

Traducción

CONSTITUCIONES TEMPORALES

*Ozan O. Varol*¹

Traducción: Santiago Vernaza y Emilio Lehoucq

I. Introducción

Generalmente, las constituciones están caracterizadas por ser documentos rígidos y duraderos, si no permanentes. Para describir la utilidad de las constituciones y el constitucionalismo duraderos, los doctrinantes invocan con frecuencia una analogía a Ulises y las sirenas en la *Odisea*² de Homero. Para evitar la tentación de sucumbir al fatal encanto de las canciones de las sirenas, Ulises les ordena a sus hombres que lo amarren al mástil del barco con cuerdas de excoiación, y que se llenen los oídos con cera de abejas³. Al oír a las sirenas, Ulises le ordena a su tripulación que lo suelten, pero los hombres, adhiriéndose a las instrucciones previas, se niegan a obedecerle y continúan navegando hasta que el barco está fuera de peligro⁴. Ulises se salva por su previsión de constreñir sus tentaciones humanas.

¹ Profesor Asociado de Derecho, Lewis & Clark Law School. Este ensayo fue seleccionado como uno de los tres mejores trabajos en el AALS Scholarly Papers Competition del 2014, y fue galardonado con mención de honor. Muchos amigos y colegas compartieron sus ideas sobre este ensayo. Le agradezco particularmente a Richard Albert, Andrew Arato, Ashutosh Bhagwat, Christopher Buccafusco, Sujit Choudry, Tom Ginsburg, Ran Hirschl, David Landau, Lydia Loren, Thomas Merrill, Gilliam Metzger, John Parry, William Partlett, Erin Ryan, Christopher Schmidt, Kim Lane Scheppele, Mark Tushnet, Tung Yin y a los participantes de los talleres organizados por las facultades de derecho de Columbia, Gonzaga, Lewis & Clark y Whittier. Por su extraordinaria ayuda en investigación, le agradezco a Eric Brickstein y a Philip Thoenes. También estoy agradecido con los editores de la *California Law Review* por sus atentos comentarios y su minuciosa edición. Este ensayo está dedicado a mi abuelo Osman Varol, quien falleció mientras se escribía.

² Ver, por ejemplo, JON ELSTER, SOLOMONIC JUDGEMENTS: STUDIES IN THE LIMITATIONS OF RATIONALITY 195–96 (1989); Todd E. Pettys, Popular Constitutionalism and Relaxing the Dead Hand: Can the People Be Trusted?, 86 WASH. U. L. REV. 313, 324 (2008).

³ HOMER, THE ODYSSEY 276–77 (Robert Fagles trans., Penguin Books 1997).

⁴ *Id.*

Así como el mástil inmoviliza a Ulises, una constitución duradera está pensada como un mecanismo para constreñir a las mayorías políticas en momentos de miedos o pasiones irracionales⁵. Una constitución representa un reconocimiento poderoso, por parte de una sociedad, de sus propias debilidades y de su habilidad para quedar presa de impulsos mayoritarios perjudiciales. Las constituciones, por lo tanto, atan las manos de las mayorías futuras para asegurar que las pasiones de corto plazo no superen los intereses sociales de largo plazo⁶.

La asunción de que las constituciones deberían ser documentos duraderos también encuentra un apoyo fuerte en la literatura académica⁷. Muchos

⁵ Ver JOHN E. FINN, CONSTITUTIONS IN CRISIS: POLITICAL VIOLENCE AND THE RULE OF LAW 5 (1991). Para ver una crítica a la analogía, ver *infra* el texto que acompaña las notas 273-75.

⁶ Ver FINN, *supra* nota 4, en la 5 (“Las constituciones son cadenas con las que los hombres se amarran a sí mismos, mientras están cuerdos, para evitar suicidarse el día de su locura”) (Citando al senador John Potter Stockton).

⁷ Ver, por ejemplo., BRUCE ACKERMAN, THE FUTURE OF LIBERAL REVOLUTION 3 (1992) (quien resalta que la tarea central de una revolución exitosa es “aprovechar al máximo sus oportunidades para construir formas de orden político duraderas”); ZACHARY ELKINS, TOM GINSBURG & JAMES MELTON, THE ENDURANCE OF NATIONAL CONSTITUTIONS 7 (2009) (“Asumimos que las constituciones son negociaciones entre élites que están dirigidas –o esta es la voluntad de sus autores- a ser duraderas”) *id.* en la 10 (“Como un asunto normativo, la mayoría de constituyentes y académicos parecen asumir que (las constituciones) deberían ser duraderas”); RUTI G. TEITEL, TRANSITIONAL JUSTICE 191 (2000) (quien resalta que el constitucionalismo “es generalmente considerado como un orden político duradero”); Rosalind Dixon & Tom Ginsburg, Deciding Not to Decide: Deferral in Constitutional Design, 9 INT’L J. CONST. L. 636, 636 (“El proceso de hacer una constitución es generalmente considerado como un intento por regular el futuro en nombre del pasado, un acto de “imperialismo temporal” en el que los redactores de hoy constriñen a los ciudadanos del futuro”); Jon Elster, Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process, 45 DUKE L.J. 364, 394 (1995) (quien resalta que las constituciones “están escritas para durar indefinidamente”); Tom Ginsburg, Daniel Lansberg-Rodriguez & Mila Versteeg, When to Overthrow Your Government: The Right to Resist in the World’s Constitutions, 60 UCLA L. REV. 1184, 1191 (2013) (“Las constituciones son aceptadas, generalmente, para vincular al futuro en nombre del pasado”); Philip A. Hamburger, The Constitution’s Accommodation of Social Change, 88 MICH. L. REV. 239, 241 (1989) (“Casi todos los constituyentes (de la Constitución estadounidense) asumieron que la constitución debería, por su naturaleza, ser permanente”); Vicki C. Jackson, What’s in a Name? Reflections on Timing, Naming, and Constitution-Making, 49 WM. & MARY L. REV. 1249, 1250 (2008) (“En la mayoría de escenarios, las constituciones son entendidas como instrumentos legales fundacionales en

doctrinantes, como Bruce Ackerman, describen la creación de constituciones como procesos de creación legal profundos, de larga duración, que trascienden la política ordinaria⁸. Según las concepciones prevalentes sobre el constitucionalismo, las constituciones deberían escribirse en los “momentos constitucionales” ackermanianos, como documentos duraderos, cuya intención es vincular a las generaciones futuras.⁹

Muchos diseñadores constitucionales y constituyentes alrededor del mundo han actuado de acuerdo a la asunción predominante de la permanencia constitucional. Por ejemplo, en los Estados Unidos post-revolucionarios, los federalistas y los anti federalistas compartían la idea de que una constitución debería ser un documento duradero, extendiéndose a “nosotros y la posteridad”, en palabras del preámbulo de la constitución de Estados Unidos¹⁰. John Marshall, cuando era Presidente de la Corte, le dio eco al mismo sentimiento en decisiones pioneras en los primeros años de los

términos de definir y localizar la legítima autoridad para gobernar, superior jerárquicamente sobre otras fuentes de derecho, y afianzada –es decir, son más difíciles de cambiar que otros tipos de ley y están diseñadas para durar”); Hallie Ludsin, *Peacemaking and Constitution-Drafting: A Dysfunctional Marriage*, 33 U. PA. J. INT’L L. 239, 248 (2011) (“(L)a posición dominante sostiene el rol fundacional y la estructura permanente que personifica a las constituciones tradicionales.”); Wendy Parker, *The Story of Grutter v. Bollinger: Affirmative Action Wins*, in *EDUCATION LAW STORIES* 83, 102 (Michael A. Olivas & Ronna Greff Schneider eds., 2008) (“Generalmente los principios constitucionales no tienen fecha de expiración; su duración es eterna.”); Garrick B. Pursley, *Dormancy*, 100 GEO. L.J. 497, 500 (2012) (“(L)a estructura constitucional debería sobrevivir al tiempo y a situaciones cambiantes ...”); Jennifer Widner, *Constitution Writing in Post-Conflict Settings: An Overview*, 49 WM. & MARY L. REV. 1513, 1515 (2008) (“Una esperanza común incluye alcanzar un acuerdo duradero, un arreglo que no va a ser descartado o suspendido con ligereza y dentro de un plazo corto.”); Andrew J. Wistrich, *The Evolving Temporality of Lawmaking*, 44 CONN. L. REV. 737, 756 (2012) (“(L)as constituciones están diseñadas para ser permanentes...”). Sin embargo, ver GINSBURG & MELTON, *supra*, en la nota 2 (quien resalta que, como un asunto empírico, la duración de una constitución nacional es de 19 años).

⁸ Ver ACKERMAN, *supra* nota 6, en las 48–54.

⁹ Ver *id.*; también *supra* nota 6

¹⁰ U.S. CONST. pmb.; ver también ELKINS, GINSBURG & MELTON, *supra* nota 6, en las 12–13 (“En general, los participantes en Filadelfia en 1787 asumieron que las constituciones por su naturaleza deberían ser permanentes, una posición que es entiende desde la visión antigua e inmutable de la constitución inglesa.”); Hamburger, *supra* nota 6, en la 242; David A. J. Richards, *A Theory of Free Speech*, 34 UCLA L. REV. 1837, 1857–58 (1987) (“[L]os Fundadores de la Constitución (a diferencia de Jefferson) concibieron las constituciones escritas como estructuras de gobierno que durarían durante muchas generaciones.”).

Estados Unidos. Enmarcó su tarea como la interpretación de una constitución que estaba “destinada a soportar las eras futuras”¹¹. Para Marshall, las constituciones establecían principios “fundamentales”, y “como la autoridad de la que provienen es suprema, y solo puede actuar a veces, están diseñadas para ser permanentes”¹². Los constituyentes de muchas constituciones modernas comparten estas premisas.

Este ensayo cuestiona las nociones dominantes en términos descriptivos y normativos, y provee el primer análisis sistemático de las constituciones temporales. Una constitución o provisión constitucional temporales, como las define este ensayo, limitan sus propios términos y expiran en una fecha específica, a menos de que sean promulgadas de nuevo a través de procesos regulares de reforma constitucional. La limitación temporal puede aplicar para toda la constitución, como en los casos de Sudáfrica¹³ y Polonia¹⁴, o solo a una provisión constitucional específica, como en Estados Unidos¹⁵ o en Portugal¹⁶. En vez de idealizar las constituciones como documentos duraderos y monolíticos, las constituciones temporales reconocen la realidad empírica de que los constituyentes cometen errores costosos con alguna regularidad, por lo cual la evolución constitucional debe ser gradual e incremental¹⁷. A pesar de que las concepciones prevalentes de diseño constitucional requieren algo sobrehumano de humanos ordinarios y propensos al error –a saber, escribir una constitución que va a gobernar generaciones futuras a perpetuidad¹⁸–, no hay que olvidar que, después de todo, quienes redactan las constituciones son humanos que probablemente van a cometer errores.

Aunque es un tema que no ha sido explorado ni desarrollado teóricamente, las constituciones temporales no son una rareza contemporánea. Por el contrario, tienen un pedigrí histórico extenso. Su uso se remonta al menos a la revolución ateniense, que produjo dos constituciones, una para el

¹¹ *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316, 415 (1819).

¹² *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 176 (1803).

¹³ Ver *infra* notas 185–92 y el texto acompañante.

¹⁴ Ver *infra* notas 193–201 y el texto acompañante.

¹⁵ Ver *infra* notas 245–67 y el texto acompañante.

¹⁶ Ver *infra* notas 287–301 y el texto acompañante.

¹⁷ Ver TEITEL, *supra* nota 6, en la 196.

¹⁸ Por lo tanto, no es sorprendente que los constituyentes tiendan a ser vistos, al menos en algunos países, como figuras cuasi divinas. Ver generalmente Ozan O. Varol, *The Origins and Limits of Originalism: A Comparative Study*, 44 VANDERBILT J. TRANSNAT'L L. 1239 (2011) (discutiendo el culto de personalidad que los constituyentes han desarrollado en Turquía y Estados Unidos).

“presente inmediato” y otra para “los tiempos por venir”¹⁹. La idea de una constitución temporal también fue parte del vocabulario²⁰ de los fundadores de los Estados Unidos. Thomas Jefferson argumentó en una carta a James Madison que “[la] tierra le pertenece a la generación viviente”, y que cada constitución “naturalmente expira al final de un periodo de 19 años”, que Jefferson calculaba como el cambio generacional²¹. Más recientemente, incluso un repaso “casual” revela que muchas naciones han usado constituciones temporales, incluyendo a los Estados Unidos de América, Alemania, Brasil, Sudáfrica, Portugal y Polonia²². En Estados Unidos, las constituciones de 12 estados tienen fechas de expiración y requieren que sus legislaturas convoquen regularmente, a través de un referendo, a los votantes, para que decidan si es necesario convocar una asamblea constituyente²³. Igualmente, una provisión en la constitución estadounidense expresamente limitaba su duración y le prohibía al congreso prohibir el comercio de esclavos hasta 1808²⁴. Un ejemplo contemporáneo es la primera constitución de Sudáfrica, promulgada en 1994, cuya vigencia iba a extenderse, en palabras de la misma constitución, hasta que se adoptara una constitución permanente²⁵.

A pesar del pedigrí histórico de las constituciones temporales, los doctrinantes no han hecho un análisis matizado y sistemático de las mismas. Si bien algunos académicos han explorado el uso de cláusulas

¹⁹ ARISTÓTELES, LA CONSTITUCIÓN ATENIENSE, parte 31, disponible en <http://classics.mit.edu>

[/Aristotle/athenian_const.2.2.html](http://classics.mit.edu/Aristotle/athenian_const.2.2.html) (visitado por última vez el 7 de enero de 2014).

²⁰ Ver Jacob E. Gersen, Temporary Legislation, 74 U. CHI. L. REV. 247, 250–55 (2007).

²¹ Carta de Thomas Jefferson a James Madison (Sept. 6, 1789), disponible en <http://press>

[-pubs.uchicago.edu/founders/documents/v1ch2s23.html](http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/v1ch2s23.html) (visitado por última vez el 7 de enero de 2014). El cálculo de Jefferson fue validado empíricamente por Elkins, Ginsburg, y Melton quienes calcularon el promedio de expectativa de vida de una constitución nacional en 19 años. ELKINS, GINSBURG & MELTON, *supra* nota 6, en la 2.

²² Ver *infra* notas 185–92 (Sudáfrica), 193–201 (Polonia), 230–34 (Alemania), 235–37

(Brasil), 245–67 (Estados Unidos), 295–98 (Portugal), y el texto acompañante.

²³ Mila Versteeg & Emily Zackin, American Constitutional Exceptionalism Revisited (Nov. 2013) (manuscrito sin publicar) (en archive con el autor).

²⁴ Ver U.S. CONST. art. I, § 9, cl. 1 (“La migración o importación de estas personas, que cada estado deberá considerar si permite o no, no deberá ser prohibida por el Congreso antes del año de mil ochocientos ocho, pero un impuesto puede ser establecido sobre esas importaciones, siempre que no exceda los 10 dólares por persona.

²⁵ Ver *infra* notas 185–92 y el texto acompañante.

atardecer en el contexto de legislación²⁶ y de decisiones judiciales²⁷, el uso de provisiones constitucionales temporales permanece inexplorado. Los escasos esfuerzos académicos se han enfocado en unos casos de transiciones constitucionales usados en instancias de cambio de régimen²⁸ –que son sólo una pequeña parte de un problema complejo y multifacético. Han dejado de lado el análisis del constitucionalismo temporal en términos conceptuales y teóricos más amplios.

Este ensayo llena ese vacío académico. Construye una teoría para el constitucionalismo temporal, discute sus costos, sus beneficios y provee algunos consejos para optimizar su uso. El ensayo argumenta que las constituciones temporales pueden ser especialmente útiles para alcanzar cuatro propósitos: (1) promover el incrementalismo y la experimentación cuando los costos son altos, (2) reducir los sesgos cognitivos en el diseño constitucional, (3) facilitar la construcción de consensos donde los costos de las decisiones son altos y (4) relajar el problema de la “mano muerta”, al facilitar el control inter-temporal por parte de los constituyentes.

En primer lugar, a diferencia de una constitución temporal, una constitución duradera puede limitar el incrementalismo y la experimentación²⁹. El costo de los errores incluidos en una norma en una constitución duradera puede ser muy alto, especialmente cuando las reglas sobre reformas hacen que éstas sean difíciles de lograr³⁰. Por lo anterior, una constitución duradera puede congelar normas constitucionales ineficientes. Por el contrario, el costo de incluir una norma en una constitución temporal es relativamente bajo. Si una provisión en una constitución temporal demuestra ser poco atinada en la práctica o trae

²⁶ Ver de forma general Gersen, *supra* nota 19; ver también STEPHEN BREYER, *REGULATION AND ITS REFORM* 365–66 (1982); GUIDO CALABRESI, *A COMMON LAW FOR THE AGE OF STATUTES* 59–65 (1982); Bruce Adams, *Sunset: A Proposal for Accountable Government*, 28 *ADMIN. L. REV.* 511 (1976); Lewis Anthony Davis, *Review Procedures and Public Accountability in Sunset Legislation: An Analysis and Proposal for Reform*, 33 *ADMIN. L. REV.* 393 (1981); John E. Finn, *Sunset Clauses and Democratic Deliberation: Assessing the Significance of Sunset Provisions in Antiterrorism Legislation*, 48 *COLUM. J. TRANSNAT'L L.* 442 (2010); Keith E. Hamm & Roby D. Robertson, *Factors Influencing the Adoption of New Methods of Legislative Oversight in the U.S. States*, 6 *LEGIS. STUD. Q.* 133, 139–40 (1981); Dan R. Price, *Sunset Legislation in the United States*, 30 *BAYLOR L. REV.* 401 (1978).

²⁷ Ver de forma general Neal Katyal, *Sunseting Judicial Opinions*, 79 *NOTRE DAME L. REV.* 1237 (2004)

²⁸ Ver Jackson, *supra* nota 6; TEITEL, *supra* nota 6.

²⁹ Ver *infra* parte II.A.

³⁰ Ver Adam M. Samaha, *Undue Process*, 59 *STAN. L. REV.* 601, 616 (2006).

efectos indeseados, puede permitirse que expire. El constitucionalismo temporal tiende a promover el incrementalismo y la experimentación, porque le permite a los constituyentes incorporar una mayor calidad y cantidad de información sobre los efectos empíricos de las normas constitucionales en su análisis posterior³¹. El constitucionalismo temporal sirve como una respuesta parcial al problema del mandante-agente, que puede surgir cuando los agentes –los diseñadores constitucionales– no actúan de acuerdo al mejor interés de sus mandantes –los ciudadanos³². El uso de constituciones temporales promueve el monitoreo de los agentes por parte de los mandantes, al informar a los ciudadanos sobre las consecuencias de las decisiones de los constituyentes antes de que se afiancen en un documento duradero³³.

En segundo lugar, este ensayo aplica investigaciones comportamentales al diseño constitucional, para argumentar que el constitucionalismo temporal puede reducir los sesgos cognitivos que tienden a predominar en los momentos constitucionales. Bajo la heurística disponible ³⁴, las constituciones duraderas redactadas en momentos turbulentos, después de una guerra, revolución o crisis social, pueden reflejar un énfasis exagerado en necesidades inmediatas. Esto, a su vez, puede llevar a que, enfocándose en alcanzar la estabilidad y la unidad nacional, se sacrifiquen otras metas constitucionales como la igualdad y la protección de los derechos y libertades fundamentales³⁵. El sesgo del *statu quo* también puede crear oportunidades para que grupos poderosos, en naciones que están en transición de un régimen a otro (por ejemplo, de un autoritarismo a una democracia), barajen las cartas constitucionales en su favor, forzando una vuelta a un régimen similar el anterior. Si estos sesgos cognitivos se afianzan en una constitución, puede haber efectos adversos una vez la situación excepcional que dio origen al momento constitucional pase. Para reducir los sesgos cognitivos, una constitución temporal puede ser adoptada por un periodo interino, que permita que las pasiones transicionales se aquieten. Así, se puede alcanzar la estabilidad económica, social e institucional antes de redactar una constitución más duradera.

³¹ Cf. Gersen, *supra* nota 19, en la 248 (discutiendo los beneficios de la legislación temporal).

³² Ver Cf. Gersen, *supra* nota 19, en la 248 (discutiendo los beneficios de la legislación temporal).

³³ Ver *id.* en la 547.

³⁴ Ver *infra* notas 131–38 y el texto acompañante (discutiendo la heurística disponible, que sugiere que las amenazas recién surgidas suelen resaltar más que las surgidas con anterioridad).

³⁵ Ver *infra* notas 148–57 y el texto acompañante.

En tercer lugar, las constituciones temporales pueden facilitar la construcción de consenso cuando el costo de las decisiones —el costo de las deliberaciones, de las negociaciones y de finalizar constituciones escritas— es alto. Siendo un tema delicado en lo que se refiere a la construcción de consensos, el diseño constitucional necesita de colaboración entre facciones que tienen visiones opuestas sobre lo que debería ser la constitución. La naturaleza duradera de las constituciones, y la dificultad de reformar o derogar una provisión constitucional, elevan los costos de las decisiones. Esto lo hace al incrementar los incentivos para resistirse a los opositores de una provisión objeto de discusión, quienes de otra manera tendrían la carga de derogar la provisión. Conflictos sobre debates constitucionales pueden desencarrilar el proceso de diseño en su totalidad³⁶. El constitucionalismo temporal puede reducir el costo de las decisiones y promover la construcción de consensos. Esto lo hace al limitar temporalmente la provisión en disputa, disminuyendo, en alguna medida, la vehemencia de sus opositores, quienes temen que su posicionamiento en un documento duradero haga que su reforma o su derogatoria sean prácticamente imposibles. Quienes la proponen, a su vez, pueden acceder a un límite temporal en la provisión presumiendo, correcta o incorrectamente, que su poder político a la hora de su expiración les va a permitir renovarla. Finalmente, el paso del tiempo también puede disminuir el conflicto constitucional, debido a cambios en las normas sociales y culturales.

En cuarto lugar, el constitucionalismo temporal puede suavizar el problema de la “mano muerta”, que se refiere a la habilidad de los constituyentes para crear normas que van a gobernar generaciones futuras, mucho después de sus muertes. La evolución de las normas sociales y culturales puede volver ciertas normas constitucionales innecesarias o impertinentes, trayendo como resultado una constitución invadida de provisiones anacrónicas. El constitucionalismo temporal puede relajar la mano muerta. Lo hace al permitir que los constituyentes limiten provisiones constitucionales respecto de las cuales no tienen seguridad sobre las consecuencias, o respecto de aquellas que se estén encargando de problemas sociales temporales. Alternativamente, los constituyentes pueden elegir ponerle un límite temporal a las normas sobre reformas constitucionales, y bajar el umbral para reformas después de cierto tiempo. Esto podría, a su vez, suavizar las esposas puestas a las generaciones futuras.

A pesar de los beneficios significativos, las constituciones temporales no son la panacea de todos los problemas constitucionales. Por el contrario, pueden imponer sus propios costos al Estado al socavar la estabilidad y la

³⁶ Ver *infra* nota 220 y el texto acompañante.

eficiencia en el diseño constitucional, y al introducir diferentes tipos de sesgos cognitivos en el proceso de diseño. Estos costos, y algunas fórmulas para disminuirlos, son discutidos a lo largo de este ensayo, particularmente en la parte III.

