

DEMOCRACIA Y CAMBIO CONSTITUCIONAL: LA LEGITIMIDAD DE LAS CLÁUSULAS IRREFORMALES Y DEL CONTROL JUDICIAL DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES

Democracy and constitutional change: the legitimacy of the unamendable clauses and judicial review of constitutional amendments

ESTEBAN BURITICÁ-ARANGO¹
Universidad Cooperativa de Colombia

RESUMEN

Este artículo analiza algunos argumentos formulados por un sector influyente de la teoría constitucional para justificar la irreformabilidad de las cláusulas constitucionales y el control judicial de las reformas constitucionales. Inicialmente, reconstruye los conceptos de ambas instituciones y analiza su incidencia en la distribución del poder político. Luego, analiza los argumentos que destacan su valor intrínseco e instrumental ante la objeción democrática. Finalmente, concluye que la irreformabilidad constitucional y el control judicial de las reformas poseen un profundo desvalor intrínseco, y que existen pocas evidencias empíricas acerca de su valor instrumental en la protección de los derechos fundamentales, la estabilidad democrática y el desarrollo económico.

PALABRAS CLAVE

Control judicial de las reformas constitucionales; irreformabilidad; poder constituyente.

ABSTRACT

This article analyzes some arguments made by an influential sector of constitutional theory to justify the unamendability of constitutional provisions and the judicial review of constitutional amendments. Initially, it reconstructs the concepts of both institutions and analyzes their impact on the distribution of political power. Then, it analyzes the arguments that highlight its intrinsic and instrumental value in the face of democratic objection. Finally, it concludes that constitutional unamendability and judicial review of amendments have a deep intrinsic unworthiness, and that there is little empirical evidence about their instrumental value in the protection of fundamental rights, democratic stability, and economic development.

KEYWORDS

Judicial review of constitutional amendments; unamendability; constituent power.

Introducción

La crítica más frecuente al constitucionalismo contemporáneo es sin duda la denominada objeción democrática o contramayoritaria al control judicial de la ley y a la rigidez de la constitución. Los críticos sostienen, en general, que el modelo político e institucional propuesto por el constitucionalismo arrebató a los ciudadanos y sus representantes la potestad de tomar decisiones democráticas sobre la justicia o el bien común, otorgándosela injustificadamente a los jueces o a las generaciones pasadas². La rigidez constitucional impide, según los críticos, que las cláusulas constitucionales puedan ser reformadas o suprimidas mediante procedimientos democráticos que incluyen elecciones libres, igualdad de voto y deliberación pública³. El control

¹ Profesor de la Universidad Cooperativa de Colombia (Medellín, Colombia). Master en Derecho Constitucional del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (España). Master of Global Rule of Law and Constitutional Democracy de la Universidad de Génova (Italia). Correo electrónico: esteban.buriticaa@campusucc.edu.co. La traducción de los fragmentos originales en inglés pertenece al autor.

² Entre otros, WALDRON (1999), p. 232; BAYÓN (2004); LINARES (2008), p. 71.

³ Ver WALDRON (1999), p. 270; LINARES (2008), p. 47;

judicial de la ley, por su parte, permite a los jueces invalidar o inaplicar, mediante procedimientos no igualitarios, las decisiones adoptadas democráticamente⁴. De esta manera, el constitucionalismo propondría una forma de gobierno en la que el pueblo y sus representantes sólo pueden reformar las decisiones tomadas por generaciones pasadas, o contrarrestar la interpretación que de ellas hacen los jueces, a través de mecanismos complejos y, en ocasiones, irrealizables.

Sin embargo, la objeción democrática al constitucionalismo cobra mayor fuerza cuando la constitución incorpora contenidos irreformables y permite a los jueces ejercer control judicial de las reformas constitucionales. En efecto, las llamadas cláusulas de eternidad o irreformables no solo limitan los procesos democráticos ordinarios, sino también los procesos extraordinarios de reforma constitucional, que suelen ser mucho más incluyentes y deliberativos. El control judicial de las reformas, por su parte, concede a los jueces el poder de fijar los contenidos concretos de las cláusulas irreformables, expresadas a menudo en un lenguaje abstracto, y de hacerlos cumplir frente a las mayorías democráticas. De esta manera, ambas instituciones cierran *toda* posibilidad *jurídica* de cambio y privilegian -en mayor medida que la rigidez y el control de la ley- la voluntad de las generaciones pasadas y de los jueces, en menoscabo de la voluntad de las generaciones actuales.

En las últimas décadas, no obstante, se han expuesto algunos argumentos que pretenden desactivar o morigerar la objeción democrática a la irreformabilidad y el control judicial de las reformas constitucionales⁵. Muchos de ellos son solo versiones más específicas de los argumentos utilizados tradicionalmente para fundamentar la rigidez constitucional y el control judicial de la ley, mientras que otros destacan una serie de virtudes específicas de ambas instituciones. A grandes rasgos, los argumentos tratan de mostrar que la irreformabilidad y el control judicial a las reformas poseen un elevado *valor instrumental* como medios para alcanzar ideales políticos valiosos, así como un elevado *valor intrínseco* que honra de mejor manera la igualdad, la autonomía política o la deliberación pública. Estos esfuerzos teóricos coinciden con el auge que han experimentado ambas instituciones durante las últimas décadas. Como lo muestra Roznai⁶, entre 1789 y 1944 solo el 20% de las constituciones vigentes incorporaban cláusulas irreformables, mientras que entre 1945 y 1988 el número ascendía al 25%, y entre 1989 y 2017 se aproximaba al 50%. A este fenómeno se suma el incremento de constituciones que adoptan modelos fuertes de control de constitucionalidad, especialmente en los periodos que siguieron a la segunda guerra mundial y a la guerra fría⁷.

En este artículo se analizan y evalúan algunos argumentos propuestos por la teoría constitucional contemporánea para fundamentar u objetar la legitimidad de la irreformabilidad constitucional y del control judicial de las reformas constitucionales. Inicialmente, se analizan los conceptos de irreformabilidad y control judicial de las reformas, así como su incidencia en la distribución del poder político. Luego, se analizan los argumentos que destacan su valor intrínseco e instrumental ante la objeción democrática. Finalmente, se concluye que los límites a la reforma constitucional sólo pueden estar moralmente justificados cuando las limitaciones al legislativo pretenden mejorar la deliberación pública, y que su justificación instrumental, aunque escasamente probada, puede darse en ciertos contextos políticos e institucionales.

⁴ Ver BICKEL (1986), p. 16; FRIEDMAN (2002), p. 168; LINARES (2008), p. 61.

⁵ Entre ellos, ROZNAI (2017); BERNAL (2018); COLÓN (2012); ALBERT (2019) y ALBERT (2020), p. 60.

⁶ ROZNAI (2017), p. 20.

⁷ Ver LUSTIG Y WEILER (2018), p. 322.

1. Cláusulas irreformables, control judicial de las reformas constitucionales y objeción democrática: un marco teórico

1.1. Rigidez, irreformabilidad y normas de cambio constitucional

Las normas que imponen límites al poder de reforma constitucional tienen naturaleza y propósitos diferentes.

En primer lugar, pueden atribuir a la constitución, o parte de ella, un carácter rígido o irreformable. La rigidez se produce cuando las normas de reforma exigen requisitos que agravan el procedimiento, como (i) debates legislativos más extensos y numerosos, plazos mínimos o elecciones interpuestas, para mejorar la calidad deliberativa del proceso de reforma; (ii) supermayorías o unanimidad⁸ en las cámaras, para conceder poder de veto a las minorías políticas; (iii) celebración de un referendo⁹ o de una asamblea constituyente que puede rechazar la reforma aprobada por el legislativo¹⁰, para conceder poder de veto a otras instancias de participación; o (iv) conformación de una asamblea constituyente regulada por la constitución¹¹, para inhabilitar completamente el poder de reforma del legislativo. En todos estos casos, la constitución puede reformarse a través de procesos más o menos agravados. La irreformabilidad, en cambio, se produce cuando la constitución no puede reformarse a través de ningún procedimiento regulado. Así sucede, por ejemplo, cuando no existen normas que permitan expresamente la reforma de la constitución¹², o cuando existen normas que lo prohíben expresamente¹³. En estos casos, cualquier reforma del texto constitucional tiene necesariamente un carácter *extra ordinem*¹⁴.

La rigidez y la irreformabilidad son fenómenos que no siempre dependen, sin embargo, de las normas de reforma. Como señala Albert¹⁵, “un análisis puramente textual de las reglas de reforma codificadas no puede generar por sí solo una clasificación precisa de la relativa dificultad de las reformas constitucionales”¹⁶. Por lo general, existen factores relacionados con el contexto institucional y la cultura política que influyen en la complejidad del proceso. Un conjunto de reglas flexibles de reforma constitucional puede dar lugar a un procedimiento más rígido en contextos marcados por la polarización política, el bipartidismo, la veneración popular a la constitución o una “cultura de reforma”¹⁷ que tienda a incapacitar o redirigir el poder de reforma.

En segundo lugar, las normas de reforma constitucional regulan tanto aspectos “formales”, relacionados con el procedimiento de la reforma, como aspectos “materiales”, relacionados con el contenido. Su estructura, de hecho, incorpora necesariamente ambos aspectos: “sólo si la autoridad x realiza el procedimiento r puede reformar la materia z”. Esta distinción es importante cuando la constitución incluye diferentes procedimientos, unos más rígidos que otros, para reformar diferentes materias. Por ejemplo, la Constitución de Sudáfrica establece

⁸ El artículo V de la Constitución estadounidense ha sido interpretado como una exigencia de unanimidad: impide privar a los Estados, sin su consentimiento, del derecho a la igualdad de voto. Más directamente, el artículo XIII de los Artículos de la Confederación exigía que cualquier alternación fuese “acordada en un congreso de los Estados Unidos y luego confirmada por las legislaturas de todos los estados”. Ver ALBERT (2019), p. 13.

⁹ Constitución colombiana, de 1991, art. 197

¹⁰ Es uno de los mecanismos de reforma previstos en la Constitución de Estados Unidos, art. V. Ver ALBERT (2018), p. 22.

¹¹ Constitución ecuatoriana, de 2008, art. 444.

¹² Este sería el caso de la doctrina de la “estructura básica de la constitución”, desarrollada por la Corte Suprema de India, que no permite reformas a la estructura básica a través de ningún mecanismo constitucionalmente regulado.

¹³ Así lo hacen, respecto de ciertas materias, la Constitución griega, de 1975, art. 110.1, y Constitución brasileña, de 1988, art. 60.4.

