

## “La Resistencia de las Constituciones Nacionales”

De **Zachary Elkins, Tom Ginsburg y James Melton.**  
New York, Cambridge, University Press, 2009.

COMENTARIO DE:

**Sergio Verdugo R.**

Máster en Derecho  
Universidad de California, Berkeley  
Magíster en Derecho Público  
Pontificia Universidad Católica  
Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas  
Universidad del Desarrollo  
Profesor de Derecho Constitucional e investigador  
Centro de Justicia Constitucional  
Facultad de Derecho  
Universidad del Desarrollo

El libro que comentaré es producto del “Proyecto de Constituciones Comparadas” (*Comparative Constitutions Project*) que los autores del mismo iniciaron hace algunos años<sup>1</sup>. Se trata de un proyecto de investigación que explora las fuentes y consecuencias de las diversas opciones de diseño institucional que las Constituciones y los constituyentes derivados implementan<sup>2</sup>. Es una investigación empírica que recogió datos relevantes relacionados con las Constituciones escritas (no consuetudinarias) de Estados independientes (no federados) entre los años 1789 y 2005. Se trata de un universo amplio, que comprende la existencia de 935 sistemas constitucionales diferentes, dentro de más de 200 Estados distintos<sup>3</sup>.

El propósito de los investigadores que lideran este proyecto es ambicioso: entregar antecedentes que permitan influir en el diseño de reformas constitucionales y en la creación de nuevas Constituciones en el Derecho Comparado. Los resultados están a la vista en sus sitios web, y son promisorios. En efecto,

<sup>1</sup> Zachary Elkins es profesor del Departamento de Gobierno de la Universidad de Texas, Austin. Tom Ginsburg es profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago y autor del influyente libro (2003) *Judicial Review in New Democracies. Constitutional Courts in Asian cases*, Cambridge University Press. James Melton es profesor e investigador en las áreas de economía y cambio institucional, del IMT Instituto de Estudios Avanzados de Lucca, Italia.

<sup>2</sup> Véase la página web de este proyecto: <http://www.comparativeconstitutionsproject.org/>. Véase también una página relacionada de importancia: <http://www.constitutionmaking.org/>

<sup>3</sup> Los autores aseguran haber identificado un universo completo, y no sólo una muestra razonable (p. 9).

la base de datos ha servido de antecedente para la redacción de alrededor de trece artículos publicados y seis documentos de trabajo<sup>4</sup>, pero nunca había sido utilizada en su plenitud hasta antes de este libro.

Este libro es la primera obra que extrae conclusiones basadas en el análisis completo de la encomiable base de datos que el proyecto construyó, lo que constituye un aporte importante al estudio de la teoría de la Constitución, la economía política y la ciencia política institucional. No se trata, como dicen los autores, de un “esfuerzo modesto para traer el problema de la resistencia constitucional al primer plano” (p. 10), sino que todo lo contrario. Es un trabajo con visión de largo plazo, que probablemente se convertirá en una obra de lectura obligatoria para todo interesado en teoría constitucional.

Cabe hacer presente que el concepto de Constitución que los autores usan es limitado, ya que él se restringe al documento que contiene el texto constitucional y no al sistema constitucional material, lo que trae como consecuencia una debilidad probablemente inevitable de la investigación, cuestión que los propios autores reconocen. “Ciertamente, no todo lo que es constitucional está escrito, y no todo lo que está escrito es constitucional” (p. 36). Parece sensato, no obstante, simplificar el objeto de estudio para conveniencia de la investigación, y también parece razonable, por consiguiente, que los lectores no extiendan los resultados del estudio a cualquier sistema constitucional doméstico sin considerar sus particularidades específicas.

El propósito de los autores se enmarca dentro de las razones que explican la duración (y resistencia) de las Constituciones en el tiempo. Para ese efecto, distinguen dos tipos de variables: las endógenas y las exógenas a las Constituciones. Por un lado, los factores endógenos consisten en los arreglos institucionales que el constituyente diseña, tales como el quórum de reforma constitucional, el establecimiento de un sistema de control de constitucionalidad y la densidad normativa de sus disposiciones, entre otros. Por su parte, las variables exógenas a las Constituciones son aquellas originadas por condiciones políticas y sociales independientes del texto<sup>5</sup>.

