reglamento de enmienda puede ser demasiado fácil de usar, invitando a

³⁶ Véase Henry S. Maine, *Ancient law*, sobre el papel legal de las ficciones.

³⁷ Véase el capítulo sobre Chile en J. Linz y A. Stepan, *Problems of democratic transition and consolidation*, Baltimore, Johns Hopkins, 1996.

la constante manipulación democrática de constituciones supuestamente terminadas. El aprendizaje constitucional permanente puede ser bueno, pero es igualmente importante aprender a no aprender y así entregar una estructura establecida a la vida institucional del nuevo régimen.³⁸ Este paso es tanto más crítico cuanto el viejo régimen, en los niveles más profundos, se encuentre caracterizado por una anarquía legal y se desee sustituirla por el imperio de la ley.

La respuesta a estos problemas parece ser que los reglamentos de cambio inapropiados para la elaboración constitucional democrática deberían de ser modificados usando el mismo reglamento de enmienda original. Si esto es o no lógicamente posible y si dicho método es compatible con la meta de producir un nuevo orden legal,³⁹ existen enormes dificultades políticas frente al procedimiento. Tenemos motivos para asumir que, en casos como Chile y Checoslovaquia, actores que suponen quedar en una posición más débil bajo un régimen democrático, se opondrían a modificar el reglamento de enmienda por las mismas razones por las que posteriormente usarían sus provisiones de veto por minorías interconstruidas. Y, en el contexto del reglamento original de enmienda, tienen los medios necesarios para oponerse a su propia modificación. En el contexto de la tercera dificultad, los parlamentos tendrían un buen motivo para usar el reglamento de enmienda con el fin de cambiar el reglamento, en este caso, para endurecerlo y, de esta manera, proteger su trabajo constituyente contra futuros parlamentos. Pero cuando desean hacerlo⁴⁰ se encuentran, cara a cara, con el problema que tradicionalmente enfrentan los parlamentos británicos: ¿cómo justificar

³⁸ Los argumentos de Arendt en contra de una revolución permanente continúan siendo decisivos, pero debe hacerse notar que son aplicables a un parlamento que indefinidamente se mantiene como una asamblea cuasi constituyente. Sobre este punto véase. A. Arato, "Revolution, restoration and legitimacy", en M. Kennedy, *Envisioning Eastern Europe*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1995.

³⁹ Hay bastante bibliografía sobre estos problemas: es o no válido utilizar así el reglamento de enmienda (con C. Schmitt y A. Ross enfilados contra H. L. A. Hart y P. Sugar) y si el sistema resultante sería o no un nuevo orden legal (véase Kelsen *versus* Finnis, Raz, Kis).

⁴⁰ Y de hecho pudiera ser que no bajo ciertas condiciones: dada la incertidumbre de las elecciones, algunos actores pueden suponerse en una posición más fuerte en un futuro parlamento y por lo tanto se opondrán a completar el proyecto. Otros pueden no querer limitar el aprendizaje constitucional, en términos de consideraciones similares a las de Holmes, o tal vez fortalecer la revisión judicial en términos de un reglamento de enmienda difícil. Bajo tales condiciones, usar un reglamento de enmienda, inclusive uno relativamente fácil, para cambiarse a sí mismo, puede resultar algo difícil.

atarle las manos a un futuro parlamento como el actual, por una mayoría sensiblemente menos calificada que aquélla requerida por el futuro reglamento de enmienda? Debemos hacer notar que creadores constitucionales parlamentarios no pueden regocijarse por la experiencia del Reino Unido, donde una constitución modificable por simple mayoría parlamentaria ha mostrado una notable estabilidad. En un sentido material, dada la tradicionalmente heredada constitución, el parlamento de Westminster nunca se ve en una situación en la que deba asumir el papel del constituyente. Sin embargo, los parlamentos de las nuevas democracias no se encuentran con estructuras con legitimidad que deben respetarse por razones políticas, aun cuando no por razones legales. En muchos lugares, reglamentos de enmienda suaves ciertamente han significado un enorme manoseo constitucional (Austria, aparentemente, con cientos de reformas desde 1945).⁴¹ En una democracia, cuando tiene que producirse un nuevo orden de ley pública, y donde la estructura que este orden debe tener es altamente circunstancial, la elaboración constitucional parlamentaria bajo un reglamento de enmienda relativamente fácil puede permanecer indefinidamente abierta, como en Hungría en los años noventa.

