

Rosalind Dixon^{*}
David Landau^{**}

El constitucionalismo transnacional
y una limitada doctrina de enmienda
constitucional inconstitucional^{***}

* Profesora de Derecho, Universidad de Nueva Gales del Sur, Facultad de Derecho. Email: rosalind.dixon@unsw.edu.au.

** Profesor de Mason Ladd y Decano Asociado para Programas Internacionales, Facultad de Derecho de la Universidad del Estado de Florida. Email: dlandau@law.fsu.edu

*** El presente texto es la traducción del artículo originalmente publicado en: Dixon, Rosalind y Landau, David, "Transnational constitutionalism and a limited doctrine of unconstitutional constitutional amendment", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 13, núm. 3, julio 2015, pp. 606-638.

Traducción: Joy Monserrat Ochoa Martínez.

Abstract

Existe una tensión profunda en muchas partes del mundo entre los compromisos con la democracia y los procedimientos de enmienda constitucional. Frecuentemente se aprueban enmiendas que siguen procedimientos democráticos formales para la enmienda constitucional, pero que están encaminadas a lograr objetivos constitucionales antidemocráticos o "abusivos" —por ejemplo, para ayudar a presidentes poderosos a que extiendan su mandato, para quitar controles parlamentarios o basados en el federalismo al poder ejecutivo y para constreñir o suspender protecciones básicas de derechos humanos. Entonces, limitar un poder de enmienda constitucional puede tener claros beneficios democráticos. Una forma de hacer esto es mediante una doctrina judicialmente exigible de "enmienda constitucional inconstitucional". Si bien una doctrina de esa naturaleza puede no ser una solución completa para los usos antidemocráticos de los poderes de enmienda constitucional, puede crear una barrera adicional para el cambio. Sin embargo, dicha doctrina debería ser aproximada con precaución desde una perspectiva democrática porque también puede crear obstáculos significativos al uso legítimo de los procesos de enmienda como un medio para invalidar decisiones de las cortes, que pueden ser percibidas como poco razonables o inaceptables por la mayoría de los ciudadanos. Para promover la democracia más que para

socavarla, cualquier doctrina de enmienda constitucional inconstitucional debe ser limitada en su alcance. Este artículo propone que ya que las amenazas al orden democrático son tan variadas, y que pueden ser alteradas o escenificadas por actores autoritarios en potencia, resultaría poco probable que una solución estable sea limitar la doctrina a un estrecho conjunto de provisiones o principios institucionales definidos ex ante. En cambio, las cortes deben apoyarse en una doctrina más amplia que aun así esté limitada a las enmiendas constitucionales que claramente representan una amenaza sustancial a los valores democráticos fundamentales. Este artículo también alega que un medio efectivo para limitar el uso de esa doctrina es el obstaculizar su uso a normas de constitucionalismo transnacional. El compromiso con el derecho constitucional transnacional puede ayudar a limitar tanto los tipos de principios que las cortes definen como fundamentales y los tipos de cambios institucionales que presuntamente serán una amenaza sustancial para dichos principios. Este artículo muestra como un compromiso con materiales transnacionales puede servir como un control viable sobre una doctrina de enmienda constitucional que ayude a separar los casos en los que la doctrina debe implementarse para defender la democracia de casos en los que su uso es innecesario.

Introducción

En muchas partes del mundo los procesos de enmienda constitucional son usados frecuentemente para fines distintivamente antidemocráticos.¹

¹ Este artículo fue presentado en la inauguración de la Asociación Americana de Escuelas de Derecho (AALS, por sus siglas en inglés), en el Simposio Americano el 5 de enero de 2014. Los autores le agradecen a Richard Albert, Wen-Chen Chang, Vicki Jackson, Madhav Khosla,

Los gobiernos no electos aprueban enmiendas que están diseñadas para formalizar su permanencia en el poder, los gobiernos electos utilizan las enmiendas para quitar controles y contrapesos constitucionales y los presidentes democráticamente electos invocan a los procedimientos de enmienda para derrocar los límites a su mandato. Todas estas medidas tienen el potencial de socavar compromisos con la democracia constitucional —o con un sistema constitucional basado en elecciones libres y justas así como el respeto al Estado de derecho y derechos humanos fundamentales.

Por citar algunos ejemplos recientes: en Hungría, el régimen de Fidesz imperante, después de tomar el poder y ganar los requeridos dos tercios de la mayoría de los escaños necesarios para enmendar la Constitución de manera unilateral, impulsó una serie de enmiendas constitucionales para socavar los controles en su poder, particularmente de la Corte Constitucional.² En Turquía, el Partido dominante Justicia y Desarrollo (AKP), está intentando fortalecer su permanencia en el poder al crear una presidencia poderosa y al centralizar el sistema de designación de la Corte Constitucional.³ En Rusia, el Presidente Putin, actualmente busca enmendar la Constitución para subordinar a las cortes comerciales —que han sido el único bastión real de independencia

David Law, Garrick Pursley, Mark Tushnet, y los participantes del simposio sobre *Cambio Constitucional* por sus valiosos comentarios sobre versiones previas del presente artículo y a Amber Doyle, Leah Grolman y Kara Grimsley por su excelente asistencia en la investigación. Véase Landau, David, "Abusive Constitutionalism", *U.C. Davis Law Review*, California, vol. 47, núm. 1, noviembre de 2013, pp. 189-260.

² Véase Lane, Kim, "Constitutional Courts and Judicial Review: How Transnational Institutions Can Strengthen Peak Courts in Times of Crisis" (con referencia especial a Hungría) (Dic. 2013) (manuscrito sin publicar, en archivo con la autora).

³ Véase por ejemplo, Benhabib, Seyla, "Turkey's Authoritarian Turn", *New York Times*, 3 de junio de 2013, en A25.

judicial en el país— a la justicia ordinaria que está políticamente controlada.⁴ En una serie de casos recientes en América Latina, los presidentes han procurado extender los límites de su mandato para prevenir que sean removidos del poder.⁵

Un desafío clave, tanto para los diseñadores constitucionales como para los jueces, es hacer a las constituciones más robustas contra este tipo de amenazas. En el presente artículo sugerimos que la doctrina de la enmienda constitucional inconstitucional es útil para este fin. Como normalmente ha sido expresado, la doctrina sostiene que algunas enmiendas constitucionales son sustancialmente inconstitucionales porque socavan los principios en el orden constitucional existente.⁶ Como muchos académicos han argumentado, controlar el abuso democrático es una de las funciones potenciales clave de la doctrina.⁷ Ejemplos del uso de esta doctrina tanto en Colombia como en la India temprana demuestran su utilidad como parte de la solución al uso de enmiendas constitucionales antidemocráticas. En Colombia, la Corte exitosamente detuvo un intento de Álvaro Uribe de extender su mandato por una segunda ocasión, en India, discutiblemente la doctrina jugó un rol importante para alentar el fin a las medidas constitucionales abusivas en la mitad de la década de 1970.⁸ La doctrina dista mucho

⁴ Véase por ejemplo, Partlett, William, "Constitutionally Eroding the Rule of Law", *Int'l J. Const. L. Blog*, 8 de enero de 2014, <http://www.iconnectblog.com/2014/01/constitutionally-eroding-the-rule-of-law/>

⁵ Los líderes han perseguido o conseguido estas extensiones en Colombia, Venezuela, Ecuador, Honduras y Nicaragua.

⁶ Véase por ejemplo, Barak, Aharon, "Unconstitutional Constitutional Amendments", *Israel Law Review*, vol. 44, núm. 3, 2011, pp. 321-342.

⁷ Ídem.

⁸ Véase *infra*. Secciones 3.1-3.2.

de ser una solución perfecta, pero al menos representa una barrera potencial a enmiendas antidemocráticas, lo cual puede retrasarlas o aumentar sus costos en algunas situaciones.

Una dificultad obvia con la doctrina de enmienda constitucional es que una vez que se deja suelta puede ser aplicada para frustrar instancias normales de cambio constitucional y no sólo enmiendas que impliquen una amenaza sustancial a la democracia. La experiencia de los países que han aplicado la doctrina demuestra que es un problema real y no solo hipotético: hay muchos ejemplos del uso excesivo de la doctrina por las cortes, por ejemplo, para proteger líneas de su propia jurisprudencia, cuya corrección está claramente abierta a disenso racional.⁹ Una de las funciones clave de los procedimientos de enmienda constitucional es proveer un medio mediante el cual las mayorías democráticas puedan anular o "vencer" una decisión de la corte interpretando el texto constitucional.¹⁰ Darles a las cortes poder irrestricto para invalidar enmiendas por incompatibilidad con su propia lectura, previa preferida de la constitución, puede crear un peligro o costo democrático.¹¹

La doctrina juega entonces un rol útil, pero debe ser limitado. Después de esbozar tres posibles modelos, argumentamos que las cortes deberían

⁹ Véase *infra*. Sección 3.3 (dando ejemplos).

¹⁰ Véase Dixon, Rosalind, "Constitutional Amendment Rules: A Comparative Perspective", en Ginsburg, Tom y Dixon, Rosalind (eds.), *Comparative Constitutional Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2011, pp. 96-98.

¹¹ Véase Katz, Elai, "On Amending Constitutions: The Legality and Legitimacy of Constitutional Entrenchment", *Columbia Journal of Law and Social Problems*, vol. 29, núm. 2, 1996, p. 251; Mohallem Michael, "Immutable Clauses and Judicial Review in India, Brazil and South Africa: Expanding Constitutional Courts' Authority", *International Journal of Human Rights*, vol. 15, num. 5, mayo 2011, p. 767.

adoptar una aproximación flexible pero débil al aplicar la doctrina: deberían estar abiertas a proteger un amplio rango de arreglos institucionales y provisiones textuales, porque los retos impuestos por el constitucionalismo abusivo son complejos y se manifiestan de distintas maneras. Sin embargo, deberían intervenir únicamente cuando estén bastante seguras de que una enmienda constitucional, ya sea por sí sola o en conjunto con otros cambios, puede representar una amenaza para valores democráticos fundamentales.

Nuestro argumento principal es que al hacer estas determinaciones, las cortes deben ser influenciadas por una consideración de las instituciones y principios encontrados en otros sistemas constitucionales. La experiencia con la doctrina demuestra que las cortes frecuentemente sobreestiman la amenaza que plantean las instituciones y prácticas arraigadas en los precedentes de la propia Corte o en la peculiar historia democrática doméstica de un país. El compromiso con el constitucionalismo transnacional es provechoso como un control de estos impulsos: la consideración de un universo más amplio de casos puede poner en duda una conclusión de que un valor o principio constitucional dado es verdaderamente fundamental o de que cierto cambio institucional verdaderamente representa una amenaza sustancial para dicho principio.

Entonces, recomendamos que las cortes adopten una práctica de fundamentar sus decisiones aplicando la doctrina con un anclaje transnacional. Más adelante, damos ejemplos —con base a una serie de casos recientes— de cómo tal anclaje puede funcionar en la práctica para lograr más moderación en el uso de la doctrina.

Este artículo se divide en cuatro secciones después de esta introducción. La Sección 2 expone la tensión teórica que enmarca nuestra contribución: el uso de la doctrina parece justificado en casos en los cuales una enmienda amenaza con socavar la democracia, pero impone un riesgo verdadero al constitucionalismo democrático si se utiliza en casos en los cuales el riesgo es inexistente o ha sido sobreestimado. La Sección 3 explica los casos específicos de India y Colombia —dos países en los que la doctrina ha sido bastante activa— para ilustrar esta tensión en acción. La Sección 4 considera distintas formas de lograr una doctrina más limitada. Dicha sección resalta nuestra solución de adoptar una doctrina amplia que es limitada por un compromiso de involucramiento comparativo, específicamente, al anclaje transnacional. También muestra cómo este compromiso ha funcionado en algunos casos y cómo ha actuado como un plausible principio limitante en otros en los que se implementó la doctrina innecesariamente. La Sección 5 concluye.

2. El constitucionalismo abusivo y una doctrina de enmienda constitucional inconstitucional

En esta sección, esbozamos la literatura existente sobre la doctrina de enmienda constitucional inconstitucional y explicamos teóricamente cómo puede ser esta doctrina legítima y útil como respuesta a ciertos tipos de enmiendas constitucionales que atentan contra el orden democrático. El trabajo existente ha demostrado que la doctrina plantea problemas especiales de legitimidad que no son enfrentados por ejercicios ordinarios de revisión judicial y que por lo tanto merecen una justificación especial. La experticia existente también sugiere que

la implementación de la doctrina contra enmiendas constitucionales que amenacen con socavar la democracia puede proveer dicha justificación. Esto enmarca la necesidad de nuestra contribución, la doctrina puede ser tanto útil como legítima contra cierto tipo de enmiendas que amenacen el orden constitucional, pero si las cortes usan excesivamente dicha doctrina —dígase porque sobreestiman la amenaza que representa cierto tipo de enmienda— entonces sobrepasan su rol de maneras particularmente problemáticas. Entonces, la teoría existente evidencia la necesidad de la doctrina (al menos en el contexto de democracias frágiles) y una necesidad para que ésta sea limitada.

El problema de justificar la doctrina

Cualquier doctrina de enmienda constitucional inconstitucional sustancial enfrenta una dificultad peculiar: amenaza con producir un tipo de dificultad contra-mayoritaria "definitiva".¹² En democracias de buen funcionamiento, las enmiendas constitucionales son frecuentemente utilizadas por mayorías legislativas o populares para fines constitucionales pro-democráticos. La revisión judicial ordinaria es un acto contra-mayoritario pero al menos retiene la habilidad de anular la toma de decisión judicial a través de la enmienda constitucional. La doctrina de enmienda constitucional inconstitucional corta esta válvula de

¹² Véase por ejemplo, Jacobsohn, Gary, "The Permeability of Constitutional Borders", *Texas Law Review*, vol. 82, num. 7, junio 2004, pp. 1763, 1799 (refiriéndose a la doctrina como "el acto contra-mayoritario más extremo"). Véase Murphy, Walter, "An Ordering of Constitutional Values", *Southern California Law Review*, vol. 53, 1980, p. 703 (quien rechaza este tipo de objeción democrática a la doctrina como una concepción demasiado superficial de la democracia constitucional) Barak, *op. cit.*, p. 336 (igual).

seguridad al permitir que las cortes revisen intentos de usar el proceso de enmienda como derogación.¹³ Una objeción clave a la doctrina de enmienda constitucional inconstitucional, es entonces que puede cortar cualquier vía —al menos a falta del reemplazo constitucional— para que el público contribuya a forjar el significado del texto constitucional, incluida la revocación de algunos ejercicios de revisión judicial. Casi todos los teóricos constitucionales concuerdan en que los procedimientos de enmienda constitucional juegan un rol importante en asegurar la legitimidad democrática de un texto constitucional.¹⁴

Las provisiones y principios constitucionales frecuentemente son de textura abierta en su naturaleza y por lo tanto son propensos a múltiples interpretaciones *razonables* diferentes.¹⁵ Donde éste sea el caso, habrá un importante rol para los fallos constitucionales democráticos: las opiniones de mayorías populares o legislativas pueden tener mayor fuerza para reclamar respeto, frente a ese tipo de desacuerdos que las opiniones de la mayoría de una Corte. Darles a las mayorías legislativas o populares el poder de anular decisiones de la corte, al menos

¹³ Véase por ejemplo, Dixon, "Constitutional Amendment Rules: A Comparative Perspective", *op. cit.*, p. 98.

¹⁴ Véase Jackson, Vicki, "The (Myth of Un) amendability of the US Constitution and the Democratic Component of Constitutionalism", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 13, núm. 3, julio 2015, pp. 575-605; Dixon, "Constitutional Amendment Rules: A Comparative Perspective", *op. cit.*, pp. 98-99.

¹⁵ Véase generalmente, Waldron, Jeremy, *Law and Disagreement*, Oxford, Clarendon Press, 1999; Waldron, Jeremy, "The Core of the Case Against Judicial Review", *Yale Law Journal*, New Haven, vol. 115, núm. 6, 2006, p. 1346 (sobre este problema con todos los ejercicios de revisión judicial). Véase Mendes, Conrado, "Judicial Review of Constitutional Amendments in the Brazilian Supreme Court", *Florida Journal of International Law*, vol. 17, núm. 3, Florida, 2005, pp. 459-461; O'Connell, Rory, "Guardians of the Constitution: Unconstitutional Constitutional Norms", *Journal of Civil Liberties*, Newcastle, vol. 4, núm. 1, 1999, pp. 48, 50, 52.

a través de la enmienda constitucional, es entonces pro-democrático. Esto es particularmente cierto cuando una enmienda tiene el apoyo de una mayoría popular o legislativa grande, y cuando los límites que se imponen al poder de enmienda son primordialmente sustanciales, más que procedimentales en su naturaleza.¹⁶

Donde los límites a una enmienda sean procedimentales, existe siempre la posibilidad de que la legislatura pueda intentar reinstaurar una enmienda. En algunos casos, el nuevo procedimiento puede ser demasiado oneroso para que una nueva enmienda sea exitosa, pero aún existe algún camino que los actores democráticos pueden perseguir.¹⁷ Donde, en contraste, los límites a un poder de enmienda sean más sustanciales que procedimentales, será más difícil que las mayorías democráticas reinstauren una enmienda fallida. Hacerlo así requeriría mayores cambios a la sustancia de la enmienda en particular, a la composición o enfoque de la Corte Constitucional o (quizás) a un reemplazo integral de la constitución. Ninguna de estas opciones resulta atractiva de manera general. El primer enfoque probablemente llevaría a distorsiones significativas de la expresión de la opinión democrática constitucional, el segundo llevaría a retraso significativo y quizás a costos colaterales al Estado de derecho, el tercero a la inestabilidad institucional.¹⁸

¹⁶ Véase Vicki Jackson, "Unconstitutional Constitutional Amendments: A Window into Constitutional Theory and Transnational Constitutionalism", en Michael Bauerle *et al.* (eds.) *Demokratie-Perspektiven: Festschrift Fur Brun-Otto Bryde Zum 70. Geburtstag*, Alemania, Mohr Siebeck, 2013, pp. 47, 62 (argumentando que "las formas procedimentales de revisión son más fáciles de justificar que las sustanciales").