El argumento central del libro es que las variables endógenas a las Constituciones son relevantes, sin negar la importancia de los factores exógenos. La tesis del libro es que Constituciones más flexibles, que además tengan altos niveles de inclusión política y social, y que proporcionen algún grado de detalle y espe-

<sup>4</sup> Véase <http://www.comparativeconstitutionsproject.org/publications.htm>

<sup>5</sup> Los autores las denominan “*environmental factors*”. Los autores tratan ejemplos como: los cambios territoriales (pp. 111-112), los efectos de procesos políticos de países influyentes para la realidad local (pp. 112-113), el cambio de régimen (pp. 114-115), los cambios de liderazgos (pp. 115-116), los conflictos y consensos dentro de un Estado (pp. 116-117) y entre Estados (pp. 117-119) las crisis económicas y el desarrollo (p. 119) y los legados históricos (p. 120).

cificidad normativa, tienden a durar más. Los arreglos institucionales elegidos por el constituyente sí son, bajo la evidencia, relevantes.

Los autores aceptan la premisa de que es deseable que las Constituciones tengan una alta duración en el tiempo<sup>6</sup>, cuestión que, si bien es probablemente compartida por una mayoría de constitucionalistas y científicos políticos (me incluyo), no es un punto pacífico entre los autores<sup>7</sup>. Recuérdese que el mismo Thomas Jefferson proponía que las Constituciones debían durar 19 años, porque “los muertos no deben gobernar a los vivos” (p. 1). Ello se debe a que “la tierra le pertenece a los vivos y no a los muertos” y a que “por la ley de la naturaleza, una generación es a otra como una nación independiente a otra”<sup>8</sup>. Por lo mismo, resulta interesante que los autores del libro que comento hayan decidido comenzar el libro analizando y actualizando el viejo debate entre Thomas Jefferson y James Madison, y revisando sus implicancias empíricas bajo los datos obtenidos en su investigación (pp. 12-35). Mientras el primero de ellos era partidario de que las Constituciones duraran 19 años, el segundo defendía la duración y estabilidad indefinida de las Constituciones<sup>9</sup>.

Curioso resulta que lo que para Jefferson era una cuestión deseable (los 19 años de duración constitucional) coincida con la evidencia de que las Constituciones duren en promedio esa cantidad efectiva de años (p. 129). Otra evidencia interesante que se presenta es que la edad más riesgosa de mortalidad (*hazard rate*) para las Constituciones se alcanza a los 17 años (p. 129), y la menos peligrosa se presenta a los 50 años (p. 131).

Las variables endógenas que los autores proponen para explicar la longevidad de la Constitución se derivan de una teoría más general de “renegociación

<sup>6</sup> Aceptan que, en ocasiones, reescribir la Constitución puede producir efectos terapéuticos en la ciudadanía y que existen Constituciones que debieran ser reemplazadas por estar capturadas por grupos estrechos (p. 209). También entregan datos que vinculan la longevidad de las Constituciones con la democracia y la estabilidad política (pp. 31-32).

<sup>7</sup> Véase por ejemplo la propuesta de Allan C. Hutchinson y de Joel Colon-Ríos, bajo la cual la democracia consiste en una participación popular frecuente donde las bases mismas del sistema político deben estar sujetas a la deliberación pública. A ellos no les preocupa la estabilidad del sistema constitucional, sino que su capacidad para estimular la participación democrática. Ante la tensión entre constitucionalismo y democracia, los autores se muestran partidarios de un “constitucionalismo débil al servicio de una democracia robusta”, para lo cual proponen la realización continua de asambleas constituyentes y plebiscitos. Véase HUTCHINSON y COLON-RIOS (2011) pp. 437-460. No comparto la visión de Hutchinson y de Colon-Ríos, entre otras razones, porque me parece conveniente distinguir entre política ordinaria y la política constitucional, en circunstancias que el argumento de estos autores destruye esa distinción. Estoy de acuerdo en que el ámbito de la política constitucional debe ser limitado, pero la confusión absoluta entre ambos tipos de política (la constitucional y la ordinaria) pone en riesgo las bases de la democracia deliberativa en la que creo.