¹⁴ Otros autores han empleado conceptos más amplios de irreformabilidad. Según ROZNAI (2017), p. 126: “lo que irreformabilidad realmente significa es que ciertas enmiendas que establecen una nueva constitución no pueden lograrse mediante el procedimiento de enmienda regular”.

¹⁵ ALBERT (2019), p. 32.

¹⁶ CONTIADES Y FOTIADOU (2017), p. 232. Como señalan GEERTJES Y UZMAN (2018), p. 113 incluso la constitución holandesa, que no posee cláusulas irreformables, y la constitución británica, que es flexible y no escrita, poseen alguna forma de irreformabilidad informal, política o convencional.

¹⁷ La veneración popular a la constitución implica “una resistencia popular a la idea misma de alterar la constitución”, como sucede, al parecer, en Japón y Canadá. Ver ALBERT (2019), pp. 104 y 115.

tres procedimientos¹⁸, la constitución de Canadá cinco¹⁹ y la Constitución de Ucrania tres²⁰. La distinción también se aplica, en todo caso, cuando la constitución establece un único procedimiento de reforma. Por ejemplo, el artículo 79.3 de la Ley Fundamental alemana regula aspectos materiales, dado que prohíbe reformar -entre otros- la cláusula de la dignidad humana (art. 1.1) a través del proceso ordinario de enmienda, pero también -implícitamente- aspectos formales, pues para realizar esa reforma obliga a llevar a cabo un procedimiento diferente, *extra ordinem*.

En tercer lugar, las normas que imponen límites al proceso de reforma pueden ser creadas por el constituyente o por los jueces. Parte de la literatura, acudiendo a un lenguaje confuso, denomina a las primeras “explícitas” y a las segundas “implícitas”²¹. En el primer caso, la irreformabilidad²² depende de las denominadas cláusulas de eternidad, que prohíben a las mayorías introducir reformas puntuales a la constitución. Ejemplos típicos son el artículo 79.3 de la Ley Fundamental alemana, que prohíbe las reformas que afectan el carácter federal del Estado y algunos principios básicos, o el artículo 139 de la Constitución italiana (1947), que prohíbe reformar la forma republicana de Estado²³. En el segundo caso, la irreformabilidad se produce cuando los jueces deciden que algunas cláusulas o contenidos “implícitos” de la constitución no pueden ser modificadas por el legislativo, aunque ningún texto constitucional las declare irreformables. Un ejemplo típico es la doctrina de la estructura básica de la constitución, desarrollada por la Corte Suprema de India²⁴. Existe, además, una tercera tipología, correspondiente a las normas de irreformabilidad creadas por el legislativo, a través de las cuales impone límites para futuras reformas. Un ejemplo es el artículo 7B de la Constitución de Bangladesh, introducido por el parlamento a través de la 15ª enmienda, que prohibió al mismo parlamento reformar varias cláusulas constitucionales”²⁵.

Y en cuarto lugar, las normas que establecen límites al poder de reforma pueden ser concretas y específicas o generales y vagas. Las normas específicas señalan puntualmente los asuntos que no pueden ser objeto de reforma, como lo hace el artículo V de la constitución de Estados Unidos (“igualdad de voto en el Senado”), y las normas generales señalan sólo de manera abstracta, vaga o imprecisa los límites, como lo hacen los citados artículos de la Ley Fundamental alemana (“dignidad humana”) y de la Constitución italiana (“forma republicana” de Estado).

1.2. Control judicial de las reformas constitucionales

Los jueces tienen facultad para ejercer el control de las reformas constitucionales cuando pueden inaplicar o invalidar las reformas contrarias a la constitución. El control puede ser meramente formal o material. Es formal cuando se limita a verificar el cumplimiento de las normas que regulan el procedimiento de reforma, y es material cuando verifica que el contenido de la reforma no sea incompatible con el contenido de las cláusulas constitucionales irreformables. Mientras que el control formal recae sobre actos, el control material recae sobre

¹⁸ Constitución de Sudáfrica, sección 74.

¹⁹ The Constitution Act, de 1982, secciones 38-49. Ver ALBERT (2019), p. 107.

²⁰ Constitución de Ucrania, de 1996, arts. 154-157. Ver ROZNAI (2017), p. 158.

²¹ Por ejemplo, ROZNAI (2017), pp. 15, 39; ALBERT Y ODER (2018), p. 21; ALBERT (2019), p. 51. La expresión “normas implícitas” sugiere la idea extraña de que, fuera del texto constitucional, existen normas creadas por el constituyente que los jueces simplemente “descubren” mediante la interpretación. A menudo, dichas normas no son producto de interpretación, sino de creación judicial. No son incorporadas por el constituyente en la constitución, sino creadas por los jueces en sus fallos. Por supuesto, no es posible diferenciar siempre un acto de interpretación de un acto creación. En ocasiones, cuando los jueces “reconstruyen” una norma con base en principios constitucionales, los fallos son producto en parte de la interpretación y en parte la creación judicial. Como sostiene Doyle “cuando se impone una restricción estándar (como el respeto por la dignidad humana), la importancia de la restricción la determina en parte el legislador y en parte el tribunal” (DOYLE (2018), p. 84). En todo caso, aun cuando los jueces crean solo parcialmente la norma, también están realizando un acto de creación, a la que me refiero en el texto.

²² Esta clasificación coincide parcialmente con la propuesta por ALBERT (2017), p. 188. Ver GEERTJES Y UZMAN (2018), p. 94.

²³ Además, las constituciones de Argelia, de 1976 (art. 176); Brasil, de 1988 (art. 60) y Ucrania, de 1996 (art. 157) hacen irreformables las disposiciones sobre derechos fundamentales. Las constituciones de Turquía, de 1982 (arts. 2, 4) y Togo, de 1992 (art. 144), hacen irreformable el carácter secular del Estado.

²⁴ La doctrina fue desarrollada principalmente en *Minerva Mills Ltd. v. Union of India* (1981)

²⁵ HOQUE (2018), p. 186.

las disposiciones constitucionales y sus contenidos. Sin embargo, la irreformabilidad constitucional no siempre viene de la mano con el control judicial de las reformas. En algunos países, los límites irreformables no son justiciables. En Pakistán, por ejemplo, la Corte Suprema ha desarrollado la doctrina de la estructura básica de la constitución, pero ha señalado que no es competencia suya, sino del pueblo, pronunciarse acerca de la constitucionalidad de las reformas²⁶.

1.3. Objeción democrática a las cláusulas irreformables y al control judicial de las reformas constitucionales

Las normas que imponen límites al proceso de reforma constitucional desempeñan, como señala Doyle²⁷, un rol importante en la distribución del poder político entre las generaciones pasadas, las generaciones presentes y los jueces²⁸. En general, cuando el constituyente ha creado directamente las normas que imponen límites, la voluntad de las generaciones pasadas prevalece sobre la voluntad de las generaciones actuales. Ese poder es mayor cuando los límites son impuestos a través de normas concretas y específicas, pues reducen el margen de interpretación del legislador y las posibilidades de adoptar distintos tipos de reforma. Por el contrario, es menor cuando los límites son impuestos de manera mediante normas vagas e imprecisas, pues permiten al legislador interpretar de formas alternativas las exigencias constitucionales, e incluso hacer que carezcan de significado alguno. Sin embargo, cuando los jueces tienen la facultad de interpretar y hacer cumplir las cláusulas irreformables, las generaciones presentes también pierden poder frente a la judicatura. Ese poder es mayor si los límites son expresados por normas generales y vagas y menor si son expresados por normas concretas²⁹. En el primer caso, los mismos jueces particularizan las exigencias abstractas de la constitución y determinan el contenido concreto de los límites que recaen sobre el poder de reforma³⁰. En el segundo caso, el margen de interpretación del juez es más reducido, por lo que los límites seguirán siendo fundamentalmente los impuestos por las generaciones pasadas. El poder de los jueces es incluso mayor cuando los límites al poder de reforma pueden ser creados por ellos. Así ocurre, por ejemplo, con la doctrina india de la estructura básica de la constitución, que prohíbe al Parlamento “ampliar su poder de reforma para adquirir para sí mismo el derecho de repeler o derogar la Constitución o de destruir sus características básicas y esenciales”³¹. También con la doctrina de la sustitución de la constitución de la Corte Constitucional colombiana, que le prohíbe al Congreso “sustituir la Carta mediante un cambio parcial de tal magnitud que haga imposible, de manera permanente o transitoria, reconocer en la Constitución los elementos esenciales definitorios de su identidad originaria”³². Ambas doctrinas han sido desarrolladas y aplicadas por las Cortes de forma casuística, tomando en

²⁶ Pakistan Lawyers Forum v. Federation of Pakistan: “Si bien puede haber una estructura básica en la Constitución, y si bien también puede haber limitaciones en el poder del Parlamento para hacer enmiendas a dicha estructura básica, tales limitaciones no deben ser ejercidas y aplicadas por el poder judicial..., sino por el organismo político, es decir, el pueblo de Pakistán”.

²⁷ DOYLE (2017), p. 87.

²⁸ En la literatura anglosajona suelen utilizarse los términos “muertos” y “vivos” en vez de “generación pasada” y “generación actual” (ver ROZNAI (2007), p. 188). Son términos que, de forma metafórica, ayudan a expresar la idea de que una sociedad pasada (los muertos) tomó decisiones que vinculan a las mayorías democráticas del presente (los vivos). Como todo uso metafórico, tiene algún grado de imprecisión. En todo caso, es una imprecisión que no hace incorrecto el concepto. Podemos preguntarnos cuál hecho marca puntualmente la transición de una generación a otra, pero es una cuestión que prefiero dejar abierta, porque no afecta el contenido básico del concepto.

²⁹ CONTIADES Y FOTIADOU (2017), p. 234.

³⁰ Para Kelsen, la existencia de principios puede “hacer depender la suerte de cualquier ley votada en el Parlamento del simple capricho...del Tribunal Constitucional, de una manera más o menos arbitraria desde el punto de vista político”. KELSEN, (2009 [1931]), p. 323.

³¹ Minerva Mills Ltd. y Ors vs Union of India & Ors (1980). <https://indiankanoon.org/doc/1939993/>

³² Corte Constitucional, Sentencia C-1040/05. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-1040-05.htm>. En estricto sentido, esta sentencia no establece la irreformabilidad de los contenidos esenciales de la Constitución, dado que pueden reformarse a través de otros mecanismos.

cuenta las particularidades de cada caso, y sin proporcionar previamente una lista cerrada de elementos básicos, definitorios o esenciales de la Constitución³³.

