

## CAMBIO CONSTITUCIONAL INFORMAL

**Michael Cruz Rodríguez**  
Candidato a Doctor en  
Derecho por la Universidad  
Nacional de Colombia  
(UNAL). Investigador del  
Colectivo COPAL y del  
Grupo de Investigación  
Sociología de lo Simbólico  
de la misma institución.  
Bogotá, Colombia.  
mcruzro@unal.edu.co

Richard Albert y Carlos Bernal (Eds.) (2015). Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia. *Serie Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho*, N.º. 79. 436 p. ISBN 978-958-772-536-0.<sup>1</sup>

La obra reúne y traduce al español cinco trabajos presentados en la conferencia anual de la Asociación Americana de Facultades de Derecho —realizada en Nueva York en 2014— por algunos profesores especialistas en derecho constitucional y estudios constitucionales comparados de dichas instituciones, acompañados de una introducción crítica realizado por el profesor Carlos Bernal Pulido y unas conclusiones a cargo del profesor Richard Albert. El libro discute el cambio constitucional como consecuencia de las prácticas políticas o judiciales que modifican la constitución sin usar los mecanismos formales previstos en ella.

En el primer capítulo titulado Fidelidad, cambio y la buena constitución, el profesor James E. Fleming (Boston University School of Law) critica el originalismo o la búsqueda de un significado original de la Constitución previsto por sus creadores en la medida en que, a su juicio, la aspiración a la fidelidad en la interpretación constitucional exige el cambio antes que proscribirlo. Según el autor, la “interpretación moral” o un “enfoque filosófico”, defendidos también por Dworkin, permiten ver la constitución como una serie de principios aspiracionales que requieren juicios normativos sobre cómo

<sup>1</sup> Esta reseña fue elaborada con el auspicio de la Convocatoria Nacional de Proyectos para el fortalecimiento de la Investigación, Creación e innovación de la Universidad Nacional de Colombia 2016-2018.

comprenderlos en vez de investigaciones históricas para desentrañar su espíritu o significado. De ahí que la fidelidad signifique más bien el compromiso con dichas aspiraciones y el cambio se refiera a alcanzar los fines señalados en la constitución mediante la interpretación, y no necesariamente una construcción contraria a la fidelidad, tal como la conciben partidarios del constitucionalismo viviente.

El segundo capítulo, *En busca de la identidad: el uso voluntario de las fuentes extranjeras en contextos constitucionales disímiles*, a cargo del profesor Ran Hirschl (University of Toronto-Faculty of Law), sostiene que las elecciones judiciales sobre fuentes extranjeras como apoyo de las decisiones es un factor de cambio constitucional que puede estar impulsado por la búsqueda de identidad constitucional y política: las concepciones del mundo y el lugar que ocupa la comunidad política dentro de él. El ejemplo es el uso de fuentes extranjeras por parte de la Corte Israelí, la cual prefiere citar cortes como la Canadiense, la Estadounidense o la Alemana, antes que sistemas diversos que enfrenten retos similares, i.e. étnico-religiosos, como sus países vecinos o incluso el derecho judío. Como colofón, muestra que el uso voluntario de la jurisprudencia extranjera está motivado por la búsqueda de identidad política en términos de construir y proyectar una imagen del país ante el mundo, i.e. democrática, racional, etc.

El profesor Samuel Issacharoff (New York University School of Law) en el tercer capítulo: *Cortes constitucionales y poder consolidado*, discute tres formas de respuesta por parte de las Cortes para asegurar un sistema electoral competitivo y evitar el dominio de un solo partido. El caso colombiano en el que la Corte rechaza el tercer período presidencial de Uribe a pesar de que la reforma constitucional respetó los procedimientos, la respuesta menos política de la Corte sudafricana respecto a la rendición de cuentas del gobierno y la ausencia de confrontación con el Congreso, y la más sólida jurisprudencia de la Corte tailandesa a pesar de su cercanía con un sector político. Según el autor, los tres tipos de respuesta judicial tratan de mantener la competitividad electoral y la alternancia en el poder en medio de varios dilemas estratégicos por justificar su intervención.

*El principio de separación de poderes y la expansión del control de la constitucionalidad en democracias consolidadas (o ¿por qué el modelo de supremacía legislativa ha sido prácticamente retirado*

**El motivo que a mi parecer explica que el mundo académico marque una distancia tan acusada con Suiza (hasta el punto de que, en ocasiones, uno tiene la sensación de que se trata de un país ajeno a nuestro entorno) es que se intuye – sin duda con acierto – la enorme complejidad inherente al funcionamiento de sus estructuras democráticas.**

*del mercado*), constituye el cuarto capítulo escrito por el profesor Stephen Gardbaum (UCLA School of Law). En este ensayo se plantea un cambio constitucional contemporáneo: el principio de supremacía legislativa en los sistemas de *common law* ha sucumbido ante la pérdida de fe en la rendición de cuentas como contrapeso efectivo a la actividad gubernamental. En su lugar se ha expandido el control constitucional de la legislación en las democracias parlamentarias consolidadas. Desde una perspectiva institucional e interna, según Gardbaum, esto se explica por varias transformaciones: por el moderno modelo de partidos ha desplazado la rendición de cuentas, por el proceso de centralización del poder en el ejecutivo, por la ausencia de una segunda cámara independiente que sirviera para exigir la rendición de cuentas en estas democracias y por el surgimiento de un Estado administrativo sobre el cual recae también el control de los jueces. Así, estos elementos se proponen como alternativas a la explicación dominante de la elección racional.