¿Qué procedimiento?

Desde el punto de vista de Ackerman, cerrar el proceso de elaboración constitucional requiere de una legitimidad democrática realzada. Este realce, sin embargo, no puede obtenerse mediante la imposición de modelos concretos. Refugiarse en la abstracción tampoco ayuda, si esto significa que se busca institucionalizar directamente un proceso normativo abstracto como “el velo de ignorancia” o “democracia deliberativa”. Cuán errados podemos estar, se muestra por una lista de siete puntos, extremadamente heterogéneos, propuesta por Jon Elster, hasta ahora el menos normativo de los analistas constitucionales. Según este autor, tales puntos perte-

⁴¹ La relación ha sido cuantificada por Donald Lutz en “Toward a theory of constitutional amendments”, en *Responding to imperfection* y casi no se encuentra un ejemplo (fuera de Gran Bretaña) donde un bajo índice de dificultad de enmienda se encuentre ligado a un ritmo relativamente bajo de enmienda.

necen a un esquema de “crear condiciones óptimas de deliberación” para los procesos de elaboración constitucional. El carácter de la lista en su conjunto se muestra por uno de sus puntos: “el principio de que la constitución no entrará en vigor sino hasta, digamos, veinte años después de su promulgación”. Esta idea satisface uno de los parámetros del velo de ignorancia, pero solamente a expensas de una total irrelevancia política (y empírica).⁴²

Podemos obtener mejores resultados si nos concentramos en una pluralidad de principios que puedan utilizarse públicamente para legitimar un proceso dado de elaboración constitucional, solamente si somos capaces de sostener, razonablemente, que algunos procedimientos, inevitablemente imperfectos, están orientados a ellos. En otra parte he puesto énfasis en estos principios: legalidad, publicidad, pluralidad de conductos democráticos, consenso, traducciones (parciales) del velo de ignorancia (en un sentido empírico limitado) y reflexividad.⁴³ Además, estas *desiderata* están interconectadas, algo que anteriormente no resalté lo suficiente.

Legalidad (con publicidad y consenso)

Aunque se encuentre fundamentada en una ficción, desde un punto de vista funcional, la continuidad legal puede realizar lo que se supone debe hacer, o sea, ayudar a coordinar las expectativas de los

⁴² “Deliberation and constitution making”, *op. cit.*, pp. 33-34. Puesto que hay razones igualmente buenas para proponer que debería de haber una convención constituyente cada veinte años, tal vez lo que Elster quiere sugerir es la no muy original tesis de que de todos modos es inútil crear constituciones. Efectivamente, es difícil decidir si Elster realmente está tratando de desarrollar un esquema de elaboración constitucional, o de mostrar lo absurdo de cualquier intento por encausar dicho procedimiento por medio de suposiciones normativas como el “velo de ignorancia”. Por supuesto, no quiero sugerir que todos sus siete puntos son igualmente irrelevantes. Yo mismo he enfatizado la necesidad de ligar formas de deliberación públicas y no públicas, el uso de referéndums y la importancia de reglamentos parlamentarios para asambleas de elaboración constitucional. (Véase “Forms of constitution making and theories of democracy”, *op. cit.*, pp. 224-227). Sin embargo, aun en la época de la moderna transportación masiva, cuando se pueden reunir multitudes en cualquier parte del país (sin mencionar la movilidad de las fuerzas armadas!), no hubiera yo insistido en tener asambleas constitucionales lejos de los grandes centros de población. Y estamos en desacuerdo respecto de si es posible, y aun deseable, el tratar de excluir, a cualquier costo, las instituciones existentes de la elaboración constitucional. Esta acción por supuesto no puede garantizar un velo de ignorancia respecto de los intereses de partidos y clases y, además, involucra los peligros de dualidad de poder y asambleas constituyentes soberanas explorados anteriormente.