Este ensayo se divide en tres partes. La parte I establece algunas características básicas y formas de constituciones temporales. La parte II examina sus funciones y establece una teoría para explicar por qué y en qué contextos las constituciones temporales pueden proveer una alternativa mejor que sus contrapartes duraderas. La parte II A analiza cómo las constituciones temporales pueden reducir los costos de errores y promover tanto el incrementalismo como la experimentación en el diseño constitucional; la parte II B estudia cómo pueden ser usadas eficientemente para reducir los sesgos cognitivos; la parte II C explica cómo pueden reducir los costos de las decisiones en el diseño constitucional y promover la construcción de consensos; y la parte II D examina cómo las constituciones temporales pueden mitigar el control de la “mano muerta” de los constituyentes. La parte III analiza posibles objeciones frente al constitucionalismo temporal y discute las ventajas y desventajas de las constituciones temporales frente a métodos alternativos de diseño constitucional que buscan reducir la rigidez y permanencia constitucional. Estos métodos incluyen las cláusulas “por vía legislativa”, los umbrales bajos de reforma y la vaguedad constitucional.

II. Definición y forma

Según la regla generalmente aceptada, una constitución debe ser perpetua³⁷. Destinada a ser de larga duración, si no permanente³⁸, una constitución o una provisión constitucional se queda en su lugar hasta que no sea reformada o derogada. La regla aplicable a las constituciones temporales es diferente. Una constitución o una provisión constitucional temporales, tal y como las define este ensayo, limitan su propio término y son derogadas automáticamente en su fecha de expiración, a menos de que sean renovadas a través de procesos regulares de reforma constitucional³⁹.

³⁷ Las constituciones, en palabras de Vicky Jackson, son “instrumentos legales fundacionales en términos de definir y localizar la legítima autoridad para gobernar, superior jerárquicamente sobre otras fuentes de derecho, y afianzada –es decir, son más difíciles de cambiar que otros tipos de ley y están diseñadas para durar”. Jackson, *supra* nota 6, en la 1250.

³⁸ Ver nota 6.

³⁹ A pesar de que algunas naciones, entre estas la Gran Bretaña, funciona con constituciones “descodificadas”, este ensayo se centra exclusivamente en las constituciones codificadas.

El cambio en la premisa entre las constituciones duraderas y las temporales tiene un efecto significativo de inversión de la carga política. En las primeras, los oponentes de una provisión constitucional tienen la carga de reformarla o derogarla. A pesar de que reformar una constitución duradera es posible⁴⁰, los oponentes deben reunir el apoyo popular y político necesario para alcanzar las supermayorías de reforma que la mayoría de constituciones democráticas imponen⁴¹, lo que hace que la reforma constitucional sea bastante más difícil que el proceso legislativo ordinario. Además, catalogar una decisión política como constitucional, en vez de legislativa, normalmente hace que proponer y promulgar reformas sea más complicado⁴². Especialmente cuando las apuestas políticas son altas, las reformas constitucionales son particularmente difíciles: los partidos políticos se benefician de mantener una postura distinta en temas constitucionales polémicos, y las opiniones disidentes dentro de los partidos son poco comunes⁴³. A diferencia de lo que sucede con las constituciones duraderas, donde los oponentes deben hacer el trabajo más pesado, los proponentes en las constituciones o en las provisiones constitucionales temporales son los que tienen la carga de hacer que la provisión vuelva a entrar en vigor una vez ha expirado. Este cambio en la regla aplicable, con la respectiva inversión de la carga, trae beneficios y costos para el constitucionalismo que permanecen inexplorados por la literatura del tema.

⁴⁰ Algunas constituciones prohíben completamente la reforma de una o más de sus provisiones. Ver Richard Albert, *The Expressive Function of Constitutional Amendment Rules*, 59 MCGILL L.J. 225 (2013).

⁴¹ Ver Elster, *supra* nota 6, la 366. Una excepción notable es Nueva Zelanda, que permite la reforma constitucional a través de “esfuerzos legislativos ordinarios”. *Temporal Limits on the Legislative Mandate: Entrenchment and Retroactivity*, 1987 AM. B. FOUND. RES. J. 379, 394 n.61.

⁴² Ver Stephen M. Griffin, *The Nominee Is . . . Article V*, in CONSTITUTIONAL STUPIDITIES, CONSTITUTIONAL TRAGEDIES 51 (William N. Eskridge, Jr. & Sanford Levinson eds., 1998) [en adelante CONSTITUTIONAL STUPIDITIES, CONSTITUTIONAL TRAGEDIES]. Aun en Nueva Zelanda, donde la constitución puede ser alterada a través de un procedimiento legislativo ordinario, los documentos que tienen estatus constitucional tienden a ser más difíciles de cambiar o derogar. Ver JON ELSTER, ULYSSES UNBOUND: STUDIES IN RATIONALITY, PRECOMMITMENT, AND CONSTRAINTS 101 (2000); Eule, *supra* nota 40, en la 394 n.61 (quien resalta que, aun cuando hay procedimientos iguales a los de legislación ordinaria, “permanecen restricciones morales y políticas sobre la alteración legal de doctrina constitucional”).

⁴³ Ver Dixon & Ginsburg, *supra* nota 6, en la 656.

Las constituciones temporales pueden asumir principalmente dos formas⁴⁴. Primero, una constitución puede declararse temporal en su totalidad, como en los casos de Sudáfrica⁴⁵ y Polonia⁴⁶. Las constituciones que limitan la totalidad de su tiempo de vida son adoptadas, generalmente, esperando que se ratifique de manera más duradera un documento que se base en la constitución temporal, conservando algunas de sus características y alterando o abandonando otras⁴⁷.

Alternativamente, la fecha de ocaso puede aplicarse solo para ciertas provisiones constitucionales, como en los casos de Estados Unidos de América⁴⁸ y Portugal⁴⁹. Una limitación temporal se le puede poner a una provisión específica para promover la construcción de consensos entre quienes toman las decisiones⁵⁰. Las limitaciones temporales específicas también pueden ser útiles en aquellos casos en los cuales los constituyentes no tienen certeza respecto de las consecuencias prácticas de una norma constitucional⁵¹, cuando buscan conseguir cambios incrementales⁵² a pequeña escala, o si están respondiendo a un problema social de naturaleza temporal⁵³. El objetivo del constitucionalismo temporal es la creación de una mejor constitución duradera, que incorpore los beneficios generados por el uso de una constitución o una provisión constitucional temporales por un periodo interino.

La definición de este ensayo de una constitución o de una provisión constitucional temporales incluye aquellas que se declaran a sí mismas temporales sin establecer una fecha específica para su expiración. A

⁴⁴ El término “constitución temporal”, como es usado en este ensayo, es más amplio que el término “constitución transicional”, un término de alcance limitado que se refiere específicamente a las constituciones empleadas en momentos de cambio de régimen (ej, de autocracia a democracia). Ver, de forma general TEITEL, *supra* nota 6. El propósito de este ensayo es ir más allá de un limitado número de constituciones transicionales y analizar el uso del constitucionalismo temporal en todos los contextos posibles y en términos conceptuales y teóricos más amplios, algo que la literatura no ha hecho.

⁴⁵ Ver las *infra* notas 185–92 y el texto acompañante.

⁴⁶ Ver las *infra* notas 193–201 y el texto acompañante.

⁴⁷ Ver *e.j.*, UAE CONST., Dic. 2, 1971 art. 144

⁴⁸ Ver las *infra* notas 245–67 y el texto acompañante.

⁴⁹ Ver las *infra* notas 287–301 y el texto acompañante.

⁵⁰ Ver la *infra* Parte II.C (discutiendo la construcción de consensos).

⁵¹ Ver las *infra* notas 79–82 y el texto acompañante (discutiendo sobre la experimentación).

⁵² Ver las *infra* notas 69–78 y el texto acompañante (discutiendo el incrementalismo).

⁵³ Ver *infra* parte IID.

diferencia de las constituciones temporales que establecen su fecha de expiración, que expiran automáticamente, una constitución temporal sin una fecha de expiración específica permanece en vigor hasta que sea explícitamente derogada. Por ejemplo, la constitución temporal de la Alemania post-segunda guerra mundial, llamada la Ley Básica, no estableció una fecha de expiración⁵⁴. Sin embargo, la Ley Básica proveía que “sus efectos cesarían el día en el que una constitución libremente adoptada por el pueblo alemán tuviera efecto”⁵⁵, declarando así su naturaleza temporal.

El efecto en la inversión de la carga discutido anteriormente no aplica a las constituciones temporales sin fecha de expiración específica, ya que los detractores de estas constituciones seguirían teniendo la carga de reformarlas o derogarlas. Pero, aun sin un atardecer específico, la naturaleza temporal de una constitución tiende a disminuir la carga de reformar o derogarla. Esto ocurre al informar al público y a los actores políticos relevantes que la constitución es temporal y va a ser revisada eventualmente. La promesa de acción futura puede movilizar a simpatizantes y mantener viva la discusión constitucional, poniendo una presión política más fuerte sobre la idea de revisar la constitución temporal⁵⁶. A pesar de estas presiones, si los detractores no obtienen el apoyo popular y político necesario para efectuar cambios, la constitución temporal, aun a pesar de su objetivo, puede no ser ni modificada ni derogada. La Ley Básica alemana, por ejemplo, sigue en vigor⁵⁷.

Idealmente, por supuesto, los constituyentes redactarían constituciones sin errores, capaces de gobernar durante generaciones. La realidad empírica,

⁵⁴ GRUNDGESETZ FÜR DIE BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND [GRUNDGESETZ] [GG] [BASIC LAW], May 23, 1949, BGBl. I (Ger.), translation available at <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80201000.pdf>.

⁵⁵ *Id.* art. 146.

⁵⁶ Ver Dixon & Ginsburg, *supra* nota 6, la 646

⁵⁷ Ver Jackson, *supra* nota 6, la 1281. El hecho de que una constitución temporal se vuelva permanente no significa que el proyecto haya fracasado, y que no cumpla con las funciones que de ella se esperan. La naturaleza temporal de la constitución, por ejemplo, puede haber facilitado la construcción de consenso para aprobar el documento, mientras que una constitución permanente no hubiera logrado el mismo consenso, desencarrilando todo el proceso. Ver *infra* notas 227–37 y el texto acompañante (en donde se discute cómo las constituciones temporales pueden promover la construcción de consensos).

sin embargo, rara vez se encuentra con este ideal constitucional⁵⁸. Los constituyentes con frecuencia fracasan en la creación de consenso alrededor de preguntas constitucionales polémicas, no obtienen la información necesaria para determinar las consecuencias de sus decisiones constitucionales, no logran predecir la evolución de normas sociales y culturales e implantan sesgos cognitivos en el diseño constitucional en momentos de post-conflicto.

Estas dificultades y limitaciones generan costos de decisiones y costos de errores significativos. El costo de las decisiones se refiere a aquellos asociados con llegar a una decisión constitucional y el costo de errores se refiere a aquellos asociados con las consecuencias de esa decisión constitucional⁵⁹. La prevalencia de estos costos en el diseño constitucional y las formas en las que las constituciones temporales pueden servir para mitigarlos son discutidas en la parte II. Como se explica en esa parte, las limitaciones temporales en constituciones o en provisiones constitucionales deberían ser parte del análisis de costos en el diseño constitucional, especialmente donde los costos de decisiones y de errores son altos. Los costos de decisión tienden a incrementar cuando la apuesta constitucional y las pasiones constitucionales son altas y la construcción de consensos entre las partes es difícil. Los costos de error tienden a incrementar cuando la calidad de la información sobre una provisión constitucional es baja. En la medida en la que los costos de decisión y de error incrementen, la probabilidad de alcanzar un resultado constitucional óptimo disminuyen. Esta probabilidad también es baja cuando el ambiente del diseño de las políticas está dominado por sesgos cognitivos⁶⁰, cuando la incertidumbre sobre las consecuencias de una política pública es alta⁶¹, y cuando los constituyentes están respondiendo a problemas sociales que son en sí mismos temporales⁶².

Una constitución o una provisión constitucional temporales podrían mitigar los costos tanto de decisión como de error. Esto, al incrementar la cantidad y la calidad de la información disponible⁶³, reduciendo los sesgos cognitivos⁶⁴, promoviendo la creación de consenso⁶⁵ y permitiéndole a los

⁵⁸ Ver ELKINS, GINSBURG & MELLON, *supra* nota 6, en la 10 (“Establecer una constitución duradera es bastante difícil, particularmente en democracias emergentes afuera del Este y Norte América”).

⁵⁹ Ver Samaha, *supra* nota 29, en la 616.

⁶⁰ Ver *infra* Parte II.B.

⁶¹ Ver *infra* Parte II.A.

⁶² Ver *infra* Parte II.D.

⁶³ Ver *infra* Parte II.A.

⁶⁴ Ver *infra* Parte II.B.

⁶⁵ Ver *infra* Parte II.C.

constituyentes implementar soluciones temporales a problemas sociales temporales⁶⁶. Especialmente cuando el criterio al momento de redactar la constitución tiene altas probabilidades de ser impreciso, las provisiones constitucionales temporales dan ventajas significativas frente a sus contrapartes más duraderas⁶⁷. Por el contrario, si la decisión constitucional, al momento de ser redactada, tiene altas probabilidades de ser correcta, debería preferirse una constitución duradera⁶⁸.

A través de este ensayo también considero otras dos preguntas sobre las constituciones temporales, una sobre su contenido y la otra sobre su duración: ¿qué tipos de provisiones constitucionales se ajustan mejor a limitaciones temporales, y cuál es el límite ideal para estas? A pesar de que las respuestas a estas preguntas dependen en gran medida del contexto, este ensayo identifica una serie de variables relevantes para responder estas preguntas y provee algunas prescripciones generales. En cuanto al contenido, los límites temporales impuestos a provisiones fundamentales y estructurales tenderán a tener un impacto negativo mayor en la estabilidad constitucional si se permite que expiren, a diferencia de provisiones que afecten aspectos sustanciales o procesales⁶⁹. En lo que se refiere a la duración, el periodo interino debería durar lo suficiente para que se puedan disipar los sesgos cognitivos y para que se pueda recolectar y debatir suficiente información. Sin embargo, en algún punto, el beneficio marginal de mantener una provisión temporal va a superar su costo marginal. Mientras más dure en vigor una provisión constitucional, es menos probable que sus detractores acepten que se incluya en la constitución y es más probable que la expiración de la provisión desestabilice la comunidad política. El beneficio marginal, a su vez, variará según el propósito que haya guiado la implantación de la provisión temporal. Por lo anterior, este ensayo considera detalladamente el cálculo costo-beneficio sobre los varios propósitos que las constituciones temporales pueden servir en las cuatro secciones de la parte II. Cada parte corresponde a un propósito para el que puede servir el constitucionalismo temporal. En la mayoría de los casos, la duración adecuada es de varios años.

III. Funciones de las constituciones temporales

En cuatro secciones, esta parte analiza los beneficios de las constituciones temporales sobre sus contrapartes más duraderas. En la sección A se

⁶⁶ Ver *infra* Parte II.D.

⁶⁷ Cf. Gersen, *supra* nota 19, en la 261 (discutiendo los beneficios de la legislación temporal).

⁶⁸ Ver *id.* la 268 n.75.

⁶⁹ Ver *infra* Parte III.A.

discute cómo las constituciones temporales pueden promover el incrementalismo y la experimentación cuando los costos por error son altos; en la sección B se estudia cómo pueden reducir los sesgos cognitivos que predominan en el diseño constitucional; en la sección C se analiza cómo pueden facilitar la construcción de consensos donde los costos de decisión son altos; y en la sección D se explica cómo las constituciones temporales pueden mitigar el problema de “la mano muerta”, al facilitar el control inter-temporal por parte de los constituyentes.

A. Incrementalismo y experimentación

La primera exposición sobre el incrementalismo aparece en el libro *Politics, Economics and Welfare*⁷⁰ de Robert Dahl y Charles Lindblom. Éstos autores definen el incrementalismo como un “proceso de verificación constante de las preferencias a través de la experiencia”⁷¹. El incrementalismo es una forma de acción social que “toma la realidad existente como una alternativa y compara las ganancias y pérdidas probables de alternativas parecidas”, haciendo ajustes⁷². El incrementalismo, según Dahl y Lindblom, promueve de muchas maneras la toma de decisiones racionales⁷³. En primer lugar, es difícil predecir las implicaciones de alternativas desconocidas que solo están remotamente relacionadas a la realidad existente⁷⁴. La gente no puede, racionalmente, elegir entre alternativas que son fundamentalmente diferentes a la realidad existente. Sólo después de haber experimentado con otras alternativas pueden determinar si éstas son mejores o no⁷⁵. Además, el incrementalismo ayuda a verificar las consecuencias de una acción: la alteración aislada de una variable permite una comparación más comprensiva de los resultados⁷⁶. El incrementalismo también es reversible: cuando ocurren errores, lo cual es inevitable, pueden ser corregidos⁷⁷. Finalmente, el incrementalismo permite la alteración continua de los arreglos existentes sin que esto implique la destrucción de la organización que está operando actualmente⁷⁸. Cambios abruptos y de gran escala a normas y códigos preexistentes pueden enfrentarse a una resistencia

⁷⁰ ROBERT A. DAHL & CHARLES E. LINDBLOM, *POLITICS, ECONOMICS, & WELFARE* (1953).

⁷¹ *Id.* en la 83.

⁷² *Id.* en la 82.

⁷³ Ver *Id.* de la 82-83.

⁷⁴ *Id.* en la 82.

⁷⁵ *Id.* de la 82-82.

⁷⁶ *Id.* en la 83.

⁷⁷ *Id.*

⁷⁸ *Id.*

considerable⁷⁹, impidiendo su modificación. Por el contrario, cambios pequeños e incrementales pueden ser más tolerables.

La experimentación es un fenómeno relacionado, pero ligeramente diferente. La experimentación constitucional suple información sobre sus resultados. Esto, a su vez, facilita realizar cambios racionales⁸⁰. La experimentación puede ser incremental, pero no lo es necesariamente⁸¹. También, puede ocurrir en gran o en pequeña escala. En los Estados Unidos de América, por ejemplo, los estados sirven como laboratorios para experimentar políticas, produciendo soluciones alternativas a problemas sociales⁸². Estos experimentos crean un cuerpo de conocimiento comparativo sobre las ventajas y desventajas de políticas particulares⁸³.

¿Cómo se aplican estos beneficios teóricos del incrementalismo y la experimentación en el contexto del constitucionalismo y el diseño constitucional temporales? Una constitución duradera, particularmente aquellas que tienen normas de reformas difíciles de satisfacer, pueden imponer costos de error enormes⁸⁴. Las consecuencias de una decisión constitucional pueden ser reveladas solo por el paso del tiempo⁸⁵. Una provisión constitucional puede ser impracticable o producir efectos sustantivos indeseados⁸⁶. A pesar de esto, una constitución duradera puede bloquear los intentos de actualizar o reformar estas provisiones constitucionales y congelar normas desatinadas en el sistema jurídico.

Por el contrario, las constituciones temporales pueden facilitar el incrementalismo y la experimentación constitucional, al reducir los costos de error inherentes a una constitución duradera⁸⁷. En una constitución temporal que expresamente establezca una revisión, los errores del momento de la redacción (momento 1) pueden ser más fácilmente rectificadas a la hora de su ocaso (momento 2). La información sobre las consecuencias prácticas de una norma constitucional adoptada, de manera abstracta, en el momento 1 puede ser integrada al proceso de

⁷⁹ *Id.* de la 83-84

⁸⁰ *Id.*

⁸¹ *Id.* en la 84.

⁸² Ver *New State Ice Co. v. Liebmann*, 285 U.S. 262, 311 (1932) (Brandeis, J., en su salvamento).

⁸³ Ver DAHL & LINDBLOM, *supra* nota 69, en la 84

⁸⁴ Ver Rosalind Dixon, *Updating Constitutional Rules*, 8 SUP. CT. REV. 319, 321 (2009);

Dixon & Ginsburg, *supra* nota 6, en la 638.

⁸⁵ Ver Dixon & Ginsburg, *supra* nota 6, en la 644

⁸⁶ Ver Dixon, *supra* nota 83, en la 321.

⁸⁷ Ver Gersen, *supra* nota 19, en la 267

reexaminación en el momento 2, permitiendo un proceso de toma de decisiones más significativo e incrementando las posibilidades de que una norma óptima sea adoptada⁸⁸. Si una provisión no generó los efectos deseados durante un periodo interino, puede ser derogada o reformada. Además, si los costos fueron generados por la ausencia de una provisión en una constitución totalmente temporal, la provisión ausente puede ser fácilmente incluida en la subsiguiente constitución duradera.

El incrementalismo y la experimentación también pueden mitigar, al menos parcialmente, el problema del mandante y el agente que puede surgir en el diseño constitucional⁸⁹. Este problema se refiere a que un agente –el constituyente– no necesariamente actúa de acuerdo a los intereses de su mandante –la ciudadanía⁹⁰. El uso de provisiones temporales con el propósito de fomentar el incrementalismo y la experimentación puede revelar información sobre las consecuencias prácticas de las normas constitucionales. Eso, a su vez, puede permitirle a la ciudadanía monitorear las consecuencias de las decisiones constitucionales de los constituyentes, antes de que sean incluidas en un documento más duradero⁹¹. En 1765, John Adams escribió que “la libertad no puede ser preservada sin un conocimiento general entre la gente, que tiene derecho... y deseo de conocer... el carácter y la conducta de sus gobernantes”⁹². Si la ciudadanía puede observar las consecuencias de decisiones constitucionales, especialmente las que se refieren a temas polémicos, puede premiar o castigar más fácilmente su comportamiento político⁹³. Además, como la provisión temporal está en vigencia solo por un

⁸⁸ Ver *id.* en la 266. Claro, la simple disponibilidad de información de mayor calidad no significa necesariamente que va a ser usada en el proceso de diseño constitucional. *Id.* En la 275. Consideraciones políticas, por ejemplo, pueden primar sobre la solución indicada por esa información superior, recolectada en el periodo interino. *Id.* en la 276. Este problema, sin embargo, no está limitado a las constituciones temporales. Los diseñadores de constituciones duraderas también pueden ignorar información importante con tal de alcanzar otros intereses.

⁸⁹ Ver Gersen & Posner, *supra* nota 31, en la 546–47.

⁹⁰ Ver *id.*

⁹¹ Ver *id.* en la 547.

⁹² Ver JOHN ADAMS, DISSERTATION ON THE CANON AND FEUDAL LAW (1765), *reimpreso en* 3 THE WORKS OF JOHN ADAMS 447, 456 (Charles Francis Adams ed., 1851).

⁹³ Ver TIMOTHY BESLEY, PRINCIPLED AGENTS?: THE POLITICAL ECONOMY OF GOOD GOVERNMENT 37, 99 (2006); John Ferejohn, *Incumbent Performance and Electoral Control*, 50 PUB. CHOICE 5, 10 (1986) (“Con información perfecta, el votante es capaz de extraer la mayor cantidad de renta en la transacción ... Intuitivamente, mientras más ventaja en términos de

periodo interino, el público tiene tiempo de movilizarse en contra de una norma constitucional indeseable antes de que sea incluida en un documento más duradero⁹⁴. Por el contrario, si esa norma fuera incluida inmediatamente en una constitución duradera, el público tendría que superar una barrera mucho más grande para obtener la reforma deseada⁹⁵.

La cantidad de información recolectada sobre una norma constitucional va a incrementar con la duración de la limitación temporal, o el periodo entre los momentos 1 y 2. Sin embargo, en algún punto, el beneficio marginal de recolectar información va a ser superado por el costo marginal de mantener la provisión temporal en su lugar. Mientras la limitación temporal sea más larga, es menos probable que sus detractores acepten que sea ratificada en el momento 1, y es más probable que su expiración en el momento 2 tenga un efecto desestabilizador indeseable⁹⁶.