Los efectos de las cláusulas irreformables sobre la distribución del poder político permiten delimitar los alcances de la objeción democrática. Las decisiones políticas sobre la justicia o el bien común -señala la objeción- son legítimas solo cuando son democráticas, es decir, cuando han sido tomadas a través de procesos en los que los ciudadanos (actuales), a quienes se aplicarán las decisiones, participan de forma libre e igualitaria a través del voto y la deliberación pública. Los procesos democráticos son legítimos, a su vez, porque materializan valores de moralidad política (intrínsecos), como la autonomía, el igual respeto y la deliberación. Ahora bien, las cláusulas irreformables y el control judicial ponen en manos de los jueces o de las generaciones pasadas el poder para tomar algunas de esas decisiones. Por tanto, concluye la objeción, ambas instituciones son ilegítimas.

2. La justificación de la irreformabilidad y del control judicial de las reformas constitucionales

Durante los últimos años, se han formulado varios argumentos que pretenden hacer frente a la objeción democrática. Algunos asumen concepciones intrínsecas de la legitimidad política, según las cuales los límites al poder de reforma no vulneran, sino que protegen, la voluntad democrática³⁴. Otros asumen una concepción instrumental de la legitimidad, según la cual los límites al poder de reforma permiten alcanzar ideales valiosos como la protección de los derechos, la estabilidad democrática o el desarrollo económico³⁵. A continuación, se analizan dos argumentos que han ganado popularidad durante los últimos años y que condensan, en buena medida, una visión estándar sobre la legitimidad de los límites constitucionales a los procesos democráticos.

2.1. Primer argumento: los límites al poder de reforma como salvaguarda de la voluntad del poder constituyente

El primer argumento sostiene, en términos generales, que los límites al poder de reforma son legítimos porque permiten salvaguardar la voluntad suprema del constituyente frente a la voluntad subordinada de los poderes legislativo y de reforma constitucional. Sostiene, concretamente, que el pueblo es titular del poder constituyente, es decir, un poder político soberano, supremo e ilimitado³⁶, mientras que el parlamento y los órganos de reforma constitucional solo ejercen poderes constituidos, es decir, limitados, delegados y subordinados. Asume, por tanto, que solo el poder constituyente puede crear o recrear directamente la constitución, mientras que el poder constituido, como voluntad democrática inferior, solo puede introducir cambios no esenciales, so pena de actuar *ultra vires*. Finalmente, sostiene que cuando un juez anula o inaplica una reforma aprobada *ultra vires*, no lo hace agrediendo la democracia, sino protegiéndola. Llamaré a esta postura “argumento del poder constituyente”. El argumento se apoya en la clásica distinción, propuesta por Sieyès, entre poder constituyente y poder constituido. Sieyès³⁷ sostuvo originalmente que “una constitución, en cada una de sus partes, no es obra de un poder constituido sino de un poder constituyente” que pertenece a la nación, es decir, a “todos los habitantes y todos los contribuyentes al establecimiento público”. En este sentido, según Sieyès, la nación es “fuente y ama suprema de todo derecho positivo”, “existe con anterioridad a todo”, su voluntad es “libre e independiente de todas las formas

³³ Como señala críticamente CELIS (2020), p. 53, los problemas de indeterminación “profundizan las objeciones contra la autoridad del juez constitucional para definir los elementos esenciales de la constitución sobre lo que decida un órgano mayoritario representativo”.

³⁴ ROZNAI (2007), p. 123; COLÓN-RÍOS (2013).

³⁵ BERNAL (2018), p. 74; FERRAJOLI (2011), p. 18.

³⁶ SCHMITT (2008 [1928]), p. 125; ROZNAI (2017), p. 5; ALBERT (2018), p. 22.

³⁷ SIEYÈS (2003 [1789]), pp. 136 y 140.

civiles” y no está sujeta a la constitución³⁸. La nación crea, a través de representantes extraordinarios, las normas supremas que rigen el ejercicio de los poderes constituidos, incluido el legislativo ordinario³⁹. Los poderes constituidos, por su parte, tienen apenas un carácter delegado, limitado y subordinado, y solo pueden ejercerse en los términos de la delegación que les ha hecho el poder constituyente⁴⁰.

La misma distinción, con algunos matices, fue formulada por Schmitt casi un siglo y medio después. Para Schmitt⁴¹, “una constitución es válida porque deriva del poder constituyente”, es decir, de un poder supremo, ilimitado e indivisible, que “existe antes y por encima de todo procedimiento constitucional”. A través de la constitución se crean los poderes constituidos, incluso el poder de reforma constitucional, que tiene un carácter limitado, delegado y subordinado. Según Schmitt, a través del poder de reforma se pueden realizar “cambios, adiciones, extensiones o delaciones a las cláusulas constitucionales”, siempre que “la integridad y continuidad de la constitución como una totalidad sea preservada”⁴². Sin embargo, a diferencia de Sieyès, para Schmitt -quien adopta un enfoque descriptivo e histórico⁴³- el poder constituyente no es necesariamente democrático. Puede ser ejercido por el pueblo, un monarca o un grupo de aristócratas, y a su vez dar origen a un régimen democrático, monárquico o aristocrático⁴⁴.

Otros autores han acudido recientemente a la teoría del poder constituyente para fundamentar la irreformabilidad constitucional y el control judicial de las reformas. Por lo general, adoptan -a la Sieyès- una concepción democrática del poder constituyente. Roznai⁴⁵, por ejemplo, ha sostenido que “el poder de cambiar los principios básicos de la constitución forma parte del poder constituyente principal y, como la adopción de una nueva constitución, debe emanar del ‘pueblo’, en quien descansa la soberanía última y del que surge toda autoridad”. Para Colón Ríos⁴⁶, por su parte, “si el poder constituyente es concebido en términos de su relación con la democracia, la doctrina de los límites implícitos facilita la institucionalización de la idea de que los cambios constitucionales fundamentales solamente deben ocurrir mediante procedimientos altamente participativos”⁴⁷. Además, sostienen que para salvaguardar la voluntad democrática del constituyente es necesario contar con una judicatura capaz de invalidar o anular las reformas inconstitucionales⁴⁸. Como señala Roznai, “la aplicación judicial de la irreformabilidad puede ser considerada como democrática o incluso mayoritaria, en cierto sentido, dado que representa las supermayorías pasadas, presentes y futuras”⁴⁹.

Así formulado, el argumento rechaza el concepto descriptivo de poder constituyente propuesto por Schmitt, que puede ser incompatible con el constitucionalismo liberal y democrático⁵⁰, y adopta un concepto normativo. Incluso, como reconoce Roznai⁵¹, la doctrina del poder constituyente, así interpretada, es similar a las doctrinas sobre la soberanía popular y el dualismo democrático propuestas por Amar y Ackerman. Para estos autores, la autoridad soberana por excelencia, el pueblo, puede no estar sometida a límites previstos en la constitución, mientras que una autoridad menos democrática como el parlamento, e incluso el poder de reforma constitucional, pueden estarlo en diversos grados y frente a diversas

³⁸ SIEYÈS (2003 [1789]), pp. 136-138.

³⁹ SIEYÈS (2003 [1789]), p. 139.

⁴⁰ SIEYÈS (2003 [1789]), p. 141.

⁴¹ SCHMITT (2008 [1928]), pp. 64 y 132.

⁴² SCHMITT (2008 [1928]), p. 150.

⁴³ Sobre el concepto normativo y descriptivo de poder constituyente, ver DUKE (2020).

⁴⁴ SCHMITT (2008 [1928]), pp. 126 y 132.

⁴⁵ ROZNAI (2017), p. 126.

⁴⁶ COLÓN-RÍOS (2013), p. 135.

⁴⁷ Según COLÓN-RÍOS (2018) y ALBERT (2018), p. 56, un sistema político auténticamente democrático debe contar con procedimientos de reforma constitucional diferenciados, algunos fuertemente limitados y otros no.

⁴⁸ COLÓN-RÍOS (2018) p. 274 y COLÓN-RÍOS (2012) p. 53.

⁴⁹ ROZNAI (2018), p. 39.

⁵⁰ Para DUKE (2020), p. 818, “el concepto [descriptivo] de poder constituyente no dicta en sí mismo que esta decisión [de crear una constitución] deba tomar una forma liberal-democrática”.

⁵¹ ROZNAI (2017), p. 127.

materias⁵². De esta manera, el argumento asume una concepción intrínseca de la legitimidad: una decisión política es legítima cuando ha sido creada a través de un procedimiento moralmente valioso. En otras palabras, considera que el poder constituyente ejercido por el pueblo tiene una especial capacidad para materializar los valores democráticos de igual respeto, autonomía, inclusión y tolerancia.

El argumento del poder constituyente se apoya, no obstante, sobre dos supuestos bastante controvertidos. Por una parte, asume que el valor intrínseco de los procedimientos en los que actúan el legislador ordinario y el poder de reforma es reducido, mientras que el valor intrínseco de los procedimientos en los que actúa el poder constituyente es elevado⁵³. Por otra parte, asume que la interpretación constitucional es una operación cognoscitiva o no controvertida que permite a los jueces conocer la voluntad del constituyente a través del texto constitucional. A continuación, sostengo que la primera suposición es solo parcialmente correcta, dado que solo *cierto tipo* de rigidez constitucional (pero no la irreformabilidad) puede estar moralmente justificado. Luego, sostengo que la segunda suposición es equivocada y que el control judicial a las reformas constitucionales no puede justificarse moralmente a través del argumento del poder constituyente (en los términos aquí descritos).

2.1.1, Rigidez, irreformabilidad y poder constituyente

En un sentido puramente *descriptivo o histórico*⁵⁴, el poder constituyente no es necesariamente (el más) democrático. En la práctica, muchas constituciones han sido creadas a través de procedimientos excluyentes, poco deliberativos, con la influencia excesiva de élites o poderes extranjeros. Por tanto, no es posible atribuir siempre al proceso de creación constitucional mayor legitimidad que a los procesos de reforma constitucional o a los procesos legislativos actuales. Tampoco es correcto suponer que el creador de la constitución vigente es, solo por eso, una autoridad legítima⁵⁵. En este sentido, el argumento del poder constituyente tiene una aplicación limitada en la práctica: solo es válido cuando existen procesos constituyentes altamente democráticos.