⁴³ *Idem.*

actores. El asunto no es sencillo desde el punto de vista normativo, donde la legalidad de un antiguo régimen odiado, incluyendo su legalidad ficticia, no puede pesar mucho, excepto para la más estrecha mentalidad del orden y la ley.⁴⁴ Frank Michaelman ha tenido razón al hacer hincapié en que la política democrática (o republicana) sólo se puede justificar plenamente si todos los actores se encuentran "siempre bajo la ley".⁴⁵ En su opinión, este principio es aplicable inclusive en el momento de la constitución original del orden democrático. Pero en este último contexto no está claro a qué ley se refiere. ¿A la ley natural, a los principios de una ética dialógica, a una identidad legal preexistente, o a la afortunada circunstancia jurídica de que los estadounidenses se encontraban, incluso antes de la revolución, bajo la ley común y parcialmente bajo cartas constitucionales? La legalidad constitucional ficticia de un Estado autoritario es menos sustancial y más difícil de aplicar que lo que los estadounidenses de 1776 o 1787, y en especial de 1867, tenían para trabajar. Sin embargo, adherirse aunque sea a esa ley (hasta que se cambie), puede ayudar a estabilizar la identidad y seguridad de los individuos en medio del cambio dramático. Es más, esta misma ley le anuncia a la población que las élites que se hagan cargo de su destino están sujetas a reglas y no pueden simplemente imponer su criterio arbitrario.

Pero toda regla, en especial la legalidad ficticia de un Estado autoritario que no fue diseñada para ser usada, requiere de todos modos interpretación que, desde luego, puede convertirse en velo de renovada discreción. Solamente los procesos de toma de decisiones por consenso pueden garantizar que una élite, bajo el disfraz de la ley, no imponga su voluntad a los demás, mientras que la publicidad de los trabajos de mesas redondas, por ejemplo, es necesaria para evitar que los acuerdos de élites autoelegidas se conviertan en una imposición arbitraria. Me parece que la ficción de continuidad legal

⁴⁴ El asunto es distinto en Sudáfrica, donde la legalidad del régimen del *apartheid* se consideraba válida desde el punto de vista del grueso de la población blanca. Aun un partido anti-*apartheid*, como el Partido Democrático, mantuvo esta posición. Es más, a diferencia de la mayoría de las dictaduras, este sistema legal operó como un orden legal moderno, en relación con la minoría dominante de la población.

⁴⁵ "Can constitutional democrats be legal positivists?, or why constitutionalism?", en *Constellations*, vol. 2, núm. 3.

solamente puede sobrellevar la carga de legitimidad legal cuando la interpretación de la ley es consensual y se supervisa mediante un proceso público.

Publicidad (con pluralidad de democracias)

Pero claro, publicidad no puede querer decir transparencia total ni un esquema institucional deliberativo solamente. Cuando una asamblea se abre totalmente al escrutinio público, su capacidad para deliberar puede coartarse fácilmente. De todos modos, como vimos en el caso de la mesa redonda polaca, que era totalmente pública, también en la elaboración constitucional parlamentaria española, así como durante las negociaciones formalmente públicas de Sudáfrica en Kempton Park, no se puede evitar que actores claves se reúnan y negocien en privado.⁴⁶ En esto, la Convención de Filadelfia mostró el camino al reunirse en secreto y convocar a lo que resultó un proceso de ratificación altamente público en donde ambas esferas de los estados, la cultural y la política, pudieron participar. Así, la Convención tuvo que ser capaz de justificar sus decisiones en términos de argumentos que pudieran defenderse públicamente. Argumentos de interés público tipificados, por ejemplo, por los escritos federalistas. Sin embargo, aun esto no hubiese sido suficiente si la discusión pública afuera no hubiera podido tener un efecto palpable en los resultados. En Estados Unidos, dicho efecto era estructuralmente difícil de garantizar y los llamados a una “segunda convención” fueron primordialmente obstruccionistas. Afortunadamente, hubo una situación clave donde los federalistas (y el autor principal de *The Federalist*) se vieron obligados a retractarse: el pasaje de la Carta de Derechos bajo el artículo v. De este ejemplo histórico se derivan tres requisitos: 1. La necesidad de mantener dos discusiones interrelacionadas con estructuras de publicidad diferentes, una puntualizando la deliberación en un marco unificado, inclusive a costa de ser secreta y, la otra, señalando la apertura en