¹⁷ Véase *idem.*, p. 61.

¹⁸ Véase Dixon, "Constitutional Amendment Rules: A Comparative Perspective", *op. cit.*, p. 104.

La desventaja principal para una doctrina de enmienda constitucional inconstitucional sustancialmente es entonces que otorga a las cortes un poder más o menos no revisable para determinar el significado de las provisiones constitucionales de textura abierta, el alcance de las cuales está abierto a disenso razonable. Permite que los jueces enfrenando tal desacuerdo substituyan —no una, sino dos veces— su propia visión de la constitución por la de una mayoría popular o legislativa. Así, les brinda a los jueces algo parecido a una revisión judicial *súper-fuerte*, misma que se opone directamente a una tendencia reciente en la teoría y diseño constitucional hacia el debilitamiento de la finalidad de la revisión judicial.¹⁹

2.2. El constitucionalismo abusivo como justificación

Muchos académicos que han defendido la doctrina de este problema especial de legitimidad han argumentado que la doctrina puede ser útil como una forma de ayudar a preservar las llamadas democracias frágiles contra la erosión democrática.²⁰ Esto no es, para estar seguros, el único propósito de la doctrina en los trabajos existentes al respecto.

¹⁹ Véase Gardbaum, Stephen, "The New Commonwealth Model of Constitutionalism", *The American Journal of Comparative Law*, vol. 49, núm. 4, otoño 2001, pp. 707-760, (describiendo modelos de revisión judicial en el Reino Unido, Nueva Zelanda y Canadá que se encaminaban a reconciliar la revisión judicial con la democracia al permitir varios tipos de derogación democrática).

²⁰ Véase por ejemplo, Barak, *op. cit.*, p. 336 (argumentando que al aplicar la doctrina, "la corte está protegiendo la democracia"); Issacharoff, Samuel, "Constitutional Courts and Democratic Hedging", *Georgetown Law Journal*, Georgetown, vol. 99, núm. 4, 2011, pp. 961, 999-1001 (analizando la experiencia India con la doctrina a través del lente de consolidar y proteger la democracia).

Frecuentemente, como Gary Jacobsohn lo ha notado, la doctrina ha sido utilizada para proteger compromisos constitucionales "más expresivos" o diferentes aspectos de la identidad constitucional de una nación.²¹ En otros casos, ha tenido un enfoque retrospectivo y ha buscado protección en contra del retorno de algún pasado constitucional repudiado, que puede no ser en sí mismo autoritario o no-democrático.²² Como Yaniv Roznai ha señalado, al momento que la doctrina ha "migrado" por diversos países, también ha asumido una compleja mezcla de objetivos o caracteres.²³ Más aun, muchos académicos y cortes se han enfocado en las relaciones formales o textuales encontradas en el texto y estructura constitucional como justificación de la doctrina. Estos académicos argumentan, por ejemplo, que el uso de la doctrina puede ser justificable si éste se funda explícitamente en el texto, por ejemplo, en cláusulas de eternidad que no admiten enmienda alguna.²⁴

²¹ Jacobsohn, Gary, *op. cit.*, p. 1763.

²² Esto explica, por ejemplo, la cláusula de eternidad que protege la dignidad humana en la constitución alemana. Véase por ejemplo, Kommers, Donald y Miller, Russell, *The Constitutional Jurisprudence Of The Federal Republic Of Germany*, 3 ed., Duke University Press, 2012; Preuss, Ulrich, "The Implications of "Eternity Clauses": The German Experience", *Israel Law Review*, Jerusalem, vol. 44, núm. 3, 2011, pp. 428-445 (analizando el rol de dichas cláusulas en la definición del "ser" de la política y mantener la "memoria y apreciación del poder constituyente vivo").

²³ Véase Roznai, Yaniv, "Unconstitutional Constitutional Amendments—The Migration and Success of a Constitutional Idea", *American Journal of Comparative Law*, vol. 61, núm. 3, 2013, p. 657.

²⁴ Véase por ejemplo, Barak, *op. cit.* p. 336 (distinguiendo las cláusulas de eternidad de casos en los que las cortes han desarrollado la doctrina es más fácil de defender si solamente encausa cambios de un mecanismo textualmente especificado a otro, más demandante —ella llama tal revisión "sustancial-procedimental"). Jackson, Vicki, "The (Myth of Un) amendability of the US Constitution and the Democratic Component of Constitutionalism", *op. cit.*, pp. 60-62. Véase Vincent J. Samar, "Can a Constitutional Amendment be Unconstitutional?", *Oklahoma City University Law Review*, Oklahoma City, vol. 33, 2008, pp. 667, 678-687 (acerca de la distinción sustancia-procedimiento).

Otros argumentan que la doctrina puede ser defendida como una forma de defensa de la soberanía popular, porque limita el poder de enmienda que esgrimen las instituciones políticas al mismo tiempo que preserva ciertos cambios fundamentales que ascienden al reemplazo de la constitución al "pueblo" actuando como poder constituyente. Bajo esta teoría, el uso de la doctrina realza la democracia porque mantiene el poder supremo del "pueblo" sobre sus representantes electos.²⁵

La intuición ampliamente sostenida de que la doctrina puede ser defendida si se utiliza como protección contra la erosión democrática, parece cimentarse en premisas más o menos similares. Si se implementa únicamente en contra de medidas que representen una amenaza significativa de erosión democrática, la dificultad contra-mayoritaria definitiva puede ser al menos aminorada. Esto es, porque dichas enmiendas puede que muy probablemente sean propensas a ser manipuladas más que un ejercicio real de la voluntad democrática y porque amenazan con coartar ejercicios de toma de decisiones democráticas futuras. Nuestro objetivo es, en todo caso, no construir una justificación formal nueva para la doctrina, sino agudizar la intuición de aquellos que la han visto como una amenaza de erosión democrática como caso paradigmático para su uso adecuado. Nos enfocamos entonces en la

²⁵ Véase por ejemplo, Colón-Ríos, Joel, "Beyond Parliamentary Sovereignty and Judicial Supremacy: The Doctrine of Implicit Limits to Constitutional Reform in Latin America", *Victoria University of Wellington Law Review*, Wellington, vol. 44, 2013, p. 521 (argumentando que la variante latinoamericana de la doctrina está basada en una competencia reservada en el poder constituyente del pueblo para hacer ciertos cambios constitucionales fundamentales). Véase Barak, *op. cit.*, pp. 332-338 (desarrollando un argumento de que algunos cambios van más allá del campo de las instituciones políticas y que están reservadas para el pueblo).

interrogante de cómo utilizar la doctrina, más en que *si* ésta debería existir.

El problema del cambio constitucional como erosión de la democracia es real y cada vez más común. La experiencia reciente nos ha mostrado una serie de ejemplos de "constitucionalismo abusivo" —casos en los que líderes autoritarios en potencia utilizan herramientas de cambio constitucional para socavar el orden democrático.²⁶ Estas prácticas son particularmente comunes en democracias nuevas o "frágiles" o aquellas que emergen de una historia reciente de gobierno autoritario.²⁷ Más que desestimar las reglas existentes y derrocar a gobiernos civiles en esos escenarios, los autoritarios en potencia usualmente trabajan con el marco legal existente, enmendando o reemplazando las constituciones existentes para construir regímenes notablemente menos democráticos. Estas acciones rara vez hacen que los países se vuelvan completamente autoritarios o los devuelve a un pasado totalmente autoritario, pero pueden convertirlos en regímenes híbridos o de autoritarismo competitivo que combinan características de democracia y autoritarismo.²⁸ Por ejemplo, estos regímenes pueden seguir celebrando elecciones significativas, pero usan una serie de dispositivos —como el control de instituciones tales como las cortes, comisiones electorales y

²⁶ Véase Landau, David, *op. cit.*

²⁷ Véase por ejemplo, Issacharoff, Samuel, "Fragile Democracies", *Harvard Law Review*, Boston, vol. 120, núm. 6, abril de 2007, p. 1407-1466.

²⁸ Véase Levitsky, Steve y Way, Lucan, *Competitive Authoritarianism: Hybrid Regimes after The Cold War*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010 (argumentando que muchos regímenes se han atorado entre la democracia y el autoritarismo, compartiendo características comunes entre ambos).

los medios— para acomodar las cosas en favor de los líderes imperantes, lo cual vuelve a las elecciones injustas.²⁹

El mismo tipo de embalaje de instituciones que está diseñado para controlar a los titulares puede hacer que el régimen sea menos propenso a proteger los derechos de las minorías.³⁰ La ciencia política moderna nos sugiere que el grado en el que un régimen es democrático *versus* autoritario está mejor conceptualizado dentro de un espectro.

Un cambio constitucional abusivo, entonces, puede ser definido como un cambio que hace a un régimen marcadamente menos democrático de lo que era con anterioridad —puede ser definido como una recaída democrática.³¹ Frecuentemente el cambio constitucional es central para la construcción de regímenes híbridos o competitivos. La enmienda constitucional puede permitir que los líderes incrementen su permanencia en el poder o debilitar a las instituciones que previamente actuaban como un control. En general, los objetivos del cambio constitucional en estos momentos son dos: hacer más difícil el desplazamiento de los líderes o partidos imperantes y debilitar los controles del ejercicio de

²⁹ Véase *ibidem*, p. 3 (definiendo al autoritarismo competitivo como "regímenes civiles en los que las instituciones democráticas formales existen y son ampliamente percibidas como los mecanismos primarios para la obtención del poder, pero en los que los titulares abusan del lugar que el Estado les brinda en una ventaja significativa sobre sus oponentes).

³⁰ Véase *ibidem*, p. 5 (notando que en regímenes autoritarios competitivos "las libertades civiles son nominalmente garantizadas y al menos parcialmente respetadas" sin embargo son "frecuentemente violadas"). Miembros de la oposición, así como grupos mediáticos independientes, pueden ser acosados y arrestados. Las instituciones encargadas de proteger las libertades civiles, como las cortes, frecuentemente son abarrotadas y bajo el control del régimen dominante.

³¹ Véase Landau, David, *op. cit.*, p. 195.

su poder. Definir los contornos precisos de estas medidas que cuentan como pro *versus* contra "democráticas" en este contexto puede, por supuesto, estar sujeto a desacuerdo porque la democracia misma es un concepto.³² Sin embargo, existe evidencia de que en muchos de estos episodios las distintas dimensiones de la democracia se erosionan juntas: por ejemplo, en la medida en la que los autoritarios potenciales debilitan controles horizontales para aumentar su permanencia en el poder y volver a las elecciones más injustas, también se vuelven propensos a lisiar a las instituciones, como las cortes, que están encomendadas a la protección de derechos individuales.

2.3. La doctrina de enmienda constitucional inconstitucional como "solución" (un bache/disuasión)

La doctrina de enmienda constitucional inconstitucional es útil como una solución parcial para este tipo de amenazas. No es la única posible respuesta: otra forma en la que el problema de las enmiendas constitucionales abusivas puede ser tratado, es que en el ámbito del diseño constitucional se utilice alguna forma de procedimiento de enmienda "gradual".³³ Un sistema de umbrales de enmienda gradual se ha vuelto parte del estado del arte comparativo constitucional: muchas nuevas

³² Sobre los distintos significados de la palabra democracia, Véase por ejemplo, Posner, Richard, *Law, Pragmatism, And Democracy*, Boston, Harvard University Press, 2003 (distinguiendo entre visiones más sustanciales y procedimentales de la democracia).

³³ Otros mecanismos disponibles pueden también incluir medidas encaminadas a la creación de desincentivos para que los líderes individuales no cometan dicha acción. Véase por ejemplo, Callarón-Alarcón, Juan Carlos, *The Unfinished Transition to Democracy in Latin America*, Nueva York, Routledge, 2009 (discutiendo temas de amnistía individual y colectiva, versus la rendición de cuentas en curso, en el contexto de transiciones a la democracia).

constituciones incluyen diferentes reglas de enmienda para diferentes partes de la constitución.³⁴ El punto de estos esquemas es requerir demostraciones más demandantes de la voluntad popular para enmendar algunas partes del orden constitucional en oposición a otros, lo cual eleva los costos de formas peligrosas de cambio constitucional. Por ejemplo, a veces les otorgan una protección especial a los límites al mandato Presidencial, precisamente por esa razón.³⁵

Dos factores determinan si la graduación o la doctrina de enmiendas constitucionales inconstitucionales es la mejor respuesta para el cambio constitucional abusivo. Uno es la distribución relativa del poder público al momento en el que una constitución es adoptada. Entre más concentrado sea el poder político, más frágil será la estrategia de graduación a los cambios subsecuentes en el poder de un partido o facción que ya es dominante, mientras que entre más disperso sea el poder, es menos probable que se esquiven requisitos intensificados de la súper-mayoría.³⁶ El segundo factor es el grado en el que amenazas particulares al orden democrático son previstas de antemano y atendidas por los redactores constitucionales. Frecuentemente, la graduación constitucional parece cegarse al problema del constitucionalismo abusivo y en cambio desempeña un propósito expresivo o relacionado

³⁴ Véase Albert, Richard, "Constitutional Handcuffs", *Arizona State Law Journal*, vol. 42, núm. 3, 2010, p. 709. (Dando ejemplos de constituciones que utilizan este tipo de dispositivo).

³⁵ Véase por ejemplo, Constitución de la República de Honduras, 1982, Honduras, art. 239 (removiendo del cargo a cualquiera que proponga que se reforme el artículo de no-reelección); 374 (haciendo que la provisión de no-reelección no admita enmienda alguna bajo ninguna circunstancia).

³⁶ En un sistema de partido dominante como Sudáfrica, por ejemplo, puede ser que inclusive los requisitos de súper-mayoría no sean restricciones efectivas.

con la identidad.³⁷ Las provisiones particulares son protegidas no como un cerco contra amenazas realistas a la democracia, sino para elevar valores fundamentales. La Constitución Sudafricana es un buen ejemplo: la parte de la Constitución que está especialmente afianzada, se enfoca en proteger valores como el principio de dignidad humana.³⁸ Es poco probable que este tipo de afianzamiento sea efectivo para prevenir que acontezca el tipo de recaída democrática asociada con el constitucionalismo abusivo: que los actores que intentan crear regímenes híbridos operan mediante la estrategia de minar instituciones específicas y ensalzar su propio poder más que retar valores fundamentales.

Una ventaja importante de una doctrina de enmienda constitucional inconstitucional es que permite a los jueces responder a estos problemas *ex post*, de una manera que les permite hacer valoraciones cuidadosas del grado en el que cierto cambio constitucional es verdaderamente anti-democrático.³⁹ Mientras nos enfocamos en la doctrina de enmienda constitucional inconstitucional en lo que resta del artículo, también reconocemos que es un pariente cercano de otras aproximaciones al diseño constitucional, tales como la graduación, cuyo atractivo depende de factores muy específicos al contexto.

³⁷ Véase Albert, Richard, "The Expressive Function of Constitutional Amendment Rules", *McGill Law Journal*, vol. 59, núm. 2, 2013, pp. 225, 247.

³⁸ Véase Constitución de Sudáfrica, 1996 art. 74 (haciendo los principios de fundación de la Constitución, como "dignidad humana" y "no-racismo y no-sexismo", especialmente difíciles de enmendar al requerir tres cuartas en vez de dos tercios de aprobación del parlamento).

³⁹ Véase Issacharoff, Samuel, "Constitutional Courts and Democratic Hedging", *op. cit.*, p. 1002 (notando que la dificultad de una especificación *ex ante* de qué debería ser protegido es una razón para la doctrina de enmienda constitucional inconstitucional).

Entonces, en general, la amenaza de un constitucionalismo abusivo es una potencial justificación poderosa para el uso de la doctrina, pero la posibilidad de que las cortes puedan sobreestimar o confundir la amenaza que plantea alguna enmienda es un reto preocupante para la legitimidad de la doctrina. La doctrina, en otras palabras, juega un rol importante en proteger "democracias frágiles" pero puede estar en peligro de ser usada de manera excesiva. En los siguientes dos apartados, expondremos los casos concretos detallados de Colombia e India para mostrar que esta tensión es real.

3. Colombia e India: casos concretos sobre la promesa y el peligro de la doctrina

En este apartado presentamos dos casos de estudio exhaustivos para mostrar cómo puede la doctrina, cuando es implementada correctamente, ser efectiva contra la amenaza de cambio constitucional abusivo y aun así, es usada ampliamente de manera excesiva en contra de ese tipo de amenazas.

En el caso de Colombia, la implementación de la doctrina previno enmiendas exitosas a la Constitución que podrían haber permitido que un Presidente permaneciera en el poder de manera indefinida, con consecuencias profundamente problemáticas para la democracia. En India, la implementación de la doctrina ayudó a crear consciencia sobre los efectos anti-democráticos de la emergencia. Si bien la doctrina es una solución imperfecta, puede bajo algunas condiciones, ser exitosamente implementada, dadas las dinámicas de regímenes autoritarios híbridos o competitivos. En otras palabras, no es necesariamente

cierto, dadas las políticas del autoritarismo moderno, que "inclusive si se llega a la sentida necesidad de ejecutar esta opción, las cabezas sobrias bien podrían preguntarse si era necesario hacerlo a fin de cuentas".⁴⁰

Estos ejemplos no sugieren que una Corte, actuando por sí sola, será siempre capaz de prevenir ejercicios de constitucionalismo abusivo. En primera, porque los autoritarios en potencia bien podrían reemplazar sus constituciones de manera integral para lograr sus objetivos.⁴¹ En otros casos, los actores políticos pueden apoyarse en los poderes de emergencia para suspender límites constitucionales democráticos. Entonces, una solución efectiva para el problema de la enmienda constitucional abusiva puede empujar a los actores autoritarios en potencia a que se apoyen con mayor fuerza en una suspensión o reemplazo constitucional. Además, que una decisión dada tenga al menos un cumplimiento parcial o que en su lugar sea ignorada o que provoque repercusiones para la Corte, es un cálculo complejo que depende de la fuerza de la Corte, de la naturaleza y magnitud de la amenaza. Todo lo que sugerimos es que la doctrina, es un medio potencialmente valioso de elevar los costos de una acción anti-democrática en formas que también pueden servir como un "bache" o disuasión efectiva.