En el último capítulo, *Cambio constitucional por desuso constitucional*, el profesor Richard Albert (Boston University School of Law) presenta un marco teórico para evaluar el cambio constitucional cuando conscientemente no se aplica un precepto constitucional escrito sino que es reemplazado por una convención política, la cual eleva los costos políticos del uso posterior de tal disposición constitucional. Como ejemplo, Albert plantea las facultades de reserva y revocación del Reino Unido sobre la legislación canadiense, las cuales, luego de más de medio siglo de desuso hoy se considera han pasado a ser ilegítimas a pesar de estar escritas en la Constitución. Sofisticando su argumento y siguiendo a Stephen Griffin, el autor plantea siete criterios para identificar este tipo de cambio constitucional informal: inaplicación constante de una disposición constitucional, repudio expreso por parte de los actores políticos, producción informal de una nueva regla estándar que sustituye la repudiada, vinculación de los actores políticos a esta regla, internalización de la regla por parte de los actores políticos, influencia de dicha regla en el entendimiento que tienen las élites de la Constitución y permanencia de la regla repudiada como parte de la constitución escrita.

Finalmente, el propio Albert plantea algunos comentarios en relación con la valoración del cambio constitucional formal en la medida en que contribuye a la democracia y las complejas dimensiones sociológicas

del desuso constitucional. En efecto, el cambio constitucional por desuso comparte con los cambios informales operados por las Cortes la cuestión crítica de su legitimidad democrática. Igualmente, los costos de esta teoría apuntan a despojar a las constituciones escritas de la estabilidad con la que se asocian.

Vale la pena resaltar los comentarios críticos de Bernal Pulido sobre el texto de Fleming, pues, en su opinión, la tesis “fidelidad implica cambio” defendida por Fleming es ambigua. En términos normativos es imprecisa por no especificar la metodología para alcanzar las aspiraciones, no identificar las interpretaciones que permiten cumplirlas, no dejar claro qué cosas se deberían cambiar por vía formal y en qué casos no son necesarios los cambios. En términos conceptuales no es claro cuál es el estatus ontológico de dichos principios aspiracionales y no da lugar a la interpretación de las reglas claras y determinadas que también contienen las constituciones. Igualmente, respecto al ensayo de Issacharoff, Bernal Pulido sugiere que, aunque este texto no aborda específicamente el cambio constitucional informal, sí se refiere a la manera en que las Cortes lo producen o responden frente a dichos cambios orquestados desde el poder consolidado.

Por otra parte, aunque este aspecto no es objeto de crítica por parte de Bernal Pulido, resulta discutible que Issacharoff valore el papel de la Corte colombiana como una intervención carente de fundamentos jurisprudenciales para desempeñar dicho papel. En efecto, desde sus primeros años de funcionamiento la Corte colombiana creó sentido misional atado al principio de separación de poderes y el impulso del legislativo, la defensa de los derechos fundamentales y el freno al excesivo poder presidencial, ello está soportado en las teorías que creó para ejercer el control constitucional, i.e. la teoría de la sustitución de la constitución. Estos fundamentos jurisprudenciales pueden ser débiles desde ciertas perspectivas pero no son inexistentes como afirma Isacharoff. Tal vez la valoración de este autor se debe a que se basó en el comunicado de prensa sobre la decisión judicial que decidió proscribir el tercer mandato de un presidente y no en el texto de la misma (C141/10 MP: Humberto Antonio Sierra Porto).

Sin duda alguna, la obra contribuye al debate sobre los cambios o reformas constitucionales ampliando el campo de visión hacia

aquellas que se realizan de manera informal. También profundiza en la centralidad que ha adquirido el poder judicial en las democracias contemporáneas y los cambios constitucionales que pueden producirse por su actuación. Por ejemplo, la reciente teoría de la sustitución de la constitución con base en la cual algunas cortes —i.e. Colombia, India, Canadá— han impedido reformas constitucionales que cumplen con los requisitos formales pero que alteran la “identidad” de la Constitución. Igualmente, aquellos cambios, también informales, relativos a consensos o convenciones entre actores políticos que se ratifican con el tiempo y conducen a la invalidez de disposiciones constitucionales escritas o a su inaplicación. En suma, lo que propone el libro es considerar el cambio constitucional como un fenómeno que no se limita al análisis de los procedimientos de reforma constitucional sino que se efectúa por medios extralegales que envuelven complejidades sociológicas y políticas.

**En suma, lo que propone el libro es considerar el cambio constitucional como un fenómeno que no se limita al análisis de los procedimientos de reforma constitucional sino que se efectúa por medios extralegales que envuelven complejidades sociológicas y políticas.**