<sup>8</sup> Véase una buena explicación de la opinión de Jefferson en el trabajo de HOLMES (1999)

<sup>9</sup> Sin perjuicio de que las fuentes centrales de este debate estén en el intercambio de correspondencia entre ambos estadistas, resulta un lugar común en el derecho norteamericano citar la preocupación por la estabilidad constitucional del *paper* de El Federalista N° 49, de 5 de febrero de 1788, escrito por Alexander Hamilton o James Madison.

constitucional” que se propone para explicar la longevidad de las Constituciones (véase en especial el capítulo 4). Se trata de una suerte de concepción *neocontractualista* que visualiza a las Constituciones como acuerdos entre partes interesadas (políticos, grupos de interés, etc.) y que tiene una clara influencia de la ciencia política institucional norteamericana moderna (*positive political theory*). Si las partes interesadas se sienten seguras del acuerdo, entonces preferirán seguir vinculadas por él mismo (por eso, las Constituciones inclusivas tienden, en teoría, a durar más), pero si alguna de ellas no está segura, entonces buscará renegociar mediante reformas o cambios constitucionales cuando los costos de hacerlo sean bajos. En esta teoría, es importante revisar algunos factores lógicos, como la capacidad del acuerdo para resistir violaciones y si el mismo puede actualizarse fácilmente; y además deben considerarse elementos como los problemas de asimetrías de información y de *enforcement*.

Los riesgos a que está sometida la negociación o renegociación constitucional son examinados en el capítulo 5, y pueden clasificarse en riesgos de diseño institucional (variables endógenas) y riesgos externos (exógenos). El libro se centra, como ya adelanté, en examinar el impacto de los riesgos endógenos, que se convierten en tres criterios útiles para medir la teoría general. Los criterios son: (1) la especificidad, (2) la inclusión y (3) la flexibilidad.

La primera variable (1) es la especificidad. Se argumenta que a mayor nivel de especificidad de la Constitución, mayor longevidad tendrá la misma. Los autores distinguen dos cuestiones: el número de materias que la Constitución regula, los ámbitos de aplicación de la misma (*scope*) y el detalle con que el texto pretende regular (*detail*) (p. 103). El argumento central consiste en que una mayor especificidad constitucional facilita la implementación de los acuerdos políticos de los constituyentes. La especificidad muestra mayores grados de negociación de las partes del pacto constitucional, lo que contribuye a solucionar y prevenir conflictos. Una Constitución que regula poco, o que contiene muchas normas de textura abierta, delega la solución de los problemas en la interpretación constitucional futura, lo que puede desencadenar conflictos.

El argumento es provocador en el contexto del constitucionalismo moderno, el que ha preferido Constituciones breves y básicas que se limiten a regular cuestiones medulares, como lo hace la primera Carta Fundamental escrita: la de los EE.UU.<sup>10</sup>. Sin embargo, el argumento es algo más sofisticado, porque los autores condicionan el punto a la existencia de un efectivo y profundo diálogo

<sup>10</sup> Cabe hacer presente que, como explica Yaniv Roznan, la Constitución de los EE.UU. es un caso de Constitución duradera (la Carta Fundamental escrita más antigua del mundo) que resulta contradictorio con los resultados generales y recomendaciones que el libro de Elkins, Ginsburg y Melton contiene: se trata de una Constitución diseñada por una elite exclusiva (compromete la segunda variable), muy rígida en sus normas de modificación (altera la tercera variable) y relativamente vaga en sus contenidos normativos (contradiendo la primera variable). ROZNAN (2011) pp. 647-651.

constitucional previo. Por lo demás, ellos reconocen que la especificidad debe constituirse en un marco claro para el desenvolvimiento de la política y no en una manera de determinar políticas públicas rígidas (p. 208). Esta segunda forma de ver la especificidad podría generar un efecto opuesto indeseado, y entonces la visión más tradicional algo de razón tendría.