Sin embargo, la experiencia práctica con la doctrina en ambos países también sugiere que los peligros de su uso excesivo son reales. Particu-

⁴⁰ Véase Jacobsohn, Gary, "An Unconstitutional Constitution? A Comparative Perspective", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 4, núm. 3, julio 2006, pp. 460-487.

⁴¹ Véase Arato, Andrew, "Post-Sovereign Constitution-Making in Hungary: After Success, Partial Failure, and Now What?" *South African Journal on Human Rights*, vol. 26, núm. 1, 2010, p. 43 (notando que la enmienda seguida por el reemplazo en un proceso de constitucionalismo abusivo en Hungría).

larmente, muchos usos de la doctrina tanto en India como en Colombia parecen estar basados en una sobreestimación de la amenaza que cierto cambio constitucional represente para el orden democrático. Por ejemplo, las cortes protegen sus propias líneas jurisprudenciales sin importar si son realmente fundamentales para el constitucionalismo democrático. Lo mismo parece ser cierto para muchos de sus usos en otras partes, algunos de los cuáles son esbozados en la Sección 4. Entonces, hay una apremiante necesidad de limitar el uso de la doctrina, tarea a la cual volveremos más adelante.

3.1. Colombia y la indefinida extensión de los límites de mandatos presidenciales

En Colombia, la Constitución históricamente ha limitado a los presidentes a un solo periodo de gobierno: esto representa un control importante en una región que ha sido plagada por caudillos que permanecen demasiado tiempo en sus cargos. Las dictaduras militares fueron raras y breves y muy pocos de sus líderes prolongaron su periodo de gobierno.⁴² Álvaro Uribe, quien fue electo como presidente en el 2002, amenazó con cambiar este patrón. Uribe —quien ganó como un forastero al sistema tradicional político de partidos— emergió como un presidente inusualmente popular al ganar algunos éxitos de alto perfil en contra de los grupos guerrilleros del país.⁴³ Después de servir la mayoría de su

⁴² Véase Bushnell, David, *The Making of Modern Colombia: A Nation in Spite of Itself*, California, University of California Press, 1993, pp. 284-285.

⁴³ Véase Weyland, Kurt, "Neopopulism and Neoliberalism in Latin America: How Much Affinity?", *Third World Quarterly*, vol. 24, núm. 6, diciembre 2003, pp. 1095, 1111.

mandato y de retener un alto índice de aprobación, Uribe buscó y recibió la aprobación para una enmienda que permitía que los presidentes sirvieran dos mandatos consecutivos.⁴⁴ Esta enmienda fue impugnada tanto por fundamentos procedimentales como por ser una "substitución de la constitución" inconstitucional, sin embargo, la Corte Constitucional confirmó la enmienda.⁴⁵ Más adelante, cuando su segundo periodo de gobierno estaba llegando a su fin, los simpatizantes de un todavía popular Presidente Uribe aprobaron un referéndum propuesto a través del Congreso que permitiría a los presidentes servir por tres periodos de gobierno consecutivos. En el 2009, la Corte bloqueó el tercer periodo de gobierno intentado como una enmienda constitucional inconstitucional.⁴⁶

La primera ampliación del límite del mandato se impugnó ante la Corte Constitucional de Colombia en el *Primer Caso de Reelección* en el 2005.⁴⁷ Previamente, la Corte había sostenido que algunos cambios constitucionales eran tan arrolladores que llegaban a ser sustituciones del texto constitucional más que una enmienda del mismo, pero nunca se había implementado la doctrina para bloquear un cambio constitu-

⁴⁴ La Constitución colombiana no incluye una graduación constitucional: cualquier provisión puede ser enmendada a través del voto de dos Congresos consecutivos: una mayoría simple en la primera ronda y una mayoría absoluta en la segunda. Véase Constitución Política de Colombia [C.P.] art. 375. Dada la popularidad del Presidente Uribe y la debilidad del sistema de partidos políticos colombiano, no fue difícil que él recibiera la mayoría necesaria para enmendar la Constitución y ampliar su periodo de gobierno en dos ocasiones distintas.

⁴⁵ Véase Sentencia C-1040, 19 de octubre de 2005, Magistrados Ponentes, Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.

⁴⁶ Véase Sentencia C-141 de 2010, 26 de febrero de 2010, Magistrado Sustanciador Humberto Antonio Sierra Porto.

⁴⁷ Véase Sentencia C-1040 de 2005, *op. cit.*

cional.⁴⁸ La corte confirmó la enmienda en cuestión, pero previno que sólo estaba avocándose para resolver sobre el beneplácito de un segundo periodo de gobierno consecutivo.

Al razonar acerca de porqué la enmienda en cuestión no constituía una substitución de la Constitución, la Corte señaló que permitir dos periodos de gobierno desgastaba el diseño institucional pero no necesariamente lo rompía. Bajo el mismo esquema de la Constitución de 1991, las instituciones democráticamente electas como la presidencia y el congreso son controladas por una serie de órganos judiciales y no-judiciales. La Corte notó que ya que estas instituciones por lo general son designadas por medio de esquemas complejos que minimizan la habilidad de una sola figura o institución política para controlarlas, permitir que los presidentes sirvieran dos periodos de gobierno no necesariamente le daría al presidente el poder para empacar dichas instituciones.⁴⁹ Por ejemplo, tres instituciones diferentes —la Corte Suprema, el Consejo de Estado y el Presidente— controlan cada una, listas de nominación de tres candidatos para un tercio de la Corte Constitucional y el Senado elige al magistrado para un periodo de 8 años no renovable de entre los candidatos contemplados en dichas listas.⁵⁰ La Corte determinó que permitir que el presidente sirviera un mandato adicional podría permitirle a él o a ella ejercer "mayor influencia" en el maquillaje de ciertas instituciones, pero sostuvo que esta elección

⁴⁸ Véase por ejemplo, Sentencia C-551 de 2003, 9 de julio de 2003, Magistrado Ponente, Eduardo Montealegre Lynett, párrs. VI.30-VI.37 (discutiendo la doctrina dentro de un caso sobre un referéndum propuesto).

⁴⁹ Véase Sentencia C-1040, *op. cit.*, párr.7.10.4.1 (ii).

⁵⁰ Véase Constitución Política de Colombia art. 239.

estaba dentro de la "ponderación" que pudiera llevarse a cabo por las instituciones encargadas de reformar la Constitución.⁵¹ La posibilidad de que el presidente pudiera "abusar de su poder", en solitario, no fue suficiente para invalidar la enmienda.⁵²

La Corte nuevamente enfrentó estos mismos temas varios años después en el *Segundo Caso de Reección*, después de la aprobación del Congreso de un referéndum propuesto diseñado para permitir que el Presidente Uribe pudiera servir un tercer mandato consecutivo. Esta vez, una mayoría de la Corte abatió el referéndum propuesto y señalaron que los procedimientos de su aprobación habían sido inconstitucionales y que la enmienda constituía una substitución de la Constitución.⁵³ La Corte enfatizó que la Asamblea Constituyente había mostrado gran consternación acerca del excesivo poder presidencial y en particular sobre la frecuente gobernanza del país por medio del estado de sitio en las décadas anteriores a 1991.⁵⁴ También recalcó detalladamente cómo un presidente con doce años consecutivos, tendría un poder tremendo sobre varias instituciones del Estado, incluyendo aquellas instituciones que se encargaban de controlarlo. Esto no es sólo porque habría tenido la posibilidad de ejercer todo su poder para realizar nombramientos sobre instituciones con periodos más largos o

⁵¹ Sentencia C-1040, *op. cit.*, párr 7.10.4.1(ii).

⁵² Véase *ídem*.

⁵³ Véase Sentencia C-141 de 2010, *op. cit.*

⁵⁴ La Corte también notó que el presidente colombiano había estado limitado históricamente sólo a un periodo presidencial y que el intento de Rafael Reyes para incrementar el periodo presidencial a principios del siglo veinte por medio de una enmienda constitucional había culminado en un rechazo de su gobernanza. Véase *ibídem*, § 6.3.5.1.3.

escalonados que el suyo, pero también porque podría ganar influencia sobre muchas de las otras instituciones de nominación durante ese lapso.⁵⁵ Además, un presidente que sirviera tres periodos presidenciales podría dominar el escenario mediático y sería capaz de usar el clientelismo para amasar una gran cantidad de poder.⁵⁶ La corte concluyó que la reforma "colapsaría el principio de separación de poderes".⁵⁷

Uribe y otros actores dentro del Sistema político cumplieron con esta decisión sin chistar demasiado. Sin embargo, las razones por las cuales lo hicieron son complejas y en muchos aspectos supeditadas a las políticas colombianas. Primero, la Corte Constitucional de Colombia es una institución poderosa y respetada.⁵⁸ Segundo, los partidos políticos colombianos han sido débiles y no-institucionalizados en años recientes; Uribe ganó como un externo al sistema de partidos políticos y nunca construyó un movimiento perdurable.⁵⁹ Muchos de aquellos que lo apoyaron en el Congreso por su popularidad desertaron una vez que la decisión judicial se había emitido y se hizo claro que la presidencia terminaría pronto. Su sucesor en el poder, Juan Manuel Santos, estaba afiliado a su movimiento y fue su Ministro de Defensa, pero rompió

⁵⁵ Ídem.

⁵⁶ Véase por ejemplo, *ídem*. (Notando que un presidente con doce años en el poder podría, en la práctica, tener un impacto sustancial en la conformación del Congreso).

⁵⁷ *Ibidem*, § 6.3.7.

⁵⁸ Véase por ejemplo, Landau, David, "Political Institutions and Judicial Role in Comparative Constitutional Law", *Harvard International Law Journal*, Boston, vol. 51, núm. 2, 2010, pp. 319, 321.

⁵⁹ Sobre la evolución del Sistema de partidos en Colombia y su desinstitucionalización, Véase Pizarro, Eduardo, "Giants with Feet of Clay: Political Parties in Colombia", en Mainwaring, Scott *et al.* (eds.) *The Crisis of Democratic Representation in the Andes*, California, Stanford University Press, 2006, p. 78.

drásticamente con las políticas de Uribe una vez que fue electo y ahora él funge como el líder de su oposición.⁶⁰

Entonces, la decisión compró tiempo y retrasó el esfuerzo anti-democrático. Este retraso fue crucial en el contexto colombiano de partidos políticos débiles y personalistas.

3.2. India y la emergencia

En India, la doctrina de enmienda constitucional inconstitucional tiene una historia más complicada. No empezó su vida como una doctrina enfocada en las preocupaciones acerca del constitucionalismo abusivo o como un desliz hacia un gobierno autoritario. Más bien, nació de una lucha entre el Parlamento indio y la Corte Suprema de India (CSI) acerca de la reforma agraria, la nacionalización y el derecho a la propiedad.⁶¹ El *I.C. Golaknath v. El Estado del Punjab*,⁶² el primer caso en anunciar una doctrina de enmienda constitucional inconstitucional en India, versó acerca del poder del Parlamento para quitar cierta legislación de la reforma agraria del alcance de la revisión judicial. En el caso *Kesavanda Bharathi v. El Estado de Kerala*⁶³ de 1972, se reformuló la doctrina de la Corte para enfocarse en la "estructura básica" de la Constitución de India y surgió de una disputa acerca del efecto de las leyes Kerala de reforma

⁶⁰ Véase por ejemplo, "Santos v. Uribe", *The Economist*, 7 de abril de 2012, <http://www.economist.com/node/21552204>.

⁶¹ Véase por ejemplo, Bhandari, M.K., *Basic Structure of the Indian Constitution: a critical reconsideration*, Nueva Delhi, Deep & Deep, 1993, p. 159.

⁶² *I.C. Golaknath v. State of Punjab*, A.I.R. 1967 S.C. 1643 (India).

⁶³ *Kesavanda Bharathi v. State of Kerala*, A.I.R. 1973 S.C. 1461 (India).

agraria y el intento del Parlamento indio de insular aquellas leyes de cualquier tipo de revisión judicial vía enmienda constitucional.⁶⁴

Sin embargo, el caso *Kesavanda* también fue una decisión emitida en contra de una preocupación creciente acerca de la potencialidad del constitucionalismo abusivo en India —o del poder creciente de la Primer Ministra Indira Gandhi.⁶⁵ Tras un largo periodo de conflicto entre los socialistas y conservadores, el Partido del Congreso, liderado por Gandhi, se partió en dos en 1969, dejando a Gandhi como la cabeza de un partido mucho más cohesionado.⁶⁶ El Congreso también había ganado una gran mayoría electoral en las elecciones parlamentarias de 1971, dándole poder de aprobar una serie de enmiendas diseñadas para revocar el caso *Golaknath*, y proteger la reforma agraria y las políticas de nacionalización de la revisión judicial.⁶⁷ Poco después, en respuesta al conflicto con Paquistán en el Punjab, Gandhi también declaró un estado de emergencia (externo).⁶⁸ Entonces, el caso *Kesavananda* fue visto, al menos por algunos, tanto como una forma de adaptación de Gandhi a su gran victoria electoral de 1971, como una advertencia

⁶⁴ Véase Neuborne, Burt, "The Supreme Court of India", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 1, núm. 3, julio 2003, pp. 476, 490.

⁶⁵ Con el tiempo, la doctrina también se ha desarrollado para tener un enfoque más directo sobre preocupaciones sobre la democracia y el Estado de derecho en general. Véase por ejemplo, Bhanu Mehta, Pratap, "The Inner Conflict of Constitutionalism: Judicial Review and the "Basic Structure" en Hasan, Zoya et al. (eds.), *India's Living Constitution: Ideas, Practices, Controversies*, Londres, Anthem Press, 2002 (resaltando el enfoque pro-democrático y el carácter de la doctrina así como su aplicación ocasionalmente desenfocada).

⁶⁶ Véase Ray, Amal, "From a Constitutional to an Authoritarian System of Government: Interactions between Politics and the Constitution in India", *The Journal of Commonwealth & Comparative Politics*, vol. 25, num. 3, marzo 2008, pp. 275, 285-287.

⁶⁷ Véase Neuborne, Burt, *op. cit.*, p. 490.

⁶⁸ Véase *idem*.

para ella misma acerca de los límites de su poder para gobernar sin supervisión judicial.

En el corto plazo, la decisión en sí misma fue un intento bastante inefectivo para retrasar o disuadir una acción constitucional abusiva por parte de Gandhi.⁶⁹ La respuesta inmediata de Gandhi a la decisión fue pasar por alto a tres jueces en la mayoría para la designación del Jefe de Justicia, en directa oposición a las normas de antigüedad que rigen los nombramientos judiciales en India.⁷⁰ Esto, algunos alegan, tuvo un impacto directo en la disposición de la Corte para hacer valer poderes de revisión judicial robustos en casos subsecuentes.⁷¹ En 1975, Gandhi también quiso consolidar su gobierno al declarar una emergencia interna comprehensiva. Durante la emergencia misma, la CSI declinó aplicar la doctrina de enmienda constitucional inconstitucional para proteger derechos básicos de *habeas corpus*, o para intentar limitar la habilidad de Gandhi de permanecer en su cargo.⁷²

Sin embargo, en el largo plazo la doctrina bien podría haber ayudado a limitar el margen temporal para el constitucionalismo abusivo en India

⁶⁹ Véase Austin, Granville, *Working a Democratic Constitution: The Indian Experience*, Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 276-277.

⁷⁰ Véase Neuborne, Burt, *op. cit.*, pp. 481-483, 492; Rao, R.V.R. Chandrasekhara, "Mrs Indira Gandhi and India's Constitutional Structures: an Era of Erosion", *Journal of Asian and African Studies*, vol. 22, num. 3-4, enero 1987, pp. 156, 173.

⁷¹ Véase Rao, R.V.R. Chandrasekhara, *op. cit.*, p. 167.

⁷² Véase A.D.M *Jadapur v. Shiv Kant Shukla*, A.I.R 1976 S.C. 1207 (*habeas corpus*); Smt. Indira Gandhi v. Raj Narain, A.I.R. 1976 S.C. 1207 (elections); Austin, Granville, *op. cit.*, pp. 323-343; Véase Neuborne, Burt, *op. cit.*, p. 494; Kalhan, Anil, "Constitution and "Extraconstitution": Colonial Emergency Regimes in India and Pakistan, in *Emergency Powers in Asia*", en Ramraj, Victor V. y Thiruvengadam, Arun K. (eds.), *Exploring the Limits of Legality*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, pp. 89, 113-116.

al subsecuentemente disuadir a Gandhi de engancharse en el tipo de manipulación electoral que los autoritarios en potencia generalmente utilizan para permanecer en el poder. En 1975, un juez de Alta Corte determinó que Gandhi era culpable de varios incumplimientos a la ley electoral, lo cual inmediatamente la presionó para renunciar al Parlamento.⁷³ Gandhi respondió por medio de una serie de medidas diseñadas a proteger su posición, incluyendo la emergencia misma y la aprobación del Acto (Enmienda) de Leyes de Elecciones en 1975 pretendiendo que retrospectivamente se eliminaran provisiones relevantes del Código Electoral. El conjunto de leyes incluyó una enmienda a la Constitución (la Enmienda Trigésimo Novena) que consideró que la elección de Gandhi era válida, sosteniendo que la anterior ley electoral no era aplicable a la Primera Ministra y colocando a todas las leyes electorales en el Noveno Apéndice de la Constitución (lo cual las exentaba de revisión judicial).⁷⁴ En el *Caso de Elección* de 1975, la CSI permitió que Gandhi permaneciera en el poder al dejar de lado la condena original en su contra, bajo el Código Electoral anterior.⁷⁵

Sin embargo, al llegar a este resultado en el *Caso de Elección* la CSI simultáneamente emitió una advertencia importante a Gandhi sobre los probables límites de su *future* inmunidad ante cualquier abuso electoral. El fundamento para la resolución de la Corte en el *Caso de Elección* fue extremadamente estrecho: dependió en una decisión de que

⁷³ Véase Neuborne, Burt, *op. cit.*, p. 492; Rao, R.V.R. Chandrasekhara, *op. cit.*, pp. 168-169.

