



Respuesta a piezas maestras

Ni formalismo, ni activismo: realismo político en el análisis del uso de la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales*

Santiago García Jaramillo**

* Agradezco a Carlos Bernal-Pulido y a Vicente Benítez-Rojas por la generosa invitación a escribir esta respuesta. Algunas de las ideas sobre la teoría política de Bernard Williams se han nutrido de conversaciones recientes con David Dyzenhaus, Steve Darwall y Shawn Thacker, a quienes estoy especialmente agradecido por su ayuda para entender mejor estos conceptos. Igualmente, agradezco a Daniel Currea Moncada por sus sugerencias para este artículo.

** <https://orcid.org/0000-0003-4969-7032>. Yale University, Estados Unidos. santiago.garciajaramillo@yale.edu

DOI: 10.5294/dika.2022.31.1.3

Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo
Santiago García Jaramillo, “Ni formalismo, ni activismo: realismo político en el análisis del uso de la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales”, en *Dikaion* 31, 1 (2022), pp. 61-69. DOI: <https://doi.org/10.5294/dika.2022.31.1.3>

Introducción

La idea de un contenido global de constitucionalismo sigue siendo “un fantasma que recorre el mundo”. Por tal razón, encontrar sus características esenciales es el sueño inalcanzable de teóricos en diferentes latitudes. Con el incremento del uso por parte de los tribunales constitucionales de la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales, existe la tentación de asociar esta teoría con una característica necesaria y universal del constitucionalismo contemporáneo. Incluso, en asociarla como un elemento definitorio de la democracia liberal contemporánea. Sin embargo, algunos persistimos en poner esto en duda. En el artículo “Resistencia formalista a las reformas constitucionales inconstitucionales” (que se reproduce también en este volumen), Richard Albert, Malkhaz Nakashidze y Tarik Olcay analizan tres países que, en su criterio, se han fundamentado en argumentos formalistas para rechazar el uso de la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales por parte de los jueces constitucionales a la hora de evaluar las reformas a la constitución. De esta manera, el artículo analiza las justificaciones “formalistas” a las que los tribunales constitucionales de Georgia, Turquía y Francia han recurrido para evitar aplicar esta doctrina, aun cuando su uso crece en diferentes latitudes.

Esta respuesta partirá de un acuerdo fundamental, que considero es el aporte más importante del artículo. Luego de un rico análisis comparado de los tres países mencionados, los autores proponen una conclusión sencilla, pero de gran profundidad: “la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales no es una característica necesaria del constitucionalismo moderno, ni del constitucionalismo liberal democrático moderno”.¹ Si bien considero que esta conclusión es acertada, es importante plantear algunas dudas sobre la fundamentación de una de las premisas en que se basa el artículo. Particularmente, sobre aquella según la cual el rechazo de estos países al uso de la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales es consecuencia de una aplicación “formalista” de la interpretación constitucional. Para tal fin, se analizará el concepto de formalismo para demostrar cómo esta categoría oscurece en lugar de aclarar los debates de la teoría jurídica en general, y de la constitucional en particular. En segundo lugar, se propondrá como marco de análisis para la aceptación o el rechazo de la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales una idea normativa, tomada del realismo político de Bernard Williams, y de la tesis de David Dyzenhaus del constitucionalismo como proyecto y no como logro.

1 Richard Albert, Malkhaz Nakashidze y Tarik Olcay, “The formalist resistance to unconstitutional constitutional amendments”, *Hastings Law Journal* 70, 3 (2019), p. 639.

1. Formalismo y teoría constitucional: el diablo está en los detalles

De acuerdo con el artículo que se analiza, Georgia, Turquía y Francia tienen una justificación formalista común para rechazar el uso de la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales. Claro está, con diferentes alcances –algunas jurisdicciones son consideradas más formalistas–, pero con el mismo sentido. Así, el punto de partida de esta respuesta debe ser analítico. Lo primero es preguntarse ¿a qué se refieren los autores por formalismo? Para estos el formalismo es el “compromiso frente a la idea de que las normas derivan su legitimidad, su claridad, aplicación consistente, acceso público y una aceptación general de su estatus autoritativo”.² Esta definición parece contener mucho más que una simple idea de formalismo. En efecto, se asimila más a la desiderata que Lon Fuller denominó la “moralidad interna del derecho”, o a una idea de *rule of law*, que parece basarse más en una idea sustantiva que formal.³ Incluso, recientemente, David Dyzenhaus ha señalado cómo estos principios, para él presentes en la teoría positivista clásica –específicamente en Hobbes, Hart y Kelsen– pueden ayudar a construir una idea de conciencia pública para el derecho.⁴ En definitiva, estos principios pueden constituir la esencia de lo contrario a una idea de formalismo.