Aún sin nueva información sobre la provisión constitucional generada en el periodo interino, una re-examinación en el momento 2 puede ser una medida en contra de políticas constitucionales inapropiadas⁹⁷, al obligar a los constituyentes a reconsiderar su decisión constitucional. Por ejemplo, el artículo 1, sección 8, cláusula 12 de la Constitución de los Estados Unidos de América restringe la apropiación de recursos para armar y apoyar ejércitos a un término de dos años⁹⁸. En El Federalista no. 26, Alexander Hamilton apoyaba esta provisión por sus “beneficios deliberativos”⁹⁹, ya que obligaría al congreso a “deliberar sobre la necesidad de mantener una fuerza militar armada; llegar a una nueva solución sobre el asunto; y declara su opinión sobre la materia, a través de un voto formal de cara a sus votantes”¹⁰⁰. A pesar de que la discusión de Hamilton se centra en los beneficios deliberativos de las apropiaciones legislativas temporales, su lógica se aplica igualmente a los beneficios deliberativos que puede traer el que los constituyentes revisen ciertas provisiones constitucionales para evitar o permitir que expiren. Las provisiones constitucionales que no vayan de acuerdo al interés público pueden expirar.

información tengan los oficiales, mayor será su habilidad de ganar rentas de su puesto oficial”).

⁹⁴ Ver Gersen & Posner, *supra* nota 31, en la 570.

⁹⁵ Ver *id.*

⁹⁶ Ver *infra* notas 306–13 y el texto acompañante (discutiendo la estabilidad constitucional).

⁹⁷ Ver Gersen, *supra* nota 19, en la 251

⁹⁸ U.S. CONST. art. I, § 8, cl. 12.

⁹⁹ Gersen, *supra* nota 19, en la 251

¹⁰⁰ THE FEDERALIST NO. 26, en la 129 (Alexander Hamilton) (Oxford Univ. Press 2008).

Un caso legislativo análogo, el Acta sobre la Ética en el Gobierno de 1978¹⁰¹, demuestra las virtudes de la experimentación y el incrementalismo. El concepto de un “fiscal especial” (llamado más adelante un “abogado independiente”) –que permitió acusar a oficiales de alto rango por crímenes federales, y se interrumpía solo a petición del Fiscal General– fue una noción nueva en nuestro sistema constitucional estadounidense¹⁰². Debido a que la noción no era conocida y los posibles errores podían ser graves, quienes redactaron el acta establecieron un tiempo de expiración de 5 años¹⁰³. Después de ese periodo interino, el Acta debía ser revisada para determinar si alguna de sus provisiones debería ser modificada o para permitir que expirara¹⁰⁴. El acta fue revisada y promulgada nuevamente en varias ocasiones debido a su éxito, pero se permitió que expirara en 1999¹⁰⁵. No puede negarse que la experimentación y el incrementalismo podrían ocurrir, inclusive, en las constituciones duraderas. Si una provisión de una constitución duradera trae resultados indeseables, puede ser derogada o reformada a través de un proceso de reforma constitucional. Pero reformar una provisión constitucional no es fácil. La mayoría de constituciones democráticas imponen unos requisitos de súper mayorías para su reforma, y las normas de reforma aplicables pueden hacer que el proceso de derogar o reformar una provisión ineficiente sea prácticamente imposible. Por ejemplo, de los 11.000 intentos de reformar la constitución de Estados Unidos de América desde su ratificación hace más de 220 años, sólo 27 han sido exitosos¹⁰⁶.

Aun en aquellos casos en los cuales las normas de reforma no son tan duras como en la constitución de Estados Unidos de América, la inclusión de una provisión en un documento que supuestamente va a ser duradero, o permanente, generalmente requiere un momento especial para superar el poder del *statu quo*. La inercia legislativa, un fenómeno ampliamente

¹⁰¹ Ethics in Government Act of 1978, Pub. L. No. 95-521, 92 Stat. 1824 (1978).

¹⁰² Ver Katyal, *supra* nota 26, en la 1242

¹⁰³ *Id.*

¹⁰⁴ S. Rep. No. 95-170, en la 76–77 (1977). El reporte del Senado por la Ley explica porqué un periodo de 5 años fue incluido en la ley. Cinco años es un plazo razonable para permitir que las provisiones de este capítulo operen y, después, revisarlas para analizar si muchos o muy pocos fiscales fueron elegidos.. o para determinar si es necesario revisar la forma de elegirlos, la forma de removerlos, o alguna otra porción significativa de este capítulo *Id.* en la 77.

¹⁰⁵ Benjamin J. Priestler, Paul G. Rozelle & Mirah A. Horowitz, *The Independent Counsel Statute: A Legal History*, 62 LAW & CONTEMP. PROBS. 5, 10 (Winter 1999).

¹⁰⁶ Dixon, *supra* nota 83, en la 342

estudiado¹⁰⁷, a menudo congela leyes malas porque, como lo dice Neal Katyal, “es mucho más difícil hacer que los legisladores *hagan* algo a lograr que *no* hagan algo”¹⁰⁸. El fenómeno de la inercia legislativa funciona *a fortiori* en relación a las constituciones, que generalmente son mucho más difíciles de reformar o derogar que la legislación ordinaria. Además, catalogar un asunto político como constitucional, en vez de legislativo, aumenta el interés político en el asunto y hace que sea más difícil realizar una modificación¹⁰⁹. Aun en el Reino Unido, donde el parlamento no está legalmente limitado por un texto constitucional codificado, la afirmación de que cierta legislación se relaciona con temas constitucionales “puede tener el efecto de subir la temperatura del debate”¹¹⁰. Así, la derogatoria de provisiones constitucionales, aun las que son poco atinadas, pueden ser terminantemente difíciles, y son sin lugar a dudas más difíciles que la derogatoria o la revisión de una provisión que se reconoce a sí misma como temporal¹¹¹.

El aprendizaje constitucional facilitado por el constitucionalismo temporal también puede surgir gracias a la comparación entre las implicaciones de ciertas provisiones constitucionales en diferentes países. La información que surge de estos análisis comparativos, sin embargo, puede depender en gran medida del contexto en el que ocurran. Normas constitucionales que son apropiadas en un contexto pueden ser inapropiadas en otro, por una pluralidad de razones políticas, históricas, culturales o legales. El método más acertado para determinar la pertinencia de una norma constitucional en un contexto particular es implementarla y verificarla en dicho contexto para ver sus resultados.

Es importante notar que aun en las constituciones temporales es necesario hacer un cálculo de riesgo, aunque este va a ser menor que en una constitución duradera. La adopción inicial de una provisión constitucional, aun por un periodo temporal, puede traer consecuencias difíciles de predecir al momento de su adopción. A diferencia de una constitución

¹⁰⁷ Ver, ej., Gersen & Posner, *supra* nota 31, en la 560 (“[L]a acción legislativa es más difícil y costosa que la quietud.”); Katyal, *supra* nota 26, en la 1237, 1240

¹⁰⁸ Katyal, *supra* nota 26, en la 1240.

¹⁰⁹ Ver JANET L. HIEBERT, *LIMITING RIGHTS: THE DILEMMA OF JUDICIAL REVIEW* (1996); Griffin, *supra* nota 41, en la 51.

¹¹⁰ ERIC BARENDT, *AN INTRODUCTION TO CONSTITUTIONAL LAW* 30 (1998).

¹¹¹ El mismo fenómeno se puede observar en el context de diseño de productos. Al igual que normas constitucionales inapropiadas, productos inferiores, como el ineficiente teclado QWERTY, pueden dominar persistentemente el mercado por los costos inherentes a superar el sesgo del statu quo. Ver ELKINS, GINSBURG & MELLON, *supra* nota 6, en la 15.

duradera, sin embargo, una constitución temporal le permite a los constituyentes limitar el alcance temporal de una provisión para poder derogarla o modificarla cuando expire dicha provisión. Esto, a su vez, le permite a los constituyentes controlar y minimizar los riesgos inherentes a la toma de decisiones constitucionales.

Un último beneficio del incrementalismo surge en el contexto de las reconstrucciones constitucionales. A menudo, estas implican un proceso de dos pasos: el desatrincheramiento o ruptura del régimen anterior, seguido de una reconstitucionalización¹¹². La probabilidad de alcanzar los dos objetivos de un soplo es baja. Como lo ha argumentado William Partlett, puede ser necesario conservar, temporalmente, estructuras del régimen anterior mientras se consolidan nuevas instituciones en la reconstitucionalización¹¹³. En Europa central y oriental, por ejemplo, las instituciones y constituciones de la era comunista “jugaron un rol protagónico en el nuevo orden constitucional”, al limitar ejercicios unilaterales de poder y al promover más deliberación y negociación¹¹⁴. De la misma forma, como lo he argumentado en otros artículos, en ciertos contextos históricos, las fuerzas militares han promovido la democracia constitucional en las etapas iniciales de transición de un régimen autocrático a una democracia constitucional¹¹⁵.

Al mismo tiempo, sin embargo, la inclusión de los militares de los regímenes anteriores en una constitución duradera puede sacrificar legitimidad constitucional a largo plazo¹¹⁶. Una mejor alternativa puede ser adoptar una constitución temporal que preserve, de ser necesario, instituciones del régimen anterior de manera temporal mientras que las nuevas instituciones se desarrollan¹¹⁷. Las constituciones temporales

¹¹² Ver TEITEL, *supra* nota 6, en la 200

¹¹³ William Partlett, *The Dangers of Popular Constitution-Making*, 38 BROOK. J. INT'L L. 193 (2012) [en adelante Partlett, *Dangers of Popular Constitution-Making*]; William Partlett, *Is Egypt's Transition to Democracy Really So Stupid?*, I•CONnect (Nov. 11, 2012), <http://www.iconnectblog.com/2012/11/is-egypts-transition-to-democracy-really-so-stupid> [en adelante Partlett, *Egypt's Transition*].

¹¹⁴ Partlett, *Egypt's Transition*, *supra* nota 112.

¹¹⁵ Ver de forma general Ozan O. Varol, *The Military as the Guardian of Constitutional Democracy*, 51 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 547 (2013) [en adelante Varol, *Guardian*]; Ozan O. Varol, *The Democratic Coup d'État*, 53 HARV. INT'L L.J. 291 (2012) [de aquí en adelante Varol, *Democratic Coup*].

¹¹⁶ Ver Varol, *Guardian*, *supra* nota 114, en la 595

¹¹⁷ Cf. MARINA OTTAWAY, *DEMOCRACY CHALLENGED: THE RISE OF SEMIAUTHORITARIANISM* 179 (2003) (“Un Nuevo gobierno democrático no

pueden ofrecer algunas reformas sustanciales sobre el régimen anterior, incluyendo algunos elementos e instituciones que apunten a un cambio constitucional más profundo¹¹⁸. En el contexto de las reconstrucciones constitucionales, la adopción de una constitución temporal, entonces, refleja la realidad de que una nación está en medio de una transición, que el nuevo régimen no se ha consolidado y que la reconstrucción está progresando.

El uso de constituciones temporales durante la reconstrucción constitucional también permite que haya gobernanza mientras la reconstitucionalización está en progreso. En la visión de la mayoría de sociedades en transición, la constitución es una premisa necesaria para volver a la política ordinaria¹¹⁹. Esta secuencia, altamente idealizada, pone a las sociedades en transición en una situación difícil. El proceso de creación legal es necesario para el funcionamiento de sociedades democráticas, pero redactar una constitución duradera es un proceso frustrantemente lento y problemático. Si una constitución duradera ha de redactarse con anterioridad al ejercicio ordinario de la política, los procedimientos legislativos pueden ser interrumpidos mientras la constitución está siendo redactada. El uso de una constitución temporal que autoriza la continuidad del proceso de creación legal permite que la redacción de un documento duradero no destruya las instituciones mínimas necesarias para la gobernanza¹²⁰.

Relacionado a lo anterior, una provisión constitucional también puede promover el incrementalismo, al servir como una “provisión atenuante”. Esta exime ciertas relaciones legales preexistentes de la aplicación de una nueva provisión constitucional¹²¹. Esto, a su vez, permite la implementación ordenada de un nuevo mandato constitucional sin interrumpir de manera abrupta las relaciones legales existentes¹²².

A pesar de que el incrementalismo y la experimentación constitucional tienen beneficios significativos, no sugiero que siempre deban preferirse. Si los constituyentes están adecuadamente informados, tienen sus preferencias normativas relativamente claras y la aceptación de estas

tiene la posibilidad de apoyarse en instituciones, porque las instituciones necesitan desarrollarse y no pueden generar poder de forma inmediata”).

¹¹⁸ Ver TEITEL, *supra* nota 6, en la 200.

¹¹⁹ Ver Jackson, *supra* nota 6, en la 1291.

¹²⁰ Ver *id.* (“Las políticas democráticas son imposibles de practicar si no hay una serie de reglas básicas y unidades de votación, usualmente encontradas (al menos en términos generales) en las constituciones”).

¹²¹ Ver, e.j., TEX. CONST., app’x (Notas sobre provisiones temporales adoptadas en reformas).

¹²² Ver *id.*

preferencias en la comunidad política es fuerte, pueden tomar saltos constitucionales más amplios de manera racional¹²³. Ciertamente, no tomar pasos hacia una constitución duradera cuando el momento es adecuado implica costos de oportunidad significativos y puede bloquear la adopción posterior de dicha norma. El constitucionalismo temporal en el contexto de la experimentación y el incrementalismo puede, entonces, ser usado principalmente cuando no hay certeza sobre las consecuencias a largo plazo de una norma constitucional o sobre la popularidad de dicha norma en la comunidad política.

B. Reduciendo los sesgos cognitivos

Muchos académicos argumentan que una revolución o un momento transicional son los momentos ideales para un cambio constitucional. Bruce Ackerman, por ejemplo, ha escrito sobre la “promesa de una constitución revolucionaria”¹²⁴. Para Ackerman, una revolución genera “una constelación política que permite la movilización de un apoyo amplio y profundo para una constitución liberal”¹²⁵. En otras palabras, hacer una constitución es la etapa final y necesaria de una revolución, y el orden pos-revolucionario necesita un “esfuerzo sistemático para afirmar los principios de un nuevo régimen”¹²⁶.

A pesar de ser atractivos en principio, estos argumentos ignoran la realidad empírica. Esa misma “constelación política” que moviliza apoyo para una nueva constitución también puede, de la misma manera, descarrilarla. Estos argumentos presumen un momento constitucional sano, apropiado para reflexionar tranquilamente. Pero los momentos constitucionales están marcados, generalmente, por conflictos apasionados y desestabilizantes. En

¹²³ Ver DAHL & LINDBLÖM, *supra* nota 69, en la 84.

¹²⁴ ACKERMAN, *supra* nota 6, en la 49.

¹²⁵ *Id.* en la 3.

¹²⁶ *Id.* en la 57. De igual forma, James Madison expresó su confianza en los momentos post revolucionarios para redactar constituciones: Debemos reconocer que todas las constituciones existentes fueron formadas en medio del peligro que reprimía las más antipáticas pasiones en favor del orden y la cordialidad; en favor de una confianza entusiasta de la gente en sus líderes patriotas, que paralizó la diversidad ordinaria de opiniones sobre temas importantes de la nación; de un ardor universal por nuevas y diferentes formas, producidas por un resentimiento e indignación universales en contra del gobierno anterior; y ningún miembro de ningún partido relacionado con los cambios que se iban a realizar, o los abusos que se iban a reformar, pudiera entrometerse en la operación. Las situaciones futuras en las que suponemos vamos a estar, no nos presentan un nivel de seguridad parecido frente al daño que está siendo aprehendido. THE FEDERALIST NO. 49, at 251 (James Madison) (Oxford Univ. Press 2008).

la Sección 1, explico por qué los momentos constitucionales con frecuencia presentan condiciones sub-óptimas para redactar una constitución duradera. La Sección 2 analiza cómo el uso de constituciones o de provisiones constitucionales temporales puede producir mejores resultados en los turbulentos momentos constitucionales.

1. La promesa fallida de los momentos constitucionales

Como atinadamente lo ha observado Jon Elster, “la tarea de redactar una constitución generalmente emerge en condiciones que probablemente van en contra de un buen diseño constitucional”¹²⁷. Con algunas excepciones¹²⁸, las constituciones son redactadas inmediatamente después de una guerra, una revolución, una crisis social o económica o alguna otra circunstancia excepcional¹²⁹. Esas mismas condiciones turbulentas que llevan a pedir una nueva constitución pueden promover un ambiente de diseño constitucional en el que primen las pasiones sobre la calma y la razón¹³⁰. Principalmente por cuatro razones, en los momentos constitucionales, a pesar de su glorificación en la literatura, los sesgos cognitivos tienden a predominar. Esto implica dejar de lado la razón, empeorando las condiciones para el diseño constitucional¹³¹.

Primero, como lo ejemplifican las reconstrucciones constitucionales después de la Primavera Árabe de 2011, los momentos constitucionales tienden a ser turbulentos, caracterizados por el caos, los conflictos, la inestabilidad económica y social, la violencia y, en ocasiones, una guerra civil. Una constitución duradera redactada en estos momentos (o inmediatamente después) se va a enfocar en las necesidades a corto plazo del posconflicto, y va a incluir provisiones consideradas como necesarias en una atmósfera de conflicto. Como lo ha observado Cass Sunstein, con la heurística de la disponibilidad, los eventos más recientes tienden a tener más impacto que los menos recientes¹³². Si un peligro particular ocurrió recientemente, la

¹²⁷ Elster, *supra* nota 6, en la 394; *ver también* Jackson, *supra* nota 6, en la 1249.

¹²⁸ Una excepción importante es la redacción de la constitución en Suecia, 1974, que ocurrió en circunstancias ordinarias. Ver Elster, *supra* nota 6, en la 370.

¹²⁹ Ver Elster, *supra* nota 6, en la 370–71

¹³⁰ Ver *id.* en la 394.

¹³¹ Para un repaso de los sesgos cognitivos que afectan la toma de decisiones, ver BEHAVIORAL LAW & ECONOMICS (Cass R. Sunstein ed., 2000); Christine Jolls, Cass R. Sunstein & Richard Thaler, *A Behavioral Approach to Law and Economics*, 50 STAN. L. REV. 1471 (1998).

¹³² Ver Cass R. Sunstein, *What's Available? Social Influences and Behavioral Economics*, 97 NW. U. L. REV. 1295, 1301 (2003); *see also* Amos Tversky & Daniel Kahneman, *Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases*, in JUDGMENT

gente tiende a creer que tiene una mayor probabilidad de volver a ocurrir en el futuro cercano¹³³. Por ejemplo, es menos probable que los residentes de un lugar en el que hay inundaciones compren un seguro si éstas no han ocurrido en un periodo largo de tiempo¹³⁴. Por el contrario, la cantidad de gente que compra seguros para terremotos aumenta después de que un terremoto fuerte ocurre¹³⁵.

De igual forma, los políticos y los ciudadanos pueden sobreestimar y reaccionar de manera exagerada a amenazas que surgieron en el caos del post conflicto, así sea altamente improbable que vuelvan a ocurrir¹³⁶. La heurística de la disponibilidad se presenta especialmente cuando los riesgos tienen un alto grado de prominencia –por ejemplo, cuando un riesgo reciente a resultado en muertes o en lesiones serias¹³⁷. Los actores políticos interesados, incluyendo los medios de comunicación, pueden explotar fácilmente la heurística de la disponibilidad para alcanzar sus objetivos¹³⁸. Esto, a su vez, puede resultar en la adopción de provisiones constitucionales basadas en información que es, en el mejor de los casos, preliminar y, en el peor, errónea¹³⁹.

Una población cansada del conflicto puede estar demasiado dispuesta a hacer compromisos constitucionales sin visión hacia el futuro con tal de asegurar estabilidad social y económica¹⁴⁰. Por ejemplo, los constituyentes

UNDER UNCERTAINTY: HEURISTICS AND BIASES 3, 11 (Daniel Kahneman, Paul Slovic & Amos Tversky eds., 1982) (“Hay situaciones en las que la gente determina la frecuencia de una clase o la probabilidad de un evento según la facilidad con la que lo puedan recordar... Este razonamiento heurístico es llamado disponibilidad”).

¹³³ Jolls, Sunstein & Thaler, *supra* nota 130, en la 1519.

¹³⁴ *Id.* en la 1518–19 (“El mismo fenómeno puede ocurrir en otras áreas del derecho regulador: un ejemplo es la transición hacia una regulación más estricta de la seguridad de los buses de colegios en el auge del cubrimiento periodístico de accidentes de buses en los que niños murieron.”).

¹³⁵ Sunstein, *supra* nota 131, en la 1301.

¹³⁶ Ver Gersen, *supra* nota 19, en la 269; Katyal, *supra* nota 26, en la 1239 (“El Congreso, enfrentado con la crisis del día, tiende a sobre reaccionar basándose en información incompleta.”).

¹³⁷ Ver Jolls, Sunstein & Thaler, *supra* nota 130, en la 1519; Cass R. Sunstein, *Terrorism and Probability Neglect*, 26 J. RISK & UNCERTAINTY 121, 121 (2003) (resaltando la tendencia de la gente a “mostrar miedo desproporcionado a los riesgos desconocidos”).

¹³⁸ Ver Jolls, Sunstein & Thaler, *supra* nota 130, en la 1519.

¹³⁹ Ver Gersen, *supra* nota 19, en la 270.

¹⁴⁰ Ver Katyal, *supra* nota 26, en la 1238 (resaltando que “el deseo natural de seguridad puede sobreponerse a los ideales abstractos de libertad e igualdad”); Ludsin, *supra* nota 6, en la 258; Eric A. Posner & Adrian Vermeule,

pueden darle al ejecutivo poderes de emergencia que le permitan limitar unilateralmente los derechos individuales en nombre de la seguridad o la unidad nacionales¹⁴¹. El deseo de preservar la estabilidad y la seguridad puede llevar a usos apresurados y abusivos de poderes de emergencia. El primer proceso de redacción de una constitución en Egipto, en su reciente transición hacia la democracia, tuvo como resultado un documento lleno de vacíos jurídicos que le permiten al gobierno limitar la protección de los derechos individuales buscando asegurar la seguridad nacional¹⁴². Como lo han comentado algunos doctrinantes, algunos egipcios “votaron sí ... para acabar con el caos de la transición en vez de votar que sí porque estaban de acuerdo con el contenido de la constitución”¹⁴³. Una constitución duradera que incorpora políticas generadas bajo el sesgo cognitivo característico del post-conflicto puede volverse rápidamente anacrónica, ya que sus provisiones dejan de tener sentido cuando pasa el momento de post-conflicto¹⁴⁴.

En los *Federalist Papers*, Alexander Hamilton y James Madison se refieren a las preocupaciones políticas “temporales” de manera peyorativa¹⁴⁵. Hablando de la Cámara de Representantes, Hamilton escribió lo siguiente en El Federalista no. 27:

[E]llos van a estar menos influenciados por los espíritus de facciones, y más alejados de esos malos humores ocasionales o prejuicios e inclinaciones temporales, que en sociedades más pequeñas frecuentemente contaminan las deliberaciones públicas,

Accommodating Emergencies, 56 STAN. L. REV. 605, 609 (2003) (“Durante una emergencia, la gente entra en pánico, y cuando lo hacen, apoyan políticas que son inapropiadas y excesivas.”).

¹⁴¹ Ver Ludsin, *supra* nota 6, en la 258–59; Posner & Vermeule, *supra* nota 139, en la 627 (“La tesis del pánico sostiene que el problema con las medidas de emergencias es ... que frecuentemente son usadas de forma irracional y, por lo tanto, se infringen libertades civiles sin crear suficientes beneficios en términos de seguridad nacional.”).

¹⁴² Ver, *ej.*, Marc Lynch, *The Battle for Egypt's Constitution*, FOREIGN POL'Y (Jan. 11, 2013), http://lynch.foreignpolicy.com/posts/2013/01/11/the_battle_for_egypts_constitution (“La redacción de la constitución en Egipto... ha sido un desorden absurdo por más de un año, y poco se parece a las concepciones académicas sobre cómo se debería desenvolver un proceso constitucional. Hubo muy pocos argumentos elevados, poca búsqueda de consenso nacional amplio, poco esfuerzo por alcanzar más allá de los intereses políticos y buscar un acuerdo político de una dimensión superior.”).