Los datos tienden a apoyar relativamente el argumento de los autores, quienes terminan por relativizar la importancia del *scope*, aunque notan que aquellas Constituciones con mayores niveles de *scope* tienen expectativas de vida que duplican (o más) a las otras (p. 141). Por su parte, las Constituciones más detalladas en su texto alcanzan una longevidad de alrededor de 80 años, mientras que las opuestas alcanzan "bajas edades adolescentes" (p. 141). Los autores concluyen que la especificidad es relevante en la medida en que ella no sea sólo texto, sino también en que ella efectivamente "refleje los resultados de un proceso de negociación significativo" (p. 211). Sólo así se eludirán conflictos futuros.

Los datos tomados por los autores consideran la extensión de materias que las Constituciones regulan y la cantidad de texto que ellas contienen, lo que en sí mismo no evidencia la existencia de una deliberación y negociación profunda. Los autores suponen que ella existe cuando se dan estas condiciones, pero el análisis de dicha deliberación lo realizan sólo a propósito de casos limitados.

Una crítica que podría realizarse es que esta variable depende mucho de elementos exógenos que el ambiente político local proporciona. Es cierto que ello debe tener un impacto en el diseño de la Constitución, pero me parece que, en cierta medida, los autores se apartan parcialmente del propósito del libro: demostrar que las variables endógenas de diseño constitucional son relevantes en la longevidad de las Cartas Fundamentales.

La segunda variable (2) es el nivel de inclusión política y social. Se sostiene que el nivel de inclusión que la Constitución es capaz de generar con distintos actores políticos y sociales, tanto en su momento de gestación como durante su aplicación posterior, es un factor relevante cuando se analiza la duración empírica de una Carta Fundamental. A mayor exclusión existente, habrá mayores probabilidades de que la Constitución tenga una vida limitada. La recomendación de los autores, entonces, consiste en realizar una convocatoria amplia.

Los datos que entregan son persuasivos: la vida de la Constitución menos inclusiva es de 14 años, mientras que la vida de la más inclusiva es de 69 (p. 139).

La propuesta de esta variable es, también, provocadora, ya que ella desafía el pensamiento constitucional tradicional por el cual la Constitución debe perseguir la exclusión de grupos de interés que persiguen capturar la regula-

ción. Sin embargo, los autores comparten la preocupación del pensamiento tradicional, ya que reconocen que la inclusión tiene límites. Una inclusión mal entendida, aseguran, puede degenerar en “interminables ciclos de deliberativos desacuerdos” (p. 208).

La tercera variable (3) es la flexibilidad de la Constitución. La flexibilidad es entendida como la capacidad de la Carta Fundamental para responder a cambios sociales y políticos existentes. El concepto de flexibilidad que los autores utilizan es diferente a la tradicional clasificación entre Constituciones flexibles y rígidas propuesta por James Bryce, ya que los autores incorporan no sólo la posibilidad de que la Constitución sea formalmente modificada, sino también el hecho de que ella sea adaptada por la vía de la interpretación judicial<sup>11</sup>. Los autores, sin embargo, no recomiendan una flexibilidad muy alta, ya que ciertos niveles de rigidez son necesarios en ciertas materias. Demasiada rigidez lleva a la Constitución a ser ignorada o, derechamente, derrocada, por lo que parecen simpatizar con la idea de que la Constitución deba aparentar rigidez, pero ser en los hechos flexible, facilitando la distinción entre política ordinaria y política constitucional (p. 210).