⁷⁴ Véase *por ejemplo*, das Gupta, Jyotirinda, "A Season of Caesars: Emergency Regimes and Development in Politics in Asia", *Asian Survey*, vol. 18, núm. 4, abril 1978, pp. 315, 322-323 (1978).

⁷⁵ Smt. Indira Gandhi v. Raj Narain, A.I.R. 1976 S.C. 1207.

Gandhi y sus simpatizantes no habían violado técnicamente ningún límite relevante acerca del gasto electoral. En un nivel más amplio, la CSI expresamente declinó confirmar la efectividad de la Enmienda Trigésimo Novena como un medio de protección para Gandhi de las consecuencias legales de cualquier abuso electoral. En adición a objeciones más específicas, tres de cinco jueces determinaron que la Enmienda Trigésimo Novena era una violación de la doctrina de la estructura básica y hasta cierto punto una enmienda constitucional inconstitucional.⁷⁶

Cuando Gandhi decidió declarar el fin del gobierno de emergencia en 1977 y llamar a elecciones nuevas (algunos dicen que con la finalidad de consolidar aún más su permanencia en el poder),⁷⁷ ya estaba bajo aviso de la CSI sobre las consecuencias de cualquier intento manifiesto de manipular el proceso electoral.

La estructura básica de la doctrina afirmada y aplicada por la Corte en el *Caso de Elección* significó que ningún parlamento subsecuente podría efectivamente proteger a Gandhi en contra de las consecuencias legales de la condena por una falta electoral, inclusive una hecha mediante enmienda constitucional. También fue ampliamente notado en informes de medios contemporáneos que Gandhi estaba preocupada en

⁷⁶ Para discusiones útiles, Véase Aikman, C.C., "The Debate on the Amendment of the Indian Constitution", *U.U.w.L.R.*, vol. 9, núm. 4, 1978, pp. 357, 375-377; Gandhi, Pathik, "Basic Structure and Ordinary Laws (Analysis of the Election Case & the Coelho Case)", *Indian Journal of Constitutional Law*, vol. 4, 2010, p. 47; Neuborne, Burt, *op. cit.*, p. 493; Nanda, Ved P., "The Constitutional Framework and the Current Political Crisis in India", *Hastings Constitutional Law Quarterly*, California, vol. 2, núm. 3, 1975, pp. 859, 871-872.

⁷⁷ Véase por ejemplo, Austin, Granville, *op. cit.*, pp. 394-395; Rao, R.V.R. Chandrasekhara, *op. cit.*, p. 173.

ese tiempo por evitar cargos criminales y una condena por las acciones que cometió durante su encargo.⁷⁸ Uno podría argumentar que el resultado de todo esto fueron las elecciones notoriamente libres y justas que se celebraron en 1977, mismas que condujeron a una derrota aplastante para Gandhi y su gobierno autoritario de dos años.⁷⁹

El hecho de que un nuevo gobierno, liderado por el Partido Janata, fuera elegido resultó significativo en sí mismo para la democracia, ya que fue la primera vez desde la independencia que un partido distinto al Partido del Congreso mantenía el cargo de Primer Ministro.⁸⁰ En su primer año de mandato, el gobierno Janata también ayudó a restaurar el régimen constitucional democrático al derogar provisiones clave de la Enmienda Cuadragésimo Segunda que habían buscado concentrar el poder en el Primer Ministro a expensas de los gobiernos parlamentarios y estatales.⁸¹

En 1980, en el caso *Minerva Mills*,⁸² la CSI declaró que la mayoría de las provisiones restantes de la Enmienda Cuadragésimo Segunda eran inconstitucionales, bajo la doctrina de la estructura básica.⁸³ Si bien Gandhi después regresó al parlamento y volvió a ocupar el cargo de Primera

⁷⁸ Véase por ejemplo, "Indira Symbolizing Evil in Politics: EMS," *The Times of India*, 15 de octubre de 1978; "Indira Trying Backdoor Entry, Says Veerendra," *The Times of India*, 26 de octubre de 1978; "Dismissal of Morarji Warning to Others," *The Times of India*, 14 de enero de 1970; "Ordinance to Amend Act Likely," *The Times of India*, 11 de febrero de 1970.

⁷⁹ Véase Kalhan, Anil, *op. cit.*, p. 116; Neuborne, Burt, *op. cit.*, p. 494; Ray, Amal, *op. cit.*, pp. 289-289.

⁸⁰ Véase Austin, Granville, *op. cit.*, pp. 393-395.

⁸¹ Véase Neuborne, Burt, *op. cit.*, p. en 494; Rao, R.V.R. Chandrasekhara, *op. cit.*, p. 168.

⁸² *Minerva Mills v. Union of India* (1980) 4 S.C.C. 222.

⁸³ Véase Katz, Elai, *op. cit.*, pp. 272; Neuborne, Burt, *op. cit.*, p. 494; Rao, R.V.R. Chandrasekhara, *op. cit.*, p. 168.

Ministra en 1980, esta vez lo hizo sin la misma dependencia visible en tácticas anti-democráticas.⁸⁴

3.3. El peligro de la doctrina en Colombia e India

Mientras que los casos señalados con anterioridad demuestran la utilidad potencial de la doctrina como respuesta a la amenaza de constitucionalismo abusivo, muchos otros usos de ésta tienden a ilustrar el riesgo que su uso tiene para ejercicios ordinarios del poder de enmienda. En Colombia, los casos que aplican la doctrina, aparte de los casos de reelección tienden a ilustrar dicho riesgo. En un caso famoso de 1994, la Corte Constitucional de Colombia invalidó una ley que criminalizaba la posesión simple de drogas. La Corte citó dos principios constitucionales básicos en su fallo: el derecho al "libre desarrollo de la personalidad"⁸⁵ y el carácter "liberal y democrático" del Estado colombiano.⁸⁶

La interpretación de la Corte de ambos principios relevantes parece estar abierta a desacuerdo razonable y en efecto la decisión enfrentó resistencia política casi desde el comienzo, lo cual se evidenció con el hecho de que la mayoría de las administraciones presidenciales desde

⁸⁴ Esto es cierto al menos a nivel nacional. Para el uso de su regla de emergencia/regla por decreto en algunas etapas durante su Segundo período como Primera Ministra, Véase Ray Amal, *op. cit.*, p. 289.

⁸⁵ Véase Constitución Política de Colombia, art. 16 ("Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin ningún otro límite más que aquellos impuestos para los derechos de otros y el orden legal").

⁸⁶ Sentencia C-221 de 1994, 5 de mayo de 1994, Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz, párrs. 6.2.2-6.2.4.

1994 buscaron usar la Constitución para revocar el fallo. Uno podría argumentar que ninguna persona adicta a narcóticos es capaz de un desarrollo de su personalidad significativo sin ningún tipo de intervención médica y desintoxicación. De manera similar, los principios democráticos podrían ser aplicados para apoyar, más que minar, la criminalización del consumo de drogas, si uno fuera a alegar que los ciudadanos no podrían participar de manera significativa e informada en el proceso político bajo el influjo de narcóticos.

Esto pareció al menos ser parte de la lógica de una pregunta de un referéndum propuesto en 2003, que citó el deseo de "proteger y promover un desarrollo efectivo de la personalidad", como fundamento de una enmienda constitucional que permitía la criminalización de la posesión de drogas. La Corte invalidó la pregunta por motivos procedimentales, lo cual propició varios intentos futuros de una enmienda constitucional por parte del Congreso.⁸⁷ En el 2009, la Corte aprobó una nueva enmienda que prohibía la posesión de drogas pero que prescribía "medidas y tratamiento administrativo para un fin pedagógico, profiláctico y terapéutico", más que sanciones penales, requirió el "consentimiento informado del adicto" para que esas medidas fueran implementadas. Esta enmienda fue impugnada por ser percibida como una sustitución a la Constitución y la Corte desestimó esta inconformidad por fundamentos técnicos.⁸⁸

⁸⁷ Véase sentencia C-551 de 2003, *op. cit.*, párrs. VI.304-VI.307.

⁸⁸ Véase Sentencia C-574 de 2011, 22 de julio de 2011, Magistrado Ponente Juan Carlos Henao Pérez, párrs. VI.6.11-VI.6.15 (sosteniendo que la Corte estaba inhibida para decidir sobre el caso porque el quejoso había llevado a cabo una lectura "parcial, incompleta y aislada" de la provisión en cuestión).

Más adelante, en una serie de casos del Sistema del Servicio Civil, la Corte debatió con los poderes políticos, sobre la cuestión de si los burócratas nominados provisionalmente para ocupar ciertos puestos tenían que ser sujetos a los exámenes del servicio civil abierto que se crearon en la Constitución de 1991. En una serie de leyes, el Congreso intentó proteger a las designaciones provisionales de que sus nombramientos fueran abiertos a concurso. Con base en un artículo constitucional que establecía que "todos los servidores públicos serán designados por una examinación pública meritocrática",⁸⁹ la Corte invalidó estos intentos porque sostuvo que las posiciones titulares y no sólo las nuevas posiciones debían ser sujetas al régimen de servicio civil.⁹⁰ En el 2008, el Congreso respondió enmendando la Constitución para crear una provisión temporal que permitía que el régimen del servicio civil ratificara todos los titulares de un cargo público en sus puestos durante un periodo de tres años sin que se abrieran sus posiciones a concurso del servicio civil. La corte invalidó esta enmienda como una substitución de la Constitución, sosteniendo que reemplazaba los principios medulares de "igualdad" y "meritocracia" que eran fundamentales para el orden constitucional.⁹¹

La forma del régimen meritocrático y su particular aplicación a los titulares de cargos, parece suscitar un complejo balance de valores

⁸⁹ Constitución Política de Colombia, art. 125.

⁹⁰ Véase por ejemplo, Sentencia C-037 de 1996, 5 de febrero de 1996, Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa; Sentencia C-901 de 2008, 17 de septiembre de 2008, Magistrado Ponente Mauricio González Cuervo.

⁹¹ Véase Sentencia C-588 de 2009, 27 de agosto de 2009, Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, párr. 6.2.2

que normalmente estarían dentro del ámbito de la contención democrática.

Un patrón similar puede ser observado en la India en el contexto de varias decisiones de la Corte sobre el derecho a la propiedad y los intentos del Lok Sabha de anular esas decisiones mediante una enmienda constitucional. En su forma original, el artículo 31 (2) de la Constitución de India prescribía que la adquisición de la propiedad debería destinarse "para fines públicos bajos cualquier ley" y que "el monto" o "principios de compensación" para llevarse a cabo deberían estar especificados en el Lok Sabha. Esta formulación de textura abierta aparentemente fue intencionalmente adoptada por los redactores de la Constitución para permitir que el Parlamento tuviera flexibilidad para determinar el estándar apropiado de compensación como parte de cualquier programa de reforma agraria.

Sin embargo, en casos iniciales, tanto las cortes de menor instancia en India y la Suprema Corte consideraban que la palabra "compensación", significaba estrictamente la compensación basada en el mercado.⁹² Lo anterior, inclusive a pesar de que tanto la historia del artículo 31(2) en India y la evidencia de otros países, demostraba que había otras formas de entender los requisitos constitucionales de compensación que debían tomarse. La respuesta del Lok Sabha fue promulgar la Primera Enmienda a la Constitución, que prescribía que "ninguna ley referente a la adquisición del Estado de cualquier bien o de cualquier

⁹² Véase por ejemplo, *State of West Bengal v. Bela Banerjee*, A.I.R. 1954 S.C. 170 ("*Bela Banerjee Case*").

derecho en él o para la extinción o modificación de cualquiera de tales derechos debe considerarse nulo bajo el fundamento de que es inconsistente, quita o incumple con cualquiera de los derechos conferidos por cualquier provisión en esta Parte" (artículo 31A), y que "sin perjuicio" a esta provisión ninguno de los Actos contenidos en el Noveno Apéndice a la Constitución "deben considerarse" nulos por ser inconsistentes con los derechos en la Parte 4 de la Constitución (artículo 31B). La Primera Enmienda también agregó 13 estatutos al Noveno Apéndice, incluyendo numerosos estatutos referentes a la reforma agraria.

Sin embargo, la CSI últimamente ha respondido a estas enmiendas, primero, dándole al lenguaje de los artículos 31A y 31B una interpretación muy estrecha y después al determinar que ciertas enmiendas relevantes son inconstitucionales por ser inconsistentes con los términos de la Constitución anterior.⁹³ En el caso *I.C. Golaknath v. El Estado del Punjab*,⁹⁴ la Corte sostuvo que todas las enmiendas constitucionales eran "leyes" bajo el significado del artículo 13 (1) de la Constitución y por ende estaba *sujetas* más que *por encima de* otras provisiones en la Parte 3 de la Constitución, incluyendo varios derechos fundamentales. Con base en esto, también invalidó los artículos 31A y 31B en su integridad. El intento del Lok Sabha de anular a la Suprema Corte al hacer valer una visión diferente, pero bastante razonable, del derecho a la propiedad fue descarrilada casi por completo por casi seis años, hasta que la Suprema

⁹³ Véase Neuborne, Burt, *op. cit.*, p. 489.

⁹⁴ *I.C. Golaknath v. State of Punjab, op. cit.*

Corte acotó su definición de imposibilidad de enmienda constitucional en el caso *Kesavanda Bharathi v. Estado de Kerala*.⁹⁵

Estos ejemplos sugieren que la doctrina frecuentemente es usada en circunstancias en donde el significado de normas constitucionales está abierto a desacuerdo razonable. En particular, los jueces parecen identificar sus propios límites medulares en sus propias líneas jurisprudenciales —en preguntas como la autonomía personal, propiedad y meritocracia— tan centrales al orden constitucional existente, incluso cuando las mentes razonables pueden diferir acerca de la corrección básica de dicha jurisprudencia. Esto puede ser una protección del terreno de pelea racional o puede ser que los jueces genuinamente enfatizan en exceso la centralidad de los valores en su propia toma de decisiones. De cualquier forma, algún esfuerzo para limitar o controlar la doctrina es importante si la doctrina aspira avanzar, más que socavar, compromisos al constitucionalismo democrático. Consideramos las posibles soluciones a esto en la siguiente sección.

4. El compromiso transnacional y una limitada doctrina de enmienda constitucional inconstitucional

No hay forma de esquivar el hecho de que los usos de la doctrina de enmienda constitucional inconstitucional involucran distintos ejercicios de juzgamiento por parte de las altas cortes. A pesar de este hecho, argumentamos que las cortes y los académicos deberían buscar un

⁹⁵ *Kesavanda Bharathi v. State of Kerala*, A.I.R. 1973 S.C. 1461.

principio limitante para mantener la utilidad de la doctrina a la vez que la protegen de la crítica y previenen que desborde procedimientos democráticos de enmienda normales. En esta parte, exploramos tres posibles soluciones doctrinales. Las cortes, por supuesto, podrían potencialmente adoptar estas tres soluciones en distintos momentos o en casos diferentes, pero nosotros las estamos presentando como soluciones distintas, las cuales las cortes podrían implementar como fundamento para una aplicación más consistente de la doctrina.

El lugar más obvio para empezar a buscar una doctrina limitada será una doctrina "estrecha" que proteja sólo contra la destrucción de un conjunto pequeño de principios o instituciones medulares. Pero como notamos, una doctrina así puede ser fácilmente evadida a través de la astuta agregación o escenificación de una acción anti-democrática. Quizás conscientes de esa debilidad, las cortes podrían también adoptar un estándar que invalide cualquier enmienda con un impacto potencial adverso en el orden democrático. Sin embargo, tal doctrina probablemente sería demasiado amplia, arrasando con muchas enmiendas que son inocuas. En efecto, es la tensión clásica entre reglas y estándares constitucionales: las reglas constitucionales generalmente hacen más para constreñir la discreción judicial, pero en muchas formas que pueden ser sustancialmente sub o sobre inclusivas, mientras que los estándares constitucionales dejan mayor discreción a los jueces en formas que pueden levantar claras preocupaciones democráticas o sobre el estado de derecho.⁹⁶

⁹⁶ Véase por ejemplo, Sullivan, Kathleen, "The Supreme Court, 1991 Term—Foreword: The Justices of Rules and Standards", *Harvard Law Review*, Boston, vol. 106, 1993, p. 22 (1993).

Sin embargo, sugerimos que hay una tercera posibilidad que parte la diferencia entre estos polos: las cortes deberían intervenir únicamente cuando estén seguras de que las enmiendas o paquetes de enmiendas representen una amenaza sustancial a los valores cercanamente asociados al orden democrático. La identificación de esas amenazas es necesariamente contextual: las cortes deben entender el contexto doméstico y la amenaza de una enmienda o enmiendas políticas dentro de ese contexto. No obstante, argumentamos que la consideración de materia transnacional puede aún ser útil como un control o límite para el uso excesivo de la doctrina. Argumentamos que las cortes deben referirse al derecho transnacional constitucional tanto para determinar cuáles valores son lo suficientemente importantes para ser protegidos y para dilucidar si, en operación, las enmiendas en cuestión realmente plantean una amenaza sustancial a esos valores.