¹⁴³ David D. Kirkpatrick & Kareem Fahim, *Egypt Islamists Expect Approval of Constitution*, N.Y. TIMES, Dec. 16, 2012, en la A1.

¹⁴⁴ Ver Ludsin, *supra* nota 6, en la 271.

¹⁴⁵ Ver Gersen, *supra* nota 19, en la 250

promueven la injusticia y la opresión de parte de la comunidad, y engendran esquemas que, aunque van de acuerdo a esa inclinación o deseo momentáneo, terminan en insatisfacción y disgusto”.¹⁴⁶

Igualmente, escribiendo en *El Federalista* no. 10, Madison argumentaba que una forma de gobierno republicana era necesaria para evitar que los ciudadanos sacrificaran la justicia por “consideraciones parciales o temporales”.¹⁴⁷

Las provisiones sobre la detención preventiva en la Constitución India ilustran las preocupaciones de Madison y Hamilton. La Constitución India fue redactada después del fin del colonialismo británico y durante un periodo histórico plagado de conflictos, marcado por una rebelión armada en Telangana y por la violencia con Pakistán por disputas territoriales¹⁴⁸. Este momento turbulento produjo un sesgo cognitivo en la redacción de la Constitución India. A pesar de estar plenamente conscientes del uso tiránico que los británicos le habían dado a la detención preventiva, la Asamblea Constituyente rechazó protecciones al debido proceso para los detenidos y permitió el uso de la detención preventiva¹⁴⁹. Permitió esta detención extrajudicial sin cargos como una herramienta legítima de aplicación coercitiva de la ley para prevenir crímenes futuros¹⁵⁰. La detención preventiva era percibida como un mal necesario para salvaguardar el nuevo Estado en ese violento momento de transición. Sin embargo, su inclusión en una constitución duradera le permitió a oficiales del gobierno usarla para oprimir a la oposición mucho después de que las amenazas a la seguridad del Estado que hicieron surgir esa forma de detención preventiva habían terminado¹⁵¹. El uso de un límite temporal en las provisiones sobre detención preventiva hubiera tenido un mejor resultado.

Segundo, las constituciones deberían promover los derechos de las minorías en contra de los impulsos mayoritarios¹⁵². En cambio, una constitución

¹⁴⁶ THE FEDERALIST NO. 27, en la 132 (Alexander Hamilton) (Oxford Univ. Press 2008).

¹⁴⁷ THE FEDERALIST NO. 10, en la 53 (James Madison) (Oxford Univ. Press 2008).

¹⁴⁸ Ver Ludsin, *supra* nota 6, en la 259.

¹⁴⁹ Ver INDIA CONST. art. 22, § 3(b); Ludsin, *supra* nota 6, en la 259

¹⁵⁰ Ver INDIA CONST. art. 22, § 3(b); Ludsin, *supra* nota 6, en la 259

¹⁵¹ Ver Ludsin, *supra* nota 6, en la 260.

¹⁵² Ver Cass R. Sunstein, *Constitutionalism, Prosperity, Democracy: Transition in Eastern Europe*, 2 CONST. POL. ECON. 371, 385 (1991) (“Las provisiones constitucionales deberían estar diseñadas para contrarrestar los aspectos de la

redactada en un post-conflicto caótico puede forzar a grupos con poca representación a ceder en sus luchas por la igualdad para conseguir temas más urgentes, como la estabilidad y la unidad nacionales¹⁵³. Las mujeres, por ejemplo, tuvieron poca influencia en la redacción de la Constitución de Palestina, y tuvieron que dejar de lado sus aspiraciones de igualdad en nombre de la unidad nacional¹⁵⁴. La igualdad de las mujeres también fue sacrificada en las negociaciones tendientes a la formulación de la primera constitución egipcia post-Mubarak para contar con el apoyo de los ultraconservadores Salafistas, cuyo apoyo era necesario para la promulgación de la constitución en la Asamblea Constituyente¹⁵⁵. La Constitución fue adoptada apresuradamente bajo la idea de que era un paso necesario para terminar el conflicto post-revolucionario, asegurar la estabilidad política y económica y completar la transición del gobierno autocrático de Mubarak¹⁵⁶. El proceso constituyente de 1791 en Francia también tuvo como resultado una constitución que evitó la revisión judicial de constitucionalidad y con pocas restricciones a los impulsos mayoritarios¹⁵⁷. Estos ejemplos ilustran otro resultado de la heurística de la disponibilidad, que puede llevar a que no se regulen, o no se regulen de manera suficiente, algunos temas cuya importancia es subvalorada por parte de la comunidad política, como la igualdad, por la prominencia aparente de otras amenazas como la violencia y las protestas constantes¹⁵⁸.

Tercero, los momentos constitucionales también están sujetos al sesgo del *status quo*, que se refiere a la preferencia irracional por el estado actual de las cosas¹⁵⁹. Las revoluciones tienden a producir brotes de nostalgia¹⁶⁰, y el poder del *status quo* es innegable. En el desorden político y social que resulta de una transición democrática, muchos añoran la estabilidad económica y social del antiguo régimen¹⁶¹. El cambio puede ser costoso,

cultura y tradición de un país que van a causar daño a través del giro ordinario de los procesos políticos¹⁶¹).

¹⁵³ Ver Ludsin, *supra* nota 6, en la 272.

¹⁵⁴ Ver *id.* en la 273.

¹⁵⁵ Ver *Salafist Nour Party Rejects Gender Equality in Egyptian Constitution*, ALBAWABA NEWS (Nov. 5, 2013), <http://www.albawaba.com/news/egypt-constitution-531423>.

¹⁵⁶ Ver *Egypt Crisis: Rival Rallies as Referendum Looms*, BBC NEWS (Dec. 14, 2012), <http://www.bbc.co.uk/news/world-middle-east-20726474>

¹⁵⁷ Ver Elster, *supra* nota 6, en la 383.

¹⁵⁸ Ver Jolls, Sunstein & Thaler, *supra* nota 130, en la 1519; Ludsin, *supra* nota 6, en la 270

¹⁵⁹ Ver Dixon & Ginsburg, *supra* nota 6, en la 656.

¹⁶⁰ Ver SVETLANA BOYM, *THE FUTURE OF NOSTALGIA* (2001).

¹⁶¹ Ver GUILLERMO O'DONNELL & PHILIPPE C. SCHMITTER, *TRANSITIONS FROM AUTHORITARIAN RULE: TENTATIVE CONCLUSIONS ABOUT*

difícil de entender y cuestionable¹⁶². A medida que la fatiga de una revolución invade a una nación¹⁶³, las estructuras institucionales heredadas del régimen autocrático pueden parecer normativamente superiores a alternativas teóricas¹⁶⁴. Según una encuesta hecha en mayo de 2012 en Egipto realizada por el *Global Attitudes Project* del *Pew Research Center*, por ejemplo, el 52% de los encuestados creía que el país estaba peor o igual desde que Hosni Mubarak había salido del poder¹⁶⁵. Solo el 44% creían que Egipto estaba mejor sin Mubarak¹⁶⁶. En agosto de 2013, el 80% de los egipcios creía que el país estaba peor desde la salida de Mubarak¹⁶⁷. Una constitución redactada en este ambiente puede ser proclive a incluir provisiones indeseables para el progreso democrático.

Del mismo modo que la población general, los actores políticos que han heredado el poder de un gobierno autocrático pueden estar tentados a reformar y recrear –en otras palabras, producir una nueva autocracia en el

UNCERTAIN DEMOCRACIES 4 (1986) (“Comparado a periodos de “orden” que caracterizan la cúspide de los gobiernos autoritarios, la incertidumbre y descontrol que trae alejarse de este tipo de gobiernos crean la impresión de “desorden”. Esta impresión es comparada nostálgicamente con el pasado, pasando por alto o incluso lamentándose la reaparición de las calidades que el régimen anterior había suprimido: creatividad, esperanza, expresión propia, solidaridad y libertad.”).

¹⁶² Ver *See* Daryl J. Levinson, *Parchment and Politics: The Positive Puzzle of Constitutional Commitment*, 124 HARV. L. REV. 657, 691 (2011); *id.* en la 708 (“Mantener la coordinación alrededor del focal orden existente siempre va a ser más fácil que intentar implanter un regimen constitucioanl alternative”); Adam Przeworski, *Democracy as a Contingent Outcome of Conflicts*, in CONSTITUTIONALISM AND DEMOCRACY 59, 75 (Jon Elster & Rune Slagstad eds., 1988) (“El aparato del poder autoritario puede resistir la transición hacia la democracia, aun cuando las fuerzas dentro de la sociedad civil sobre las que se apoya el régimen estén dispuestas a darle una oportunidad a la democracia.”).

¹⁶³ Ver Michael Slackman, *When a Punch Line Is No Longer a Lifeline for Egyptians*, N.Y. TIMES, Apr. 6, 2011, en la A11.

¹⁶⁴ Ver Levinson, *supra* nota 161, en la 691.

¹⁶⁵ *Egyptians Remain Optimistic, Embrace Democracy and Religion in Political Life*, PEW RES. CENTER (May 8, 2012), <http://www.pewglobal.org/2012/05/08/chapter-1-national-conditionsand-views-about-the-future> [en adelante *Egyptians Remain Optimistic*]; *see also* Steven A. Cook, *It's Still Mubarak's Egypt*, FOREIGN POLY (June 13, 2012), http://www.foreignpolicy.com/articles/2012/06/13/it_s_still_mubarak_s_egypt (“Consideren la situación de Egipto estrictamente en numeros. La era Mubarak puede parecerle mayor a los egipcios – y no solo a los felool o lo que quedó de las antiguas estructuras de poder.”).

¹⁶⁶ *Egyptians Remain Optimistic*, *supra* nota 164.

¹⁶⁷ Mohamed Younis, *Egyptians See Life Worse Now than Before Mubarak's Fall*, GALLUP WORLD (Aug. 16, 2013), <http://www.gallup.com/poll/164015/egyptians-life-worse-mubarak-fall.aspx>.

proceso de reformarla. Las sociedades post-autoritarias no suelen tener una cultura de pluralismo político ni las instituciones necesarias para una gobernanza democrática efectiva. Esto se da porque los regímenes autoritarios aseguran su supervivencia paralizando a la oposición política y evitando el pluralismo económico y social. En una sociedad post-autoritaria, por lo tanto, muchas de las instituciones existentes no tienen la estabilidad para ser, inmediatamente, las que promuevan los acuerdos constitucionales ni, por lo tanto, las que promuevan una democracia competitiva. Muchos actores dentro de la comunidad política pueden no estar en condiciones de formar sus propias opiniones, ya que los regímenes autoritarios tienden a manipular la información, haciendo que ésta no sea creíble.

Sin pluralismo político ni oposición efectivos, los grupos poderosos tienen una oportunidad única para capturar el proceso constituyente y repartir la baraja constitucional a su favor. En Venezuela, por ejemplo, el presidente Hugo Chávez pudo capturar unilateralmente el control sobre la Asamblea Constituyente, produciendo una constitución que marginaliza a los grupos de oposición y crea un régimen autoritario¹⁶⁸. Los procesos constituyentes de Rusia, Bielorrusia y Kazakstán produjeron constituciones similares¹⁶⁹.

Cuarto, el proceso de hacer una constitución es frustrantemente largo y, sin embargo, a menudo debe condensarse en periodos cortos de tiempo¹⁷⁰. Esto exacerba los sesgos cognitivos. El establecimiento de una nueva constitución también suele ser un proceso dolorosamente lento, y un mercado político que funcione adecuadamente no surge de un día para otro¹⁷¹ –siendo este hecho ignorado en esta era de revoluciones a través de Twitter y Facebook. Las constituciones no son suscintos posts de 140 caracteres en Twitter, y décadas de represión, inestabilidad e inexperiencia en pluralismo político no se resuelven de un día para otro. La mayoría de las democracias emergentes no son capaces de manejar la presión de democratizarse rápidamente –crear instituciones políticas efectivas para las peleas sectarias, unirse a alianzas internacionales y sacar a los

¹⁶⁸ Ver David Landau, *Constitution-Making Gone Wrong*, 64 ALA. L. REV. 923 (2013).

¹⁶⁹ Ver Partlett, *Dangers of Popular Constitution-Making*, *supra* nota 112, en las 209–23.

¹⁷⁰ Ver Dixon & Ginsburg, *supra* nota 6, en las 642–43.

¹⁷¹ Ver Samuel P. Huntington, *Political Development and Political Decay*, 17 WORLD POL. 386, 395 (1965); *see also* NARCÍS SERRA, THE MILITARY TRANSITION: DEMOCRATIC REFORM OF THE ARMED FORCES 239 (Peter Bush trans., 2010).

militares de la política¹⁷². La visión compartida por la comunidad política de que se necesita llegar a soluciones constitucionales para los problemas inmediatos puede llevar a la imposición de límites de tiempo para los constituyentes. Algunos acuerdos políticos pueden estipular un límite de tiempo para los constituyentes en lo que se refiere al establecimiento de un marco básico de gobierno, como fue el caso de Kenia, de Nepal y, más recientemente, de Egipto¹⁷³.

Ocupantes extranjeros, ansiosos por terminar su participación en una reconstrucción constitucional, también pueden poner límites de tiempo al diseño constitucional¹⁷⁴. Por ejemplo, algunos actores internacionales, incluyendo los Estados Unidos de América y la ONU, le impusieron al proceso constituyente de Afganistán un límite de tiempo de 2 años –un verdadero reto para una sociedad que apenas estaba surgiendo de una guerra civil que duró 25 años¹⁷⁵. De manera similar, agentes de las Naciones Unidas impusieron al proceso de diseño constitucional del Este de Timor un límite de tiempo de 90 días¹⁷⁶. La ocupación de Estados Unidos de América a Iraq también apuró un proceso constituyente, que terminó en menos de 6 meses, después de un proceso en el que se excluyó a las facciones Sunni¹⁷⁷. La rápida producción de la constitución iraquí hizo muy poco para menguar el conflicto sectario en Iraq, y podría decirse incluso que apresuró el desencadenamiento de una guerra civil¹⁷⁸. Estos límites temporales en los procesos de diseño constitucional no permiten que haya suficiente deliberación de temas controversiales en materia de procedimiento y de sustancia constitucional y promueven que los sesgos cognitivos de corto plazo infecten un documento duradero.

¹⁷² Ver REBECCA L. SCHIFF, *THE MILITARY AND DOMESTIC POLITICS: A CONCORDANCE THEORY OF CIVIL-MILITARY RELATIONS* 4 (2009).

¹⁷³ Ver Dixon & Ginsburg, *supra* nota 6, en la 643.

¹⁷⁴ Ver *id.* en las 642–43.

¹⁷⁵ J. Alexander Thier, *Big Tent, Small Tent: The Making of a Constitution in Afghanistan*, in *FRAMING THE STATE IN TIMES OF TRANSITION: CASE STUDIES IN CONSTITUTION MAKING* 535, 558 (Laurel E. Miller ed., 2010) [hereinafter *FRAMING THE STATE IN TIMES OF TRANSITION*].

¹⁷⁶ Ver Louis Aucoin & Michele Brandt, *East Timor's Constitutional Passage to Independence*, in *FRAMING THE STATE IN TIMES OF TRANSITION*, *supra* nota 174, en las 245, 254

¹⁷⁷ Ver Jackson, *supra* nota 6, en las 1273 & n.61, 1275.

¹⁷⁸ Ver Dixon & Ginsburg, *supra* nota 6, en la 643; Mona Iman, *Draft Constitution Gained, but an Important Opportunity Was Lost*, U.S. INST. OF PEACE (Oct. 11, 2005), <http://www.usip.org/publications/draft-constitution-gained-important-opportunity-was-lost> (“Con más tiempo, la (Constitución iraquí) hubiera podido alcanzar más apoyo de los árabes Sunnies, con las ganancias en términos de legitimidad y paz que esto hubiera traído.”).

2. Las constituciones temporales en los momentos constitucionales

Los sesgos cognitivos resumidos en la sección anterior pueden dominar los momentos constitucionales y pueden resultar en la inclusión de normas constitucionales poco óptimas en documentos duraderos. El enfoque prevalente, que se obsesiona con el momento fundacional y el deseo de redactar una constitución duradera en ese momento, puede resultar en costos altísimos para la comunidad política. Las constituciones, después de todo, son un medio con el que se busca alcanzar un fin, no un fin en sí mismas. Deberían promover una transformación política positiva, no debilitarla¹⁷⁹.

Una constitución temporal puede aliviar las pasiones pasajeras que dominan algunos momentos constitucionales¹⁸⁰. Para reducir los sesgos cognitivos, una constitución temporal puede ser adoptada por un periodo interino, para permitir que las pasiones temporales pasen y que se alcance un nivel aceptable de estabilidad económica, social e institucional antes de redactar una constitución duradera. La estabilidad es a menudo necesaria para construir confianza entre partes que están en conflicto y para promover la construcción de consensos sobre temas controversiales¹⁸¹. Una constitución duradera redactada un buen tiempo después de una transición turbulenta puede permitir, en alguna medida, que los sesgos cognitivos disminuyan, y se promueva un proceso de toma de decisiones más racional¹⁸². Las constituciones temporales pueden dar la oportunidad para una “sobria segunda opinión”¹⁸³ sobre decisiones constitucionales adoptadas en un documento temporal¹⁸⁴. Además, una constitución temporal puede servir de medida provisional, estableciendo algunas normas básicas para la gobernanza de corto plazo. La adopción de esas normas básicas puede

¹⁷⁹ Ver TEITEL, *supra* nota 6, en la 200.

¹⁸⁰ Ver Gersen, *supra* nota 19, en la 250.

¹⁸¹ Ver Ludsin, *supra* nota 6, en la 268.

¹⁸² Ver Gersen, *supra* nota 19, en la 266.

¹⁸³ ALEXANDER M. BICKEL, *THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS* 26 (2d ed. 1986) (citando al magistrado Harlan F. Stone).

¹⁸⁴ Por ejemplo, explicando por qué las cláusulas atardecer fueron incluidas en ciertos artículos de la ley Patriota en Estados Unidos, el senador Levin afirmó: “Añadimos cláusulas atardecer para poder revisar la ley que redactamos después de reflexionar, en un contexto más apropiado para proteger nuestras libertades que el que, claro, tuvimos que pasar después del horrible y mortal ataque.” 152 CONG. REC. S1616 (2006).

servir para “civilizar los conflictos políticos” que, de otra forma, pueden tornarse en confrontaciones violentas¹⁸⁵.

Los constituyentes de Sudáfrica y Polonia, por ejemplo, usaron exitosamente constituciones temporales para superar los retos constitucionales que surgieron en sus transiciones hacia democracias más representativas y pluralistas. En vigor desde 1994 hasta 1997, la constitución temporal sudafricana se autoproclamó como “un puente histórico entre el pasado de una sociedad profundamente dividida, caracterizada por la lucha, el conflicto, sufrimiento inconmensurable y la injusticia, y un futuro fundado en el reconocimiento de los derechos humanos, la democracia, la coexistencia pacífica y el desarrollo de oportunidades para todos los sudafricanos, sin importar su color, raza, clase, credo o género.”¹⁸⁶ En palabras de su preámbulo, la constitución temporal de Sudáfrica reflejaba la necesidad práctica de promover “la unidad nacional, la restructuración y la gobernanza continuada de Sudáfrica, mientras que una Asamblea Constitucional elegida redacta la constitución final”¹⁸⁷.

La constitución temporal sudafricana le abrió el camino al establecimiento de una democracia pluralista y representativa, a pesar de haber sido ratificada por el parlamento de la era del apartheid¹⁸⁸. La constitución temporal era digerible, así tuviera sus orígenes en el régimen del apartheid, precisamente porque era expresamente provisional y preveía el establecimiento de una constitución permanente, redactada por una asamblea constituyente representativa ¹⁸⁹. Una legislatura elegida democráticamente comenzó a redactar una constitución en 1994 en un proceso extensamente difundido, lo cual resultó en la educación de más del

¹⁸⁵ Ver Heinz Klug, *Constitution-Making, Democracy, and the “Civilizing” of Irreconcilable Conflict: What Might We Learn from the South African Miracle?*, 24 WISC. INT’L L.J. 269, 291 (2007).

¹⁸⁶ S. AFR. (INTERIM) CONST., 1993, cap 15.

¹⁸⁷ S. AFR. (INTERIM) CONST., 1993, pmbl.; ver también Jackson, *supra* nota 6, en la 1268–69. (“La constitución interina fue un instrumento de gobernanza sustancial, que incluía más de 250 artículos en los que se trataban temas como la organización de la rama ejecutiva, legislativa y el poder judicial, además de las autoridades locales, provinciales y nacionales. Permitió, inter alia, el establecimiento de una Corte Constitucional y estableció los derechos básicos que esa corte debía defender. No solo especificó los procedimientos a seguir para adoptar la nueva constitución, sino que estableció treinta y cuatro principios básicos con los que la nueva constitución debía cumplir”).

¹⁸⁸ Ver TEITEL, *supra* nota 6, en la 198.

¹⁸⁹ *Id.*

70% de la población sobre el proceso constitucional¹⁹⁰. La constitución fue posteriormente puesta a consideración de la Corte Constitucional sudafricana que, basándose en la prohibición de discriminación étnica o racial en la constitución temporal, invalidó la constitución en cuestión¹⁹¹. La constitución fue redactada otra vez, de tal manera que cumpliera con los requisitos exigidos por la constitución temporal y fuera, con posterioridad, aprobada por la Corte Constitucional¹⁹². La adopción de la constitución temporal, que permitió la existencia de reglas legítimas para la gobernanza y el discurso, de la mano de la desaprobación por parte de la comunidad internacional del apartheid, ayudó a evitar el alto potencial de violencia que existía en la Sudáfrica post-apartheid¹⁹³.

De manera similar, en su transición del comunismo a la democracia, Polonia usó una constitución temporal¹⁹⁴. Después de la caída del comunismo en 1989, había consenso en Polonia sobre la necesidad de una nueva constitución, pero hubo pocos puntos de acuerdo sobre su sustancia, incluyendo la estructura del nuevo gobierno y la naturaleza de los derechos¹⁹⁵. Los actores políticos tenían desacuerdos agudos sobre el proceso de adopción y promulgación de la nueva constitución¹⁹⁶. La diversa composición del parlamento también hizo que el consenso sobre un documento totalmente nuevo fuera difícil de alcanzar: en su momento culmen, el cuerpo parlamentario estaba compuesto por treinta y ocho partidos políticos diferentes, con ideologías que iban desde el post-comunismo hasta pro-negocios y pro-reforma¹⁹⁷.

En este ambiente polarizado, la adopción de una constitución temporal, llamada “Pequeña Constitución” de 1992, demostró ser la mejor solución¹⁹⁸. La Pequeña Constitución, cuyo objetivo era proveer una solución temporal a la parálisis política, se enfocó exclusivamente en los cambios en la estructura del estado, dejando para un documento posterior la revisión de otros aspectos de la constitución anterior, incluyendo las libertades

¹⁹⁰ Ver Jackson, *supra* nota 6, en la 1269.

¹⁹¹ Ver *id.*; TEITEL, *supra* nota 6, en la 198 nn.20 & 22.

¹⁹² Ver Jackson, *supra* nota 6, en la 1269.

¹⁹³ Ver *id.* en la 1269–70; ver Klug, *supra* nota 184, en la 291.

¹⁹⁴ Ver David H. Cole, *Poland's 1997 Constitution in Its Historical Context*, 1998 ST. LOUISWARSAW TRANSATLANTIC L.J. 1. Ver de forma general MARK BRZEZINSKI, THE STRUGGLE FOR CONSTITUTIONALISM IN POLAND (1998).

¹⁹⁵ Ver Cole, *supra* nota 193, en la 28.

¹⁹⁶ *Id.*

¹⁹⁷ *Id.* en las 28-29.