Sin embargo, el argumento del poder constituyente -en la versión de Roznai y Colón Ríos- asume pacíficamente esta limitación práctica. Su enfoque es *normativo* y no descriptivo o histórico. No sostiene que el proceso de creación constitucional es, por definición, legítimo, sino únicamente cuando actúa el poder constituyente del pueblo. Desde este punto de vista, el argumento parece ser adecuado. En teoría, es posible diferenciar procedimientos altamente participativos, diseñados para crear o sustituir constituciones, de procedimientos menos democráticos, diseñados para tomar decisiones de política constitucional no esenciales⁵⁶. En la práctica, incluso, muchas constituciones actuales pueden ser producto de procesos profundamente democráticos. En esos casos, la imposición de límites al poder de reforma puede justificarse atribuyendo un mayor valor intrínseco al poder de creación constitucional⁵⁷. Aquí el problema consiste, no obstante, en que el argumento del poder constituyente no parece compatible con la imposición de cualquier tipo de límites al proceso de reforma. Si la constitución ha sido creada

⁵² Refiriéndose a la Constitución de Estados Unidos, Amar sostiene que un “corolario del Artículo V es que las entidades gubernamentales ordinarias no tienen autoridad fuera de las disposiciones del Artículo V para enmendar la carta básica bajo la cual operan. Pero aunque el artículo V se lee mejor como el modo exclusivo de enmienda gubernamental en ausencia de participación del pueblo, no debe entenderse como vinculante al pueblo mismo que es el amo, no el sirviente -que es, de hecho, la fuente- del artículo V y el resto de la Constitución”. AMAR (1988), p. 1055. De forma similar, ACKERMAN (1984), p. 1062.

⁵³ ALBERT (2019), p. 19.

⁵⁴ Los conceptos formal y normativo de poder constituyente suelen confundirse. Por ejemplo, NEGRI (1999), p. 1, lo usa en un sentido normativo (“hablar de poder constituyente es hablar de democracia”) y SCHMITT (2008 [1928]), p. 125, en un sentido descriptivo (“El poder constitucional es la voluntad política, cuyo poder o autoridad es capaz de tomar la decisión concreta y global sobre el tipo y forma de su propia existencia política... El poder constitucional es la voluntad política, más específicamente, el ser político concreto”). Ver DUKE (2020).

⁵⁵ BERNAL (2018), p. 74; ALBERT (2018), p. 13.

⁵⁶ CONTIADES Y FOTIADOU (2017), p. 227.

⁵⁷ El mismo argumento es defendido por ALBERT (2018), p. 6.

a través de un procedimiento profundamente democrático, ¿está justificada la imposición de cualquier tipo de límites a los procesos democráticos de reforma?

Los límites al poder de reforma suelen tener naturaleza y propósitos diferentes. Algunos pretenden fortalecer el carácter deliberativo e inclusivo del procedimiento, como los que exigen debates adicionales, tiempos mínimos, elecciones intermedias y referendos. En estos casos, los límites no restringen la democracia. Por el contrario, exigen que las decisiones sean adoptadas a través de procedimientos que materialicen la igualdad y la autonomía y no en momentos de efervescencia, bajo el impulso oportunista de las mayorías de turno, sin sopesar las razones disponibles o sin la participación de todos los ciudadanos. En este sentido, la rigidez garantiza que la constitución sea producto de un ejercicio altamente democrático del poder y goce de mayor dignidad frente a la legislación ordinaria. Pero otros límites no pretenden fortalecer la naturaleza libre e igualitaria del proceso democrático. La exigencia de supermayorías o unanimidad, por ejemplo, busca fundamentalmente conceder poder de veto a las minorías, atribuyendo a un individuo o grupo un poder desproporcionado en el proceso político. La prohibición absoluta de reforma, por su parte, busca desactivar cualquier proceso de decisión ciudadana, deliberativo o no⁵⁸.

Algunos autores han defendido la exigencia de supermayorías. Han sostenido acertadamente que fortalece el carácter deliberativo del proceso democrático e incrementa, al menos en parte, el valor intrínseco del procedimiento, dado que la deliberación promueve el igual respeto y la autonomía de los ciudadanos. Para Colón Ríos⁵⁹, por ejemplo, la exigencia de supermayorías “puede verse desde una perspectiva positiva, ya que alcanzar el umbral exigido puede requerir que los actores políticos tomen más en serio las razones a favor o en contra del curso de acción propuesto”. De esta manera, la exigencia de supermayorías también tiene un lado positivo. Aunque afecta la igualdad, también promueve la deliberación⁶⁰. El problema consiste entonces en determinar si esto es suficiente para justificarla: ¿es legítimo sacrificar la igualdad del proceso democrático, mediante la exigencia de supermayorías, a cambio del fortalecimiento de la deliberación? La respuesta parece ser negativa.

Aunque la existencia de vetos puede ser adecuada para fortalecer la deliberación, no es en principio necesaria. Existen varios instrumentos que permiten optimizar la deliberación pública sin atentar contra la igualdad. La constitución puede exigir, por ejemplo, la celebración de referendos, elecciones interpuestas, votaciones sucesivas en las cámaras, tiempos mínimos o debates públicos para garantizar que los asuntos constitucionales de gran importancia sean discutidos adecuadamente (ver sección 1.1). Si existen estas alternativas, la exigencia de supermayorías o unanimidad es injustificada. Lesiona desproporcionadamente la igualdad política y resta valor intrínseco al proceso democrático (es posible que en ciertos contextos posea un valor instrumental, pero de eso se hablará más adelante).

En conclusión, el argumento del poder constituyente -en la versión de Colón Ríos y Roznai- solo puede justificar *cierto grado de rigidez* constitucional para fortalecer la naturaleza igualitaria y deliberativa del proceso de reforma. No puede justificar la rigidez derivada de la exigencia de supermayorías o unanimidad, ni la prohibición absoluta de reforma. Ambas figuras desdibujan la igualdad y la autonomía sobre los que se apoya el procedimiento democrático, base del poder constituyente, porque implican un desplazamiento desproporcionado del poder de los ciudadanos hacia grupos minoritarios o generaciones pasadas.

2.1.2. Control judicial de las reformas y poder constituyente

El argumento del poder constituyente también asume erróneamente que la interpretación de las cláusulas constitucionales permite a los jueces acceder a la voluntad suprema del constituyente. Asume que la objeción democrática al control judicial desaparecería si

⁵⁸ MICHEL Y COFONE (2018), p. 126.

⁵⁹ COLÓN-RÍOS (2018), p. 273.

⁶⁰ HÜBNER-MENDES (2013), pp. 19 y 114; MARTÍ (2006), p. 208.

entendemos que los jueces no toman por sí mismos decisiones políticas, sino que aplican las decisiones que previamente el constituyente ha tomado y consignado en la Constitución. Así lo entiende Roznai⁶¹, para quien “el control judicial... da expresión a la voluntad del ‘pueblo’ como norma jurídica superior”. Pero esta idea ignora los graves problemas de indeterminación que suelen padecer las cláusulas constitucionales, redactadas a menudo en un lenguaje abstracto y vago, especialmente las que establecen valores o derechos fundamentales. Asumir que las decisiones judiciales reflejan la voluntad constituyente ignora que los jueces, en la práctica, gozan de amplia discrecionalidad para dotar de contenido a la constitución. En particular, ignora que muy a menudo los jueces *crean* total o parcialmente los límites a la reforma, en vez de simplemente *aplicar* los que previamente ha creado el constituyente.

Por otra parte, aunque las decisiones judiciales reflejaran (o pudieran reflejar) la voluntad del pueblo, en la práctica subsisten profundos desacuerdos sociales acerca de cuál es esa voluntad y cómo puede ser conocida por los jueces. Los desacuerdos tienen profundas implicaciones morales sobre la legitimidad de la autoridad, incluida la judicial. No basta con que las decisiones sean correctas, o reflejen la voluntad del constituyente, si entre los miembros de la sociedad existen desacuerdos razonables sobre el contenido de la constitución. Como señala Waldron, para justificar decisiones sobre asuntos socialmente controvertidos no basta con que se trate de decisiones correctas o justas en sentido metaético o metafísico⁶² (cada quien asume su posición como correcta). Es necesario, además, que las decisiones sean adoptadas a través de procedimientos que reflejen el respeto por las posiciones de todos, es decir, procedimientos que garanticen a los ciudadanos la oportunidad de influir libre e igualitariamente en las decisiones que ponen fin a los desacuerdos. Desde esta manera, en sociedades -como las actuales- marcadas por desacuerdos razonables sobre el contenido de los derechos y valores constitucionales, es el procedimiento democrático, no el judicial, el que adquiere mayor valor intrínseco, pues permite a ciudadanos libres tomar decisiones mediante el voto libre y la deliberación pública⁶³.

En resumen, el argumento del poder constituyente justifica muy débilmente el control judicial de las reformas constitucionales. Por una parte, no puede justificar *la creación* judicial de contenidos constitucionales irreformables, pues asume desde el principio que los jueces deben aplicar (no crear) los límites creados previamente por el constituyente. Por otra parte, tampoco justifica *la aplicación* de límites, previamente creados por el constituyente, que socavan los fundamentos de la legitimidad democrática, como la exigencia de supermayorías y unanimidad, o la prohibición absoluta de reforma. Solo puede justificar el control judicial orientado al cumplimiento de exigencias procedimentales que incrementan el carácter incluyente, igualitario y deliberativo del proceso.

2.2. Segundo argumento: los límites al poder de reforma como salvaguarda de derechos y principios sustantivos

El segundo argumento sostiene que los límites al poder de reforma son legítimos porque protegen ideales políticos básicos, como los derechos fundamentales, frente a las decisiones de las mayorías democráticas. Concretamente, sostiene que el procedimiento democrático es valioso solo si respeta ciertos límites sustanciales. De esta manera, no solo los poderes legislativo y de reforma son limitados, sino también el poder constituyente. Cualquier intento de reformar las cláusulas constitucionales básicas por parte de cualquier poder político sería *ultra vires*. Y si un juez anula o inaplica una reforma constitucional porque atenta contra ideales básicos, lo hace corrigiendo una decisión que es, sólo por eso, ilegítima. En la literatura reciente es posible identificar al menos dos versiones de este argumento.

⁶¹ ROZNAI (2018), p. 39; ROZNAI (2017), p. 192.

⁶² WALDRON (1998), p. 79: “son los desacuerdos en sí mismos, y no su caracterización metaética o metafísica, los que dan lugar a problemas de legitimidad en materia de revisión judicial”. Ver BURITICÁ-ARANGO (2019)

⁶³ WALDRON (1999), p. 111.