⁴⁶ La práctica repetida de negociaciones secretas en Sudáfrica fue bautizada como *bospersaad*, y sus instalaciones fueron apropiadamente pintorescas. Véase Atkinson, “Brokering a miracle?” p. 24. La misma práctica se conoció como *magdalenka* en Polonia, por la villa donde se reunieron los líderes de ambos lados.

una pluralidad de marcos aun a costa de la deliberación. Claro que para el caso de la elaboración constitucional parlamentaria, las formas en las que ésta se da serían muy distintas a las del caso estadounidense. Elster señala acertadamente la diferencia entre un comité de redacción y un pleno parlamentario. 2. La discusión pública de la sociedad civil debe implicar, como en Norteamérica, la necesidad de proporcionar tiempo suficiente para un debate social de las propuestas y las redacciones. 3. Finalmente, es perentorio que exista un proceso de ratificación que realmente pueda señalar una diferencia en los resultados.

Pluralidad de democracias (con consenso)

Así, los *referenda* son decisivos para la elaboración constitucional parlamentaria, pero no me queda claro por qué, en estados federales, no podrían unas convenciones de ratificación desempeñar por lo menos el papel de un segundo conducto democrático. De cualquier modo, existe desde luego la posibilidad de fracasar, sobre todo en el caso de la elaboración constitucional parlamentaria puesto que puede haber motivos políticos ordinarios para intentar meter en aprietos a una mayoría parlamentaria. Aquí los procesos previos para lograr consenso cobran especial importancia. Si las principales fuerzas políticas se tienen que poner de acuerdo en una redacción, antes de que se someta para su ratificación, las probabilidades de fracasar se reducen considerablemente. Por consenso —y en este sentido me baso en Lijphart— me refiero a procedimientos que favorezcan la participación de minorías en decisiones mayoritarias.⁴⁷ La representación proporcional prepara el terreno para casi todas las formas de democracia consensual puesto que las minorías deben hacerse presentes antes de que puedan participar.⁴⁸ Reglamentos de decisión parlamentaria, como en Hungría recientemente, o acuerdos informales que requieren el visto bueno de cierto número de partidos en el comité de redacción, como en España, son sin embargo las formas que pueden introducir requisitos de consenso mucho más altos que un reglamento de enmienda parlamentaria.

⁴⁷ *Democracies*, New Haven, Yale University Press, 1984.

⁴⁸ Ann Phillips, *The politics of present*, Oxford, Clarendon Press, 1955.

Consenso (con reflexividad)

Pero también los requisitos de consenso pueden hacer fracasar redacciones que de otra forma serían promisorias. En ciertos casos (digamos que hay seis partidos), los requisitos para asegurar la legitimidad pueden ser demasiado bajos (¡cuatro partidos son simple mayoría pero también dos terceras partes!), o demasiado altos (cinco de seis es solamente uno menos que unanimidad pero puede proporcionar a pequeñas minorías un veto altamente explotable políticamente). Se dice que la redacción de una constitución en Israel ha fracasado históricamente porque los pequeños partidos religiosos nunca aceptaron una redacción que no estableciera totalmente la religión de Estado. Más recientemente, en Hungría y Polonia, el potencial de veto de pequeños partidos de oposición condujo a “cargar” redacciones con toda clase de elementos simbólicos y disfuncionales. En ambos países las mayorías de las coaliciones gobernantes, potencialmente capaces de elaborar una constitución, se abstuvieron de imponer alguna, pero los acuerdos necesarios para lograr un consenso pudieron haber conducido a resultados que la mayoría ya no hubiera podido aceptar.⁴⁹