¹⁹⁸ *Id.* en la 31.

individuales¹⁹⁹. La adopción de una constitución temporal también permitió que se prorrogaran temas delicados conciernientes a la relación entre el estado y la religión, incluyendo la regulación del aborto, que hubieran podido descarrilar el proceso de diseño constitucional²⁰⁰. El periodo interino en el que la Pequeña Constitución estuvo en vigor también permitió que hubiera más diálogo, además de la inclusión de una mayor cantidad de actores interesados. Una constitución más duradera fue adoptada cinco años después, en 1997, y sigue en vigor hoy en día²⁰¹. Muchas de las provisiones estructurales de la Pequeña Constitución fueron incluidas en la constitución de 1997, ya que probaron su utilidad durante el periodo interino²⁰².

El uso de una constitución temporal también puede dar más tiempo para que se formen partidos políticos mejor organizados y un mercado político más efectivo, siendo estos dos elementos esenciales para limitar un ejercicio unilateral del poder en la redacción de una constitución²⁰³. Con la formación de una oposición efectiva y una comunidad política mejor informada, los constituyentes tienen menos probabilidades de controlar el proceso constituyente a su voluntad. Un diseño más duradero puede ser mejor, sin embargo, cuando el ejercicio unilateral del poder en la constituyente no es un peligro inminente, o cuando los grupos dominantes no parecen tener la habilidad suficiente para capturar el proceso constituyente. En estas circunstancias, la comunidad política puede estar operando bajo el velo de ignorancia Rawlsiano, cuando los partidos relevantes no conocen los prospectos políticos ni la distribución de cargas y beneficios que van a resultar de la adopción de una norma constitucional²⁰⁴.

¹⁹⁹ *Id.*

²⁰⁰ Ver Jackson, *supra* nota 6, en la 1267 n.45; JON ELSTER, CLAUD OFFE & ULRICH K.PREUSS, INSTITUTIONAL DESIGN IN POST-COMMUNIST SOCIETIES: REBUILDING THE SHIP AT SEA 64 (1998).

²⁰¹ Ver Jackson, *supra* nota 6, en las 1265–66.

²⁰² Los elementos estructurales retenidos en la constitución de 1997 incluyen un parlamentarismo fuerte, el requisito de que ciertos actos presidenciales sean firmados por el Primer Ministro, la autorización al Sejm (la cámara baja del congreso) de superar el veto presidencial con una mayoría de dos tercios y un proceso “totalmente nuevo” para nominar y nombrar al Primer Ministro, en el que la carga de nombrar al Primer Ministro comienza en el presidente, pero se le transfiere al Sejm si el gabinete del nominado no recibe un voto de confianza de la mayoría absoluta del Sejm en los siguientes catorce días. Ver BRZEZINSKI, *supra* nota 193, en las 101–02, 120–26.

²⁰³ Ver Landau, *supra* note 167, en la 923 (cuando argumenta que “el principal reto de hacer una constitución es ... limitar los ejercicios unilaterales del poder”).

²⁰⁴ Ver Adrian Vermeule, *Veil of Ignorance Rules in Constitutional Law*, 111 YALE L.J. 399, 399 (2001) (“La regla del velo de ignorancia ... es una regla que suprime

Si, en estos casos, la comunidad política opta por adoptar una constitución temporal, alguno de los partidos políticos puede volverse dominante en el periodo interino y, así, capturar y controlar unilateralmente la redacción de una constitución duradera. Esto, a su vez, va a producir un resultado menos deseable que redactar la constitución duradera con anterioridad, cuando había una oposición política efectiva.

El paso del tiempo ciertamente no va a eliminar todos los sesgos cognitivos e, inclusive, es posible que surjan nuevos.²⁰⁵ Afectada por el sesgo del *status quo*, por ejemplo, la comunidad política puede preferir la conservación de una provisión temporal a pesar de que exista información sobre sus efectos indeseados. La prominencia de este sesgo también va a depender de la duración del límite temporal. Va a ser más pronunciado cuando la provisión temporal dure un periodo relativamente largo, lo cual puede dificultar la revisión de los juicios constitucionales, incluso aquellos que fueron considerados contenciosos al momento de su promulgación²⁰⁶. Este sesgo, sin embargo, tiene menos probabilidad de ser un problema serio cuando, como es el caso, la provisión constitucional da con anterioridad su fecha de expiración y pone a los actores políticos al tanto de que puede ser reformada, remplazada o derogada²⁰⁷. La prominencia de este sesgo disminuye aún más significativamente para las provisiones con una fecha de expiración expresa, ya que estas se derogan automáticamente en una fecha específica e invierten la carga de conseguir suficiente apoyo popular y político para volver a ponerla en vigor, que está en cabeza de quienes la propusieron. Además, la operación del sesgo hacia el *status quo* como resultado de una provisión temporal no siempre será negativa. Se pueden generar beneficios considerables en términos de construcción de consenso y de estabilidad constitucional si, por ejemplo, una provisión que fue altamente debatida es ampliamente aceptada debido a la operación pasiva de dicho sesgo durante el periodo interino.

el interés egoísta por parte de quienes toman las decisiones; lo hace al traerles incertidumbre sobre la distribución de beneficios y cargas que va a resultar de una decisión.”).

²⁰⁵ Ver también *infra* nota 241 y el texto acompañante (discutiendo sobre el sesgo de confirmación).

²⁰⁶ Ver Dixon & Ginsburg, *supra* nota 6, en la 657.

²⁰⁷ Algunos ejemplos prueban lo contrario. Por ejemplo, la Ley Básica alemana fue diseñada como una constitución temporal y, sin embargo, sigue vigente. Ver GRUNDGESETZ FÜR DIE BUNDESREPUBLIKDEUTSCHLAND [GRUNDGESETZ] [GG] [BASIC LAW] (Ger.); PETER E. QUINT, THE IMPERFECT UNION: CONSTITUTIONAL STRUCTURES OF GERMAN UNIFICATION 52–55 (1997).

También, es posible que nuevos riesgos o amenazas surjan cuando la constitución o la provisión temporales expiren, lo cual puede disparar la heurística de la disponibilidad para un nuevo grupo de amenazas poco probables, pero recientes. Si la longitud del límite de tiempo es mayor que el tiempo de post-conflicto, sin embargo, es poco probable que estos nuevos riesgos sean tan prominentes como las amenazas existentes en el momento inmediato del post-conflicto, marcado generalmente por conflictos profundos, protestas permanentes y violencia. La violencia continua puede, entre otras, bloquear la recolección de información y limitar la participación pública en el proceso de diseño constitucional²⁰⁸. Las tumultuosas reconstrucciones constitucionales recientes en la primavera árabe de 2011 son buenos ejemplos de las condiciones turbulentas que a menudo caracterizan los post-conflictos. Además, ejemplifican los retos que presentan dichas condiciones para la redacción de una constitución. Una constitución redactada después de la presencia de violencia revolucionaria puede no estar afectada en el mismo grado por sesgos cognitivos como las constituciones redactadas inmediatamente después del fin de un conflicto. Los plazos de las constituciones interinas en la Primavera Árabe, como en el caso de Egipto, fueron tan cortos que el tumulto del post-conflicto no había terminado. Por esto, las condiciones para aprovechar los beneficios del constitucionalismo temporal no se configuraron²⁰⁹.

La adaptación hedónica, que se refiere a la capacidad del humano para adaptarse a condiciones desagradables²¹⁰, también puede jugar un rol importante a la hora de reducir los sesos cognitivos. Los riesgos presentes en el post-conflicto pueden disminuir prominentemente, en la medida en la que el público se adapte a ellos en el periodo interino en el que está en vigor la constitución temporal. Una constitución duradera redactada después de la adaptación hedónica puede reorientar el enfoque de la comunidad política hacia metas constitucionales de largo plazo.

C. La construcción de consensos

El diseño constitucional es a menudo un delicado ejercicio de construcción de consensos. El proceso de diseño constitucional normalmente une a representantes de los grupos políticos relevantes para redactar un documento duradero que sea aceptable para, y responda a las necesidades

²⁰⁸ Ver Ludsin, *supra* nota 6, en la 255

²⁰⁹ Ver, e.j., *Constitution Net, Constitutional History of Egypt*, <http://www.constitutionnet.org/country/constitutional-history-egypt> (last visited Feb. 2, 2014).

²¹⁰ Ver John Bronsteen, Christopher Buccafusco & Jonathan S. Masur, *Hedonic Adaptation and the Settlement of Civil Lawsuits*, 108 COLUM. L. REV. 1516, 1527–28 (2008).

de, la mayoría de ciudadanos. La construcción de consensos y las negociaciones son, sin embargo, tareas difíciles y costosas. Asimetrías de información, incentivos para no negociar y pasiones constitucionales pueden hacer que los “costos de decisión” sean demasiado altos²¹¹. Estos costos, que son diferentes a los costos de error discutidos en la parte II.A, se refieren a la carga asociada a llegar a una decisión, incluyendo “tiempo, recursos y el desgaste emocional derivado de la incertidumbre, conflicto, preocupación y demás sentimientos similares”²¹².

El diseño constitucional ocurre entre grupos con visiones diferentes acerca de cómo debería ser la constitución que, por lo tanto, van tener desacuerdos, a menudo vehementes, sobre su contenido. Los constituyentes estadounidenses, por ejemplo, tuvieron desacuerdos apasionados sobre temas como el rol constitucional del gobierno federal de cara a los estados, la necesidad de una carta de derechos y la esclavitud. Los intentos recientes por redactar constituciones en el mundo árabe han revelado conflictos profundos sobre la relación entre religión y estado, la revisión de constitucionalidad, los derechos constitucionales de las mujeres y las minorías y las libertades de expresión y asociación²¹³.

Las pasiones constitucionales son otra fuente de problemas en cualquier proceso de diseño constitucional²¹⁴. A pesar de que algunas decisiones constitucionales son relativamente incontrovertidas, el diseño constitucional generalmente implica llegar a acuerdos sobre temas que acarrearán un peso histórico significativo²¹⁵. El diseño constitucional, por ejemplo, puede forzar a una sociedad que está dividida étnica, religiosa o socialmente a confrontar sus diferencias e incluso la historia de su conflicto. Otra sociedad puede verse forzada a resolver su historia de discriminación étnica o religiosa, o su fracaso a la hora de proteger la libertad de expresión y asociación. Es probable que la discusión sobre estos temas genere reacciones apasionadas de grupos que probablemente van a aportar perspectivas diferentes a la mesa de negociación constitucional. A pesar de que algo de pasión es necesaria para que arranque el proceso de diseño constitucional y para proveer la motivación necesaria para la acción, el exceso de pasión puede hacer que la construcción de consenso, en especial

²¹¹ Ver Elster, *supra* nota 6, en la 364; Dixon & Ginsburg, *supra* nota 6, en las 638, 642.

²¹² Samaha, *supra* nota 29, en la 616.

²¹³ Ver de forma general John Liolos, *Erecting New Constitutional Cultures: The Problems and Promise of Constitutionalism Post-Arab Spring*, 36 B.C. COMP. & INT'L L. REV. 219 (2013).

²¹⁴ Ver Elster, *supra* nota 6, en las 376–77, 382–86.

²¹⁵ Ver Dixon & Ginsburg, *supra* nota 6, en la 642.

sobre provisiones controversiales, sea demasiado difícil²¹⁶. Cuando las apuestas son altas, los partidos son menos propensos a ceder, y es probable que no negocien, esperando conseguir un trato mejor²¹⁷.

La naturaleza duradera de la constitución le añade aún más presión a su proceso de diseño. Cuando una provisión se incluye en una constitución, sus oponentes tienen la pesada carga de cumplir con requisitos de súper mayorías para reformarla. Sabiendo que van a tener esa carga, quienes se oponen a una provisión constitucional tienen pocos incentivos para ceder en este tema, haciendo que la negociación constitucional sea más difícil. Los incentivos para no negociar de los grupos minoritarios van a ser mayores cuando éstos creen que no ceder les va a dar más influencia posteriormente –debido a factores como, por ejemplo, las tasas de nacimiento, los patrones de inmigración o la posible intervención de un poder extranjero²¹⁸ o del ejército nacional a su favor.

En la medida en que los costos de tomar decisiones incrementan, la posibilidad de consenso sobre el documento fundacional disminuye. Esto, a su vez, puede hacer que algunas instituciones políticas no puedan ejercer funciones de gobierno básicas, imponiendo altos costos a la comunidad política²¹⁹. Como lo pone Christopher Eisgruber, “si la comunidad política se consume en debates interminables sobre cómo estructurar las instituciones políticas más básicas, va a ser incapaz de formular políticas públicas sobre las relaciones internacionales, la economía, el medio ambiente y la zonificación, entre otras.”²²⁰

En ocasiones, los conflictos sobre algunas decisiones constitucionales pueden descarrilar todo el proceso de diseño constitucional. Una minoría crítica de constituyentes puede amenazar con abandonar el proceso si una provisión no se ajusta a sus deseos. En el proceso reciente de diseño constitucional en Egipto, por ejemplo, hubo renunciaciones en masa por parte de miembros no islamistas en la Asamblea Constituyente, dominada por miembros islamistas²²¹. La constituyente de 2010 en Kenia también estuvo peligrosamente cerca de fracasar. Divisiones profundas sobre si se debería

²¹⁶ Ver id.

²¹⁷ Ver id. en la 639.

²¹⁸ Ver Jackson, *supra* nota 6, en la 1252.

²¹⁹ A decir verdad, el descarrilamiento de una constituyente no necesariamente va a tener las consecuencias desastrosas descritas en este contexto. Al menos en algunos casos, el statu quo puede ser suficiente para la comunidad política.

²²⁰ CHRISTOPHER L. EISGRUBER, CONSTITUTIONAL SELF-GOVERNMENT 13 (2001).

²²¹ Ver Lynch, *supra* nota 141.

y cómo se debería regular el aborto en la constitución fueron casi suficientes para que fracasara la constituyente²²².

Aun cuando la ratificación de la nueva constitución es posible sin la presencia de facciones críticas, como fueron los casos de Egipto, Iraq y Kenia, una constitución sobre la que no haya consenso puede traer problemas políticos a largo plazo²²³. Hay una correlación inversa entre el apoyo popular a una constitución y la posibilidad de que sea reemplazada en su totalidad²²⁴. En otras palabras, en la medida en que el apoyo popular a una constitución disminuye, la posibilidad de que ésta sea reemplazada en su totalidad aumenta²²⁵. En Egipto, por ejemplo, la constituyente, dominada por los islamistas, sirvió para polarizar aún más la nación²²⁶, galvanizando a millones para protestar contra la Hermandad Musulmán, y promoviendo una intervención militar en contra de la presidencia de Morsi en julio de 2013²²⁷. La intervención militar prácticamente volvió a

²²² Ver Dixon & Ginsburg, *supra* nota 6, en la 659.

²²³ Ver e.j. Andrew Arato, *Post-Sovereign Constitution-Making and Its Pathology in Iraq*, 51 N.Y.L. SCH. L. REV. 535, 555 (2006–07) (“La constitución iraquí y la constituyente, en vez de convertirse en herramientas para manejar una crisis y símbolos de estabilidad e identidad política en el futuro, se volvieron fuentes de agravio para los excluidos, siendo esto granparte de lo que propulsó una guerra civil.”); Nathan J. Brown, *Still Hope for Egypt’s Constitution*, FOREIGN POL’Y (Oct. 8, 2012), http://mideastafrica.foreignpolicy.com/posts/2012/10/01/egypt_s_constitutional_racers_stagger_toward_the_final_lap (“Meter una constitución por las malas, a pesar de las protestas de una minoría ruidosa dan un mal comienzo para el nuevo sistema político. Esto puede tener como resultado una atmósfera plagada de devisión amarga y suspicacia extrema, que poco va a hacer para alcanzar los fines del nuevo sistema político.”); ver también Ludsin, *supra* nota 6, en la 268 (“La experiencia de Líbano ejemplifica cómo las negociaciones constitucionales que no logran construir una identidad nacional no solo no logran alcanzar paz duradera pero también exacerban las divisiones y le quitan fuerza a los objetivos de gobernanza constitucional.”).

²²⁴ Ver Dixon & Ginsburg, *supra* nota 6, en la 645.

²²⁵ *Id.*

²²⁶ Ver Zaid Al-Ali, *Another Egyptian Constitutional Declaration*, FOREIGN POL’Y (July 15, 2013), http://mideastafrica.foreignpolicy.com/posts/2013/07/09/another_egyptian_constitutional_declaration (“La decisión final tomada por el Partido de la Libertad y Justicia de la Hermandad Musulmán (PLJ) de finalizar la redacción de la constitución en noviembre de 2012 a pesar de que los grupos no islamistas se habían retirado del proceso fue un golpe fatal a la constitución y a la credibilidad del partido.”).

²²⁷ Ver *id.*; *Egypt’s Army Ousts Morsi, Who Calls it a “Coup,”* CBS NEWS (July 3, 2013), <http://www.cbsnews.com/news/egypts-army-ousts-morsi-who-calls-it-a-coup>.

comenzar el proceso de transición democrático, en el que se redactó una nueva constitución, seguido de nuevas elecciones parlamentarias y presidenciales.

Para asegurar el consenso constitucional, puede ser necesario conformarse con la segunda mejor solución: incluir una formulación de las provisiones en conflicto, pero hacerlo temporalmente. Esto sirve de muchas formas. La naturaleza temporal de la provisión controvertida puede apaciguar, al menos en alguna medida, a los oponentes de la provisión, quienes temen que su posicionamiento en un documento duradero haga imposible removerla posteriormente²²⁸. Además, si la provisión tiene una fecha de expiración específica, la carga de conseguir apoyo para que siga en vigor es de quienes están a favor de la misma²²⁹. Estos pueden esperar tener suficiente poder político a la fecha de expiración para poder controlar el debate una vez llegue dicha fecha²³⁰. Quienes están en contra también pueden creer, correcta o incorrectamente, que van a tener el poder político suficiente para hacer en el futuro lo que no pudieron alcanzar en un primer momento. El uso de una provisión constitucional temporal puede motivar tanto a los oponentes como a los proponentes de la provisión a llegar a la segunda mejor solución en la negociación constitucional para evitar un conflicto político interminable y destructivo sobre la cuestión constitucional. Si, por el contrario, la mayoría tiene razones para creer que su poder político va a disminuir en el futuro, va a tener un incentivo importante para incluir sus preferencias en un documento duradero, en vez de adoptar un provisión temporal que puede ser derogada en un futuro, cuando sus oponentes tengan el poder de controlar los resultados políticos. La regulación del aborto durante la unificación alemana ilustra el poder de generación de consenso del constitucionalismo temporal. Antes de la unificación, las leyes sobre el aborto en la República Federal Alemana (Alemania Occidental) eran considerablemente más restrictivas que las de

²²⁸ Ver Tom Ginsburg, Jonathan S. Masur & Richard H. McAdams, *Libertarian Paternalism, Path Dependence, and Temporary Law* 7 (Coase-Sandor Inst. for Law & Econ. Working Paper No. 645, 2013), available at <http://ssrn.com/abstract=2278992> (“[T]emporary law is a form of political compromise that might decrease the costs of political struggles. Proponents of regulation will accomplish their goal . . . but by accepting an expiration date [will] bear the costs of extension. Opponents of regulation will be less opposed to temporary rules than permanent ones.”). The stakes involved in drafting a temporary constitution may be higher, however, where the constitution also specifies principles to which a future, more durable constitution must adhere, as in the case of South Africa. See Jackson, *supra* nota 6, en la 128–83; *supra* texto acompañante de las notas 185–92 (discutiendo la Constitución Surafricana).

²²⁹ Ver *supra* Parte I.

²³⁰ Ver Dixon & Ginsburg, *supra* nota 6, en la 650–51.

la República Democrática de Alemania (Alemania Oriental)²³¹. La redacción de leyes comunes sobre el aborto fue un tema particularmente difícil durante la negociación del Tratado de Unificación²³². La adopción de una norma duradera y clara sobre aborto hubiera podido poner en peligro la unificación, principalmente por la fuerte creencia, compartida por un amplio espectro de alemanes orientales, de que el acceso al aborto era una característica fundamental de su tejido social²³³. Para lograr consenso, los constituyentes incluyeron una provisión temporal en la Norma Básica de Alemania que le permitió a Alemania Oriental retener sus leyes sobre el aborto hasta el 31 de diciembre de 1992 (más o menos dos años después de la unificación)²³⁴. En junio de 1992, antes de la expiración de la provisión temporal, el Bundestag alemán adoptó una propuesta que permitía el aborto durante las 12 primeras semanas de embarazo, después de un asesoramiento obligatorio²³⁵.

La Constitución de Brasil de 1988 es otro ejemplo dicente. Uno de los debates centrales en el diseño constitucional versó sobre la adopción de un sistema de gobierno presidencialista²³⁶. Para reducir lo que estaba en juego para sus opositores, los proponentes de este sistema aceptaron una revisión obligatoria de las provisiones sobre el presidencialismo cinco años después de su adopción²³⁷. La promesa de esta revisión después de un periodo interino de cinco años facilitó considerablemente la construcción de consenso²³⁸.

²³¹ Ver QUINT, *supra* nota 206, en la 155 (“A diferencia del deber del gobierno de Alemania Occidental de prohibir el aborto (con algunas excepciones) el (gobierno de Alemania Oriental) adoptó en 1972 una ley que permitía todos los abortos durante los tres primeros meses.”).

²³² Ver *id.* en la 256.

²³³ *Id.* en la 256.

²³⁴ Ver *Id.* en la 157; GRUNDGESETZ FÜR DIE BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND [GRUNDGESETZ] [GG] [BASIC LAW] (Ger.) art. 143(1) (“La ley . . . puede alejarse de las provisiones de la Ley Básica por un period que no exceda el 31 de diciembre de 1992, siempre que la diferencia sea tal que haga el cumplimiento de la Ley Básica imposible.”). Ver *Id.* en la 157; GRUNDGESETZ FÜR DIE BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND [GRUNDGESETZ] [GG] [BASIC LAW] (Ger.) art. 143(1) (“La ley . . . puede alejarse de las provisiones de la Ley Básica por un period que no exceda el 31 de diciembre de 1992, siempre que la diferencia sea tal que haga el cumplimiento de la Ley Básica imposible.”)

²³⁵ QUINT, *supra* nota 206, en la 159.

²³⁶ Ver Dixon & Ginsburg, *supra* nota 6, en la 651.

²³⁷ *Id.*

²³⁸ *Id.* La revision obligatoria en 1993 no pudo alcanzar el requisito de mayoría absoluta para la alteración del sistema presidencialista.

Ciertamente, una provisión constitucional puede no hacer más que cambiar los costos de decisión del momento 1 al momento 2, ya que los conflictos políticos presentes cuando la constitución temporal fue ratificada en el momento 1 pueden seguir en el momento 2. Esto puede pasar especialmente cuando el tiempo entre el momento 1 y el momento 2 es relativamente corto e insuficiente para que se resuelva el conflicto político²³⁹. Por ejemplo, la prohibición temporal al congreso para prohibir el comercio de esclavos en la constitución estadounidense no resolvió el conflicto sobre el tema de la esclavitud²⁴⁰. Lo único que hizo fue posponer el conflicto hasta que una desastrosa guerra civil y la adopción de las Reformas de Reconstrucción finalmente lo resolvieron²⁴¹. El sesgo de confirmación, que se refiere a la tendencia a interpretar la información de la forma más consistente con las creencias anteriores²⁴², también puede proveer un periodo de incubación para que el desacuerdo incremente durante el periodo interino. Este sesgo puede llevar a los proponentes y a los oponentes de la provisión temporal a interpretar la información generada en el periodo interino de tal forma que confirmen sus preconcepciones sobre la calidad de la provisión, resultando en una inflexibilidad que continúe en el momento 2.