La primera versión sostiene que el procedimiento y las decisiones democráticas son legítimos siempre que no quebranten los principios que hacen posible la democracia misma⁶⁴. Entre esos principios se incluyen, por ejemplo, la igualdad de voto, la regla de mayorías, la separación de poderes y las libertades de expresión, reunión y asociación. En ocasiones, también se incluyen algunos derechos civiles clásicos, como la libertad religiosa y de conciencia. Para proteger estos principios y evitar la autodestrucción de la democracia, es necesario sustraerlos del procedimiento mayoritario, a través de cláusulas irreformables y del control judicial. Desde este punto de vista, el ideal básico de la organización política sigue siendo la democracia, pero debe ser protegida incluso de sí misma, aunque eso implique, paradójicamente, limitarla.

Este argumento ha sido usado tradicionalmente para fundamentar el control judicial de la ley. Para Kelsen, por ejemplo, la función básica de los derechos fundamentales es proteger a las minorías políticas de las mayorías en el parlamento y garantizar su continuidad en la lucha por el poder⁶⁵. Por eso, la exigencia de quórum y mayorías cualificadas, así como la existencia del control judicial, son instrumentos que favorecen en últimas a la democracia⁶⁶. Para Ely⁶⁷, la función del control judicial de la ley en Estados Unidos no es —ni debe ser— preservar valores sustantivos, sino “vigilar los mecanismos mediante los cuales los sistemas buscan asegurar que nuestros representantes electos representen realmente”. En otras palabras, el control judicial debe estar comprometido, como la Constitución de 1787, “con equidad procedimental en la resolución de disputas individuales” y “con la garantía de una amplia participación en el proceso y distribución del gobierno”⁶⁸. Algo similar sostiene Bovero⁶⁹, para quien la democracia se encuentra *lógicamente* limitada por “reglas de juego” que consagran derechos civiles, políticos y sociales que deben protegerse a través de la rigidez y el control judicial.

Otros autores, no obstante, han usado el mismo argumento para defender la irreformabilidad y el control judicial de las reformas constitucionales. Para Gómez Albarello, “los miembros de un régimen democrático tenemos una voluntad política y adquirimos la capacidad de expresarla de forma articulada gracias a la constitución”⁷⁰. Por eso, las normas constitucionales que garantizan “la libre discusión, la rendición de cuentas y la circulación de mayorías y minorías” son constitutivas de la democracia y pueden ser abstraídas de los procesos democráticos. Para Eule⁷¹, los mecanismos de “democracia directa” como los plebiscitos y referendos, típicos en los procesos constituyentes, a menudo ponen en riesgo los derechos de las minorías, por lo que una de las funciones básicas de la constitución es “poner ciertos principios fuera del alcance de las mayorías ordinarias”, así como reforzar esos principios “con el mecanismo del control judicial”. Finalmente, Roznai⁷² ha señalado que el pueblo está conceptualmente limitado por los principios que le permiten actuar como poder constituyente: “el ejercicio del poder constituyente no puede resultar en la abolición de derechos como la libertad de expresión y reunión y los derechos políticos, que son necesarios para que el poder constituyente reaparezca en el futuro”⁷³.

La segunda versión del argumento sostiene que el procedimiento democrático es legítimo siempre que salvaguarde principios y valores básicos que constituyen, a la par con la democracia, ideales básicos de la organización política⁷⁴. En este sentido, asume que existen ideales políticos cuyo valor moral es autónomo y no depende de su relación estrecha, o constitutiva, con la democracia. Entre esos ideales se encuentran los derechos fundamentales, el Estado de derecho

⁶⁴ KELSEN (2013 [1920]), p. 18; ELY (1980), p. 102; GÓMEZ (2012), p. 76; ROZNAI (2015), p. 16.

⁶⁵ KELSEN (2013 [1920]), p. 18: “La protección de la minoría es la función esencial de las llamadas libertades y derechos fundamentales o derechos humanos y civiles, que están garantizados por todas las constituciones democráticas parlamentarias modernas”.

⁶⁶ KELSEN (2013 [1920]), p. 83: “Para que la existencia política de la minoría, que es tan importante para la naturaleza misma de la democracia, sea segura, esa minoría debe tener la oportunidad de apelar, directa o indirectamente, al tribunal constitucional”.

⁶⁷ ELY (1980), p. 102.

⁶⁸ ELY (1980), p. 87.

⁶⁹ BOVERO (2006), p. 38.

⁷⁰ GÓMEZ (2012), p. 76.

⁷¹ EULE (1990), p. 1549.

⁷² ROZNAI (2015), p. 16.

⁷³ Una posición similar es defendida por MURPHY (1995), p. 178.

⁷⁴ DWORKIN (1996), p. 15; FERRAJOLI (2011); BERNAL-PULIDO (2018).

y la separación de poderes. Para protegerlos, es necesario sustraerlos de los procedimientos mayoritarios, incluso del proceso constituyente, a través de cláusulas irreformables y del control judicial.

Este argumento ha sido ampliamente utilizado para fundamentar la rigidez constitucional y el control judicial de la ley. Para Dworkin⁷⁵, por ejemplo, “democracia significa gobierno sujeto a condiciones –las llamamos condiciones “democráticas” - de igualdad de estatus para todos los ciudadanos”⁷⁶. Entre esas condiciones se encuentran las libertades individuales, la igualdad de trato y la igualdad política. De igual manera, Ferrajoli sostiene que “para que una decisión [democrática] sea válida no debe violar los principios y los derechos fundamentales”⁷⁷. Entre los derechos fundamentales se encuentran los derechos políticos, que tienen un carácter meramente instrumental, así como los derechos sociales y de libertad, que son fines en *sí mismos*.

Otros autores también han utilizado este argumento para defender la irreformabilidad y el control judicial de las reformas⁷⁸. Para Bernal-Pulido, por ejemplo, “el poder de promulgar una constitución comparte una característica con el poder de reforma de la constitución: ambos son limitados”⁷⁹. El poder constituyente es, por definición, un poder para materializar los ideales básicos del constitucionalismo liberal, entre los que se encuentran el estado de derecho, la democracia, los derechos básicos y la separación de poderes. Por eso, las decisiones que transgreden esos principios, aunque sean tomadas por el pueblo, son ilegítimas. Algo similar sostiene Ferrajoli⁸⁰, para quien las constituciones deben prever “la rigidez absoluta de las normas que establecen los principios supremos, como la igualdad, la dignidad de la persona y los derechos fundamentales... además de los principios de la representación política y la separación de poderes”.

En cualquiera de sus dos versiones, el argumento asume que el procedimiento democrático tiene bajo valor instrumental: las mayorías transgreden con alguna frecuencia principios constitutivos de la democracia u otros principios valiosos. En cambio, el procedimiento judicial protege de mejor manera estos principios, por lo que su valor instrumental y, en últimas, su legitimidad, es mayor. Sin embargo, el argumento así formulado descansa sobre supuestos sumamente discutibles. Por una parte, asume que es posible *identificar* los principios que restringen legítimamente el poder democrático. En otras palabras, asume una teoría de la justicia y la legitimidad que resuelve en abstracto las tensiones que existen, por ejemplo, entre la democracia y los derechos. Por otra parte, supone que es posible atribuir en abstracto un elevado valor instrumental a la irreformabilidad y al control judicial, sin tomar en cuenta aspectos contextuales, relacionados con el diseño institucional y la cultura política, que pueden aumentar o disminuir ese valor. A continuación, se analizan brevemente estas afirmaciones.

2.2.1. Los desacuerdos sobre los límites al procedimiento democrático

El argumento sostiene correctamente que los procedimientos democráticos pueden quebrantar principios, derechos o ideales valiosos, incluyendo sus elementos constitutivos. Pero no parece tomar en cuenta que esos principios e ideales están sujetos a desacuerdos razonables. Los ciudadanos, incluidos los jueces, suelen disentir razonablemente, por ejemplo, sobre el contenido y el alcance de los derechos básicos o los valores fundamentales de la organización política, incluso cuando ya están incorporados en la constitución. El poder para solucionar estos

⁷⁵ DWORKIN (1996), p. 17.

⁷⁶ Paradójicamente, DWORKIN (1995), p. 10, considera que la adopción de los derechos que limitan el poder de la mayoría debe hacerse a través de referendo popular.

⁷⁷ FERRAJOLI (2011), p. 18.

⁷⁸ En ocasiones ambos argumentos son formulados simultáneamente. RAMÍREZ-CLEVES (2017), p. 219, por ejemplo, sostiene que en Colombia e India los límites a la reforma protegen simultáneamente “los elementos básicos de la propia democracia, tales como los principios de libertad, igualdad, pluralismo, alternancia de poderes, el principio de supremacía constitucional y los derechos fundamentales necesarios para garantizar los derechos de los grupos minoritarios”.

⁷⁹ BERNAL-PULIDO (2018), p. 80.

⁸⁰ FERRAJOLI (2011), p. 90.

desacuerdos, en un sistema con cláusulas irreformables y control judicial, como el propuesto por el argumento, está en última instancia en cabeza de los jueces. Por tanto, lo que propone el argumento no es que exista un procedimiento democrático limitado por principios o valores básicos, sino por decisiones judiciales que ponen fin a los desacuerdos razonables sobre principios y valores básicos. En este sentido, la idea de un procedimiento democrático sujeto a límites sustanciales es engañosa. En el fondo, se trata de un procedimiento democrático sujeto a los límites impuestos por el procedimiento judicial. Ahora bien, ¿es legítima una decisión judicial solo porque protege derechos y valores que están sujetos a desacuerdos razonables? Responder a esta pregunta nos remite nuevamente a la objeción democrática. En contextos de desacuerdos razonables, para que una decisión sea legítima no basta, como asume el argumento, que sea sustancialmente justa, correcta o acorde con principios y valores⁸¹. También es importante que la decisión haya sido adoptada a través de un procedimiento intrínsecamente valioso que permita solucionar de forma justa los desacuerdos. Sin embargo, el procedimiento judicial tiene normalmente un bajo valor intrínseco. Las decisiones no son tomadas por ciudadanos libres e iguales, sino por jueces no elegidos democráticamente. En cambio, el procedimiento democrático tiene -al menos *prima facie*- un elevado valor intrínseco. ¿Significa esto, entonces, que el argumento es incorrecto? En realidad no. Como sugiere Bayón⁸², e incluso Waldron⁸³, el argumento puede asumir que el control judicial tiene un bajo valor intrínseco siempre que asuma, simultáneamente, que tiene un elevado valor instrumental. En otras palabras, el control judicial de las reformas constitucionales puede ser legítimo si su *valor instrumental* (es decir, su capacidad para alcanzar fines valiosos, como la protección de derechos y valores básicos frente a decisiones defectuosas de las mayorías) es lo suficientemente alto como para compensar su bajo valor intrínseco⁸⁴. Pero esta idea debe afrontar dificultades importantes, como se verá a continuación.