Para que los requisitos de consenso no sean incompatibles con la producción de una constitución, los actores deben aprender a usar el consenso constructivamente. Esto nos regresa a la insistencia de Holmes sobre la institucionalización del aprendizaje, o lo que yo he llamado (siguiendo a Teubner y Preuss) reflexividad constitucional, significando que una constitución tiene sus propios medios constitucionales de autocorrección y autodesarrollo. Por supuesto que uno puede pensar que dicho elemento de aprendizaje, que dicha dimensión de reflexividad de las constituciones, es el reglamento de

⁴⁹ Parece que la actitud positiva de dos partidos de oposición en Polonia, la Unión de Libertad y la Unión del Trabajo, ha permitido producir y hacer pasar una redacción que puede ser sometida a referéndum probablemente en mayo. En Hungría, algunos de los partidos de oposición cuyo consentimiento era necesario, se han vuelto obstruccionistas y, en una etapa temprana, también el liderazgo del partido dominante en el parlamento, los socialistas. La ventaja de los polacos se debe a dos factores probables: un liderazgo más moderno en el caso de los socialistas dominantes y al hecho de que, debido a una fallida adaptación política a nuevos reglamentos electorales, la mayor parte de la derecha se encuentra fuera del parlamento. Este solo hecho aún puede llevar a una obstrucción exitosa en el referéndum venidero.

enmienda, el cual no debe ser muy duro si ha de permitir el aprendizaje, ni muy suave si ha de funcionar como reglamento de enmienda. Pero como arguyó Holmes, uno puede querer mayor flexibilidad durante el periodo de elaboración constitucional que bajo una constitución asentada. Su respuesta fue que el asentamiento debe retrasarse y, mientras tanto, confiar en el reglamento relativamente suave de una constitución temporal. Esta sugerencia, sin embargo, puede significar que la oportunidad para la elaboración constitucional llegue a perderse y que solamente se recupere a costa de hacer concesiones inaceptables a minorías obstruccionistas. Es de suma importancia entender que el retraso puede conducir a que el apoyo para un régimen democrático, inicialmente alto y basado en símbolos, se disipe. Lo que debemos aprender, por lo tanto, es cómo usar el consenso para generar la legitimidad y a usar la legitimidad para reducir requisitos de consenso.

La institucionalización del aprendizaje: el caso sudafricano

Frente a una situación política de gran complejidad (y obviamente aprendiendo en otra parte), los creadores de la constitución sudafricana respondieron al problema de lograr consenso y aprendizaje institucional de una manera original y altamente instructiva. Al igual que en España y Europa Central, aquí también el método básico a seguir fue el de la elaboración constitucional parlamentaria, dentro de la continuidad legal.⁵⁰ En este caso, las negociaciones

⁵⁰ Aunque algunas fuerzas radicales e inicialmente incluso la ANC clamaron (como en España) por un rompimiento constitucional, requiriendo un gobierno provisional y una asamblea constituyente soberana, esas negociaciones pronto produjeron consenso en el tema de la continuidad legal. Aun cuando se creó un Consejo Ejecutivo de Transición, con participación de todos los partidos, el gobierno legal permaneció en su sitio y, formalmente, el Consejo sólo tuvo el importantísimo papel de supervisar el proceso de elecciones libres. Véase Ivor Sarakinsky, "Rehearsing joint rule. The transitional Executive Council", en *The small miracle*. El asunto de elaboración constitucional parlamentaria parece más controversial porque la gente se refería (¿legalmente?) al parlamento electo libremente como la Asamblea Constituyente. No obstante, aunque esta asamblea era bicameral, y cuando se reunían en su papel constituyente lo hacían ambas cámaras juntas, se hallaba confinada por los principios constitucionales así como por la constitución interina, ambos ratificados por el parlamento anterior y se encontraba bajo la supervisión de la Corte Constitucional establecida por la constitución interina. La nueva constitución solamente se podía pasar de acuerdo con reglas establecidas en las negociaciones y ratificadas por el parlamento anterior, esto es, dos terceras partes de la asamblea (junto con mecanismos para destrabar estancamientos). El gobierno no era provisional ni en un sentido técnico ni en nomenclatura y su término, junto con el del