En algunas instancias, al menos, el paso del tiempo tenderá a promover la construcción de consensos. Durante el periodo interino, los contradictores de una provisión pueden llegar a sentir que la provisión es inofensiva, o al menos que no es tan indeseable como pensaban en el momento 1. El reverso de este fenómeno es que si la provisión temporal tiene consecuencias indeseadas, la reacción del público puede motivar a los proponentes de la misma a sentir que es demasiado costoso apoyarla para que siga en vigor²⁴³. Los proponentes pueden estar más motivados para colaborar con los contradictores y recoger y compartir información sobre el uso y la implementación de la provisión temporal para poder “vendérselas” de mejor manera en el momento 2 a sus opositores²⁴⁴, lo cual también puede

²³⁹ *Id.* en la 657; *ver también* Jackson, *supra* nota 6, en la 1292 (“La experiencia internacional —en Europa del Este, Sudáfrica e Irlanda del Norte por ejemplo— puede sugerir que los tipos de acuerdos constitucionales que las negociaciones constitucionales traen se alcanzan más fácilmente a través de formas más limitadas de acuerdo por largos periodos de tiempo.”).

²⁴⁰ Ver *infra* notas 245–67 y el texto acompañante.

²⁴¹ Ver *infra* notas 245–67 y el texto acompañante.

²⁴² Ver Richard A. Posner, *An Economic Approach to the Law of Evidence*, 51 STAN. L. REV. 1477, 1495 (1999).

²⁴³ *Cf.* Gersen & Posner, *supra* nota 31, en la 571 (“La amenaza de sanciones electorales parece tener algún efecto en el comportamiento legislativo.”).

²⁴⁴ Ver Finn, *supra* nota 25, en la 469, 486. Por ejemplo, las cláusulas atarderece en la Ley Patriota de Estados Unidos motivaron a quienes las apoyaban a suplir de

promover la construcción de consensos. Tanto los proponentes como los contradictores, por lo tanto, tienden a estar más dispuestos a ajustar y revisar la provisión constitucional en cuestión habiendo visto sus consecuencias y la reacción del público.

El paso del tiempo y los cambios en las normas sociales también pueden contribuir a la construcción de consenso. Una provisión constitucional que fue controversial en el momento 1 puede no serlo en el 2 por el cambio de normas sociales y culturales. Idealmente, por lo tanto, la duración del límite temporal es suficiente para que las tensiones políticas sobre la provisión se aflojen, al menos en alguna medida, pero no tan largo para que la adopción de la provisión sea inaceptable para sus contradictores. El sesgo del *status quo* también puede traer efectos positivos en este contexto. Dependiendo de la duración del límite temporal, una provisión anteriormente controvertida puede llegar a ser aceptada por la generalidad de las personas debido al funcionamiento pasivo del sesgo de *status quo*, alterando el equilibrio pre existente y disparando un nuevo camino de dependencia²⁴⁵. Esto, a su vez, puede hacer el que el conflicto constitucional sobre la provisión disminuya en el momento 2.

Aún en los casos en los que el paso del tiempo no mitiga el conflicto constitucional, la principal consecuencia es posponer el conflicto y trasladar los costos de decisión del momento 1 al momento 2. Teniendo en cuenta las altas posibilidades de que durante el periodo interino se suavice el conflicto, sin embargo, los beneficios de imponer un límite temporal a una provisión controversial pueden, al menos en algunos casos, ser mayores que los costos. Entre otras cosas, la limitación temporal puede permitir la ratificación de un documento fundacional, algo que podría no haber sido posible si el asunto controversial hubiera seguido en la mesa de negociación.

Como fue señalado anteriormente, la Constitución estadounidense contiene una provisión con una limitación temporal expresa que fue incluida con el propósito específico de construir consenso. El artículo I, en la sección 9, no permitía al Congreso prohibir el mercado de esclavos durante 20 años²⁴⁶. La

mayor información al Congreso sobre el uso y la implementación de las provisiones con atardecer. Id. en la 469.

²⁴⁵ Ver de forma general Ginsburg, Masur & McAdams, *supra* nota 227.

²⁴⁶ U.S. CONST. art. I, § 9, cl. 1 (“La migración o importación de estas personas, de acuerdo a como cada Estado lo quiera o no permitir, no deberá ser prohibida por el Congreso antes del año de mil ochocientos ocho, pero un impuesto podrá establecerse e para esas importaciones, siempre que no exceda 10 dólares por persona.”).

aparición de esta provisión en la constitución estadounidense es un ejemplo paradigmático de los beneficios y los errores en los que se puede incurrir con el uso de provisiones constitucionales temporales para construir consenso.

Uno de los poderes más importantes que le fue otorgado al gobierno federal en la Constitución fue aquel para regular el comercio. La falta de un poder de comercio federal en los Artículos de la Confederación había amenazado con alterar económica y políticamente la unidad y fue, al menos parcialmente, una de las motivaciones para crear una nueva carta política²⁴⁷. Para los esclavistas del sur, sin embargo, el comercio federal representaba un riesgo significativo. A los estados del sur les preocupaba que el poder dado al Congreso le permitiera regular el comercio de esclavos a nivel doméstico e internacional²⁴⁸.

Quienes estaban a favor del comercio de esclavos formaron una oposición férrea al posible uso de dicho poder para regular la institución de la esclavitud²⁴⁹. De no estar limitados por la Constitución, los estados que apoyaban la esclavitud sabían, en palabras de George Mason, que el Congreso “inmediatamente eliminaría la importación de esclavos”²⁵⁰. Georgia, Carolina del Norte y Carolina del Sur declararon expresamente que no ratificarían la Constitución si ésta le concedía al Congreso el poder de prohibir la importación de esclavos²⁵¹. Para satisfacer sus deseos, una provisión preliminar redactada por el Comité del Detalle prohibía cualquier tipo de intervención federal en la “migración o importación” de esclavos²⁵². Según Madison, un compromiso de este tipo debía hacerse entre quienes exigían una provisión constitucional que “terminara de manera inmediata y absoluta el comercio [de esclavos]” y los que “no solo estaban en contra de

²⁴⁷ Ver AKHIL REED AMAR, *AMERICA’S CONSTITUTION: A BIOGRAPHY* 44–46, 107–08 (2005).

²⁴⁸ Walter Berns, *The Constitution and the Migration of Slaves*, 78 *YALE L.J.* 198, 198 (1968).

²⁴⁹ *Id.* en las 198, 200.

²⁵⁰ Thomas Jefferson, Notes of a Conversation with George Mason (Sept. 30, 1792), available at <http://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-24-02-0387>.

²⁵¹ Ver LAWRENCE GOLDSTONE, *DARK BARGAIN: SLAVERY, PROFITS, AND THE STRUGGLE FOR THE CONSTITUTION* 169 (2005); Berns, *supra* nota 247, en la 200.

²⁵² GOLDSTONE, *supra* nota 250, en las 162–63. La provision establecía: “Ningún impuesto podrá ser establecido pr el Legislativo a artículos exportados por los Estados...ni en la migración o importación de las personas que los Estados consideren apropiado permitir; ni esa migración o importación ser prohibida.”. *Id.*

cualquier intervención en el asunto” sino que también declararon que “sus votantes nunca apoyarían una constitución con un artículo así”²⁵³.

Si querían que hubiera unión, esta disputa alrededor del comercio de esclavos debía ser resuelta. La solución fue el uso de una provisión constitucional temporal. El Comité de los Once, compuesto por un miembro de cada estado presente, recomendó una provisión que le prohibiera al Congreso regular la migración y la importación de esclavos²⁵⁴, pero solo hasta 1800 (plazo que se amplió hasta 1808)²⁵⁵. A cambio, los estados del sur acordaban omitir una provisión que hubiera establecido el requisito de una mayoría de dos tercios en el Congreso para que la regulación legal del comercio de esclavos pasara²⁵⁶.

Esta negociación apaciguó tanto a los esclavistas como a los no esclavistas. Los primeros disfrutarían de 20 años más, hasta 1808, de la posibilidad de comerciar esclavos²⁵⁷. Los segundos, por su parte, tenían la tranquilidad de que el permiso temporal para comerciar con esclavos estaría limitado a los estados originales y que, eventualmente, se le permitiría al Congreso prohibir el comercio de esclavos con una mayoría simple y no una súper-mayoría de dos tercios²⁵⁸. Como se lo explicaba Benjamin Rush a Jeremy

²⁵³ Carta de James Madison a Robert Walsh (Nov. 27, 1819), *reimpreso en* 9 THE WRITINGS OF JAMES MADISON 1, 2 (Gaillard Hunt ed., 1910).

²⁵⁴ A pesar de que la provisión no incluía la palabra “esclavos”, la frase “esas personas” fue entendida como un eufemismo por esclavos. *How the Proslavery Constitution Led to the Civil War*, 43 RUTGERS L.J. 405, 413 (2013).

²⁵⁵ Berns, *supra* nota 247, en la 200. La extensión fue adoptada por el Comité de Detalle por la objeción de Madison, quien argumentaba que “(v)einte años van a absorber todo el daño que puede ser alcanzado por la libertad de los esclavos.” 2 THE RECORDS OF THE FEDERAL CONVENTION OF 1787, en la 415 (Max Farrand ed., 1911) [en adelante RECORDS OF THE FEDERAL CONVENTION].

²⁵⁶ GOLDSTONE, *supra* nota 250, en las 162, 171.

²⁵⁷ Según algunos recuentos, los proponentes aceptaron la provisión porque creían que la población en el Sur iba a crecer lo suficiente como para permitirles tener control dominante sobre el gobierno federal al momento en el que la provisión expirara. Ver. JACK N. RAKOVE, ORIGINAL MEANINGS: POLITICS AND IDEAS IN THE MAKING OF THE CONSTITUTION 72–73 (1996).

²⁵⁸ Berns, *supra* nota 247, en la 203. Luther Martin, uno de los miembros del Comité de los Once, describió la deliberación sobre estas cláusulas de la siguiente forma: “Encontré que los estados del este, sin importar su aversión a la esclavitud. Estuvieron muy dispuestos a permitirle a los estados del sur libertad temporal para seguir con el comercio de esclavos, siempre que los estados del sur, a cambio, no les impusieran restricciones en las leyes de navegación.” 3 RECORDS OF THE FEDERAL CONVENTION, *supra* nota 254, en la 210–11. Como también lo explica Robert Walsh: el texto completo muestra ... un acuerdo en el que, por un lado el privilegio de multiplicar la raza de esclavos en sus territorios, fuera por

Belknap en una carta de 1788, la “abolición de la esclavitud en nuestro país debe ser gradual para que tenga verdaderos efectos, y... la sección de la Constitución que le dará el poder al Congreso, en 20 años, para limitar la esclavitud en general fue una gran victoria sobre los Estados del Sur.”²⁵⁹

Algunos doctrinantes han criticado esta provisión temporal, llamándola un “trato oscuro”²⁶⁰ o un “compromiso podrido”²⁶¹. Con esta provisión temporal, los oponentes de la esclavitud, resignándose, permitieron que el comercio de esclavos continuara. Es más, la naturaleza temporal de la provisión tampoco puso un fin absoluto a la institución de la esclavitud. Se necesitó de una desastrosa guerra civil y una amarga reconstrucción, 50 años después de que la provisión expirara, para erradicar la esclavitud de la nación. Al mismo tiempo, sin embargo, es posible que algunos de los estados del sur no hubieran entrado a la Unión sin la provisión temporal que permitía el comercio de esclavos²⁶². Si no hubieran podido llegar a ese compromiso con los esclavistas, los Artículos de la Confederación –que requerían el acuerdo unánime de todos los estados para alterar alguna de sus provisiones²⁶³– hubieran permanecido vigentes y, por lo tanto, la esclavitud se hubiera podido prolongar indefinidamente²⁶⁴. La preservación

importación o por migración interna, fue cedido a regañadientes por un término a los estados del sur que aceptaron *sine qua non* la adhesión a la unión; mientras tanto, por el otro lado, el poder fue concedido, implícitamente, al poder federal, de prevenir la extensión de la esclavitud más allá de los límites de los viejos estados – de mantener el territorio de la unión, y los nuevos Estados, libres de esa pestilencia; y, finalmente, de suprimir totalmente el diabólico comercio de carne humana, a nivel interno o internacional. ROBERT WALSH, FREE REMARKS ON THE SPIRIT OF THE FEDERAL CONSTITUTION, THE PRACTICE OF THE FEDERAL GOVERNMENT, AND THE OBLIGATIONS OF THE UNION, RESPECTING THE EXCLUSION OF SLAVERY FROM THE TERRITORIES AND NEW STATES 17–18 (1819).

²⁵⁹ Carta de Benjamin Rush a Jeremy Belknap (Feb. 28, 1788), *reimpreso en* 3 BELKNAP PAPERS 397 (Mass. Historical Society ed., 1891).

²⁶⁰ GOLDSTONE, *supra* nota 250, en la 161.

²⁶¹ SANFORD LEVINSON, FRAMED: AMERICA'S FIFTY-ONE CONSTITUTIONS AND THE CRISIS OF GOVERNANCE 44 (2012).

²⁶² *Speeches in the Virginia Convention: Importation of Slaves* (June 17, 1788), *reimpreso en* 5 THE WRITINGS OF JAMES MADISON: 1787–1790, at 208 (Gaillard Hunt ed., 1904) [en adelante *Speeches in the Virginia Convention*].

²⁶³ ARTÍCULOS DE LA CONFEDERACIÓN of 1781, art. XIII.

²⁶⁴ *Ver Speeches in the Virginia Convention, supra* nota 261, en la 209; *ver también* Julian P. Boyd, *Editorial Note, en* 6 THE PAPERS OF THOMAS JEFFERSON 588 (Julian P. Boyd ed., 1952) (“No había nada en los artículos de la confederación que garantizara la abolición de la esclavitud.”); John Paul Stevens, *Should We Have a New Constitutional Convention?*, N.Y. REV. BOOKS, Oct. 11,

de estos artículos también hubiera exacerbado los crecientes problemas relacionados con los límites estatales al comercio, instigando conflictos políticos y económicos²⁶⁵. Madison, por lo tanto, señalaba que “tan grave como sea [el comercio de esclavos], el desmembramiento de la unión sería peor”²⁶⁶. La provisión temporal, al menos en lo que concierne a Madison, era una mejora sobre los Artículos de la Confederación, porque le permitiría al congreso prohibir el comercio de esclavos en 1808²⁶⁷. Después de la expiración de la provisión, el Congreso prohibió el comercio internacional de esclavos en 1807 a través de una ley para “prohibir la importación de Esclavos a través de cualquier puerto o lugar en la jurisdicción de los Estados Unidos, desde y a partir del primer día de enero” de 1808²⁶⁸.

D. Relajando la mano muerta

Una de las mayores críticas a las constituciones duraderas ha sido denominado el control de “la mano muerta”, o “imperialismo temporal”²⁶⁹. Al incluir sus preferencias normativas en una constitución duradera, los constituyentes continúan mandando sobre su posterioridad, incluso aquella que no ha nacido, mucho tiempo después de haber muerto. Como lo dice Noah Webster, “el intento mismo de hacer constituciones perpetuas,

2012, *disponible en* <http://www.nybooks.com/articles/archives/2012/oct/11/should-we-have-new-constitutional-convention>. Ver, *sin embargo* Berns, *supra* nota 247, en la 224–25 (argumentando que, de acuerdo a la “teoría compacta”, el Congreso hubiera tenido la autoridad para prohibir la esclavitud en el estados nuevos, aun rigiéndose por los Artículos de la Confederación).

²⁶⁵ Ver Stevens, *supra* nota 263.

²⁶⁶ *Speeches in the Virginia Convention*, *supra* nota 261, en la 210.

²⁶⁷ *Id.* Madison lo explicaba más a profundidad en *El Federalista no. 42*: Sin duda sería deseable que el poder de prohibir la importación de esclavos no hubiera sido pospuesto hasta 1808, y que se hubiera permitido su operación inmediata. Pero tampoco es difícil considerar la prohibición general que impone este gobierno o la manera en la que está escrita esta cláusula Debería considerarse como una gran victoria en favor de la humanidad que un periodo de veinte años vaya a finalizar, para siempre dentro de estos Estados, el tráfico que ha promovido la barbarie; que dentro de este periodo vaya a recibir fuertes críticas por parte del gobierno federal, y que pueda ser abolido totalmente con el apoyo de los pocos estados que continúan con el tráfico anormal, siguiendo el ejemplo prohibitorio dado por la gran mayoría de los Estados de la Unión. THE FEDERALIST NO. 42, en las 209–10 (James Madison) (Oxford Univ. Press 2008).

²⁶⁸ Ley que prohíbe la importación de esclavos, 1807, 2 Stat. 426.

²⁶⁹ ANNE NORTON, REPUBLIC OF SIGNS: LIBERAL THEORY AND AMERICAN POPULAR CULTURE 124 (1993) (“Como autores de una constitución nacional (los constituyentes) pueden hablar y mandar, aun cuando sus cuerpos estén en el silencio de la muerte.”)

implica la suposición de un derecho a controlar las opiniones de generaciones futuras; el derecho a legislar para quienes tenemos tan poquita autoridad como la tenemos sobre una nación en Asia.”²⁷⁰ Dependiendo de qué tan difícil sea de reformar, el intento de una constitución duradera de imponer un control inter-temporal puede afectar el derecho de las generaciones futuras de gobernarse según sus preferencias. Además, cambios exógenos en lo social, lo político y lo económico pueden erosionar los fundamentos de las provisiones constitucionales o las configuraciones institucionales, o de alguna otra forma hacer que su uso sea poco deseable, lo cual resulta en una constitución invadida de provisiones anacrónicas²⁷¹.

Uno de los ejemplos más prominentes de normas políticas que evolucionan en los Estados Unidos de América es la vasta expansión del estado administrativo. Los críticos del originalismo, por ejemplo, señalan que los constituyentes no hubieran podido prever el estado administrativo que domina gran parte del proceso legislativo hoy en día. Cuando el Congreso redactó soluciones contemporáneas para limitar la delegación administrativa, como el veto legislativo de una de las cámaras –que le hubiera permitido a la Cámara de Representantes o al Senado anular el ejercicio discrecional de delegación de alguna agencia administrativa–, la Corte Suprema las tumbó por ser inconsistentes con el diseño original de los constituyentes²⁷². Los Fundadores, concluyó la Corte, redactaron un delicado juego de procesos legislativos. El veto legislativo de una cámara, redactado por políticos contemporáneos, hubiera cambiado radicalmente esos procedimientos²⁷³.

²⁷⁰ GORDON S. WOOD, *THE CREATION OF THE AMERICAN REPUBLIC, 1776–1787*, en la 379 (1998) (citando a Noah Webster); *ver también* Declaration of the Rights of Man and Citizen, art. 28 (Fr. 1789) (“La gente tiene derecho a revisar, reformar y alterar su Constitución. Una generación no puede imponerle su ley a las generaciones futuras.”). Michael J. Klarman, *Antifidelity*, 70 S. CAL. L. REV. 381, 382 (1997) (argumentando que es “antidemocrático que una mayoría contemporánea esté gobernada por los valores defendidos en una constitución de más de doscientos años.”); Pettys, *supra* nota 1, en la 320 (“¿Qué le dio a los hombres en la segunda mitad del siglo diez y ocho. Que vivían en un mundo totalmente diferente al nuestro, el derecho a imponer sus preferencias sobre todas las generaciones futuras de estadounidenses, a menos de que es s generaciones consiguieran las super mayorías requeridas por esa generación fundadora para alcanzar reformas constitucionales, de acuerdo al Artículo V?” (se omitieron los pies de página).

²⁷¹ Ver Dixon, *supra* nota 83, en la 321.

²⁷² Ver *INS v. Chadha*, 462 U.S. 919 (1983).

²⁷³ Ver *id.*

Con este ejemplo, se evidencia que la analogía entre las constituciones y las cuerdas que atan a Ulises al mástil de su barco es errónea²⁷⁴. Como lo reconoce el profesor Elster, el primero en proponer esta analogía, Ulises le ordenó a su tripulación amarrarle las manos al mástil; los constituyentes, sin embargo, ataron sus manos y las manos de las generaciones futuras²⁷⁵. Especialmente considerando que esas generaciones futuras no fueron parte de las deliberaciones de los constituyentes, los doctrinantes han argumentado que el acto de Ulises de amarrarse a sí mismo es bastante diferente del intento de los constituyentes de amarrar a los demás²⁷⁶.

El constitucionalismo temporal sirve como una respuesta parcial a esta crítica planteada en contra de las constituciones escritas. Al permitir que ciertas provisiones sean derogadas después de un tiempo, los constituyentes pueden expresar su falta de certeza sobre los efectos a largo plazo de sus decisiones²⁷⁷ y permitirle a las generaciones futuras volver a tratarlas. Las dudas de los diseñadores constitucionales sobre qué tan apropiadas son algunas provisiones para la posteridad pueden reflejarse en límites temporales²⁷⁸. Las constituciones temporales también pueden

²⁷⁴ Ver JEREMY WALDRON, *LAW AND DISAGREEMENT* 268 (1999) (“No puedo evitar decir que cualquiera que piense que una narrativa (sobre las decisiones constitucionales) está descrita apropiadamente por la historia de Ulises y las sirenas es un idiota.”); Pettys, *supra* nota 1, en las 325–26.

²⁷⁵ Ver ELSTER, *supra* nota 41, en la 92 (quien resalta que las “constituciones pueden vincular a otros, en vez de ser un ejercicio de autocontrol.”); ver también Pettys, *supra* nota 1, en la 325.

²⁷⁶ Ver ELSTER, *supra* nota 41, en la 92; Pettys, *supra* nota 1, en la 325; ver también Randy E. Barnett, *An Originalism for Nonoriginalists*, 45 *LOY. L. REV.* 611, 637 (1999) (“A diferencia de un contrato, una constitución tiene como propósito gobernar aun a quienes no estuvieron de acuerdo con su promulgación – mujeres, niños, esclavos libertos, extranjeros residentes, prisioneros que se liberaron, generaciones futuras etc.. Puesto que nunca se ha explicado satisfactoriamente cómo una mayoría o minoría, llamándose a sí mismos “el Pueblo”, ejerciendo su voluntad pueden vincular a nadie except a ellos mismos.”) Paul Brest, *The Misconceived Quest for the Original Understanding*, 60 *B.U. L. REV.* 204, 225 (1980) (“Aun si los constituyentes adoptaron libremente la Constitución... esta no es una base adecuada para justificar la fidelidad al documento original, pues su consentimiento no puede vincular a las generaciones futuras. Nosotros no adoptamos la Constitución los que lo hicieron ya están muertos.”).

²⁷⁷ Ver Katyal, *supra* nota 26, en la 1246.

²⁷⁸ Una objeción planteada en contra del uso de provisiones temporales en este contexto puede ser que la manifestación de dudas por parte de los constituyentes sobre la propiedad de ciertas provisiones constitucionales puede disminuir el respeto del público por la Constitución. Ver *id.* en la 1249. A pesar de esta crítica, una constitución duradera con provisiones indeseadas, impracticables o

usarse cuando los constituyentes están respondiendo a problemas sociales o políticos que son temporales.

El Colegio Electoral, por ejemplo, hubiera podido ser un buen candidato para el uso de una provisión atardecera. Esta institución, que fue resultado de un amargo debate y un compromiso difícil de alcanzar, sigue existiendo mientras que su utilidad no, algo que los fundadores no previeron. Akhil Amar ha observado que las razones originales para establecer el Colegio Electoral no existen hoy en día²⁷⁹. Los actuales candidatos presidenciales tienen reputación nacional, y una elección nacional ya no desequilibraría el balance de poderes entre estados, dado que su rol a la hora de definir al electorado ha disminuido²⁸⁰. Es más, según encuestas, la mayoría de estadounidenses ha estado a favor de abolir el Colegio Electoral durante décadas: 58% en 1967; 81% en 1968; 75% en 1981²⁸¹ y 62 % en 2011²⁸². Ha habido más intentos por reformar o abolir las provisiones sobre el Colegio Electoral que cualquier otra provisión de la constitución estadounidense²⁸³. Esto refleja la insatisfacción temporal con esta institución. Sin embargo, debido al complicado proceso de enmienda establecido en el Artículo V, ninguna de estas propuestas ha sido exitosa, a pesar del apoyo popular y político.