4.1. Una aproximación estrecha, los problemas de evasión y efectos de interacción

Un punto de partida para una doctrina de enmienda constitucional inconstitucional es una doctrina estrecha. La estrechez puede ser alcanzada ligeramente en dos distintas maneras. Primero, ya sea una Corte o un diseñador constitucional podría intentar identificar y proteger un conjunto pequeño de provisiones institucionales particulares. Por ejemplo, la jurisdicción o el procedimiento de nombramientos de una Corte o las provisiones que definen los límites a los mandatos presidenciales pueden ser hechos de tal forma que no admitan enmienda alguna. Los procedimientos de graduación constitucional, o las cláusulas de eternidad que no admiten enmienda alguna a veces adoptan

este enfoque en el diseño constitucional. Las cláusulas de eternidad de la Constitución de Honduras, por ejemplo, protegen un conjunto de provisiones medulares referentes a la presidencia, tales como la duración del mandato presidencial, la prohibición de reelección y la prohibición de que ciertas personas en altos cargos, funjan como presidente en el periodo presidencial subsiguiente.⁹⁷ Estas provisiones parecen estar encaminadas a prevenir la consolidación del poder por un actor particular que entonces permanece en la presidencia. Los jueces pueden desarrollar listas similares de provisiones protegidas por medio de la doctrina de enmienda constitucional inconstitucional.⁹⁸ La Constitución de Brasil es un ejemplo de este tipo de aproximación aplicado a la democracia: la Constitución restringe enmiendas que "se encaminen a abolir la forma federalista de estado" "el voto directo, universal, secreto y periódico", "la separación de los poderes de Gobierno" y "derechos y garantías individuales".⁹⁹

Este mismo tipo de lista podría ser desarrollada por los jueces a través de la doctrina de la enmienda constitucional inconstitucional, más que en el texto constitucional. Por ejemplo, Carlos Bernal argumenta que la doctrina de la imposibilidad de enmienda puede justificar la inclusión

⁹⁷ Véase Constitución de Holanda, art. 374 ("El artículo anterior [definiendo procedimientos de enmienda], el presente artículo y los artículos constitucionales que se refieren a la forma de gobierno, el territorio nacional, el periodo de gobierno presidencial, la prohibición de ser recién presidente de la república para el ciudadano que ha lo ha ejercido bajo cualquier título y la referencia a aquellos que no pueden ser presidentes de la república para el periodo subsiguiente no pueden ser enmendadas bajo ningún supuesto").

⁹⁸ Ley Fundamental para La República Federal de Alemania [LEY FUNDAMENTAL] [GG] [Derecho básico], mayo 23, 1949, BGBl I, art. 79, párr. 3 (afianzando ciertos valores básicos).

⁹⁹ Constitución de Brasil, art. 60, párr. 4.

de solamente un pequeño conjunto de principios que son, ya sea intrínsecos al constitucionalismo democrático (derechos, separación de poderes y Estado de derecho) o que constituyen el propósito normativo medular de un proyecto constitucional particular (tal como la democracia participativa en el caso colombiano).¹⁰⁰ En otras palabras, una Corte que tome una aproximación estrecha puede invalidar solamente una enmienda que destruya un conjunto pequeño de valores e instituciones medulares.

La ventaja de tal enfoque es que protege un espectro amplio para la enmienda constitucional y asegura que las enmiendas constitucionales inconstitucionales sólo sean usadas en los casos más extraordinarios. Sin embargo, la desventaja es que como formas de graduación *ex ante* realizada por diseñadores constitucionales, puede fracasar para vislumbrar el rango de formas que pueden adoptar las enmiendas del constitucionalismo abusivo. También puede ser frecuentemente evadida por actores anti-constitucionales que persiguen un número de distintas aproximaciones para conseguir el mismo fin —o adoptando medidas que tienen un carácter abusivo sólo por virtud de su interacción con otras enmiendas paralelas o cambios legales.

Los cambios constitucionales que, por sí mismos, no representen ninguna amenaza significativa para la democracia pueden volverse cada

¹⁰⁰ Véase Bernal, Carlos, "Unconstitutional Constitutional Amendments in the Case Study of Colombia: An Analysis of the Justification and Meaning of the Constitutional Replacement Doctrine", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, núm. 2, abril de 2013, pp. 339-357.

vez más amenazadores en combinación o adición.¹⁰¹ En Hungría en el 2011, Fidesz defendió varios cambios anti-democráticos que hizo bajo el fundamento de que cada uno de estos —en lo individual— estaban insertos alrededor del mundo en constituciones altamente democráticas y que eran parte de regímenes democráticos. En otras palabras, Fidesz introdujo un cúmulo de elementos —tales como una Corte Constitucional con jurisdicción limitada en ciertos temas, un sistema centralizado de designaciones judiciales y un sistema centralizado para el nombramiento de otros oficiales y agencias supuestamente independientes— todos de los cuales resultaron ser sólo débilmente problemáticos en órdenes democráticos normales, vistos de manera aislada. Muchos teóricos políticos proponen que, para ser legítima, una democracia debe proveer de cierta forma la revisión independiente del actuar estatal.¹⁰² Pero otros pocos argumentan que la revisión de este tipo debería tomar algún tipo de forma particular.¹⁰³ Una corte que aplique una aproximación estrecha podría entonces tener dificultad para concluir que cualquiera de estos cambios destruyó alguno de los principios encontrados en la lista de normas o valores democráticos fundamentales.

¹⁰¹ Esta es una versión del argumento de Vicki Jackson acerca del efecto de los "paquetes" constitucionales, pero enfocado en nociones de combinaciones constitucionales abusivas. Véase Jackson, Vicki "Narratives of Federalism: Of Continuities and Comparative Constitutional Experience," *Duke Law Journal*, vol. 51, núm. 1, octubre 2001, pp. 223, 226.

¹⁰² Véase por ejemplo, Michelman, Frank I., "Is the Constitution a Contract for Legitimacy?", *Review of Constitutional Studies*, vol. 8, 2004, p. 101; Michelman, Frank I., "Ida's Way: Constructing the Respect-Worthy Governmental System", *Fordham Law Review*, vol. 72, núm. 2, noviembre 2003, p. 345; Michelman, Frank I., "Constitutional Legitimation for Political Acts", *Modern Law Review*, vol. 66, núm. 1, enero 2003, p. 1.

¹⁰³ Véase Tushnet, Mark, "The Relation Between Political Constitutionalism and Weak-Form Judicial Review", *German Law Journal*, vol. 14, 2013, pp. 2249, 2263.

Sin embargo, en agregado, este tipo de cambios pueden tener un profundo impacto anti-democrático. Como Scheppele ha argumentado, los cambios húngaros formaban juntos un tipo de "frankenestado."¹⁰⁴ En el caso de la Corte Constitucional, mientras que su poder de revisión judicial ordinaria se expandió, fue despojada de casi todo su poder de revisar la constitucionalidad de la legislación referente a la legislación económica (p.ej., legislación presupuestaria y de impuestos) hasta que la deuda pública del país cayó cincuenta por ciento por debajo del PIB.¹⁰⁵ Reglas anteriores con amplia aplicación fueron cambiadas para que cualquier cambio abstracto a la legislación solamente pudiera ser invocado *ex ante* por la mayoría parlamentaria o *ex post* por el gobierno, el ombudsman, o un cuarto de los miembros del parlamento (cuando ningún partido de oposición tenía apenas el veinticinco por ciento de votos en el Parlamento).¹⁰⁶

Se hicieron cambios al tamaño de la Corte Constitucional (para aumentar el número de jueces de 11 a 15) y al proceso por medio del cual los jueces eran nominados (para eliminar el rol potencialmente diversificador de un comité de nominación constitucional).¹⁰⁷ También se hicieron cambios al método de designación de agencias independientes, incluyendo al ombudsman, encargadas de mantener otros controles y contrapesos, y de iniciar la revisión ante la Corte Constitucional.

¹⁰⁴ Véase Scheppele, Kim, "The Rule of Law and the Frankenstate: Why Governance Checklists do not Work", *Governance*, vol. 26, núm. 4, octubre 2013, p. 559.

¹⁰⁵ Véase Jakab, Andras y Sonnevend, Pal, "Continuity with Deficiencies: The New Basic Law of Hungary", *European Constitutional Law Review*, vol. 9, núm. 1, febrero 2013, pp. 102, 123-124.

¹⁰⁶ Véase Kovács, Kriszta & Tóth, Gabor, "Hungary's Constitutional Transformation", *European Constitutional Law Review*, vol. 7, núm. 2, junio 2011, pp. 183, 193.

¹⁰⁷ Véase Jakab, Andras y Sonnevend, Pal, *op. cit.*, p. 130.

La prevalencia de este tipo de complejidad constitucional o efecto de interacción significó que resguardar en contra de un solo cambio a una sola provisión constitucional sería poco probable que detuviera abusos de cambio constitucional.

4.2. Un estándar de potencial impacto adverso y el problema del desbordamiento

Las cortes que están atentas de la debilidad de una aproximación verdaderamente estrecha, pueden intentar fortalecerla adoptando un estándar de potencial impacto adverso. Bajo este modelo, cualquier reforma que involucre una amenaza de una acción anti-democrática podría ser invalidada.¹⁰⁸ El propósito de tal maniobra sería eliminar la posibilidad de evasión a través de cambios fragmentados o la posibilidad de una doctrina estrecha siendo radicalmente sub-inclusiva, por virtud de su fracaso en atender el efecto interactivo o acumulativo de varias enmiendas constitucionales abusivas.

La Corte Constitucional de Colombia algunas veces ha sugerido este tipo de posición. En el *Primer Caso de Reección*, la Corte sostuvo la enmienda en parte al determinar que los quejas de los impugnadores se encaminaban más a controvertir las posibles consecuencias de permitir la reelección, más que por el diseño institucional. En la opinión de

¹⁰⁸ Esto puede ser lo más cercano de cómo se han interpretado en la práctica las cláusulas de eternidad brasileñas. Las cortes brasileñas han interpretado su mandato para invalidar acciones encaminadas a "abolir derechos y garantías individuales" para controlar enmiendas que lidiaban con los detalles de una política de impuestos. Véase por ejemplo, Acción directa inconstitucional de la Enmienda Constitucional N. 03/93, ADI-MC 926 DF.

la Corte, el hecho de que un segundo periodo presidencial pudiera ser usado por Uribe para consolidar su poder y debilitar los controles no significaba que el diseño institucional mismo reemplazaba la Constitución.¹⁰⁹ En contraste, en el *Segundo Caso de Reelección*, la Corte abundó ampliamente sobre los efectos prácticos que el cambio probablemente tendría. Por ejemplo, la Corte indicó que debido a la habilidad práctica del presidente de forjar las elecciones parlamentarias y ya que las elecciones parlamentarias se celebraban cada dos años, un presidente con un mandato de doce años probablemente tendría control significativo sobre el Congreso.¹¹⁰ La Corte formuló argumentos similares sobre la composición de las instituciones de control: porque un presidente también habría tenido suficiente poder para forjar la membresía de judicaturas y otros cuerpos, es plausible que entonces hubiera tenido la mayoría del control sobre estas instituciones al término de doce años.¹¹¹ El cambio de la Corte hacia un estándar de impacto potencial le ayudó a invalidar la segunda reelección.

Sin embargo, la consecuencia de que una Corte adopte este estándar de potencial impacto adverso es convertir una doctrina estrecha de imposibilidad de enmienda constitucional a una que sea extremadamente amplia. Tomemos, por ejemplo, los fallos colombianos sobre posesión de drogas y la composición del servicio civil.¹¹² Ambas decisiones

¹⁰⁹ Véase Sentencia C-1040 de 2005, *op. cit.*, párrs. 7.10.4.1.(i) (Notando que los demandantes atacando la ley hicieron valer "preocupaciones de tipo práctico" sobre el impacto de la reforma más que por el diseño institucional mismo).

¹¹⁰ Véase Sentencia C-141 de 2010, *op. cit.*, párr. 6.3.6.1.1.

¹¹¹ Véase *idem*.

¹¹² Véase *supra* Sección 3.

pueden ser leídas como diciendo que las respectivas enmiendas en cuestión, si bien en sí mismas no destruían principios democráticos medulares, tenían un potencial impacto adverso en esos principios. Por ejemplo, la intransigencia del Congreso acerca de abrir puestos ocupados por los servidores civiles titulares no es un cambio mayor al orden democrático. Pero puede ser usado como parte de un programa de acción anti-democrática en conjunto con otros factores porque puede formar parte de un intento concertado de socavar la capacidad estatal de atiborrar la burocracia con secuaces políticos. La insistencia de la Corte de que la enmienda violaba principios básicos de meritocracia e igualdad puede ser mejor leída como un argumento de que los cambios implicaban una posible amenaza de movimiento en esa dirección. Esos tipos de reclamos podrían ser hechos en un amplio rango de casos y así se prueba que un estándar de potencial impacto adverso podría ser desbordante.

4.3. Un estándar amplio pero débil: el constitucionalismo transnacional como un principio limitante

Argumentamos que un mejor enfoque a la doctrina es amplio pero débil. Es amplio en el sentido de que no intenta identificar un estrecho conjunto de instituciones o valores *ex ante*, porque reconoce que los actores anti-democráticos pueden atacar al constitucionalismo democrático a través de distintas rutas. Es débil en el sentido de que invalida únicamente los cambios constitucionales que está seguro de que tendrían un impacto adverso sustancial, ya sea solos o en conjunto con otros cambios, en el orden democrático. El cambio verdadero para los

redactores constitucionales y jueces que apoyan la idea de tal principio por primera vez es entonces encontrar formas de fomentar un uso algo más mesurado o neo-Thayeriano de una doctrina amplia.¹¹³ En el centro de tal aproximación está la disposición de confiar a los jueces una amplia discreción para hacer valer los requisitos mínimos de la democracia o una aceptación de la perspectiva, impulsada por jueces líderes tales como el ex Magistrado Presidente israelí Aharon Barak, de que el rol de la Corte en cualquier democracia es "proteger la Constitución y la democracia."¹¹⁴ Al mismo tiempo, esa aproximación intenta encontrar formas para disuadir a los jueces de que usen de manera excesiva esa discreción, para hacer valer una visión de la democracia más robusta o más retada.

El incremento de deferencia judicial, o su restricción, es una de las formas clásicas en las que la revisión judicial es "debilitada" frente a este tipo de amplia autoridad formal judicial.¹¹⁵

Una amplia pero débil doctrina de enmienda constitucional inconstitucional también tiene importantes ventajas sobre versiones más estrechas de la doctrina: provee una base para invalidar cualquier enmienda que la corte identifique como abusiva en un contexto constitucional particular. Puede que una doctrina amplia no proteja o incluya

¹¹³ Véase Thayer, James, "The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law", *Harvard Law Review*, Boston, vol. 7, núm. 3, 1893, pp. 129, 144 (argumentando que un estatuto no debe ser invalidado bajo una doctrina de revisión judicial a menos que su invalidez no esté abierta a "interrogación racional").

¹¹⁴ Véase Barak, *op. cit.*, p. 126.

¹¹⁵ Véase Tushnet, Mark, "From Judicial Restraint to Judicial Engagement: A Short Intellectual History", *George Mason Law Review*, vol. 19, núm. 4, 2012, pp. 1043, 1043-1047.

cada aspecto de la constitución existente, pero generalmente protegerá los valores o principios medulares que respaldan cada aspecto de la Constitución. Al aplicar esta doctrina, una Corte no estará confinada a invalidar enmiendas que los redactores constitucionales tempranos o jueces, que previeron como una potencial amenaza a la democracia. Tampoco estará limitada a invalidar enmiendas que, por sí solas, tengan una necesaria tendencia de socavar la democracia. Más bien, una Corte será libre de evaluar el impacto de una enmienda en particular en normas democráticas por referencia al contexto entero en el que dicha enmienda opera. Esto incluirá las actuales condiciones y realidades políticas y cualquier enmienda previa o concurrente con el potencial de tener un impacto adverso en la democracia. No habrá entonces algún acto constitucional verdaderamente abusivo que no pueda ser llevado bajo el amparo de tal principio.

Al mismo tiempo, una doctrina debilitada intenta atender el otro peligro asociado a una estrecha (pero fuerte) doctrina de enmienda constitucional inconstitucional, siendo ésta que la doctrina será aplicada de manera expansiva para cubrir cualquier enmienda con el potencial de tener un impacto adverso en la democracia. La pregunta clave que un juez debe hacer es la siguiente: con base en el impacto real de esta enmienda y lo que ha llegado antes o está ocurriendo en paralelo en un país en particular, ¿esta enmienda en particular claramente plantea una amenaza sustancial a la democracia o al constitucionalismo democrático? En el molde de la revisión Thayeriana de la legislación ordinaria, la doctrina pregunta si un observador razonable podría probablemente concluir que hubo una amenaza sustancial al orden democrático, sin

importar su concepción particular de democracia.¹¹⁶ Si la respuesta es que sí, la doctrina sugiere que una Corte debería invalidar esa enmienda en particular. En cambio, si la respuesta es que las mentes razonables pueden diferir, una Corte debería mesurarse y declinar aplicar la doctrina.

La aproximación amplia pero débil parece ser la forma más cercana a que la doctrina es realmente vista en lugares como Colombia e India. Ninguna corte ha intentado delinear una lista estrecha o exhaustiva de los principios constitucionales fundamentales *ex ante*, en cambio ambas cortes han trabajado estos principios bajo un esquema de caso por caso. Un buen ejemplo es la relativamente amplia doctrina apoyada por la Corte Constitucional en Colombia: la Corte trata cualquier elemento de la Constitución como parte de la "médula definitoria" si es que puede ser considerado como una "característica esencial y determinante de la Constitución considerada como un todo."¹¹⁷ La diferencia entre el resultado de la decisión de la Corte en el *Primer y Segundo Caso de los Límites del Mandato* también puede verse como que adopta una definición amplia y sensible al contexto de los requisitos fundamentales de la democracia: la decisión de la Corte de que un tercer periodo de gobierno presidencial tendría límites en las instituciones independientes que un segundo periodo no tendría, se hizo con base en el efecto acumulativo de las enmiendas.¹¹⁸

¹¹⁶ Véase Thayer, James, *op. cit.*, p. 113.

¹¹⁷ Véase Sentencia C-1040 of 2005, *op. cit.*, párr. 7.10.3

¹¹⁸ Véase *supra* *Ibidem*, sección 2.3(a).