2.2.2. Los desacuerdos razonables y el valor instrumental del procedimiento judicial

Para evaluar el valor instrumental del control judicial de las reformas, es necesario distinguir las buenas de las malas decisiones. Solo si los jueces toman decisiones que protegen adecuadamente derechos y valores sustantivos, entonces el valor instrumental del control judicial es alto. Pero lo que caracteriza a un desacuerdo razonable es precisamente la ausencia de criterios compartidos para distinguir las buenas de las malas decisiones. Es por eso que algunos autores han considerado que, existiendo desacuerdos razonables, los procedimientos de decisión política -incluido el proceso de control judicial- no tienen valor instrumental en general, ni epistémico en particular, y su legitimidad sólo puede depender de su valor intrínseco. Para Waldron, por ejemplo, “en medio del desacuerdo moral no poseemos ninguna epistemología moral incontrovertida... Incluso entre los epistemólogos profesionales, no existe el tipo de consenso sobre los caminos hacia la verdad moral”⁸⁵. Algo similar sostiene Valentini, para quien “sin una descripción de la naturaleza de las condiciones de verdad de las declaraciones sobre la justicia... nos resultará difícil defender cualquier procedimiento de decisión sobre bases epistémicas, incluida la regla de la mayoría”⁸⁶.

Sin embargo, como ha sugerido Bayón, esta conclusión es apresurada⁸⁷. La existencia de desacuerdos sobre los criterios que permiten identificar una buena decisión no impide atribuir un valor instrumental al procedimiento. También existen desacuerdos razonables sobre el valor de la democracia y pese a ello no dudamos -ni lo hacen Waldron ni Valentini- en atribuirle valor

⁸¹ De lo contrario, se estarían confundiendo, como lo señala Waldron, la teoría de la justicia con la teoría de la legitimidad. WALDRON (2006), p. 1371.

⁸² BAYÓN (2004), p. 130.

⁸³ WALDRON (2006), p. 1401.

⁸⁴ Como señala HÜBNER-MENDES (2013), p. 44, la legitimidad depende de “un equilibrio sensato entre razones instrumentales e intrínsecas”.

⁸⁵ WALDRON (1999), p. 254.

⁸⁶ VALENTINI (2012), p. 192.

⁸⁷ BAYÓN (2004).

intrínseco. Lo que realmente implican los desacuerdos es que el valor intrínseco e instrumental del procedimiento es siempre determinado en “primera persona”, e incorporado luego en la discusión pública. Después de todo, la misma teoría democrática es una propuesta normativa, formulada en primera persona, que busca y alcanza consensos en la discusión con los demás. Por eso, en principio, es posible evaluar tanto el valor instrumental como el valor intrínseco del procedimiento judicial, aun cuando existen desacuerdos razonables.

La verdadera dificultad radica, no obstante, en determinar las condiciones bajo las cuales se produce ese valor instrumental. En otras palabras, el problema no consiste en identificar cuál es la decisión correcta –lo que podemos hacer siempre en primera persona–, sino cuál es el diseño institucional y cuáles las condiciones políticas que facilitan la adopción de esas decisiones. Podemos asumir, *en abstracto*, que el valor instrumental de un procedimiento depende sustancialmente de la protección de (una particular concepción de) los derechos valores básicos. Sin embargo, ¿podemos determinar también *en abstracto* que un procedimiento como el judicial conduce mejor que otros procedimientos a esas decisiones correctas? La respuesta es negativa. El valor instrumental de un procedimiento (judicial o no) depende principalmente de factores contextuales, relacionados con el diseño institucional y la cultura política. Es posible que, en ciertos contextos, los jueces o las mayorías democráticas tomen decisiones abiertamente contrarias a los derechos fundamentales, el Estado de derecho o la democracia, mientras que en otros contextos no. Lo mismo ocurre con el valor intrínseco, que puede materializarse de mejor manera en sistemas políticos donde, por ejemplo, no existen “minorías discretas” que en sistemas donde sí las hay⁸⁸.

En resumen, el problema con el segundo argumento es que pretende atribuir mayor valor instrumental al procedimiento judicial *en abstracto*. En otras palabras, afirma *a priori* que la imposición de límites judiciales a los procedimientos democráticos (legislativo, de reforma y de creación constitucional) tiene un elevado valor instrumental. No toma en cuenta que el valor instrumental de un procedimiento “depende de factores contextuales”.

3. El valor instrumental de la irreformabilidad y del control judicial de las reformas constitucionales

La defensa de la irreformabilidad constitucional y del control judicial se ha apoyado casi siempre en razones instrumentales. A menudo, los autores destacan los factores institucionales y políticos que permiten a los jueces y a las generaciones pasadas tomar mejores decisiones en asuntos constitucionales, conservar la estabilidad política o favorecer el desarrollo económico. Sin embargo, suelen apoyarse en escasas evidencias empíricas. Citan experiencias aisladas en las que ambas instituciones impidieron la desestabilización de un régimen democrático, la fracturación de la unidad nacional o la vulneración de derechos, pero omiten experiencias en las que han sido instrumentalizadas para consolidar regímenes autoritarios o atrincherar privilegios de grupos sociales, políticos y religiosos. A continuación, se hace una breve caracterización de esos argumentos.

Uno de los argumentos más importantes sostiene que los jueces o las generaciones pasadas poseen una mejor posición institucional para tomar decisiones sobre asuntos constitucionales. En comparación con las mayorías políticas en el parlamento, o incluso en los referendos, los jueces y el poder constituyente no se encuentran sujetos a las presiones políticas que incentivan las negociaciones estratégicas, los planes a corto plazo y el autointerés. Los jueces no son políticos profesionales, no dependen del electorado y no están obligados a rendir cuentas⁸⁹. Además, tienen una ética profesional comprometida con la imparcialidad y la neutralidad⁹⁰. El

⁸⁸ BAYÓN (2004), p. 130.

⁸⁹ Ver WILLIAMS Y REYNOLDS (2018), p. 86; ELY (1980), p. 102; KELSEN (2009), p. 340; DWORKIN (1996), p. 34). DWORKIN (1985), p. 32: “los legisladores están sujetos a presiones que los jueces no lo están, y esto debe contar como una razón para suponer que... los jueces tienen más probabilidades de llegar a conclusiones sólidas sobre los derechos”.

⁹⁰ KELSEN (2009 [1931]), p. 350.

constituyente, por su parte, toma decisiones que rigen la vida política a largo plazo, en momentos caracterizados por la calma, la deliberación razonada y el compromiso con los valores fundamentales de la comunidad. Todo esto facilita, como señala Dworkin, que los asuntos constitucionales sean discutidos como asuntos de moralidad política y no de política pública⁹¹. Pero esta visión optimista de los procesos constituyentes y judiciales ha sido desafiada varias veces. Por una parte, las constituciones son creadas a veces en épocas convulsas e inestables impiden a los ciudadanos discutir razonablemente sobre asuntos de profunda moralidad política. Como señalan Michel y Cofone, “en los últimos 40 años, se han redactado más de 200 constituciones en tiempos de crisis”⁹², por lo que “parece incongruente que el momento de la redacción sea el momento óptimo para instalar un dispositivo contra las pasiones”. Además, aún en momentos de calma y profundo compromiso político, los redactores tienen incentivos para tomar decisiones auto-interesadas que garantizan privilegios⁹³. En particular, las cláusulas irreformables son útiles para que ciertos sectores conserven o alcancen ventajas en el nuevo diseño institucional, imponiendo altos costos de decisión a quienes que deseen suprimirlas. Por otra parte, la experiencia también muestra que los jueces suelen razonar bajo condiciones que no garantizan mejores decisiones en asuntos de moralidad política. Como señala Waldron, muchos asuntos constitucionales, como los derechos, “en su mayoría no son cuestiones de interpretación en un sentido legalista estrecho”⁹⁴, pero los jueces pretenden a menudo que las decisiones estén fundadas en el texto constitucional, o en criterios de interpretación (y no – como deberían- en principios morales correctos).

El segundo argumento destaca el rol que han desempeñado la irreformabilidad y el control judicial en la estabilidad de los regímenes democráticos. En general, sostiene que los límites a la reforma constitucional garantizan que las reglas del juego democrático no sean modificadas por el gobierno de turno para perpetuarse o desconocer los derechos de las minorías políticas. En ese sentido, ayudan a preservar los principios y valores de la democracia, a superar los regímenes autocráticos y a fortalecer las aspiraciones de cambio de la sociedad frente a viejos abusos⁹⁵. Para algunos autores, incluso, la ausencia de límites fuertes al poder de reforma ha causado la inestabilidad y desaparición de democracias jóvenes durante las últimas décadas. Según Fombad, por ejemplo, “una de las principales causas de inestabilidad política y constitucional durante las primeras tres décadas de independencia de África fue causada por la facilidad con la que los líderes posteriores a la independencia subvirtieron el constitucionalismo al reformar regularmente las constituciones para adaptarlas a agendas políticas egoístas”⁹⁶. En América Latina, los límites y el control judicial a las reformas constitucionales han impedido sin duda la ampliación de los términos presidenciales, tal como sucedió en Colombia (2010)⁹⁷ y Honduras (2009)⁹⁸.

En ciertos contextos, las cláusulas irreformables también pueden facilitar la negociación política. En países azotados por guerras civiles, por ejemplo, permiten atrincherar amnistías que facilitan la paz y la reconciliación entre las facciones⁹⁹. Las amnistías irreformables generan confianza, permiten que las partes acepten procesos de transición a cambio de la absolución por sus crímenes, e imponen un elevado costo político a la oposición que desee suprimirlas¹⁰⁰. De igual manera, cuando las cláusulas irreformables están sujetas a plazos, permiten posponer discusiones que obstaculizan consensos, y ofrecer garantías a las partes involucradas. Así sucedió en Estados Unidos, donde el artículo V prohibió durante 20 años las reformas sobre “la

⁹¹ DWORKIN (1985), p. 70.

⁹² MICHEL Y COFONE (2018), p. 132.

⁹³ PILPILIDIS (2018), p. 75.

⁹⁴ WALDRON (2009), p. 22.

⁹⁵ ALBERT (2010) y ROZNAI (2017), p. 26.

⁹⁶ FOMBAD (2013), p. 382.

⁹⁷ Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-141/2010.

⁹⁸ Constitución hondureña, de 1982, art. 374.

⁹⁹ ALBERT (2010), p. 693, ROZNAI (2017), p. 32, MICHEL Y COFONE (2018), p. 135.