El ejemplo del Colegio Electoral demuestra una crítica formulada en contra de ciertas constituciones duraderas: lo difícil que es reformarlas. Volviendo a usar la analogía de Ulises, los constituyentes no solo amarran a las generaciones futuras a un mástil, sino que también pueden elegir hacerlo

anacrónicas puede generar menos respeto que una constitución temporal que cándida y transparentemente reconozca la posibilidad de inconvenientes en relación a ciertas provisiones, y permita su alteración en un momento posterior.

²⁷⁹ Akhil Reed Amar, *A Constitutional Accident Waiting to Happen*, in CONSTITUTIONAL STUPIDITIES, CONSTITUTIONAL TRAGEDIES, *supra* nota 41, en la 15 (argumentando que el Colegio Electoral “fue una innovación brillante en el siglo XVIII que no tienen sentido hoy en día”, catalogándola como “la parte más equivocada de la Constitución actual”); ver también Mark Graber, *Unnecessary and Unintelligible*, in CONSTITUTIONAL STUPIDITIES, CONSTITUTIONAL TRAGEDIES, *supra* nota 41, en la 43 (resaltando que el Colegio Electoral “sobrevivió más tiempo que el propósito que lo motivó”).

²⁸⁰ Amar, *supra* nota 278, en la 16.

²⁸¹ *Id.*

²⁸² Lydia Saad, *Americans Would Swap Electoral College for Popular Vote*, GALLUP POLITICS (Oct. 24, 2011), <http://www.gallup.com/poll/150245/Americans-Swap-Electoral-College-Popular-Vote.aspx>.

²⁸³ *FAQs, U.S. Electoral College*, U.S. ARCHIVES, <http://www.archives.gov/federal-register/electoral-college/faq.html#whyec> (visitado por última vez el 15 de enero de 2014).

con cuerdas duras, asfixiantes e inflexibles. Como lo han argumentado varios doctrinantes, los constituyentes tienen mucha más legitimidad para poner límites a sí mismos que a las generaciones futuras²⁸⁴. Además, un proceso de enmienda difícil puede invitar a la rama judicial a “actualizar” provisiones constitucionales que están desactualizadas²⁸⁵. Esto conlleva serios problemas de legitimidad democrática derivados de la delegación de temas controversiales a un poder judicial que no es elegido democráticamente²⁸⁶. Para garantizarle más flexibilidad constitucional a las generaciones futuras sin contravenir la legitimidad democrática, los constituyentes pueden elegir ponerle un límite temporal a la regla de reforma constitucional y hacer el umbral de reforma más bajo después de cierto periodo de tiempo. La Constitución de Portugal de 1976, discutida en detalle más adelante, por ejemplo, prohibía la reforma de la Constitución por los seis años siguientes a su ratificación, después de los cuales se permitía la reforma constitucional con la aprobación de dos tercios del parlamento²⁸⁷.

Ciertamente, el problema de la mano muerta es inescapable en un universo de constituciones escritas reformables solo con súper-mayorías. Incluso las constituciones duraderas ratificadas después de una temporal van a vincular a los ciudadanos del futuro. El constitucionalismo temporal, sin embargo, puede mitigar el problema de la mano muerta –al menos en alguna medida. Puede permitirle a los constituyentes redactar soluciones temporales a problemas temporales. También puede permitirles relajar los reglas de reforma constitucional después de un tiempo, pasando de tener un sistema estricto –como en el caso del Artículo V de la constitución estadounidense o la constitución portuguesa de 1976 que prohibía su reforma– a tener un sistema más relajado, en el que se exige una súper mayoría.

La Constitución portuguesa de 1976, que le imponía un límite temporal a su regla de enmienda, ilustra cómo una provisión temporal puede ser usada

²⁸⁴ Ver Pettys, *supra* nota 1, en la 325 (“Esto no es para decir que X nunca puede vincular a Y – solo es para decir que la legitimidad del intent de X por vincular a Y no es tan evidente como la legitimidad de X para vincularse a sí mismo.”).

²⁸⁵ Ver William N. Eskridge, Jr. & John Ferejohn, *Super-Statutes*, 50 DUKE L.J. 1215, 1267–68 (2001) (resaltando que la resolución de difíciles problemas constitucionales por la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos “ha probado ser más fácil en nuestro sistema que el complicado procedimiento formal de enmienda constitucional descrito en el artículo V”).

²⁸⁶ Ver *infra* notas 341–47 y los textos acompañantes (discutiendo sobre vaguedad constitucional y legitimidad democrática).

²⁸⁷ Varol, *Democratic Coup*, *supra* nota 114, en la 338.

para crear una solución temporal a un problema temporal²⁸⁸. Dicha constitución fue redactada después del golpe militar de 1974²⁸⁹. Este derrocó al Estado Novo, que llevaba casi cinco décadas en el poder, siendo la dictadura más larga de Europa Occidental, para establecer una democracia²⁹⁰. Esta era una tarea complicada, dada la herencia dictatorial del Estado Novo, la turbulencia revolucionaria y la recesión económica a nivel global²⁹¹. Los líderes militares jugaron un rol estabilizador importante en el proceso de transición, promoviendo el pluralismo político y evitando un golpe de estado intentado por facciones anti-democráticas²⁹².

Dado el rol que jugaron los militares durante la transición, muchos partidos democráticos reconocieron “lo poco práctico, lo poco deseable, incluso” que sería excluir completamente a los militares de la política portuguesa²⁹³. Éstos consideraban que los militares eran “indispensables para garantizar a todos los actores que la tregua constitucional no sería violada”²⁹⁴. Se decidió, por lo tanto, que los militares retuvieran el rol constitucional, inicialmente, de salvaguardar el nuevo orden democrático portugués²⁹⁵.

Los actores políticos también eran conscientes de la necesidad de abolir, eventualmente, el rol de los militares una vez se disiparan las amenazas a la democracia²⁹⁶. Se estableció un límite temporal a la norma sobre reforma constitucional, prohibiéndola completamente durante seis años después de su ratificación en 1976²⁹⁷. Después de este tiempo, su revisión era posible con la aprobación de dos tercios del parlamento²⁹⁸. Al apoyar este límite temporal para sus funciones constitucionales, los militares portugueses reconocieron que su término en la política era temporal y su éxodo de la misma, permanente²⁹⁹.

²⁸⁸ *Id.*

²⁸⁹ Varol, *Guardian*, *supra* nota 114, en la 61.

²⁹⁰ *Id.*

²⁹¹ *Id.*

²⁹² *Id.*

²⁹³ VASCO FERNANDO FERREIRA RATO, RELUCTANT DEPARTURE: THE POLITICS OF MILITARY EXTRICATION IN PORTUGAL, 1974–1982, en la 302 (2002); *ver también* Varol, *Guardian*, *supra* nota 114, en las 63–66.

²⁹⁴ RATO, *supra* nota 292, en la 341; *ver también* Varol, *Guardian*, *supra* nota 114, en las 63–66.

²⁹⁵ RATO, *supra* nota 292, en las 95–96; *ver también* Varol, *Guardian*, *supra* nota 114, en las 63–66.

²⁹⁶ *Ver* Varol, *Guardian*, *supra* nota 114, en la 69.

²⁹⁷ *Ver* Varol, *Democratic Coup*, *supra* nota 114, en la 338.

²⁹⁸ *Id.*

²⁹⁹ *Ver* Varol, *Guardian*, *supra* nota 114, en la 69.

Esta provisión temporal fue efectiva. Después de 1982, cuando iba expirar la regla en cuestión y se iba a hacer posible la revisión constitucional, una coalición de partidos políticos existentes satisfizo el requisito de dos tercios necesario para reformar la constitución³⁰⁰. Las reformas también establecían un marco legal para el control civil sobre los militares³⁰¹. Después de las reformas, Portugal ha seguido siendo “no solo una democracia, sino una democracia de calidad relativamente alta”³⁰². El límite temporal en la norma sobre reformas constitucionales le permitió a los constituyentes responder a un problema social temporal –las amenazas del proceso de transición hacia la democracia que, en ese momento, sólo los militares eran capaces de evitar– sin incluir este rol para los militares en una constitución duradera. Este límite también hizo más suaves las esposas puestas a los futuros actores políticos y les permitió consolidar un régimen democrático al abolir el rol constitucional de los militares después de que las condiciones sociales evolucionaron de tal forma que el rol estabilizador de los militares dejó de ser necesario.

Otro ejemplo de un arreglo constitucional que implementó una provisión temporal para solucionar un problema social temporal es el acuerdo de poder compartido en la Constitución Interina de Sudáfrica. Para responder al miedo existente de que hubiera un dominio unilateral de un partido después del fin del apartheid, la Constitución Interina consagró un acuerdo según el cual, por un periodo de cinco años después de las primeras elecciones democráticas, los partidos iban a compartir el poder ejecutivo³⁰³. Según este acuerdo, cada partido que obtuviera al menos 20 por ciento de los escaños de la Asamblea Nacional tenía derecho a un número de puestos proporcional en el gabinete ejecutivo³⁰⁴. Este acuerdo tuvo como resultado un gabinete compuesto por los tres partidos mayoritarios de Sudáfrica³⁰⁵. De no haber sido por esto, los partidos minoritarios hubieran podido boicotear, o peor, oponerse de forma violenta a las elecciones

³⁰⁰ Ver Varol, *Democratic Coup*, *supra* nota 114, en la 339.

³⁰¹ *Id.*

³⁰² Nancy Bermeo, *War and Democratization: Lessons from the Portuguese Experience*, 14 *DEMOCRATIZATION* 388, 391 (2007).

³⁰³ Ver HEINZ KLUG, *CONSTITUTING DEMOCRACY: LAW, GLOBALISM AND SOUTH AFRICA'S POLITICAL RECONSTRUCTION* 104 (2000); Lisa M. González, *The Importance of Political Parties in South Africa*, 20 *FLETCHER F. WORLD. AFF.* 147, 149 (1996)

³⁰⁴ Ver González, *supra* nota 302, en la 149.

³⁰⁵ *Id.*

democráticas³⁰⁶, poniendo en riesgo el futuro del post-apartheid sudafricano.

IV. Estabilidad constitucional, diseño eficiente, riesgo moral y estrategias alternativas de diseño

Esta parte examina las objeciones principales que pueden surgir en contra del uso de constituciones temporales. A pesar de que los costos asociados al constitucionalismo temporal han sido discutidos en el ensayo, la Sección A analiza las preocupaciones generales asociadas a este en términos de estabilidad, diseño eficiente y el riesgo moral. La Sección B estudia estrategias alternativas de diseño constitucional dirigidas a solucionar la rigidez o permanencia constitucional y explica las ventajas y desventajas de las constituciones temporales de cara a estos métodos alternativos de diseño.

A. Estabilidad constitucional, diseño eficiente y riesgo moral

Una de las virtudes de las constituciones duraderas que puede ser sacrificada por el constitucionalismo temporal es la estabilidad constitucional³⁰⁷. Madison, por ejemplo, se opuso a la idea de Jefferson, quien sugería que “la tierra le pertenece siempre a la generación viviente” y que la constitución debería, entonces, ser rescrita por cada generación³⁰⁸. Madison argumentaba que la negociación y el lobbying en la redacción de cada constitución podrían llevar al faccionalismo, perjudicando la continuidad y la estabilidad³⁰⁹. Además, los ciudadanos organizan su conducta alrededor de una constitución, y la presencia de provisiones

³⁰⁶ Ver Marisa Traniello, *Power-Sharing: Lessons from South Africa and Rwanda*, 3 INT'L PUB. POL'Y REV. 28, 37 (2008).

³⁰⁷ Ver David Hume, *Of the Original Contract*, in DAVID HUME, ESSAYS: MORAL, POLITICAL, AND LITERARY 465, 476 (Eugene F. Miller ed., Liberty Fund rev. ed. 1987) (“Como sociedad humana en cambio perpetuo, un hombre saliendo de esta cada hora, otro entrando, es necesario, para preservar la estabilidad del gobierno, que la nueva cría se conforme con la constitución establecida.”)

³⁰⁸ Carta de Thomas Jefferson a James Madison (Sept. 6, 1789), available at <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/v1ch2s23.html>.

³⁰⁹ Ver Gersen, *supra* nota 19, en las 254–55; Richards, *supra* nota 9, en la 1840 (“Madison argumentaba que los valores reflexivos institucionalizados en una república bien establecida están, al menos, comprometidas por las facciones democráticas si la constitución escrita es entendida como una carta duradera de gobierno sujeta a cambios solo mediante procedimientos extraordinarios.”).

constitucionales temporales y cambios frecuentes en la constitución pueden sacudir esas expectativas y amenazar la estabilidad constitucional³¹⁰.

La falta de certeza del constitucionalismo temporal, sin embargo, es disipada por las constituciones duraderas a cambio de un costo significativo –la posible inclusión perpetua de provisiones constitucionales indeseables³¹¹. Una constitución plagada de errores o que no cuente con apoyo popular está en riesgo de ser cambiada en su totalidad rápidamente³¹², lo que también puede perjudicar la estabilidad. Al reducir los costos de decisión y de error y promover la recolección de información de calidad y la construcción de consensos, una constitución temporal puede promover la duración a largo plazo de la constitución y la estabilidad. Las constituciones temporales también dan suficiente aviso sobre su vigencia, haciendo que quienes estén interesados sepan que la provisión temporal puede ser reformada, remplazada o derogada. En otras palabras, las expectativas no necesariamente se asientan sobre aquellas provisiones que son temporales.

El uso controlado de constituciones temporales también minimizaría su impacto en la estabilidad constitucional. Como fue resaltado anteriormente, el límite temporal puede establecerse para la totalidad de la constitución o solo para provisiones específicas. La expiración de una constitución entera puede ser más desestabilizante que la expiración de una provisión específica. Así, uno esperaría que la primera fuera usada como una solución excepcional en el contexto de reconstrucciones constitucionales dominadas por sesgos cognitivos. Una constitución temporal puede ser adoptada en un momento de post-conflicto, y debe ser remplazada más a delante por un documento duradero con pretensión de estar en vigor indefinidamente. Idealmente, los constituyentes se beneficiarían de tener más y mejor información a la hora de redactar un documento duradero. Además, el proceso de diseño se llevaría a cabo en una atmósfera en la que los costos de decisión, de error y los sesgos cognitivos asociados con momentos de post-conflicto serían mucho más bajos. Esto, a su vez, debería hacer que el documento duradero sea más longevo, lo cual trae estabilidad constitucional a largo plazo.

³¹⁰ Ver Jon Elster, *Constitutionalism in Eastern Europe: An Introduction*, 58 U. CHI. L. REV. 447, 471 (1991) (“La constitución va a perder muchas características deseables –especialmente la de inspirar confianza, creando un clima en el que inversionistas estén dispuestos a hacer inversiones a largo plazo- si todos esperan que sea revisada eventualmente.”).

³¹¹ Ver Katyal, *supra* nota 26, en la 1249.

³¹² Ver Dixon & Ginsburg, *supra* nota 6, en la 645.

De igual manera, las limitaciones temporales a provisiones constitucionales específicas también deberían ser usadas controladamente. Específicamente, deberían ser usadas principalmente cuando los constituyentes no están seguros sobre las consecuencias a largo plazo de una provisión específica, o cuando están respondiendo a problemas sociales temporales. Mientras más tiempo estén en vigor la constitución o la provisión constitucional temporales, el efecto desestabilizador de su expiración en la comunidad política va a ser mayor. Esto debería ser tenido en cuenta por los constituyentes a la hora de calcular la duración óptima del límite temporal. Estas calificaciones resaltan otro punto importante relacionado al *tipo* de provisiones constitucionales que se prestan para ser limitadas temporalmente. A pesar de que este tema depende en gran medida del contexto, en general las limitaciones temporales puestas en provisiones fundamentales o estructurales van a tener un impacto negativo mayor en términos de estabilidad constitucional³¹³. Una limitación temporal puesta en la estructura de la rama judicial, por ejemplo, puede ir en contra de la estabilidad constitucional ya que, en su ocaso, se eliminaría la rama entera. Por el contrario, es altamente probable que una limitación temporal puesta a una norma sustantiva específica no tenga el mismo efecto desestabilizante³¹⁴. Una provisión temporal que le otorga poderes de emergencia al gobierno para usar en un momento de post-conflicto, por ejemplo, va a tener poco impacto en la estabilidad constitucional si expira cuando las necesidades sociales que promovieron la provisión se disipan.

Las provisiones constitucionales temporales también pueden objetarse desde una perspectiva basada en la eficiencia. A diferencia de una provisión duradera, una provisión temporal va a necesitar de varios periodos de acción por parte de los constituyentes –uno en la ratificación inicial y otro cuando expira³¹⁵. Los costos de la promulgación inicial, sin embargo, son claramente menores que los de la promulgación de una provisión duradera³¹⁶. Una provisión duradera concentra todos los costos de promulgación en el momento de la ratificación³¹⁷. Por el contrario, una provisión temporal pasa algunos de estos costos al momento de expiración³¹⁸. El costo de promulgación de una provisión temporal en este momento debe ser descontado por los beneficios que trae en cuanto a la

³¹³ Ver Pettys, *supra* nota 1, en la 330.

³¹⁴ C.f. Andrei Marmor, *Are Constitutions Legitimate?*, 20 CAN. J.L. & JURISPRUDENCE 69, 79 (2007) (resaltando que para el “ámbito de derecho y principios morales,” “es mayoritariamente la verdad lo que admiramos, no la estabilidad”).

³¹⁵ Ver Gersen, *supra* nota 19, en la 263.

³¹⁶ Ver *id.* en la 264.

³¹⁷ Ver *id.*

³¹⁸ Ver *id.*

construcción de consenso y la recolección de información en el periodo interino, que permite que la toma de decisiones, en este momento, sea más y mejor informada. Además, como fue discutido anteriormente, provisiones constitucionales duraderas pueden imponer costos de error significativos, especialmente cuando los procesos de enmienda son difíciles, si la decisión constitucional tomada a la hora de la ratificación es incorrecta o inmanejable.

Una última objeción al uso de constituciones temporales puede ser el riesgo moral. Como las provisiones temporales promueven la construcción de consenso, pueden necesitar una revisión menos intensa y menos deliberación en comparación a las constituciones duraderas³¹⁹. Los constituyentes de constituciones temporales también pueden terminar redactando la constitución de manera mediocre, anticipando que sus errores van a ser corregidos en el futuro³²⁰. Esto puede hacer, a su vez, que las normas constitucionales no promuevan el interés general³²¹. Si la provisión contradice el interés general, sin embargo, quienes están a favor de esta pueden no lograr conseguir el amplio apoyo necesario para volverla a poner en vigor, especialmente cuando el público está informado sobre las consecuencias de dicha provisión. Además, los beneficios de incluir temporalmente una norma constitucional no deseada pueden ser mayores a los costos que traería descarrilar la totalidad del proceso de diseño, lo que a su vez puede generar, como fue discutido anteriormente, consecuencias enormes para la comunidad política.

B. Alternativas de diseño constitucional

En esta sección se analizan métodos alternativos de diseño constitucional que, de la misma forma que las constituciones temporales, tienen como objetivo disminuir la rigidez o permanencia constitucional: las cláusulas por “vía legislativa”, la vaguedad constitucional y los umbrales bajos para la enmienda constitucional. A pesar de que estas alternativas también sirven para cumplir propósitos importantes, las constituciones temporales tienden a reducir los costos de decisión y de error y los sesgos cognitivos de mejor manera, sin sacrificar la estabilidad constitucional a largo plazo o la legitimidad democrática.

³¹⁹ Ver *id.* en la 252.

³²⁰ Ver Matthew C. Stephenson, *Bureaucratic Decision Costs and Endogenous Agency Expertise*, 23 J.L. ECON. & ORG. 469, 482 (2007).

³²¹ Ver Gersen, *supra* nota 19, en la 252. Como lo planteó el senador Russ Feingold durante las deliberaciones sobre si incluir un ocaso a una provisión de la ley Patriota de EEUU “mi visión es que si decimos que algo es tan malo que solo lo vamos a hacer por dos años, tal vez no deberíamos hacerlo en ningún momento.” Katyal, *supra* nota 26, en la 1248 n.36.

1. Cláusulas “por vía legislativa”

Las cláusulas “por vía legislativa” incrementan la flexibilidad constitucional al delegar explícitamente la resolución de temas constitucionales a la rama legislativa, autorizándola o requiriéndola a resolverlos a través del proceso legislativo ordinario³²². Las constituciones temporales ofrecen tres ventajas que las cláusulas “por vía legislativa” no. Primero, estas cláusulas, al sobre-delegar temas constitucionales importantes, pueden sobrecargar a la legislatura, disminuyendo su capacidad de tomar decisiones en otras áreas claves³²³. Segundo, el aplazamiento puede hacer que la constitución tenga vacíos en temas importantes, ya que estas cláusulas generalmente le delegan el diseño de una regulación interina y de la regulación final a la rama legislativa³²⁴. Debido al embotellamiento legislativo o a otros obstáculos, la legislatura puede no ser capaz o decidir no ejercer la autoridad que le fue delegada a través de las cláusulas “por vía legislativa”, dejando vacíos significativos en la constitución.

Las constituciones de Iraq, Afganistán y Brasil demuestran el embotellamiento legislativo que las cláusulas por vía legislativa pueden generar. Los constituyentes en Iraq, siendo incapaces de alcanzar acuerdos alrededor de temas como el esquema de repartición de las ganancias petroleras, le delegaron la resolución de algunos temas, a través de cláusulas “por vía legislativa”, al congreso de su país³²⁵. Debido en gran parte a divisiones profundas en la comunidad política y al embotellamiento legislativo, sin embargo, la legislatura iraquí fue incapaz de responder muchos de los temas que le fueron delegados³²⁶. Le tomó cinco años al parlamento iraquí pasar una ley básica sobre elecciones, por ejemplo, y, al momento en el que fue escrito este ensayo, todavía no se había puesto en funcionamiento un esquema de repartición de las ganancias petroleras en el país³²⁷.

³²² Ver Dixon & Ginsburg, *supra* nota 6, en la 637.

³²³ *Id.* en la 639.

³²⁴ *Id.* en la 664 (“Si una constitución no se establece, así sea temporalmente, las polémicas más agudas y divisorias, los cuerpos legislativos y ejecutivos pueden ser incapaces de ejecutar aun las más básicas funciones de gobierno.”).

³²⁵ *Id.* en las 664–65,

³²⁶ *Id.*

³²⁷ *Id.* en la 665; ver también Omar al-Shaher, *Iraqi MP: Maliki, Barzani Close to Solving Oil Dispute*, AL-MONITOR (July 18, 2013), <http://www.al-monitor.com/pulse/originals/2013/07/maliki-barzani-rapprochement-oil-law-iraq.html>

De igual forma, la constitución afgana de 1964 autorizaba la creación de partidos políticos, pero la legislatura fue incapaz de pasar la legislación necesaria para implementar dicha creación³²⁸. Este fracaso hizo que la comunidad política afgana careciera de un mecanismo crucial para la democratización, y creó un vacío de poder que llevó a un golpe de estado nueve años después³²⁹.

Los constituyentes de la constitución brasilera de 1988 le delegaron a su legislatura la resolución de muchos temas delicados, sobre los que no fueron capaces de llegar a acuerdos, a través de cláusulas “por vía legislativa”³³⁰. Para ser implementada, la constitución necesitaba que la legislatura pasara 314 leyes completamente nuevas, y 56 documentos de legislación complementaria³³¹. Esto, a su vez, puso una presión de tal magnitud en la legislatura que muchos temas controversiales quedaron permanentemente sin decidir, y llevó a que muchos temas fueran resueltos por otras instituciones de una manera diferente a la que querían los constituyentes³³².