De manera similar, tanto la Corte Constitucional de Colombia como la Corte Suprema de India han aconsejado bastante mesura en el uso de la doctrina a efecto de prevenir que colapse en una forma de supremacía súper judicial o calcificando el orden constitucional existente.¹¹⁹

La brecha está entre la forma débil de la doctrina que es apoyada por las cortes y el uso más amplio de ésta que a veces se ve en la práctica. La doctrina es vaga y difícil de operacionalizar en dos etapas distintivas: 1) en la identificación de cuáles principios y valores deben ser protegidos contra el impacto adverso sustancial y 2) la determinación de si cierta enmienda constitucional, si de verdad tiene ese impacto sustancial. Ambas determinaciones necesariamente se apoyan en la consideración cuidadosa del contexto doméstico. En el *Segundo Caso de Reelección* colombiano por ejemplo, la determinación de la Corte se basó tanto en la historia de Colombia como en el probable impacto que tendrían los periodos de gobierno presidencial adicionales en el resto del orden institucional. La Corte consideró, en vista de la propia historia constitucional del país, que la separación de los valores de los poderes impactada por el cambio era fundamental para el orden constitucional y en particular que la amenaza de que los presidentes se extendieran en su mandato fue un enfoque de constitucionalismo doméstico.¹²⁰ También

¹¹⁹ Véase por ejemplo, Sentencia C-1040 of 2005, *op. cit.*, *Ibidem*, párr. 7.10.4.1 ("[Este test] necesita una actuación muy cuidadosa por parte del juez constitucional, quien a pesar de que posee la tutela de la integridad de la Constitución no puede olvidar que en el diseño realizado por el poder constituyente la ponderación acerca de los cambios que pueden realizarse a la constitución en concordancia con los tiempos se le otorgó, sin límites materiales, al poder de reforma constitucional").

¹²⁰ Véase por ejemplo, Sentencia C-141 de 2010, *op. cit.*, párr. 6.3.5.1.3 (revisando incidentes notables de presidentes buscando exceder sus periodos de gobierno en la historia constitucional colombiana).

concluyó, en vista del diseño institucional doméstico, que una segunda extensión de los límites del mandato podría sustancialmente impactar ese valor. Por ejemplo, el cambio probablemente permitiría que Uribe controlara la mayoría o todas las instituciones que supuestamente debían controlar su poder.¹²¹

El problema es que una consideración puramente doméstica puede llevar a la Corte a ser demasiado inclusiva tanto en la determinación de qué valores y principios debe proteger que sean seriamente amenazados por un cambio dado.¹²² Cuando un país tiene un arreglo institucional particular que se ha mantenido por largo tiempo, puede algunas veces parecer a los jueces que ese arreglo es de hecho necesario para —o definitorio de— la democracia. Si una institución o práctica particular siempre ha sido parte de los arreglos democráticos de ese país, o lo ha sido por mucho tiempo, una inferencia natural puede ser que esto es por la importancia de la institución o arreglo relevante para la democracia. Pero esto no es necesariamente cierto. Los arreglos institucionales pueden perdurar en algunos casos por motivo de pura suerte o contingencia política.

El compromiso con el derecho constitucional transnacional es útil como limitación de la amenaza de este uso excesivo. Al hablar de compromiso,

¹²¹ Véase *Ibidem*, párr. 6.3.6.1.1.

¹²² Otro ejemplo debatible, en el contexto de los compromisos judiciales al secularismo, es la decisión de la Corte Constitucional de Turquía en el caso *Headscarf Case*. Véase por ejemplo, Roznai, Yaniv & Yolcu, Serkan, "An Unconstitutional Constitutional Amendment—The Turkish Perspective: A Comment on the Turkish Constitutional Court's Headscarf Decision", *International Law Journal of Constitutional Law*, vol. 10, núm. 1, enero 2012, p. 175.

nos referimos a tomar en consideración judicial las prácticas institucionales y la jurisprudencia implementada en otros sistemas constitucionales democráticos.

Este tipo de consideración debe ser usada como una segunda vista o revisión en contra de un impulso judicial inicial de que un valor impactado por un cambio constitucional, en realidad es fundamental a la democracia o que cierto cambio constitucional de verdad representa una amenaza a ese valor.

Primeramente, el compromiso comparativo puede ser útil para identificar si un valor es verdaderamente fundamental. Por ejemplo, en el caso de los servidores civiles titulares, la Corte colombiana sostuvo que la "meritocracia" era un valor fundamental que debía ser protegido en contra de una sustitución.¹²³

El compromiso con el constitucionalismo transnacional pudo haber sido útil al poner en tela de juicio esa conclusión. Mientras que la mayoría de los órdenes legales parecen tener alguna versión de examinación competitiva y protección del cargo para los servidores civiles a efecto de mejorar y despolitizar la burocracia, muy pocos parecen verlo como un valor fundamental o primordialmente constitucional. En contraste, en los casos de reelección la Corte se enfocó en mayor medida en el principio de separación de poderes. La consideración de otros órdenes constitucionales, tanto dentro como fuera de Latinoamérica, puede

¹²³ Véase Decisión C-588 de 2009, *op. cit.*, párr. 6.2.2.

llevar a confirmar que la corte estaba pronunciándose sobre un valor verdaderamente fundamental. Inclusive los sistemas parlamentarios modernos parecen enfocarse en alguna versión de controles al poder legislativo, ya sea a través de las cortes o de un ombudsman independiente.¹²⁴

De manera más común, el compromiso con el derecho transnacional puede ayudar a la Corte con una segunda pregunta: ¿la enmienda constitucional en cuestión, ya sea por sí sola o en conjunto con un paquete de reformas, de verdad constituye una amenaza sustancial a un valor fundamental identificado por la Corte? Por ejemplo, en el caso *Golak Nath* de India, la corte determinó que la compensación basada en el mercado para cualquier tipo de apropiación a la propiedad era una parte medular del derecho a la propiedad y por ende representaba una provisión de la Constitución de India que no admitía enmienda alguna. Antes de la independencia, bajo el gobierno británico, la propiedad era protegida en India por una mezcla de derecho común y arreglos estatutarios que invariablemente prescribían la compensación basada en el mercado para cualquier (oficial o rutinario) apoderamiento de propiedad.¹²⁵ La mayoría de los jueces que conformaban la Suprema

¹²⁴ Véase por ejemplo, Ackerman, Bruce, "The New Separation of Powers", *Harvard Law Review*, Boston, vol. 113, núm. 3, enero 2000, pp. 633, 663 (notando que la mayoría de los sistemas parlamentarios modernos apoyan una versión de "parlamentarismo acotado"); Albert, Richard, "The Fusion of Presidentialism and Parliamentarism", *American Journal of Comparative Law*, vol. 57, núm. 3, 2009, pp. 531 (notando que de hecho era posible crear una separación de poderes dentro de un Sistema parlamentario y que era hecho con regularidad).

¹²⁵ Véase Austin, Granville, *op. cit.*, pp. 124 (discutiendo este antecedente y las nociones de derecho común inglés de las apropiaciones de mercado).

Corte de India en sus primeras décadas también eran abogados que habían sido entrenados y habían trabajado bajo esta tradición.¹²⁶

La percepción para estos jueces es que bien pudo haber sido que la compensación con base en el mercado era una parte duradera de la tradición constitucionalista británica y el Estado de derecho y por lo tanto era una parte fundamental del constitucionalismo. El compromiso con el material transnacional pudo haber sido útil para demostrar que los regímenes democráticos alrededor del mundo se apoyan en una variedad de distintos mecanismos para proteger los derechos de propiedad y por lo tanto podrían haber puesto en tela de juicio esta conclusión.

En el 2000 en Taiwán, la Corte Constitucional aplicó una doctrina de enmienda constitucional inconstitucional para invalidar cambios al plazo y método de la elección de la Asamblea Nacional, una institución compleja que tenía algunos poderes de enmienda constitucional y juicio político pero que era mucho más débil que la cámara parlamentaria del país (el Yuan Legislativo).¹²⁷ Finalmente la Corte se apoyó en una mezcla de fundamentos procedimentales y sustanciales para llegar a esta conclusión.¹²⁸ Pero en la substancia encontró que avanzar hacia un método de elección indirecta —un sistema de representación proporcional basado en la representación partidaria en el Yuan Legislativo— era una violación al "orden constitucional de la democracia".¹²⁹

¹²⁶ Véase Gadbois, George H., "Indian Supreme Court Judges: A Portrait", *Southern California Review of Law and Social Justice*, California, vol. 3, 1968, p. 317.

¹²⁷ Véase JY Interpretación No. 499 (2000/03/24).

¹²⁸ Véase *ídem*.

¹²⁹ Véase *ídem*.

Mientras que hubo argumentos importantes en contra de estos cambios particulares,¹³⁰ su dirección básica era vista como *pro*-democrática más que *anti*-democrática. La Asamblea Nacional era una institución heredada de China, que frecuentemente había servido para limitar el potencial de los gobiernos locales electos democráticamente para seguir su propia agenda.¹³¹ Limitar el estatus de la Asamblea Nacional podría entonces haber sido percibido como una maniobra hacia un mayor autogobierno democrático en Taiwán.¹³² (En efecto, la Asamblea fue abolida en su integridad en el 2005, por medio de una futura enmienda constitucional).¹³³

La corte Taiwanesea vio los cambios relevantes como menoscabos a compromisos fundamentales a la democracia, como eran entendidos en Taiwán. Un compromiso amplio con prácticas transnacionales pudo haber sugerido que un apoyo fuerte en normas de elecciones directas para cámaras parlamentarias o constituyentes adicionales no necesariamente era esencial a la democracia. Mientras que la Asamblea Nacional es una institución más compleja que una segunda sala o senado estándar, Meg Russell descubrió en un estudio de 190 parlamentos en el 2011

¹³⁰ Véase Chu, Yun-Han, "Democratic Consolidation in the Post-KMT Era: The Challenge of Governance", en Alagappa, Muthiah (ed.), *Taiwan's Presidential Politics: Democratization and Cross-Strait Relations*, Routledge, Nueva York, 2001, pp. 88, 90-93 (2001).

¹³¹ Véase por ejemplo, Copper, John, *Consolidating Taiwan's Democracy* Estados Unidos, University Press of America, 2005, p. 15.

¹³² Para una consideración más amplia sobre estas tendencias, Véase Ginsburg, Tom, *et al. Judicial Review In New Democracies: Constitutional Courts In Asian Cases* Chicago, University of Chicago, 2003, p. 106-113.

¹³³ Véase "Constitutional Changes Approved in Taiwan," *New York Times*, 8 de junio de 2005, <https://www.nytimes.com/2005/06/08/world/asia/constitutional-changes-approved-in-taiwan.html>

que, de 78 sistemas bicamerales, solamente 21 tenían un sistema de elección directa pura.¹³⁴ De hecho, 17 tenían un sistema de elección indirecta pura y otros 17 tenían un sistema de designación de miembros para la cámara alta.¹³⁵ Comprometerse con la diversidad total de los sistemas electorales, en este contexto, podría haber hecho que la Corte fuera más renuente a concluir que una elección directa plena de la Asamblea Nacional era un requisito necesario de democracia, inclusive en las circunstancias particulares de Taiwán.¹³⁶

En el caso de Nicaragua, una Corte Internacional (la Corte Centroamericana de Justicia) resolvió que las enmiendas constitucionales que fortalecían a la Asamblea Nacional referentes al presidente eran enmiendas constitucionales inconstitucionales porque violaban el principio de separación de poderes esencialmente convirtiendo al régimen presidencial en uno parlamentario.¹³⁷

Las enmiendas le dieron a la Asamblea el poder de confirmar las designaciones presidenciales para miembros del gabinete y otros cargos. La designación de ciertos cargos, como el Superintendente de Bancos, se colocó por completo en las manos de la legislatura. Finalmente, se

¹³⁴ Véase Russell, Meg, "Elected Second Chambers and Their Powers: An International Survey", *The Political Quarterly*, vol. 83, 2012, pp. 117, 118-120.

¹³⁵ Véase *idem*.

¹³⁶ Para el grado en el que la opinión sí se comprometió explícitamente con al menos alguna fuente internacional de manera relativamente inusual en Taiwán, Véase Chang, Wen-Chen y Jiunn, Rong-Yeh, "Judges as Discursive Agent: The Use of Foreign Precedents by the Constitutional Court of Taiwan" en Groppi, Tana & Ponthoreau, Marie-Claire (eds.), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Hart Publishing, 2013, p. 373.

¹³⁷ Véase Expediente 69-01-03-01-2005, Corte Centroamericana de Justicia, Mar. 1, 2005, disponible en <http://cendoc.ccj.org.ni//ExpedientesFichaLectura.aspx?id=92>.

le dio a una súper-mayoría del sesenta por ciento el poder de quitar a miembros del gabinete.¹³⁸ La conclusión de la corte de que estos cambios constituían una violación al principio de separación de poderes pudo haber sido minada por una consideración de constitucionalismo comparativo. Los sistemas presidenciales demuestran un amplio rango de arreglos para procedimientos de designación y destitución. Algunos sistemas, incluyendo al de Estados Unidos, necesitan de la aprobación legislativa para cargos de gabinete, muchos otros lo hacen así para instituciones cuasi-independientes como el Superintendente de Bancos.¹³⁹ Muchos sistemas presidenciales permiten censura legislativa para otros procedimientos de destitución para oficiales ejecutivos.¹⁴⁰ En una perspectiva comparada, los cambios propuestos parecen ser menos propensos a ser una enmienda constitucional inconstitucional de lo que serían de manera aislada.¹⁴¹

¹³⁸ Para los antecedentes del caso, Véase Schnably, Stephen, "Emerging International Law Constraints on Constitutional Structures and Revision: A Preliminary Appraisal", *University of Miami Law Review*, vol. 62, núm. 2, enero 2008, pp. 417, 466-67. Debe notarse que el texto constitucional nicaragüense diferencia la reforma "total" de la "parcial" y establece distintos procedimientos para estas dos rutas. Véase Constitución de Nicaragua, arts. 193, 194, Nicaragua.

¹³⁹ Véase por ejemplo, Constitución de Estados Unidos, *art. II, párr. 2*; Constitución de Colombia *art. 150, cl. 7*, Colombia (dándole al Congreso el poder de determinar los procedimientos de designación de cualquier Superintendente).

¹⁴⁰ Véase por ejemplo, Constitución de Argentina, *art. 101*, Argentina (dándole al presidente el poder de censurar y destituir al jefe del Gabinete, aunque no a otros puestos del Gabinete, por un voto de mayoría absoluta); Constitución de Colombia, *art. 135, párr. 7*, Colombia (permitiéndole al Congreso el voto de no-confianza en ministros a través de una mayoría absoluta en ambas cámaras lo cual resulta en su destitución).

¹⁴¹ El caso también planteó importantes cuestiones acerca del alcance apropiado de involucramiento internacional en casos impugnados de interpretación constitucional doméstica. Véase Schnably, Stephen, *op. cit.*, 459-460; Dixon, Rosalind y Jackson, Vicki, "Constitutions Inside Out: Outsider Interventions in Domestic Constitutional Contests", *Wake Forest Law Review*, vol. 48, núm. 1, 2013, p. 149.

En contraste, los casos de reelección colombianos prestan cierto apoyo al valor del compromiso comparativo como un principio limitante de la doctrina. En ambos casos, la Corte se acercó a la experiencia comparativa como parte de su razonamiento acerca de si la ampliación relevante al periodo de gobierno presidencial realmente significaba una amenaza sustancial a la separación de poderes. En el *Primer Caso de Relección*, la Corte subrayó el hecho de que los sistemas de dos periodos de mandato presidencial, si bien eran raros en la historia constitucional colombiana, no eran inusuales en el resto del mundo y que en particular no había "un consenso definitivo" dentro de la región sobre si eran mejores los periodos de gobierno presidencial unitarios o los de dos periodos.¹⁴² También notó que estas elecciones disidentes reflejaban preocupaciones de políticas competitivas, por ejemplo, respecto de las ganancias de una política potencialmente más coherente siendo ponderada con el riesgo del abuso del poder. En el *Segundo Caso de Relección* la Corte realizó un estudio muy breve en el cual notó un rango de política normal acerca de la interacción de los límites al periodo de gobierno presidencial y la duración de los periodos presidenciales de entre cuatro y ocho años en sistemas puramente presidenciales particularmente dentro de la región.¹⁴³ La Corte sostuvo que el actual diseño institucional de ocho años constituía un "límite externo, más allá del cual habría serios riesgos de perversión de un régimen."¹⁴⁴ El estudio comparativo en la primera sentencia ayudó a controlar cualquier conclusión de que la enmienda que permitía dos periodos de gobierno, aunque era un caso atípico en

¹⁴² Véase Sentencia C-1040 de 2005, *op. cit.*, párr. 7.10.4.1 (iii).

¹⁴³ Véase Sentencia C-141 de 2010, *op. cit.*, párr. 6.3.5.1.1.

¹⁴⁴ *Ibidem*, párr. 6.3.5.1.3.

la historia constitucional doméstica, era una amenaza sustancial a la democracia. El estudio comparativo en la segunda sentencia ayudó a confirmar que la autorización de doce años consecutivos de mandato presidencial podría ser una amenaza sustancial.

Nuestra sugerencia es que el derecho constitucional transnacional es útil dado que un principio limitante plantea diversas preguntas clave. Primero, propone un problema denominador: ¿cuáles países, definidos ya sea geográficamente o por su historia en común o en términos de sistema político, pueden servir como una base apropiada para una comparación? Esta decisión, sugerimos, en última instancia es mejor si se aborda caso por caso, más que en abstracto. En casos de reelección, por ejemplo, la Corte se enfocó en los sistemas presidenciales y se concentró principalmente, aunque no por completo, en Latinoamérica. Ambas decisiones son defendibles. Los límites en sistemas puramente presidenciales no son directamente comparables a los límites a los mandatos en sistemas parlamentarios (o semi-presidenciales); el presidente en un sistema puramente presidencial tiene poderes excepcionales e independencia del resto del sistema político. Más aún, el asunto de la extralimitación ejecutiva puede tener un significado especial en Latinoamérica, haciendo que sea razonable que las cortes se enfoquen principalmente en esa región.¹⁴⁵

¹⁴⁵ La Corte pudo haber considerado sistemas presidenciales con historias de dictaduras fuera de la región, como Filipinas. Véase Ackerman, Susan, *et al.* "Hyper-Presidentialism: Separation of Powers Without Checks and Balances in Argentina and the Philippines", *Berkeley Journal of International Law*, California, vol. 29, núm. 1, 2011, p. 246.