El libro expresa que el control constitucional es fundamental para complementar y actualizar la Constitución (p.108), aunque sus efectos en la longevidad de la misma no están muy claros (p. 141). Los autores realizan análisis comparados de casos, intentando demostrar este punto en capítulos que contienen métodos cualitativos (capítulos 7 y 8), aunque esta parte del libro aparece algo débil si se la compara con los enormes aportes que la obra entrega en sus partes anteriores. Se concluye que el control constitucional facilita la aplicación de la Constitución e inhibe las violaciones a la misma, y se reconoce que el control constitucional también colabora con la actualización y modernización de la Constitución. Ambas funciones del control constitucional son importantes en la longevidad de la Carta Fundamental (p. 212). Una debilidad del argumento de los autores consiste en no profundizar más en una teoría de interpretación judicial constitucional, un aspecto muy relevante para el propósito del libro<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> Recuérdese la clasificación entre Constituciones flexibles y rígidas propuesta por James Bryce para las Constituciones escritas (las consuetudinarias son siempre, en principio, flexibles) y seguida por una gran parte de la teoría constitucional contemporánea, la que sólo resulta aplicable al proceso formal de reforma constitucional. Bajo esta clasificación, las Constituciones que exigen para su modificación la concurrencia de requisitos más difíciles de observar (como los quórums elevados o la consulta a los parlamentos estatales de una federación), son Constituciones rígidas, mientras las Constituciones que sólo exigen un quórum legislativo similar al que se requiere para aprobar una ley común, son Constituciones más flexibles. Véase BRYCE, (1988). Otro aporte interesante a esta clasificación lo entregó Carl J. Friedrich, para quien la clasificación no explica la estabilidad constitucional, ya que no toda Constitución rígida es “firme”, y existe la posibilidad de que una Constitución flexible sea “firme”. Véase PEREIRA (2006, 2ª edición chilena) pp. 56-57. Lo interesante del libro que comento, es que entrega interesantes datos que demuestran que la firmeza de una Constitución no depende sólo de su flexibilidad formal, sino que de otros elementos significativos que operan en conjunto.

<sup>12</sup> HIRSCHL (2011) p. 779.

Un ejemplo de una Constitución de larga duración y resistencia, en parte gracias a su flexibilidad, es la Constitución india de 1950<sup>13</sup>, la que ha sido modificada más de 100 veces en 60 años, cifra no muy diferente si se la compara con la Constitución chilena de 1980, la que ha sido modificada alrededor de 30 veces en 21 años de vigencia plena<sup>14</sup>. La flexibilidad de la Constitución de la India, sin embargo, ha tenido que ser equilibrada con la pretensión de que la Carta Fundamental no pierda su efectiva supremacía dentro del sistema de fuentes. Por lo mismo, la Corte Suprema ha desarrollado la doctrina de la estructura básica (*basic structure doctrine*), mediante la cual se sometió al poder constituyente derivado a ciertas limitaciones<sup>15</sup>, lo que ha afectado la capacidad del sistema político para generar cambios importantes o radicales en la Constitución.

Como dice un autor crítico, la duración de la Constitución de la India se debe no sólo a sus altos niveles de flexibilidad, especificidad e inclusión, sino que también se debe a la introducción de un mecanismo de protección en contra de cambios radicales<sup>16</sup>, lo que en definitiva altera la variable de flexibilidad, relativizando en cierto sentido las conclusiones de la obra que comento. Como dice otro autor, "fue el poder judicial, no el procedimiento de reforma, el que salvó a India de una dictadura"<sup>17</sup>.

El libro no es perfecto. Podría criticarse la combinación algo cruda de metodologías cuantitativas, comparadas y cualitativas al mismo tiempo; la insistencia en una analogía débil entre la vida de las Constituciones y la vida humana (y la muerte de las Cartas Fundamentales con el divorcio). Asimismo, podrían discutirse ciertas inferencias que no son aplicables a casos especiales donde diversas variables tienen impactos relevantes. Las recomendaciones del libro no son enteramente aplicables a muchos casos especiales, por lo que resulta inevitable, si se quieren aplicar las recomendaciones a Estados concretos, complementar el estudio con información individual que retrate la realidad individual. Los autores reconocen estas dificultades, pero no las superan del todo<sup>18</sup>.

También podría decirse que la sugerencia de los autores relativa a que las Constituciones tienden a durar más en el tiempo cuando se parecen más a leyes ordinarias (p. 211), se encuentra en tensión con la idea de diferenciar a la Constitución de la política ordinaria (no constitucional), pese a que el libro parece ser consciente de dicha tensión. Por ello, ninguna de las variables propuestas es absoluta y todas deben equilibrarse con criterios opuestos: la

<sup>13</sup> Los autores dedican varias páginas al análisis comparado de la Constitución India en su capítulo 7.