¹⁰⁰ Así ocurrió, por ejemplo, con la Constitución de Níger, de 1999, cuyos artículos 136 y 141, que consagraban una amnistía, eran irreformables.

inmigración o importación de las personas”, y en Cabo Verde, cuya constitución de 1980 prohibió las reformas constitucionales durante los primeros cinco años.

Sin embargo, la irreformabilidad también parece incentivar la inestabilidad del régimen democrático en otros contextos. La imposibilidad de cambio constitucional puede hacer que los actores políticos busquen modificar o derogar la constitución a través de procesos revolucionarios, o medios prohibidos e informales. La evidencia ha demostrado que la rigidez tiene un efecto de U invertida sobre la perdurabilidad de las constituciones, es decir, las constituciones más rígidas o más flexibles suelen tener una esperanza de vida más reducida¹⁰¹. Por el contrario, las constituciones moderadamente rígidas, que exigen mayorías cualificadas o límites mínimos de tiempo, suelen tener una mayor esperanza de vida. Por tanto, si el propósito del constituyente es garantizar la estabilidad del sistema democrático, la medida más óptima no es introducir cláusulas irreformables. Como señalan Albert y Oder, “[la irreformabilidad] bien puede estar destinada a fomentar la estabilidad y la resistencia, pero en realidad podría provocar la desaparición de la misma constitución que busca proteger del cambio”¹⁰².

Por otra parte, los límites al poder de reforma y el control judicial son a veces un instrumento, más que en una barrera, para desestabilizar los regímenes democráticos. En Nicaragua, la Corte Suprema consideró en 2009 que el artículo 147 de la Constitución, que prohibía la reelección presidencial de Daniel Ortega, atentaba injustificadamente contra su derecho a la no discriminación, previsto en el artículo 48, y por tanto debía ser inaplicable¹⁰³. En Bolivia (2017), el Tribunal Constitucional¹⁰⁴ permitió una tercera reelección del presidente Evo Morales, declarando la “aplicación preferente” de sus derechos políticos, pese a que el artículo 168 de la Constitución expresamente lo prohíbe y a que en 2016 los ciudadanos rechazaron la anulación de dicho artículo mediante referendo¹⁰⁵.

El tercer argumento, finalmente, sostiene que la irreformabilidad puede contribuir al desarrollo económico. Las cláusulas irreformables permiten que las reglas de juego permanezcan estables para los agentes políticos, disminuyendo los costos de negociación, haciendo eficiente el proceso político, eludiendo los costos asociados a los debates constitucionales y favoreciendo las inversiones a largo plazo en políticas públicas. La irreformabilidad de los términos presidenciales en algunos países es un buen ejemplo: impide a los presidentes negociar con los demás actores políticos, en procesos que involucran grandes concesiones, la prolongación de sus mandatos¹⁰⁶. La estabilidad de las reglas de juego también puede favorecer la confianza de los actores económicos e incentivar las inversiones a largo plazo que favorezcan el crecimiento y el desarrollo. Como señalan Michel y Cofone, “un régimen político más estable permite un horizonte temporal más largo y mejora la capacidad de los ciudadanos para participar en actividades a largo plazo, como inversiones generadoras de crecimiento”¹⁰⁷.

Sin embargo, algunos autores también han sostenido que la irreformabilidad puede incidir negativamente en el desarrollo económico. Dado que en ocasiones la constitución debe ser ajustada a las condiciones del mercado, la irreformabilidad puede incrementar los costos del cambio político, dejando como única opción la promulgación de una nueva constitución, a través de procesos revolucionarios. El problema puede agudizarse cuando la constitución es extensa, incluye un gran número de reglas específicas (no principios generales), o su reforma no puede hacerse a través de mecanismos informales (interpretación judicial o legislativa). En esos casos, los cambios necesarios para favorecer el crecimiento económico son a menudo lentos y costosos. Autores como Tsebelis y Nardi han sostenido que las constituciones largas y rígidas

¹⁰¹ ELKINS et al. (2009), p. 140; MICHEL Y COFONE (2018), p. 136.

¹⁰² ALBERT Y ODER (2018), p. 23.

¹⁰³ Corte Suprema de Nicaragua, Sentencia No. 504, Expediente No. 602 de 2009.

¹⁰⁴ Sentencia Constitucional Plurinacional 0084 de 2017. Disponible en <https://edwinfigueroa.files.wordpress.com/2017/12/sentencia-0084-2017-tcp-bolivia-reeleccion-evo-morales.pdf>.

¹⁰⁵ En 2013, otra decisión del Tribunal Constitucional fue fundamental para aprobar la segunda reelección de Evo Morales. Ver Declaración Constitucional Plurinacional N° 0003/2013. Disponible en: https://blogs.ua.es/boliviadoxa/files/2014/11/Declaraci%C3%B3n0003_2013-TC-Bolivia.pdf.

¹⁰⁶ PILPILIDIS (2018), p. 79.

¹⁰⁷ MICHEL Y COFONE (2018), p. 130.

“están asociadas con un PIB per cápita inferior y mayores niveles de corrupción” en los países de la OCDE¹⁰⁸. En su opinión, las restricciones constitucionales “impiden resultados ampliamente deseables (riqueza económica) durante un período de tiempo (hasta que las mayorías requeridas puedan aprobar una enmienda, si pueden)”¹⁰⁹. Como ejemplo, citan el artículo 16.5 de la Constitución de Grecia (1974), que prohíbe la creación de universidades privadas, “excluye la posibilidad de mejorar el sistema de educación superior mediante la competencia”, y “hace que la economía griega sea menos competitiva y reduce el potencial de ingresos de la mano de obra griega”¹¹⁰.

Estas discusiones muestran a grandes rasgos las dificultades que afronta una teoría sobre el valor instrumental de la irreformabilidad y del control judicial de las reformas. Las evidencias sobre sus efectos en la protección de derechos, la estabilidad política y el desarrollo económico son escasas y disímiles. Sugieren que a partir de experiencias particulares en contextos particulares no pueden deducirse, como a veces se hace, conclusiones generales acerca del rendimiento de un diseño institucional. En últimas, el valor instrumental de una institución puede depender de tantas variables (contexto institucional, cultura política, conflictos, trasfondo histórico, etc.) que es extremadamente difícil hacer afirmaciones rigurosas sobre la correlación empírica entre la constitución y la realidad social. Por eso, la estrategia más sensata para evaluar un diseño institucional es tomar en cuenta el contexto en el que la constitución está llamada a producir buenos resultados y las experiencias históricas de la comunidad política. Como han señalado Contiades y Fotiadou, el buen funcionamiento de una constitución “depende de las funciones que se le atribuyen a la constitución y del análisis del entorno en el que se realizan”¹¹¹.

4. Conclusiones

El análisis de las razones que pretenden fundamentar los límites al poder de reforma constitucional arroja conclusiones incompatibles con el constitucionalismo tradicional. Ninguno de los argumentos analizados, ampliamente difundidos en la teoría política, demuestra que la irreformabilidad constitucional y el control judicial a la reforma materialicen los valores intrínsecos de la igualdad y la autonomía política de los ciudadanos. Tampoco logran demostrar, como pretenden, que la objeción democrática esté mal planteada o tenga poca fuerza. El análisis sugiere más bien que los únicos límites al poder de reforma que respetan, e incluso promueven, los fundamentos morales de un régimen democrático son aquellos que mejoran la calidad deliberativa del proceso, incentivan la inclusión y garantizan que las decisiones sean producto de la voluntad ciudadana. Entre esos límites se encuentran, por ejemplo, la exigencia de debates adicionales, elecciones intermedias o tiempos mínimos, cuya ejecución puede estar garantizada -sin objeciones de principio- por los jueces. Por el contrario, la prohibición absoluta de reformar cláusulas constitucionales, o la exigencia de unanimidad o supermayorías, poseen un profundo desvalor intrínseco incompatible con la democracia. Ese desvalor puede agudizarse aún más sin son los jueces los encargados de hacer cumplir los límites y si las cláusulas irreformables están redactadas de forma abstracta e imprecisa. De esta manera, tomando en cuenta únicamente el valor intrínseco de los procedimientos políticos, sólo pueden justificarse modelos cercanos al denominado “constitucionalismo débil”.

Sin embargo, la justificación de un modelo institucional no puede dejar de lado su valor instrumental. En casos concretos, es posible que el elevado valor instrumental de un procedimiento compense su desvalor intrínseco. Es posible que la irreformabilidad y el control judicial sean bastante útiles para proteger los derechos de las minorías, garantizar la estabilidad del régimen democrático o promover el desarrollo en contextos donde las mayorías son hostiles

¹⁰⁸ TSEBELIS Y NARDI (2014), p. 474.

¹⁰⁹ TSEBELIS Y NARDI (2014), p. 474. Una posición crítica de esta postura es desarrollada en CONTIADES Y FOTIADOU (2017).

¹¹⁰ TSEBELIS Y NARDI (2014), p. 471.

¹¹¹ CONTIADES Y FOTIADOU (2017), p. 239.