Sin embargo, con estas salvedades el proceso de comparación debería aspirar a ser relativamente de amplio rango o comprensivo dentro del mundo de las democracias constitucionales. De otra forma, el peligro puede ser que, al seleccionar un subconjunto particular de países para la comparación, un juez puede inclinarse hacia países que tienden a confirmar sus sesgos preexistentes sobre los tipos de funciones que son fundamentales para la democracia.¹⁴⁶ En efecto, si la comparación es demasiado estrecha o selectiva, puede inclusive propender a alentar a los jueces a aplicar una versión inclusive menos democráticamente sensible de la doctrina —por una habilidad de generar un aparente apoyo adicional para la aplicación de la doctrina en (altamente seleccionadas) fuentes comparativas.¹⁴⁷ El proceso relevante de compromiso comparativo que proponemos puede ser mejor entendido como una forma de compromiso verdaderamente transnacional: un compromiso a fijar fallos acerca de la naturaleza fundamental de ciertos arreglos institucionales para el ejercicio de algún grado de consenso superpuesto dentro de un gran número de países democráticos acerca de la adecuación o importancia de dichos arreglos o, conversamente, para fijar sentencias acerca de la inconstitucionalidad de los cambios

¹⁴⁶ Para una crítica similar del compromiso de la Corte Constitucional Checa con fuentes comparativas siendo indebidamente estrechas al aplicar la doctrina, Véase Williams, Kieran, "When a Constitutional Amendment Violates the "Substantive Core": The Czech Constitutional Court's September 2009 Early Elections Case", *Review of Central and East European Law*, vol. 36, núm. 1, 2011, pp. 33, 48-50.

¹⁴⁷ Por supuesto, esto es un peligro general de la comparación transnacional, al menos cuando se hace rudimentariamente o engañosamente. Véase por ejemplo, Young, Ernest, "Foreword-Comment: Foreign Law and the Denominator Problem", *Harvard Law Review*, Boston, vol. 119, núm. 2, noviembre 2005, p. 148; Alford, Roger, "In Search of a Theory of Constitutional Comparativism", *University of California at Los Angeles Law Review*, Los Angeles, vol. 52, 2006, p. 639.

propuestos a la ausencia relativa de arreglos recientemente propuestos en la mayoría de las democracias constitucionales.

Una segunda pregunta clave tiene que ver con el constitucionalismo doméstico y el transnacional. Un peligro con el compromiso transnacional es que puede infravalorar los arreglos institucionales o principios constitucionales que son fundamentales a pesar de ser distintivos de órdenes constitucionales particulares. Las formas más fuertes del requisito de compromiso transnacional, por ejemplo, podrían sostener que las cortes sólo invalidaran las enmiendas constitucionales si son principios o prácticas constitucionales instanciadas que no se encuentran en algún orden constitucional relevante.

Pero este no es el proceso de comparación que recomendamos ni el que las cortes probablemente apliquen. Como Jackson argumenta, las comparaciones entre países pueden ser útiles en parte porque agudizan maneras en las que los valores o instituciones constitucionales son verdaderamente distintivas y fundamentales.¹⁴⁸ Por ejemplo, un juez constitucional alemán al considerar la importancia de prohibir partidos y las otras instituciones de democracia militante en otros países puede encontrar poco consenso en si estas instituciones deberían existir en órdenes democráticos. Sin embargo, en vista de los rasgos distintivos

¹⁴⁸ Véase Jackson, Vicki, *Constitutional Engagement in a Transnational era*, Nueva York, Oxford University Press, 2009, pp. 103-116. Jackson escribe en general acerca del contexto general de interpretación constitucional, pero los beneficios del compromiso transnacional pueden ser especialmente importantes en el contexto particular de la enmienda constitucional inconstitucional, donde los estándares para el uso de la doctrina son particularmente escasos y los peligros del uso excesivo son especialmente agudos.

de la historia constitucional alemana, existe todavía un argumento sólido de que estas características son fundamentales para el constitucionalismo alemán.¹⁴⁹ El compromiso transnacional puede a pesar de ello actuar como una segunda mirada, obligando a los jueces constitucionales a articular razones contundentes de porqué un valor o institución es fundamental a pesar de que no es vista como una esencial en otra parte.

Una calificación relacionada con nuestra recomendación surge de las enmiendas que están empacadas o secuenciadas a través del tiempo para evadir la revisión judicial. El "frankenestado," donde los actores políticos redactan múltiples elementos encontrados en otros sistemas judiciales de manera profundamente antidemocrática, es un buen ejemplo.¹⁵⁰ Este tipo de efecto de interacción plantea un reto para cualquier doctrina de enmienda constitucional inconstitucional. Una aplicación demasiado rígida del anclaje transnacional puede significar que esta versión de la doctrina sea particularmente susceptible a esa dificultad. Tomemos por ejemplo los cambios a la Constitución de Hungría de 2011. Vistos de manera individual, todos estos cambios tenían algún precedente o sustento global en otros sistemas constitucionales democráticos: siempre ha existido variación significativa entre sistemas democráticos en la jurisdicción que les dan a la cortes para comprometerse en la revisión judicial *ex ante* o *ex post*, especialmente en lo relativo a cuestiones presupuestarias o económicas. De manera similar,

¹⁴⁹ Véase por ejemplo, Miller, Russell, "Balancing Security and Liberty in Germany", *Journal of National Security Law and Policy*, vol. 4, núm. 2, 2010, p. 369.

¹⁵⁰ Véase *supra* el texto que acompaña a la nota 149 (discutiendo el problema del "frankenestado" en el contexto de Hungría).

las cortes constitucionales en sistemas democráticos son designadas de distintas formas, algunos países adoptan un modelo de control ejecutivo puro, mientras que otros optan por un modelo de control puramente judicial o parlamentario, y otros emplean mecanismos híbridos.¹⁵¹

Lo mismo puede decirse de la designación de agencias independientes. Una comparación mecánica de los muchos cambios constitucionales en Hungría con las prácticas constitucionales globales puede llevar entonces a la conclusión de que ninguno de estos cambios era en realidad una amenaza a la democracia constitucional, cuando de hecho existe evidencia significativa de que —en conjunto— estos cambios no son vistos en otras partes y que sí representan una amenaza significativa.¹⁵²

Sin embargo, si una norma de anclaje trasnacional es aplicada de manera más sofisticada puede ofrecer al menos una respuesta parcial a esta limitación. Inclusive si todos los elementos de cierto programa, de manera individual se encuentran en otros lugares, la combinación de elementos podría no estarlo.¹⁵³ O inclusive si se han implementado en

¹⁵¹ Véase por ejemplo, Stone Sweet, Alec, *Governing With Judges: Constitutional Politics In Europe* Nueva York, Oxford University Press, 2000, pp. 47-49.

¹⁵² Véase por ejemplo, "Hungary Court Says Judge Retirement Law Unconstitutional," *Reuters*, 16 de julio de 2012, <http://uk.reuters.com/article/2012/07/16/uk-hungary-judges-court-idUKBRE86F0LS20120716>, (Discutiendo la crítica hecha por la Unión Europea).

¹⁵³ Esto es más o menos cómo la Comisión de Venecia le respondió a las protestas de Fidesz de que los elementos de su programa podían encontrarse en otros lugares. Véase Opinión del Acto CLXII de 2011 sobre el Estatus Legal y la Remuneración de los Jueces y el Acto CLXI de 2011 de la Organización y Administración de Cortes de Hungría, adoptada por la Comisión de Venecia en su 90ª Sesión Plenaria, [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDLAD\(2012\)001](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDLAD(2012)001), (Venecia, Mar. 16-17, 2012).

otros lugares, han sido promulgados en un contexto muy distinto, donde los actores políticos tenían motivos políticos menos transparentes y desinteresados. Entonces, una aproximación suficientemente flexible y contextual enraizada en normas transnacionales podría ser efectiva en contra de este tipo de amenaza.¹⁵⁴ Los litigantes y jueces deben prestar atención no sólo a las prácticas y principios de un asunto en una enmienda constitucional, sino también al contexto institucional en el que se propone cada enmienda. Cierta práctica puede ocurrir en otros lugares, pero sólo en conjunción con un conjunto más amplio de instituciones de apoyo: digamos, las cortes débiles con otras instituciones fuertes de control como los ombudsmen y las comisiones de derechos humanos. Si los litigantes y jueces encuentran que internacionalmente, una práctica institucional existe pero sólo en conjunto más amplio de instituciones de apoyo, y que esas instituciones de apoyo están ya sea ausentes o en proceso de derogación a nivel doméstico, esto sustenta el uso judicial de la doctrina de enmienda constitucional inconstitucional. En contraste, si las instituciones de apoyo sí están presentes a nivel doméstico, se aconsejaría la moderación judicial. Una visión sofisticada de la doctrina pone más presión en la competencia judicial, pero deberíamos esperar que estos costos sean manejables si tanto los jueces como los litigantes (quienes pueden proporcionar a los jueces información relevante) se acostumbran a este tipo de compromiso transnacional.

Finalmente, nos percatamos de que nuestra propuesta es similar a la formulada por Lech Garlicki y Zofia Garlicka, quienes argumentan que

¹⁵⁴ Le debemos a Vicki Jackson su señalamiento sobre este punto.

los principios vinculantes o emergentes de derecho internacional pueden ser usados como base para juzgar la legitimidad sustancial de las enmiendas constitucionales que se afiancen en derechos individuales.¹⁵⁵ Existen diferencias importantes, sin embargo, en ver las reglas de derecho internacional versus evaluar la práctica en distintos sistemas constitucionales democráticos.

Nuestro enfoque puede ser pragmáticamente más viable, porque el derecho internacional ha tendido a preocuparse con las normas domésticas estructurales que son los ejes de los esfuerzos de la erosión democrática. Entonces, en muchos casos las reglas relevantes de derecho internacional pueden no existir. Más aún, nuestra aproximación claramente se enfoca en fuentes que son propensas a reflejar disenso transnacional o no convergencia, tanto como convergencia.

Tal como las complejidades exploradas en este trabajo hacen evidente, es demasiado fuerte hablar del compromiso transnacional como uno que provee una restricción vinculante a los jueces. El valor de esa comparación no es que estrictamente vincule o constriña a los jueces. Más bien, es que la comparación tiene la capacidad de proveer una entrada valiosa, o control, para los jueces sobre sus sesgos o puntos ciegos potenciales sobre la diferencia que es verdaderamente fundamental para una democracia de su tipo particular y que meramente parece estar basada en una antigua historia de las propias preconcepciones subjetivas del juez.

¹⁵⁵ Véase Garlicki, Lech y Garlicka, Zofia, "External Review of Constitutional Amendments? International Law as a Norm of Reference", *Israel Law Review*, vol. 44, núm. 3, 2011, p. 343.

5. Conclusión

Nos enfocamos en este artículo en una conocida doctrina en el derecho constitucional comparado: la doctrina de la enmienda constitucional inconstitucional. Lo hacemos desde el punto de vista de una preocupación particular sobre la democracia y la capacidad de que tal doctrina avance o se aparte de los valores democráticos constitucionales. Mostramos que los procedimientos de enmienda constitucional son frecuentemente utilizados para conseguir fines distintivamente antidemocráticos. Imponiendo límites sustanciales y judicialmente implementados sobre este tipo de acción constitucional abusiva puede ser entonces directamente favorecedor para la democracia: puede ayudar a retrasar o incrementar los costos de tal acción de manera que finalmente se reduce tanto su efectividad una vez comenzada como la probabilidad de que tenga éxito en su inicio. Al mismo tiempo, mostramos cómo muchos usos de la doctrina parecen interferir con valores democráticos y usos de enmienda legítimos. La experiencia comparativa con la doctrina nos enseña que es usada en exceso de manera rutinaria en contra de cambios constitucionales que parecen ser improbables de representar una amenaza sustancial a los valores fundamentales de un orden democrático. En efecto, puede ser que la mayoría de los usos de la doctrina en gran parte de los países en los que está activa, haya sido innecesario.

Este artículo toma un paso modesto hacia la reconciliación de estas ventajas y desventajas al enfocarse en formas de conseguir limitaciones al alcance de la doctrina. Un cambio constitucional sólo debería ser invalidado por los jueces si están seguros que ese cambio, ya sea

por sí solo o en conjunto con otros cambios propuestos, representa una amenaza sustancial al orden democrático. Esta determinación depende en el conocimiento detallado de la historia y el diseño constitucional, pero la comparación transnacional puede ser un control valioso contra su uso en exceso.

El compromiso transnacional puede ayudar a determinar si un valor identificado es verdaderamente fundamental, o si cierto cambio institucional realmente plantea una amenaza sustancial a ese valor. El compromiso no es la cura de todo, pero es un paso hacia una doctrina más limitada y justificable.

Cuando es hecho de manera correcta, en un modo "deliberativo" o "reflexivo", casi todos los procesos de comparación constitucional tienen la capacidad de promover una toma de decisiones más razonada por los jueces domésticos, o un enfoque de los jueces que sea más consciente de los sesgos o perspectivas del propio juez.¹⁵⁶

Este es uno de los argumentos clave a favor del compromiso comparativo en un rango de escenarios constitucionales.¹⁵⁷ Lo que estamos proponiendo en términos de compromiso comparativo busca explotar plenamente esta función "controladora" al usar la comparación

¹⁵⁶ Véase Jackson, Vicki, "The Supreme Court, 2004 Term—Comment: Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement", *Harvard Law Review*, Boston, vol. 119, 2005, p. 109; Choudhry, Sujit, "Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation", *Indiana Law Journal*, Indiana, vol. 74, núm. 3, 1999, p. 819.

¹⁵⁷ Véase Jackson, Vicki, "The Supreme Court, 2004 Term—Comment: Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement", *op. cit.*

como un medio de resaltar sesgos judiciales potenciales sobre la representatividad de las prácticas democráticas nacionales dentro del universo de las prácticas democráticas generalmente. Nuestra propuesta es una extensión natural de ideas existentes acerca de la comparación constitucional, pero que la conecta a nuevas e interesantes ideas acerca del rol de ciertos procesos deliberativos, por parte de los jueces, al promover decisiones judiciales más fundamentadas.

Un tema para futura consideración es cómo estas mismas ideas pueden ser aplicadas a los intentos de las Cortes Constitucionales, o de "forasteros" constitucionales, de limitar formas potencialmente abusivas de reemplazo constitucional.¹⁵⁸ Como Mark Tushnet ha señalado, ninguna ley positiva puede completamente constreñir un proceso de reemplazo constitucional.¹⁵⁹ No obstante, aún puede ser posible para las cortes u otros actores el empleo de doctrinas legales para retrasar o disuadir ciertas formas de reemplazo constitucional anti-democrático. Una pregunta importante es si el anclaje transnacional puede ayudar a fundamentar o restringir el límite que juega el derecho y las instituciones legales en procesos de reemplazo. Al investigar este tema en trabajos futuros, también esperamos explorar y avanzar en la relación entre procesos de reemplazo constitucional y la efectividad de la doctrina de enmienda constitucional inconstitucional.

¹⁵⁸ Véase Dixon, Rosalind y Jackson, Vicki, "Constitutions Inside Out: Outsider Interventions in Domestic Constitutional Contests", *op. cit.*

¹⁵⁹ Véase Tushnet, Mark "Peasants with Pitchforks, and Toilers with Twitter: Constitutional Revolutions and the Constituent Power", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 13, núm. 3, julio de 2015, p. 639.

Finalmente, al proponer una doctrina de enmienda constitucional inconstitucional basada en normas constitucionales transnacionales, también contribuimos a ampliar el debate acerca del diseño constitucional. Una doctrina de enmienda constitucional inconstitucional también es pariente cercano de intentos *ex ante* más formales de crear formas explícitas de "graduación" en la regla de enmienda constitucional. Una de las características distintivas de esta doctrina es, sin embargo, que puede ser desarrollada tanto en la etapa de diseño constitucional formal, por los redactores constitucionales, o en una etapa más tardía de interpretación judicial. Lo mismo es cierto para la noción de un anclaje transnacional como un "control" potencial de la doctrina: una constitución podría en el comienzo buscar atar a las sentencias acerca de la validez sustancial de las enmiendas a normas transnacionales. Una de las contribuciones al estudio de esta doctrina es, entonces, recordarnos acerca de la permeabilidad entre los procesos de diseño e interpretación constitucional. Los actos formales de diseño constitucional pueden significar muy poco sin alguna forma de interpretación comprensiva de las cortes o legisladores subsecuentes.¹⁶⁰

Igualmente, muchos actos de interpretación constitucional, particularmente en los primeros años de una Constitución, se parecerán bastante a los primeros actos del diseño constitucional formal: involucrarán una mezcla de juicio político y legal, tanto creatividad como fidelidad a actores pasados, todo en pos de crear y consolidar una política democrática. Una aproximación a la doctrina de imposibilidad de enmienda

¹⁶⁰ Véase por ejemplo, Dixon, Rosalind, *Partial Constitutional Codes*, 2014 (manuscrito sin publicar en archivo con su autora).

constitucional provee un lente útil a través del cual podemos ver esta relación. Como doctrina que es igualmente el producto de elecciones formales de diseño e interpretación judicial, ayuda a recordarnos acerca de las profundas conexiones entre la interpretación y el diseño en el proyecto de la elaboración de constituciones democráticas.

Bibliografía

ACKERMAN, Bruce, "The New Separation of Powers", *Harvard Law Review*, Boston, vol. 113, núm. 3, enero 2000, pp. 633-729.