<sup>14</sup> Véase <http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/leyes-reforma-constitucion>

<sup>15</sup> Desde la sentencia *His Holiness Kesavananda Bharati v. The State of Kerala and Others* (AIR 1973 SC 1461), la Corte Suprema ha declarado la inconstitucionalidad de leyes de reforma constitucional.

<sup>16</sup> Véase KRISHNASWAMY (2010).

<sup>17</sup> ROZNAN (2011) p. 651.

<sup>18</sup> Además, el distinguir entre Constituciones que efectivamente se apliquen en la práctica política y aquellas que son menos obedecidas es una necesidad. Véase la crítica de ROZNAN (2011) pp. 647-651

especificidad con la intención de que no exista excesiva intrusión en el diseño de políticas públicas; la flexibilidad con ciertos niveles de rigidez (formal y/o informal); y la inclusión social y política con aquellos canales de discusión que permitan dar respuestas al fantasma de la eterna deliberación.

Sin embargo, probablemente nadie sostendrá que el libro es un aporte poco significativo para la teoría de la Constitución y la ciencia política institucional moderna<sup>19</sup>. Los autores han puesto números a teorías y han desafiado o confirmado con evidencia posiciones doctrinarias que no habían sido *testeadas* de una manera tan seria. Así, por ejemplo, los autores demuestran que no existe conexión entre la estabilidad y edad de los Estados, con la longevidad de las Constituciones. Estados más viejos no tienen necesariamente Constituciones más antiguas (p. 213).

El trabajo, aunque imperfecto, constituye un avance notable en la metodología constitucional y contribuye con el análisis de datos fundamentales para entender mejor el derecho constitucional comparado<sup>20</sup>. Esto vuelve al libro en una lectura ineludible para quienes están preocupados del diseño de nuevas Constituciones o de reformas constitucionales.

## Referencias

ANDERSON, Leslie (2011) *Book review: The Endurance of National Constitutions by Zachery Elkins, Tom Ginsburg, and James Melton* [Fecha consulta 18 de octubre del 2011]. Disponible en <http://cps.sagepub.com/content/44/3/364.extract>

BRESLIN, Beau (2010) *Review of Zachary Elkins, Tom Ginsburg, and James Melton's The Endurance of National Constitutions* [Fecha de consulta 18 de octubre del 2011]. Disponible en <http://www.bsos.umd.edu/gvpt/lpbr/reviews/2010/02/endurance-of-national-constitutions.html>

BRYCE, James (1988) *Constituciones flexibles y constituciones rígidas* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales)

HIRSCHL, Ran (2010) "The Continued Renaissance of Comparative Constitutional Law", *Tulsa Law Review*, vol. 45, pp. 771-780.

HOLMES, Stephen (1999) "El precompromiso y la paradoja de la democracia", en Jon Elster y Rune Slagstad (cords.), *Constitucionalismo y democracia* (México, Fondo de Cultura Económica), pp. 217-262.

<sup>19</sup> Para Ran Hirschl, impresiona el uso de argumentos constitucionales pertinentes y de literatura propia de la ciencia política. El libro abre nuevas líneas de investigación y posibilidades de diseños constitucionales. HIRSCHL (2010) p. 777.

<sup>20</sup> Para Beau Breslin, uno de los mayores aportes del libro es metodológico: la legitimidad de la metodología se logra utilizando variadas fuentes vinculadas a la literatura constitucional. La incorporación de lenguaje cuantitativo y estadístico permite cruzar límites metodológicos que ha sido difícil romper por los estudiosos de teoría constitucional. El libro no deja, para Breslin, de ser un trabajo de teoría constitucional. BRESLIN (2010).



KRISHNASWAMY, Sudhir (2010) *Constitution durability* [Fecha de consulta 19 de octubre del 2011]. Disponible en [http://www.india-seminar.com/2010/615/615\\_sudhir\\_krishnaswamy.htm](http://www.india-seminar.com/2010/615/615_sudhir_krishnaswamy.htm)

PEREIRA, Antonio-Carlos (2006 segunda edición) *Teoría constitucional* (Santiago, editorial LexisNexis).

ROZMAN, Yaniv (2011) "Review of...", *The modern law review*, vol. 74, Issue 4, pp. 647-651.