o no respetan las reglas de juego. Pero el valor instrumental está estrechamente ligado al contexto. Son tantas las variables que pueden afectar los resultados de un diseño institucional, especialmente de uno que incluya la irreformabilidad y el control judicial, que es muy difícil construir una teoría general sobre su valor instrumental. Las evidencias empíricas necesarias para tal fin son escasas e imprecisas. Por tanto, la legitimidad de los límites al control de la reforma constitucional solo puede ser valorada en contextos concretos, donde se pueda efectuar un balance adecuado de su valor instrumental y su (inevitable) desvalor intrínseco.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AMAR, AKHIL (1988): "Philadelphia Revisited: Amending the Constitution Outside Article V", en: *The University of Chicago Law Review* (Vol. 55, Nº 4), pp. 1043-1104.
- ALBERT, RICHARD (2010): "Constitutional Handcuffs", en: *Arizona State Law Journal* (Vol. 42, Nº 3), pp. 663-715.
- ALBERT, RICHARD (2017): "How a Court Becomes Supreme", en: *Maryland Law Review* (Vol. 77, Nº 1), pp. 182-191.
- ALBERT, RICHARD (2018): "Constitutional Amendment and Dismemberment", en: *Yale Journal of International Law* (Vol. 43, Nº 1), pp. 1-84.
- ALBERT, RICHARD (2019). *Constitutional Amendments. Making, Breaking, and Changing Constitutions* (Oxford, Oxford University Press).
- ALBERT, RICHARD Y ODER, BERTIL EMRAH (2018): *An Unamendable Constitution? Unamendability in Constitutional Democracies* (Cham, Hart Publishing).
- BAYÓN, JUAN CARLOS (2004): "Democracia y Derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo", en: A.A.V.V., *Constitución y derechos fundamentales* (Madrid, CEPC), pp. 67-138.
- BERNAL-PULIDO, CARLOS (2018): "Prescindamos del poder constituyente en la creación constitucional. Los límites conceptuales del poder para reemplazar o reformar una constitución", en: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* (Vol. 29), pp. 59-99.
- BICKEL, ALEXANDER (1986): *The Least Dangerous Branch* (Yale University Press).
- BOVERO, MICHELANGELO (2006): "Prefacio", en: P. Salazar, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica* (México, Fondo de Cultura Económica).
- BURITICÁ-ARANGO, ESTEBAN (2019): "Interpretación constitucional, control judicial de la ley y desacuerdos", en: *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 46, Nº 3), pp. 869-891.
- CELIS VELA, DÚBER (2020): "Reforma y sustitución constitucional. Análisis sobre la estructura metodológica y el estándar argumentativo del test de sustitución", en: A.A.V.V., *Constitución, principios y derechos* (Bogotá, Ediciones UCC), pp. 50-81.
- COLÓN RÍOS, JOEL (2012): "The Counter-Majoritarian Difficulty and the Road not Taken: Democratizing Amendment Rules", en: *The Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, (Vol. 25, Nº 1), pp. 53-78.
- COLÓN RÍOS, JOEL (2013): *La constitución de la democracia* (Bogotá, Universidad Externado).
- COLÓN RÍOS, JOEL (2018): "Deliberative Democracy and the Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendments", en: A.A.V.V., *The Cambridge Handbook of Deliberative Constitutionalism* (Cambridge, Cambridge University Press), pp. 271-281.
- CONTIADES, XENOPHON Y FOTIADOU, ALKMENE (2017): "Amendment-Metrics: The Good, the Bad and the Frequently Amended Constitution", en: A.A.V.V., *The Foundations and Traditions of Constitutional Amendment* (Oxford, Hart Publishing), pp. 219-240.

- DOYLE, ORAN (2017): "Constraints on Constitutional Amendment Powers", en: A.A.V.V., *The Foundations and Traditions of Constitutional Amendment* (Oxford, Hart Publishing), pp. 73-96.
- DWORKIN, RONALD (1985): *A Matter of Principle* (Cambridge-Ma., Harvard University Press).
- DWORKIN, RONALD (1995). "Constitutionalism and Democracy", en: *European Journal of Philosophy* (Vol. 3), pp. 2-11.
- DWORKIN, RONALD (1996): *Freedom's Law* (Oxford, Oxford University Press)
- DUKE, GEORGE (2020): "Inherent Constraints on Constituent Power", en: *Oxford Journal of Legal Studies* (Vol. 40, Nº 4), pp. 795-818.
- ELY, JOHN HART (1980): *Democracy and distrust. A theory of judicial review* (Cambridge-Ma., Harvard University Press).
- ELKINS, ZACHARY; GINSBURG, TOM Y MELTON, JAMES (2009): *The Endurance of National Constitutions* (Cambridge, Cambridge University Press).
- EULE, JULIAN (1990): "Judicial Review of Direct Democracy", en: *Yale Law Journal* (Vol. 99), pp. 1503-1590.
- FERRAJOLI, LUIGI (2011): *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia* (Madrid, Trotta), tomo II.
- FOMBAD, CHARLES (2013): "Some Perspectives on Durability and Change Under Modern African Constitutions", en: *International Journal of Constitutional Law* (Vol. 11, Nº 2), pp. 382-413.
- FRIEDMAN, BARRY (2002): "The Birth of an Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Five", en: *Yale Law Journal* (Vol. 112), pp. 153-259.
- GEERTJES, GERT JAN Y UZMAN, JERFI (2018): "Conventions of Unamendability: Covert Constitutional Unamendability in (Two) Politically Enforced Constitutions", en: A.A.V.V., *An Unamendable Constitution? Unamendability in Constitutional Democracies* (Cham, Springer), pp. 89-121.
- GÓMEZ-ALBARELLO, JUAN GABRIEL (2012): "Reformas inconstitucionales a la constitución: ¿un caso agravado de la tensión entre la democracia y el constitucionalismo?", en: *Análisis Político* (Vol. 75), pp. 67-88.
- HAMILTON, ALEXANDER (2005): "The Federalist 78: A View of the Constitution of the Judicial Department, in Relation to the Tenure of Good Behaviour": en: A.A.V.V., *The Federalist* (Cambridge-Ma., Hackett Publishing), pp. 411-418.
- HOQUE, RIDWANUL (2018): "Eternal Provisions in the Constitution of Bangladesh: A Constitution Once and for All?", en: A.A.V.V., *An Unamendable Constitution? Unamendability in Constitutional Democracies* (Cham, Springer), pp. 195-229.
- HÜBNER-MENDES, CONRADO (2013): *Constitutional Courts and Deliberative Democracy* (Oxford, Oxford University Press).
- KELSEN, HANS (2009) [1931]: ¿Quién debe ser el defensor de la constitución? En C. Schmitt y H. Kelsen. *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional* (Madrid, Tecnos).
- KELSEN, HANS (2013) [1920]: *The Essence and Value of Democracy* (Washington, Rowman & Littlefield Publishers).
- LINARES, SEBASTIÁN (2008): *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes* (Madrid, Marcial Pons).
- LUSTIG, DOREEN Y WEILER, JOSEPH H. (2018): "Judicial review in the contemporary world - Retrospective and prospective", en: *I-CON* (Vol. 16, Nº 2), pp. 315-372
- MARTÍ, JOSÉ LUIS (2006): *La república deliberativa* (Madrid, Marcial Pons).

- MICHEL, STEPHAN Y COFONE, IGNACIO N. (2018): “Credible Commitment or Paternalism? The Case of Unamendability”, en: A.A.V.V., *An Unamendable Constitution? Unamendability in Constitutional Democracies* (Cham, Springer), pp. 123-147.
- MURPHY, WALTER (1995): “Merlin’s Memory: The Past and Future Imperfect of the Once and Future Polity”, en: A.A.V.V., *Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment* (Princeton University Press), pp. 163-190.
- NEGRI, ANTONIO (1999): *Insurgencies: Constituent Power and the Modern State* (Minneapolis, University of Minnesota Press).
- PILPILIDIS, KONSTANTINOS (2018): “A Constitution for Eternity: An Economic Theory of Explicit Unamendability”, en: A.A.V.V., *An Unamendable Constitution? Unamendability in Constitutional Democracies* (Cham, Springer), pp. 63-88.
- RAMÍREZ-CLEVES, GONZALO. (2017): “The Unconstitutionality of Constitutional Amendments in Colombia: The Tension Between Majoritarian Democracy and Constitutional Democracy”, en: A.A.V.V., *Democratizing Constitutional Law* (New York, Springer), pp. 213-229.
- ROZNAI, YANIV (2015): *We the Limited People*. Draft for discussion at NYU Global Fellows Forum (New York, NYU School of Law).
- ROZNAI, YANIV (2017): *Unconstitutional constitutional amendments: the limits of amendment powers* (Oxford, Oxford University Press)
- ROZNAI, YANIV (2018). “Necrocracy or Democracy? Assessing Objections to Constitutional Unamendability”, en: A.A.V.V. *An Unamendable Constitution? Unamendability in Constitutional Democracies* (Cham, Springer), pp. 29-62.
- SCHMITT, CARL (2008 [1928]): *Constitutional Theory* (Durham, Duke University Press).
- SIEYÉS, EMANUEL-JOSEPH (2003 [1789]): “What is the third state?”, en: M. Sonenscher (Ed). *Political Writings* (Cambridge, Ma, Hackett Publishing Company), pp. 92-162.
- TSEBELIS, GEORGE Y NARDI, DOMINIC (2014): “A Long Constitution is a (Positively) Bad Constitution: Evidence from OECD Countries”, en: *British Journal of Political Science* (Vol. 46, Nº 2), pp. 457-478.
- VALENTINI, LAURA (2012): “Justice, disagreement and democracy”, en: *British Journal of Political Science* (Vol. 43 Nº 1), pp. 177-199.
- WALDRON, JEREMY (1998): “Moral Truth and Judicial Review”, en: *The American Journal of Jurisprudence*, (Vol. 43, Nº 1), pp. 75-97.
- WALDRON, JEREMY (1999): *Law and Disagreement* (Oxford, Oxford University Press).
- WALDRON, JEREMY (2009): “Judges as moral reasoners”, en: *International Journal of Constitutional Law* (Vol. 7, Nº 2), pp. 2-22.
- WALDRON, JEREMY (2006): “The Core of the Case Against Judicial Review” , en: *The Yale Law Journal* (Vol. 115), pp. 1346-1406.
- WILLIAMS, GEORGE Y REYNOLDS, DANIEL (2018): “Parliamentary Human Rights, Vetting and Deliberation”, en: A.A.V.V., *The Cambridge Handbook of Deliberative Constitutionalism* (Cambridge, Cambridge University Press), pp. 72-87.

JURISPRUDENCIA CITADA

- CORTE SUPREMA DE LA INDIA. *Minerva Mills v Union of India* AIR 1980 SC1789.
- CORTE SUPREMA DE PAKISTÁN. *Pakistan Lawyers Forum v Federation of Pakistan* PLD 2005 SC719.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-1040/2005. M.P. Manuel Cepeda *et al.*

CORTE SUPREMA DE NICARAGUA. Sentencia No. 504, Expediente No. 602/2009.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-141/2010. M.P. Humberto Sierra.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DE BOLIVIA. Sentencia Constitucional Plurinacional 0084 de 2017.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

CONSTITUCIÓN ARGELINA. 1976.

CONSTITUCIÓN ALEMANA. 1949.

CONSTITUCIÓN BANGLADESÍ. 1972.

CONSTITUCIÓN BRASILEÑA. 1988.

CONSTITUCIÓN CANADIENSE. 1982.

CONSTITUCIÓN COLOMBIANA. 1991.

CONSTITUCIÓN ECUATORIANA. 2008.

CONSTITUCIÓN ESTADOUNIDENSE. 1777.

CONSTITUCIÓN GRIEGA. 1975.

CONSTITUCIÓN HONDUREÑA. 1982.

CONSTITUCIÓN ITALIANA. 1947.

CONSTITUCIÓN TOGOLESA. 1992.

CONSTITUCIÓN TURCA. 1982.

CONSTITUCIÓN UCRANIANA. 1996.