ACKERMAN, Susan, *et al.* "Hyper-Presidentialism: Separation of Powers Without Checks and Balances in Argentina and the Philippines," *Berkeley Journal of International Law*, California, vol. 29, núm. 1, 2011, pp. 246-333.

AIKMAN, C.C., "The Debate on the Amendment of the Indian Constitution", *U.U.w.L.R.*, vol. 9, núm. 4, 1978, pp.357-384.

ALBERT, Richard, "Constitutional Handcuffs", *Arizona State Law Journal*, vol. 42, núm. 3, 2010, pp. 663-716.

_____, "The Expressive Function of Constitutional Amendment Rules", *McGill Law Journal*, vol. 59, núm. 2, 2013, pp. 225-282.

_____, "The Fusion of Presidentialism and Parliamentarism", *American Journal of Comparative Law*, vol. 57, núm. 3, 2009, pp. 531-578.

ALFORD, Roger, "In Search of a Theory of Constitutional Comparativism", *University of California at Los Angeles Law Review*, Los Angeles, vol. 52, 2006.

ARATO, Andrew, "Post-Sovereign Constitution-Making in Hungary: After Success, Partial Failure, and Now What?" *South African Journal on Human Rights*, vol. 26, núm. 1, 2010, pp. 19-44.

AUSTIN, Granville, *Working a Democratic Constitution: The Indian Experience*, Oxford, Oxford University Press, 1999.

BARAK, Aharon, "Unconstitutional Constitutional Amendments", *Israel Law Review*, vol. 44, núm. 3, 2011, pp. 321-342.

BENHABIB, Seyla, "Turkey's Authoritarian Turn", *N.Y. Times*, 3 de junio de 2013, A25.

BERNAL, Carlos, "Unconstitutional Constitutional Amendments in the Case Study of Colombia: An Analysis of the Justification and Meaning of the Constitutional Replacement Doctrine", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, núm. 2, abril de 2013, pp. 339-357.

BHANDARI, M.K., *Basic Structure of the Indian Constitution: a critical reconsideration*, Nueva Delhi, Deep & Deep, 1993.

BHANU MEHTA, Pratap, "The Inner Conflict of Constitutionalism: Judicial Review and the "Basic Structure" en Hasan, Zoya *et al.* (eds.),

India's Living Constitution: Ideas, Practices, Controversies, Londres, Anthem Press, 2002.

BUSHNELL, David, *The Making of Modern Colombia: A Nation in Spite of Itself*, California, University of California Press, 1993.

CALLERÓN-ALARCÓN, Juan Carlos, *The Unfinished Transition to Democracy in Latin America*, Nueva York, Routledge, 2009.

CHANG, Wen-Chen y JIUNN, Rong-Yeh, "Judges as Discursive Agent: The Use of Foreign Precedents by the Constitutional Court of Taiwan" en Groppi, Tana y Ponthoreau, Marie-Claire (eds.), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Hart Publishing, 2013.

CHU, Yun-Han, "Democratic Consolidation in the Post-KMT Era: The Challenge of Governance", en Alagappa, Muthiah (ed.), *Taiwan's Presidential Politics: Democratization and Cross-Strait Relations*, Routledge, Nueva York, 2001.

COLÓN-Ríos, Joel, "Beyond Parliamentary Sovereignty and Judicial Supremacy: The Doctrine of Implicit Limits to Constitutional Reform in Latin America", *Victoria University of Wellington Law Review*, Wellington, vol. 44, 2013, pp. 521-534.

Comisión de Venecia, *Opinión del Acto CLXII de 2011 sobre el Estatus Legal y la Remuneración de los Jueces y el Acto CLXI de 2011 de la Organización y Administración de Cortes de Hungría*, adoptada

por la Comisión de Venecia en su 90ª Sesión Plenaria (Venecia, 16 a 17 de marzo de 2012), [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDLAD\(2012\)001](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDLAD(2012)001).

"Constitutional Changes Approved in Taiwan," *New York Times*, 8 de junio de 2005, <https://www.nytimes.com/2005/06/08/world/asia/constitutional-changes-approved-in-taiwan.html>.

CHOUHRY, Sujit, "Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation", *Indiana Law Journal*, Indiana, vol. 74, núm. 3, 1999, pp. 819-892.

COPPER, John, *Consolidating Taiwan's Democracy*, Estados Unidos, University Press of America, 2005.

DAS GUPTA, Jyotirinda, "A Season of Caesars: Emergency Regimes and Development in Politics in Asia", *Asian Survey*, vol. 18, núm. 4, abril 1978, pp. 315-349.

"Dismissal of Morarji Warning to Others," *The Times of India*, 14 de enero de 1970.

DIXON, Rosalind, "Constitutional Amendment Rules: A Comparative Perspective" en Ginsburg, Tom y Dixon, Rosalind (eds.), *Comparative Constitutional Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2011.

———, *Partial Constitutional Codes*, 2014 [manuscrito sin publicar en archivo con su autora].

DIXON, Rosalind y Jackson, Vicki, "Constitutions Inside Out: Outsider Interventions in Domestic Constitutional Contests", *Wake Forest Law Review*, vol. 48, núm. 1, 2013, pp. 149-210.

GADBOIS, George H., "Indian Supreme Court Judges: A Portrait", *Southern California Review of Law and Social Justice*, California, vol. 3, 1968.

GANDHI, Pathik, "Basic Structure and Ordinary Laws (Analysis of the Election Case & the Coelho Case)", *Indian Journal of Constitutional Law*, vol. 4, 2010, pp. 47-70.

GARDBAUM, Stephen, "The New Commonwealth Model of Constitutionalism", *The American Journal of Comparative Law*, vol. 49, núm. 4, otoño 2001, pp. 707-760.

GARLICKI, Lech y Garlicka, Zofia, "External Review of Constitutional Amendments? International Law as a Norm of Reference", *Israel Law Review*, vol. 44, núm. 3, 2011, pp. 343-368.

GINSBURG, Tom, *et al. Judicial Review In New Democracies: Constitutional Courts In Asian Cases*, Chicago, University of Chicago, 2003.

"Hungary Court Says Judge Retirement Law Unconstitutional," *Reuters*, 16 de julio, 2012, <http://uk.reuters.com/article/2012/07/16/uk-hungary-judges-court-idUKBRE86F0LS20120716>.

"Indira Symbolizing Evil in Politics: EMS," *The Times of India*, 15 de octubre de 1978.

"Indira Trying Backdoor Entry, Says Veerendra," *The Times of India*, 26 de octubre de 1978.

ISSACHAROFF, Samuel, "Constitutional Courts and Democratic Hedging", *Georgetown Law Journal*, Georgetown, vol. 99, núm. 4, 2011, pp. 961-1012.

_____, "Fragile Democracies", *Harvard Law Review*, Boston, vol. 120, núm. 6, abril de 2007, pp. 1405-1467.

JACKSON, Vicki, "The (Myth of Un)amendability of the US Constitution and the Democratic Component of Constitutionalism", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 13, núm. 3, julio 2015, pp. 575-605.

_____, "Unconstitutional Constitutional Amendments: A Window into Constitutional Theory and Transnational Constitutionalism", en Bauerle, Michael et al. (eds.) *Demokratie-Perspektiven: Festschrift Fur Brun-Otto Bryde Zum 70. Geburtstag*, Alemania, Mohr Siebeck, 2013.

_____, "Narratives of Federalism: Of Continuities and Comparative Constitutional Experience," *Duke Law Journal*, vol. 51, núm. 1, octubre 2001, pp. 223-288.

_____, *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, Nueva York, Oxford University Press, 2009.

———, "The Supreme Court, 2004 Term—Comment: Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement", *Harvard Law Review*, Boston, vol. 119, 2005.

JACOBSOHN, Gary, "The Permeability of Constitutional Borders", *Texas Law Review*, vol. 82, num. 7, junio 2004, pp. 1763-1818.

———, "An Unconstitutional Constitution? A Comparative Perspective", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 4, núm. 3, julio 2006, pp. 460-487.

JAKAB, Andras y Sonnevend, Pal, "Continuity with Deficiencies: The New Basic Law of Hungary", *European Constitutional Law Review*, vol. 9, núm. 1, febrero 2013, pp. 102-138.

KALHAN, Anil, "Constitution and 'Extraconstitution': Colonial Emergency Regimes in India and Pakistan, in Emergency Powers in Asia" en Ramraj, Victor V. y Thiruvengadam, Arun K. (eds.), *Exploring the Limits of Legality*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

KATZ, Elai, "On Amending Constitutions: The Legality and Legitimacy of Constitutional Entrenchment", *Columbia Journal of Law and Social Problems*, vol. 29, núm. 2, 1996, pp. 251-292.

KOMMERS, Donald y Miller, Russell, *The Constitutional Jurisprudence Of The Federal Republic Of Germany*, 3 ed., Duke University Press, 2012.

KOVÁCS, Kriszta y TÓTH, Gabor, "Hungary's Constitutional Transformation", *European Constitutional Law Review*, vol. 7, núm. 2, junio 2011, pp. 183-203.

LANDAU, David, "Abusive Constitutionalism", *U.C. Davis Law Review*, California, vol. 47, núm. 1, noviembre de 2013, pp. 189-260.

———, "Political Institutions and Judicial Role in Comparative Constitutional Law", *Harvard International Law Journal*, Boston, vol. 51, núm. 2, 2010, pp. 319-378.

LANE, Kim, "Constitutional Courts and Judicial Review: How Transnational Institutions Can Strengthen Peak Courts in Times of Crisis", diciembre 2013 [manuscrito sin publicar, en archivo con la autora].

LEVITSKY, Steve y Way, Lucan, *Competitive Authoritarianism: Hybrid Regimes after The Cold War*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

MENDES, Conrado, "Judicial Review of Constitutional Amendments in the Brazilian Supreme Court", *Florida Journal of International Law*, vol. 17, núm. 3, Florida, 2005, pp. 449-462.

MICHELMAN, Frank I., "Is the Constitution a Contract for Legitimacy?" *Review of Constitutional Studies*, vol. 8, 2004.

———, "Ida's Way: Constructing the Respect-Worthy Governmental System", *Fordham Law Review*, vol. 72, núm. 2, noviembre 2003, pp. 345-366.

_____, "Constitutional Legitimation for Political Acts", *Modern Law Review*, vol. 66, núm. 1, enero 2003, pp. 1-15.

MILLER, Russell, "Balancing Security and Liberty in Germany", *Journal of National Security Law and Policy*, vol. 4, núm. 2, 2010, pp. 369-396.

MOHALLEM Michael, "Immutable Clauses and Judicial Review in India, Brazil and South Africa: Expanding Constitutional Courts' Authority", *International Journal of Human Rights*, vol. 15, núm. 5, mayo 2011.

MURPHY, Walter, "An Ordering of Constitutional Values", *Southern California Law Review*, vol. 53, 1980.

NANDA, Ved P., "The Constitutional Framework and the Current Political Crisis in India", *Hastings Constitutional Law Quarterly*, California, vol. 2, núm. 3, 1975, pp. 859-872.

NEUBORNE, Burt, "The Supreme Court of India", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 1, núm. 3, julio 2003, pp. 476-510.

O'CONNELL, Rory, "Guardians of the Constitution: Unconstitutional Constitutional Norms", *Journal of Civil Liberties*, Newcastle, vol. 4, núm. 1, 1999, pp. 48-75.

"Ordinance to Amend Act Likely," *The Times of India*, 11 de febrero de 1970.

PARTLETT, William, "Constitutionally Eroding the Rule of Law", *International Journal of Constitutional Law Blog*, 8 de enero de 2014,

<http://www.icconnectblog.com/2014/01/constitutionally-eroding-the-rule-of-law/>

PIZARRO, Eduardo, "Giants with Feet of Clay: Political Parties in Colombia" en Mainwaring, Scott *et al.* (eds.) *The Crisis of Democratic Representation in the Andes*, California, Stanford University Press, 2006.

POSNER, Richard, *Law, Pragmatism, And Democracy*, Boston, Harvard University Press, 2003.

PREUSS, Ulrich, "The Implications of 'Eternity Clauses': The German Experience", *Israel Law Review*, Jerusalem, vol. 44, núm. 3, 2011, pp. 429-448.

RAO, R.V.R. Chandrasekhara, "Mrs Indira Gandhi and India's Constitutional Structures: an Era of Erosion", *Journal of Asian and African Studies*, vol. 22, núm. 3-4, enero 1987.

RAY, Amal, "From a Constitutional to an Authoritarian System of Government: Interactions between Politics and the Constitution in India", *The Journal of Commonwealth & Comparative Politics*, vol. 25, núm. 3, marzo 2008.

ROZNAI, Yaniv, "Unconstitutional Constitutional Amendments—The Migration and Success of a Constitutional Idea", *American Journal of Comparative Law*, vol. 61, núm. 3, 2013, pp. 657-720.

ROZNAI, Yaniv & Yolcu, Serkan, "An Unconstitutional Constitutional Amendment—The Turkish Perspective: A Comment on the Turkish

Constitutional Court's Headscarf Decision", *International Law Journal of Constitutional Law*, vol. 10, núm. 1, enero 2012, pp. 175-207.

RUSSELL, Meg, "Elected Second Chambers and Their Powers: An International Survey," *The Political Quarterly*, vol. 83, 2012.

SAMAR, Vincent J., "Can a Constitutional Amendment be Unconstitutional?" *Oklahoma City University Law Review*, Oklahoma City, vol. 33, núm. 3, 2008, pp. 667-748.

"Santos v. Uribe", *The Economist*, 7 de abril de 2012, <http://www.economist.com/node/21552204>.

SCHEPPELE, Kim, "The Rule of Law and the Frankenstate: Why Governance Checklists do not Work", *Governance*, vol. 26, núm. 4, octubre 2013, pp. 559-562.

SCHNABLY, Stephen, "Emerging International Law Constraints on Constitutional Structures and Revision: A Preliminary Appraisal", *University of Miami Law Review*, vol. 62, núm. 2, enero 2008, pp. 417-490.

STONE SWEET, Alec, *Governing With Judges: Constitutional Politics In Europe*, Nueva York, Oxford University Press, 2000.

SULLIVAN, Kathleen, "The Supreme Court, 1991 Term—Foreword: The Justices of Rules and Standards", *Harvard Law Review*, Boston, vol. 106, 1993.

THAYER, James, "The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law", *Harvard Law Review*, Boston, vol. 7, núm. 3, 1893, pp. 129-156.

TUSHNET, Mark, "The Relation Between Political Constitutionalism and Weak-Form Judicial Review", *German Law Journal*, vol. 14, 2013.

_____, "From Judicial Restraint to Judicial Engagement: A Short Intellectual History", *George Mason Law Review*, vol. 19, núm. 4, 2012, pp. 1043-1052.

_____, "Peasants with Pitchforks, and Toilers with Twitter: Constitutional Revolutions and the Constituent Power", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 13, núm. 3, julio de 2015, pp. 639-654.

WALDRON, Jeremy, *Law and Disagreement*, Oxford, Clarendon Press, 1999.

_____, "The Core of the Case Against Judicial Review", *Yale Law Journal*, New Haven, vol. 115, núm. 6, 2006, pp. 1346-1407.

WEYLAND, Kurt, "Neopopulism and Neoliberalism in Latin America: How Much Affinity?" *Third World Quarterly*, vol. 24, núm. 6, diciembre 2003.

WILLIAMS, Kieran, "When a Constitutional Amendment Violates the 'Substantive Core': The Czech Constitutional Court's September

2009 Early Elections Case", *Review of Central and East European Law*, vol. 36, núm. 1, 2011, pp. 33-52.

YOUNG, Ernest, "Foreword-Comment: Foreign Law and the Denominator Problem", *Harvard Law Review*, Boston, vol. 119, núm. 2, noviembre 2005, pp.148-168.

Jurisprudencia

Corte Centroamericana de Justicia, Expediente 69-01-03-01-2005, 1 de marzo de 2005.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-574 de 2011, 22 de julio de 2011, Magistrado Ponente Juan Carlos Henao Pérez.

_____, Sentencia C-141 de 2010, 26 de febrero de 2010, Magistrado Sustanciador Humberto Antonio Sierra Porto.

_____, Sentencia C-588 de 2009, 27 de agosto de 2009, Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

_____, Sentencia C-901 de 2008, 17 de septiembre de 2008, Magistrado Ponente Mauricio González Cuervo.

_____, Sentencia C-1040, 19 de octubre de 2005, Magistrados Ponentes, Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.

_____, Sentencia C-551 de 2003, 9 de julio de 2003, Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynett.

_____, Sentencia C-037 de 1996, 5 de febrero de 1996, Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa.

_____, Sentencia C-221 de 1994, 5 de mayo de 1994, Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional de Taiwán, JY Interpretación No. 499 (2000/03/24).

Corte Suprema de la India, *Kesavanda Bharathi v. State of Kerala*, A.I.R. 1973 S.C. 1461.

_____, *I.C. Golaknath v. State of Punjab*, A.I.R. 1967 S.C. 1643 (India).

_____, *A.D.M Jadalpur v. Shiv Kant Shukla*, A.I.R 1976 S.C. 1207 (*habeas corpus*).

_____, *Smt. Indira Gandhiv. Raj Narain*, A.I.R. 1976 S.C. 1207 (elections).

_____, *Minerva Mills v. Union of India* (1980) 4 S.C.C. 222.

_____, *State of West Bengal v. Bela Banerjee*, A.I.R. 1954 S.C. 170 ("*Bela Banerjee Case*").

_____, *Kesavanda Bharathi v. State of Kerala*, A.I.R. 1973 S.C. 1461.

Supremo Tribunal Federal de Brasil, Acción directa inconstitucional de la Enmienda Constitucional N. 03/93, ADI-MC 926 DF

Normatividad

- Constitución de la República de Honduras.
- Constitución de la República de Sudáfrica.
- Constitución de la República de Nicaragua.
- Constitución de la República Federativa del Brasil.
- Constitución de la Nación Argentina.
- Constitución de los Estados Unidos de América.
- Constitución de Holanda.
- Constitución Política de Colombia.
- Ley Fundamental para la República Federal de Alemania.