formales (dos rondas principales: Codesa y el Foro de Negociación Multipartidista en Kempton Park) también solucionaron el problema de tener que promulgar un reglamento de enmienda por un parlamento del viejo régimen con apenas la legitimidad política necesaria. Usando el reglamento de enmienda existente, la introducción de estas reglas convirtió a la constitución del régimen del *apartheid* en la constitución interina de uno democrático. Hasta este punto, el proceso mostró un parecido extraordinario con otros casos recientes, en particular Hungría. Pero fue más allá de estos casos donde los negociadores sudafricanos hicieron su mayor contribución a la institucionalización del aprendizaje: dentro del proceso de elaboración constitucional. Al mismo tiempo, evitaron el doble peligro de la excesiva normalización de la política constitucional por una parte y la lógica de una revolución permanente por la otra. Estas opciones contaban con el apoyo de algunos de los partidos contendientes. Pero lo que los negociadores de la ANC y el partido Nacional hicieron fue establecer un proceso de elaboración constitucional de dos etapas donde la constitución interina y los principios constitucionales establecidos en extensas negociaciones, y promulgados por medio del último parlamento del *apartheid*, proporcionaron solamente el marco legal dentro del cual el recién electo parlamento pudiera crear la constitución democrática *postapartheid* definitiva. Los negociadores en Kempton Park establecieron no solamente un rígido plazo dentro del cual se tenía que producir la nueva constitución, sino que instauraron una serie de selectos incentivos y mecanismos de seguridad que hizo imposible que el nuevo parlamento evadiera su tarea constituyente. En forma por demás inusual, la nueva corte constitucional (establecida como parte de la constitución interina) fue dotada de poder para supervisar que los creadores de la constitución se ajustaran a los principios (por cierto, la penúltima redacción se rechazó y regresó para corregirse, antes de su ratificación popular).

Varias cosas importantes se ganaron con este procedimiento tan elaborado. Primero, las dos etapas permitieron un periodo de prue-

parlamento, era por cinco años si se cumplía con el plazo de tres años para la elaboración constitucional. Con seguridad, la disolución pactada, si se fracasaba en la elaboración constitucional, es atípica del modelo meramente parlamentario. Véase Atkinson, "Principle born of pragmatism. Central government in the constitution".

ba para operar la constitución provisional y el aprendizaje resultante de esta experiencia. Segundo, los requisitos más altos de consenso para redactar pudieron reservarse para principios abstractos, mientras que el documento final solamente necesitó una supermayoría parlamentaria. Tercero, se pudo evitar que los elementos de democracia asociacional, tan importantes para la estabilización del contexto inicial de la transición, se congelaran y pudieran remplazarse en la redacción final por formas constitucionales de protección de las minorías. Finalmente, los recursos de legitimación de "ruptura pactada, reforma pactada" generados por medio del acto de liberación del viejo régimen, se incorporaron a los principios constitucionales, cuya permanencia en la redacción final aclara sin lugar a dudas que la nueva ley fundamental es la constitución del "cambio de régimen" y no un documento impuesto por la nueva mayoría, o una legislación producida por el parlamento debido a razones de política ordinaria. Acordar principios constitucionales al inicio, cuando la política normal bajo las nuevas instituciones aún no da comienzo, ciertamente conserva algo de la idea del velo de ignorancia durante el proceso constituyente.