Tercero, además de los huecos regulatorios, las cláusulas “por vía legislativa” pueden reducir el apoyo al sistema constitucional existente, trayendo implicaciones negativas en términos de duración constitucional³³³. El embotellamiento legislativo, que evita que todas las problemáticas constitucionales delegadas sean resueltas, puede hacer que se usen métodos extra-constitucionales o formas de regulación privadas para resolver los temas que no han sido resueltos³³⁴. La falta de un esquema de repartición de ganancias petroleras en Iraq, por ejemplo, le permitió a la región kurda en Iraq implementar su propio sistema regulatorio sobre la producción y las ganancias resultantes de la extracción petrolera³³⁵. Esto, a su vez, llevó a que la autoridad popular del gobierno nacional y el sistema constitucional se viera reducida³³⁶.

³²⁸ Ver Dixon & Ginsburg, *supra* nota 6, en la 664.

³²⁹ *Id.*

³³⁰ *Id.* en la 666; Keith S. Rosenn, *Brazil's New Constitution: An Exercise in Transient Constitutionalism for a Transitional Society*, 38 AM. J. COMP. L. 773, 778–79 (1990).

³³¹ Ver JAVIER MARTÍNEZ-LARA, BUILDING DEMOCRACY IN BRAZIL: THE POLITICS OF CONSTITUTIONAL CHANGE, 1985–95, en la 120 (1996).

³³² Ver Dixon & Ginsburg, *supra* nota 6, en la 666.

³³³ *Id.*

³³⁴ *Id.*

³³⁵ Ver *id.*

³³⁶ *Id.* en la 666 n.115.

El problema del embotellamiento legislativo con las cláusulas “por vía legislativa” trae a colación una pregunta política: ¿Cuando hay un riesgo inminente de embotellamiento legislativo, es políticamente plausible la promulgación de una provisión temporal sustantiva en su lugar? La respuesta es sí, por dos razones. La primera es que los constituyentes pueden llegar a reconocer que la adopción de una cláusula “por vía legislativa” puede dejar una pregunta constitucional importante sin respuesta. En algunos casos, puede ser mejor promulgar una decisión regulatoria temporal que puedan volver a revisar posteriormente que no tener una decisión regulatoria. La segunda razón es que quienes estén interesados en hacer negociaciones constitucionales pueden estar motivados a rechazar la cláusula “por vía legislativa”, prefiriendo una provisión temporal, por razones de interés político propio. Esto, a su vez, puede traer el beneficio no intencionado de evitar un embotellamiento que hubiera resultado del uso de una cláusula “por vía legislativa”. Si la redacción de la constitución ocurre antes de las elecciones, uno o más partidos políticos interesados en las discusiones constitucionales pueden creer que la legislatura va a estar dominada por el oponente. De ser este el caso, éstos podrían preferir una provisión temporal que les permita revisar el tema en cuestión más adelante (cuando su poder político puede ser mayor), en vez de delegar inmediatamente el tema a una legislatura que va a estar capturada por el oponente. Las posibilidades de este escenario incrementan cuando el tema en cuestión tiene consecuencias políticas de larga duración, además de las inmediatas (v.gr. en el caso de la adopción de una ley electoral).

A diferencia de las cláusulas “por vía legislativa”, que pueden dejar vacíos importantes en términos de cobertura regulatoria, las provisiones constitucionales temporales representan una decisión regulatoria en el momento en el que la constitución es ratificada. En el caso de una provisión temporal sin fecha de expiración expresa, la decisión queda en vigor mientras la comunidad política no la revise. En el caso de una provisión con fecha de expiración expresa, la decisión regulatoria está en vigor hasta dicha fecha. Al menos durante el periodo interino, entonces, no existe un vacío regulatorio. Inclusive, si se permite la derogatoria de la provisión temporal, no necesariamente va a haber un vacío regulatorio. La expiración de una provisión temporal en la constitución estadounidense que le prohibía al congreso regular el comercio de esclavos durante veinte años, por ejemplo, tuvo el efecto de *autorizar* al congreso para regular el comercio de esclavos usando su poder ordinario sobre el comercio. El congreso ejerció su autoridad regulatoria inmediatamente, prohibiendo el comercio internacional de esclavos³³⁷.

³³⁷ Ley que prohíbe la importación de esclavos de 1807, 2 Stat. 426.

Solo si la expiración de una provisión temporal retira la autoridad regulatoria en una fecha específica, hay un vacío regulatorio. En estos casos, sin embargo, es posible que los partidos políticos lleguen más fácilmente a acuerdos sobre el tema en cuestión, debido a que los cambios en normas sociales y culturales pueden hacer que la controversia alrededor del tema disminuya durante el periodo interino. Además, habiendo observado las consecuencias prácticas de una decisión regulatoria, los partidos pueden ser más flexibles a la hora de negociar una vez expira la provisión, como se discutió anteriormente. Aun si el paso del tiempo no hace que la construcción de consensos sea más fácil y se permite que la provisión temporal sea derogada, la comunidad política se habrá beneficiado al menos de un periodo, así sea corto, de cobertura regulatoria. En muchos casos, la situación no va a ser peor de la que se hubiera presentado si el tema se le hubiera delegado a un parlamento embotellado.

Si el tema sigue siendo controversial cuando la provisión es derogada, las cláusulas “por vía legislativa” tienen una ventaja importante sobre la provisión constitucional temporal. Bajo una cláusula “por vía legislativa”, una mayoría legislativa simple sería suficiente para superar la controversia, mientras que aprobar una provisión temporal generalmente va a requerir una súper-mayoría. Si los constituyentes esperan que los costos de decisión no disminuyan con el paso del tiempo, el uso de una cláusula “por vía de ley” puede llevar a un mejor resultado que el uso de una provisión constitucional temporal con una fecha de expiración específica.

Quienes redacten una cláusula “por vía legislativa” también pueden intentar evitar el vacío regulatorio adoptando una norma constitucional por defecto, que quede en vigor mientras que hay acción legislativa³³⁸. Al menos en algunos casos, esta estrategia llenaría el vacío regulatorio de forma satisfactoria. Sin embargo, para los redactores puede ser difícil crear consenso alrededor de un acuerdo interino si temen que haya un embotellamiento legislativo con el consiguiente riesgo de que el arreglo interino quede en vigor indefinidamente.

Aun si se alcanza un consenso sobre dicho acuerdo interino, las cláusulas “por vía legislativa”, al delegar decisiones constitucionales a la legislatura,

³³⁸ Ver Dixon & Ginsburg, *supra* nota 6, en la 665 (“Si los constituyentes deciden aplazar temas constitucionales verdaderamente importantes, puede ser deseable combinar esta estrategia con la adopción de ciertos arreglos constitucionales interinos, que estén en vigor hasta que la correspondiente legislación sea efectivamente expedida.”).

relegan a los caprichos de las mayorías políticas lo que los constituyentes decidieron que era un tema constitucional. Las objeciones planteadas en contra de la inestabilidad constitucional aplican para este caso con igual fuerza. En un universo “por vía legislativa”, una decisión constitucional es tomada por una mayoría legislativa simple. Esto, con el paso del tiempo, puede resultar en respuestas conflictivas para los mismos temas, haciendo que la constitución sea más inestable.

Además, las cláusulas “por vía legislativa” pueden traer el riesgo de mal uso por parte del legislativo. En la primera constitución egipcia post-Mubarak, por ejemplo, la frecuente delegación a través de cláusulas “por vía legislativa” de asuntos constitucionales importantes al legislativo, dominado por los grupos islamistas, trajo preocupaciones. Muchos temían que estos grupos abusaran de estas cláusulas para asegurar la hegemonía política islamista³³⁹. Las cláusulas “por vía legislativa” aumentan el riesgo de que la legislatura trate el tema delegado como un tema legislativo más, haciendo que éste no tenga el mismo trato que los otros temas constitucionales. A lo mejor este tema debe ser tratado con medidas legislativas, no medidas constitucionales. Si este es el caso, sin embargo, la cláusula sobra³⁴⁰, ya que la constitución podría no regular el tema, cediéndole la facultad de regulación al congreso.

Finalmente, una cláusula “por vía legislativa” también puede ser preferible sobre provisiones temporales con ocasos expresos cuando la expiración automática del tema regulado, en el contexto de provisiones estructurales, pueda causar inestabilidad. El Compromiso Madisoniano es un buen ejemplo. El Compromiso, a través del uso de cláusulas “por vía legislativa”, autorizaba al congreso a crear cortes federales de menor rango³⁴¹. El uso de una provisión temporal con un ocaso expreso hubiera podido desestabilizar la comunidad política al permitir que las cortes expiraran, pero esta cláusula le daba más flexibilidad al congreso para crear las cortes federales a través de legislación, ahorrándose el efecto desestabilizador.

³³⁹ Ver Nathan J. Brown, *Egypt's State Constitutes Itself*, FOREIGN POL'Y (Nov. 27, 2012), http://mideast.foreignpolicy.com/posts/2012/11/19/egypts_state_constitutes_itself.

³⁴⁰ La única excepción es cuando el legislativo no tendría la autoridad constitucional para legislar a menos de que una cláusula por “vía legislativa” se la concediera. Un caso que ilustra el tema es el Compromiso Madisoniano, que autorizaba, pero no obligaba, al Congreso a crear Cortes federales de menor jerarquía. Ver Martin H. Redish & Curtis E. Woods, *Congressional Power to Control the Jurisdiction of Lower Federal Courts: A Critical Review and a New Synthesis*, 124 U. PENN. L. REV. 45, 52–56 (1975).

³⁴¹ *Id.*; U.S. CONST. art. III, § 1.

2. Vaguedad

Otro mecanismo usado para aumentar la flexibilidad constitucional es la vaguedad. Algún grado de vaguedad es inevitable en la redacción de constituciones duraderas, pero el término vaguedad constitucional, como es usado acá, se refiere al uso intencional de provisiones vagas para posponer la decisión de temas constitucionales polémicos³⁴². Cuando los partidos no son capaces de ponerse de acuerdo en normas constitucionales claras, los constituyentes pueden promover consenso al redactar provisiones vagas que dejan el tema sin solución. Los partidos pueden aceptar la adopción de una norma constitucional vaga aun cuando estén en desacuerdo con su significado y su posible aplicación³⁴³. La vaguedad también incrementa la flexibilidad interpretativa, permitiéndole a las cortes y a la legislatura “actualizar” provisiones constitucionales poco atinadas o anacrónicas a través de interpretaciones judiciales. En sistemas de *common law*, a pesar de que los partidos políticos juegan un rol en la interpretación e implementación de las provisiones constitucionales vagas, la carga principal de interpretación radica en la rama judicial³⁴⁴.

Esta delegación de temas controversiales a la rama judicial, sin embargo, acarrea serios problemas en términos de legitimidad democrática. Las provisiones constitucionales vagas implican que la rama judicial, compuesta de funcionarios no elegidos democráticamente, tiene la tarea de interpretar las provisiones que tratan temas constitucionales controversiales³⁴⁵. Esto, a su vez, puede forzar a la rama judicial a tomar partido en temas políticos controversiales, acrecentando las divisiones políticas y disminuyendo el respeto de la población por la rama judicial. Además, desde la perspectiva de competencias institucionales, las cortes no

³⁴² Ver Dixon & Ginsburg, *supra* nota 6, en la 650.

³⁴³ Ver CASS SUNSTEIN, DESIGNING DEMOCRACY: WHAT CONSTITUTIONS DO 56–61 (2001)

³⁴⁴ Ver Dixon & Ginsburg, *supra* nota 6, en la 655. En un sistema de derecho civil, en los que la vaguedad va a ser resuelta por el legislativo, una provision vaga se asemeja a una cláusula por “vía legislative” en la medida en la que ambas sirven como una delegación de facto al legislativo para resolver e implementar la provisión. Ver *supra* note 321 y los textos acompañantes (analizando las cláusulas por vía legislativa”).

³⁴⁵ Ver Marmor, *supra* nota 313, en la 76–77 (“Mientras más flexible sea la cultura de interpretación constitucional, más poder se le garantiza a las cortes, que podrán determinar su contenido. Es claro, entonces, que mientras más flexible sea la cultura de interpretación constitucional, es más antidemocrática. ... y por lo tanto, hay más razón para preocuparse por el rol anti democrático de las cortes en la medida en la que determinan temas de importancia moral y política en el dominio constitucional.”).

están en buena posición, comparado a otras instituciones como la rama legislativa, para analizar toda la información relevante y redactar una política bien informada³⁴⁶.

La vaguedad constitucional presenta otros problemas. Los costos de error que resultan de delegarle la resolución de problemas constitucionales a las cortes pueden ser bastante altos. Si la rama judicial se equivoca, generalmente se necesitará reformar la constitución para alterar la regla creada por la decisión judicial. De la misma forma que las cláusulas “por vía legislativa”, la vaguedad constitucional también puede traer vacíos preocupantes en términos de cobertura regulatoria si la rama judicial se niega a resolver problemas constitucionales de fondo³⁴⁷. Más aún, no todas las normas constitucionales se pueden plantear en términos vagos, buscando incrementar su flexibilidad. Los constituyentes pueden querer adoptar normas constitucionales que necesitan especificidad –por ejemplo, el establecimiento de un sistema electoral–, y que pueden beneficiarse de la experimentación ocurrida durante un periodo interino. Dejando de lado los problemas de legitimidad democrática, la rama judicial puede ser incapaz de actualizar las normas constitucionales cuando estas carecen de un lenguaje constitucional mínimo³⁴⁸. La adopción de provisiones temporales para estas normas dejaría en libertad a la rama judicial para interpretar la constitución de una manera más cercana al texto, sin miedo de perpetuar perversos anacronismos sociales.

3. Umbrales de enmienda bajos

Finalmente, los umbrales de enmienda bajos –que permiten la reforma de la constitución a través de mayorías simples, por ejemplo– también pueden relajar la permanencia constitucional. Los constituyentes pueden implementar umbrales bajos para la constitución en general o para provisiones específicas. Stephen Holmes y Cass Sunstein, por ejemplo, han favorecido el uso de reglas de reforma constitucional relativamente fáciles, así como procesos de reforma constitucional monopolizados por la

³⁴⁶ Ver Dixon & Ginsburg, *supra* nota 6, en la 650 n.48.

³⁴⁷ Ver *id.* en la 664 n.97.

³⁴⁸ Ver Brannon P. Denning & John R. Vile, *The Relevance of Constitutional Amendments: A Response to David Strauss*, 77 TUL. L. REV. 247, 275 (2002) (“Si la nación va a continuar con una constitución escrita que contenga la especificidad de algunas de las provisiones que existen en el document actual, van a presentarse casos en los que, sin ignorar flagrantemente el lenguaje constitucional, se van a requerir algunas enmiendas para solucionar los problemas que surjan, o cuando se desee hacer cambios.”).

legislatura, para las democracias emergentes de Europa del este³⁴⁹. Para Holmes y Sunstein, las constituciones de Europa del este eran trabajos en progreso que deberían cambiar de forma relativamente fácil, incrementalmente, a través de un proceso de ensayo y error³⁵⁰. Normas de reforma fáciles también eran necesarias, para Holmes y Sunstein, para evitar que los excomunistas incluyeran sus preferencias políticas en la constitución³⁵¹.

A pesar de que los umbrales de enmienda bajos pueden ser apropiados en ciertas circunstancias, esta alternativa tiene desventajas importantes. Como lo ha argumentado Jon Elster, el “efecto estabilizador de imponer requisitos de súper-mayorías para reformar la constitución es posiblemente el aspecto más importante del compromiso previo al constitucionalismo”³⁵². Bajar los umbrales de reforma a una mayoría simple permite que haya cambios estructurales significativos debido a antojos legislativos. Enmiendas con mayorías simples le permite al legislativo dar diferentes respuestas a la misma pregunta constitucional, con la potencial inestabilidad y alteración constante de las expectativas de la comunidad. Este potencial es más pronunciado cuando los umbrales de enmienda son bajos que cuando una provisión temporal es diseñada para ser reemplazada, más adelante, por una provisión permanente. Un umbral de enmienda bajo también difumina la línea entre ley y constitución requerida

³⁴⁹ Stephen Holmes & Cass R. Sunstein, *The Politics of Constitutional Revision in Eastern Europe*, in RESPONDING TO IMPERFECTION: THE THEORY AND PRACTICE OF CONSTITUTIONAL AMENDMENT 275 (Sanford Levinson ed., 1995).

³⁵⁰ *Id.*

³⁵¹ *Id.*

³⁵² ELSTER, *supra* nota 41, en la 155; *ver también* Elster, *supra* nota 309, en la 471 (“La constitución va a perder muchas características deseables – especialmente la de inspirar confianza, creando un clima en el que inversionistas estén dispuestos a hacer inversiones a largo plazo si todos esperan que sea revisada eventualmente.”); HANS KELSEN, GENERAL THEORY OF LAW AND STATE 259 (Anders Wedberg trans., 1945) (“Como la constitución es la base del orden legal, es algunas veces deseable darla un carácter más estable que a las leyes ordinarias. Por tanto, un cambio en la constitución se hace más difícil que la promulgación o reforma de leyes ordinarias.”); Wil Waluchow, *Constitutionalism*, STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY (Sept. 11, 2012), <http://plato.stanford.edu/archives/win2012/entries/constitutionalism> (“El establecimiento no solo facilita un grado de estabilidad a través del tiempo (una aspiración característica de los regímenes constitucionales), es probablemente un requisito de la posibilidad de un gobierno constitucionalmente limitado. En donde un gobierno esté autorizado, a su antojo, para cambiar los términos de sus limitaciones constitucionales, podemos comenzar a cuestionarnos si hay en realidad limitaciones.”).

en un orden constitucional³⁵³, y puede causar “el colapso de la política constitucional, volviéndola política ordinaria.”³⁵⁴ Es más, los umbrales de enmienda bajos pueden ir en contra de los propósitos de la revisión judicial de constitucionalidad, que requiere algún tipo de rigidez constitucional para ser efectiva³⁵⁵.

Los umbrales de enmienda bajos también pueden tener consecuencias anti-democráticas importantes. Como lo reconocen Holmes y Sunstein, en un universo de reformas fáciles, los derechos fundamentales constitucionales están a merced de los cambiantes vientos legislativos y los intereses de los grupos políticos³⁵⁶. Por ejemplo, el gobierno Fidesz en Hungría, que llegó al poder con el 53 por ciento de la votación en 2010, pudo usar las reglas de enmienda bajas para arreglar la baraja constitucional a su favor y fácilmente crear un estado autoritario³⁵⁷. Igualmente, en varios países latinoamericanos, las reglas de reforma fáciles de cumplir han permitido el “constitucionalismo abusivo”, un término acuñado por David Landau para describir cómo posibles autócratas usan las normas de reforma constitucional laxas para minar la democracia³⁵⁸.

A decir verdad, las constituciones temporales no siempre van a ser la mejor alternativa. Dependiendo de sus objetivos, los constituyentes pueden considerar apropiado usar una mezcla de las estrategias ya descritas para alcanzar un resultado óptimo. Puede ser necesario, por ejemplo, usar cláusulas “por vía legislativa” en provisiones estructurales cuando el uso de provisiones temporales con fecha de ocaso expresa vaya a traer efectos desestabilizantes. Estas cláusulas también pueden ser útiles para autorizar al legislativo la implementación concreta de una norma constitucional aplicable de forma general, a través de un proceso legislativo ordinario. Igualmente, la vaguedad constitucional puede ser una herramienta útil para crear provisiones constitucionales que van a aplicarse en contextos

³⁵³ Ver Pettys, *supra* nota 1, en la 317.

³⁵⁴ Holmes & Sunstein, *supra* nota 348, en la 295.

³⁵⁵ Ver Arend Lijphart, PATTERNS OF DEMOCRACY: GOVERNMENT FORMS AND PERFORMANCE IN THIRTY-SIX COUNTRIES 218–19 (2d ed. 2010) (“Constituciones completamente flexibles y la ausencia de control judicial permite la regla de las mayorías sin restricciones... La revisión judicial solo puede funcionar si está fundamentada en rigidez constitucional y vice versa.”).

³⁵⁶ Holmes & Sunstein, *supra* nota 348, en la 278.

³⁵⁷ Ver Kim Lane Scheppele, *Not Your Father's Authoritarianism: The Creation of the “Frankenstate,”* EPS NEWSLETTER (Am. Political Sci. Ass’n, European Politics & Soc’y Section), Winter 2013, at 5, available at http://www.academia.edu/2773381/Reflections_on_Democracy_in_Eastern_Europe_5_author_forum_.

³⁵⁸ David Landau, *Abusive Constitutionalism*, 47 U.C. DAVIS. L. REV. 189 (2013).

impredecibles en el momento de su redacción. En los casos en los que el objetivo es reducir los costos de error y de decisión y los sesgos cognitivos, sin sacrificar la legitimidad democrática, las constituciones temporales ofrecen una serie de ventajas distintivas sobre otras alternativas de diseño constitucional.

V. Conclusión

El concepto de constitucionalismo temporal puede, a primera vista, ser una construcción paradójica. Después de todo, la duración larga es una característica considerada fundamental, y deseable, de las constituciones. Esta presunción, como lo argumentó este ensayo, es incorrecta en términos descriptivos y normativos. En términos descriptivos, incluso un repaso breve muestra el uso de constituciones o de provisiones constitucionales temporales en muchas naciones con diferentes contextos históricos, políticos y sociales. Normativamente, en ciertos contextos, el uso de constituciones o de provisiones constitucionales temporales puede ser más deseable que sus contrapartes duraderas y que otras alternativas de diseño constitucional que buscan disminuir la rigidez constitucional.

Parafraseando a Madison, si ángeles perfectos y benevolentes escribieran las constituciones, el constitucionalismo temporal podría no ser necesario³⁵⁹. Los diseñadores constitucionales idealmente alcanzarían consensos sobre temas controversiales sin descarrilar el proceso constituyente, preverían la evolución de las normas sociales y culturales, obtendrían la información mínima para determinar las consecuencias de sus decisiones constitucionales, superarían las pasiones que inyectan sesgos cognitivos al proceso constituyente y alcanzarían la respuesta correcta en el primer intento. Sin embargo, las constituciones no son redactadas por ángeles, y los procesos de diseño constitucional están llenos de limitaciones que a menudo hacen que redactar una constitución duradera sea un proceso difícil y propenso al error. Usadas en los contextos apropiados, las constituciones temporales pueden alivianar algunas de las limitaciones de las constituciones duraderas al promover el incrementalismo y la experimentación, en aquellos casos en los cuales los costos de error son altos. Esto lo hacen al reducir los sesgos cognitivos que dominan un momento constitucional, al facilitar la creación de consensos cuando los costos de decisión son altos y al disminuir la fuerza del control inter-temporal que ejercen los constituyentes. A pesar de estos beneficios,

³⁵⁹ Ver THE FEDERALIST NO. 51, en la 257 (James Madison) (Oxford Univ. Press 2008); (“Si los hombres fueran ángeles, los gobiernos no serían necesarios. Si los ángeles gobernarán a los hombres, no se necesitarían controles, ni internos ni externos, a los gobiernos.”).

como lo reconoce este ensayo, las constituciones temporales pueden traer sus propios costos a la comunidad política, especialmente si no son usadas adecuadamente. Este ensayo analizó estos costos e incluyó consejos para minimizarlos.

El diseño constitucional sigue evolucionando en formas que retan las teorías y las aspiraciones existentes. En vez de exigir perfección de procesos inherentemente imperfectos, nos iría mejor siguiendo teorías que cándidamente reconozcan las limitaciones de los humanos como diseñadores y de los procesos como tal. El constitucionalismo temporal es una parte importante de esta visión emergente sobre el diseño constitucional.