Los críticos podrían señalar, por supuesto, que el acuerdo sobre la constitución interina y los principios constitucionales equivale a una decisión fundamental concerniente al carácter del nuevo régimen, una decisión que el parlamento libremente electo solamente podía afinar y desarrollar, pero no cambiar esencialmente.⁵¹ Puesto que ninguno de los partidos en las negociaciones, ni el último parlamento del *apartheid* que formalmente promulgó su trabajo, tenían plena legitimidad democrática, los defensores de un proceso revolucionario democrático de elaboración constitucional pueden con facilidad apuntar al elemento no democrático de los cimientos de la nueva constitución. Pero este elemento no democrático en un estrecho sentido legal, está igualmente presente en el caso del modelo de asambleas constituyentes soberanas, donde la legitimidad revolucionaria finalmente se presupone.⁵² En Sudáfrica, el proceso pudo funcionar también para algunos actores solamente por-

⁵¹ Véase Atkinson, por ejemplo, *ibid.*, p. 102, quien sin embargo está satisfecho de este resultado que evitó tanto el "mayoritarismo" como el "asociacionalismo" puros.

⁵² Véase Arato, "Forms of constitution making and theories of democracy", *op. cit.*

que había un elemento de legitimidad revolucionaria e inclusive carismática, personificado por Nelson Mandela y la ANC. Para otros actores, sin embargo, era el elemento de legitimidad legal, esto es, la continuidad legal, lo que obviamente contaba. La parte no democrática del proceso no creó problemas de legitimación, porque los actores principales, y los grupos detrás de ellos, podían identificarse con ella por distintas razones.⁵³ Y aunque en general pueda ser preferible limitar las instancias no democráticas a la producción de reglas orgánicas, las necesidades de las minorías amenazadas (¡no sólo los antiguos gobernantes!) en el contexto de cambio cuasi revolucionario no podían protegerse, después de todo, sin una legislación constitucional completa. Finalmente, no es cierto que el parlamento libremente electo fue privado de su autonomía para moldear el nuevo régimen. En particular, mientras la constitución interina estableció la democracia asociacional, el nuevo parlamento podía (pero no estaba comprometido a) remplazar instituciones asociacionales por formas constitucionales de protección.⁵⁴

Concedido, de todos modos no es común permitirle a una corte constitucional, solamente un *pouvoir constitue*, formar parte del *pouvoir constituant*,⁵⁵ en otras palabras, desempeñar un papel definitorio en la elaboración constitucional. El paso era por supuesto importante en Sudáfrica si se quería que los principios constitucionales fueran tomados en serio, si se quería que el proceso de doble etapa —de utilizar consenso para reducir consenso— funcionara. Pero este procedimiento pierde su rareza en el contexto de la elaboración constitucional parlamentaria dentro de la continuidad legal. El parlamento también es un poder constituido y, en lo general, su permanencia “siempre bajo ley” debe garantizarse por

⁵³ Por esta razón la ambigüedad de ciertos asuntos, como el de si había o no gobierno provisional, o como el de si el cuerpo redactor era una asamblea constituyente o un parlamento común y corriente, era calculada y funcional. En este punto, véase a Sarakinsky, *op. cit.*, p. 82 y ss. y pp. 88-89.

⁵⁴ Por supuesto, podría decirse que la constitución interina con principios constitucionales ya involucraba una selección por el constitucionalismo y sólo un arreglo asociacional que no estaba institucionalizado de tal forma que se garantizara su conservación misma. Ni el reglamento de las dos terceras partes de la votación de la asamblea, ni los principios constitucionales tal como la corte los interpretaba, podían conservar el asociacionalismo en futuras tomas de decisión.

⁵⁵ *Pouvoir constitue* y *pouvoir constituant*: poder constituido y poder constituyente, respectivamente. [N. del t.]

otra instancia. Por tanto, con su muy insólita innovación, los creadores de la constitución sudafricana nos enseñan que el lugar del *pouvoir constituant*, libre y soberano, debe ser un lugar vacío si hemos de lograr éxito al institucionalizar la democracia constitucional.