Tal vez una definición débil del término “formalismo” sería más útil para el análisis descriptivo del artículo. En efecto, los autores parecen querer describir una doctrina mecanicista de la interpretación constitucional. En este sentido, el formalismo propugna por que la interpretación sea una simple tarea de inferencia lógica, donde la premisa mayor está perfectamente definida por el texto constitucional. En este orden de ideas, el formalismo llama simplemente a no ir más allá de lo que el texto señala, pero también tiene una implicación normativa de acuerdo con la cual los jueces están atados por el texto de manera tal que no es necesario recurrir a maniobras interpretativas o creativas. Recurrir al formalismo no es, en sí mismo, neutro, nadie quiere ser visto como un formalista actualmente, y menos en la interpretación constitucional donde abundan los términos esencialmente disputables.⁵ Por esta razón creo que, aunque el artículo parece querer adoptar un tono descriptivo de las tres jurisdicciones que analiza, el hecho de asociarlas con una idea de formalismo ya es en sí mismo un juicio de carácter normativo.

2 *Ibid.*, p. 648.

3 Sobre la diferencia entre ideas sustantivas y formales véase: Joseph Raz, “The rule of law and its virtue”, en *The Authority of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011; “The Law’s Own Virtue”, *Oxford Legal Studies Research. Paper No. 10/2019*; King’s College London Dickson Poon School of Law Legal Studies Research Paper No. 2019-17; *Columbia Public Law Research Paper No. 14-609*, 2018, en https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/2277.

4 Al respecto, véase David Dyzenhaus, *The Long Arc of Legality: Hobbes, Kelsen, Hart*, 1, Cambridge University Press, 2021.

5 Al respecto, véase W. B. Gallie, “Essentially Contested Concepts”, *Proceedings of the Aristotelian Society* 56 (1955) [Aristotelian Society, Wiley].

Es precisamente en este punto donde creo que la premisa analítica del artículo se torna débil. Como bien lo señala Andrei Marmor:

... los conceptos de inferencia lógica y analítica únicamente aplican a las interrelaciones entre reglas o expresiones, no a su aplicación en el mundo real [...] en otras palabras, debemos separar lo que denominaríamos relaciones “regla-regla” y “regla-mundo”; la lógica y analítica solo son aplicables a las primeras, no a las últimas. El hecho de que en ambos casos el criterio de corrección sea semántico no debe oscurecer esta diferencia crucial [...] En síntesis, el formalismo es un espantapájaros, ni Hart ni otro positivista debe abrazar la visión según la cual la aplicación del derecho es una cuestión de inferencia lógica.⁶

En este sentido, el hecho de que una norma sea clara y sencilla de entender conceptualmente, como lo puede ser una regla que prohíba el control sustantivo de una reforma constitucional, no implica que esa sencillez se convierta en una condición de aplicación mecánica en el mundo de la interpretación constitucional.

En efecto, algunos creemos que los jueces constitucionales tienen incentivos para hacer ver como “formalistas” y de simple aplicación muchas de sus decisiones. Es una manera de salvaguardar la idea de que su interpretación es simplemente jurídica y evitar reacciones por parte de las otras ramas del poder público o incluso de los ciudadanos. Sin embargo, el interés debería estar en qué subyace a estas decisiones aparentemente formalistas, si ellas esconden una deferencia hacia otra rama del poder público, una alineación con la opinión pública, una deferencia hacia las élites académicas o jurídicas del país, etc.

En el caso colombiano, la decisión de permitir la reforma constitucional que dio lugar a una única reelección presidencial en el año 2005, mediante la Sentencia C-1040 de 2005, puede leerse como una decisión eminentemente formalista.⁷ La Corte, por ejemplo, consideró que aplicar la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales a la posible sustitución del sistema de frenos y contrapesos se basaba en suposiciones que no se derivaban del texto de la reforma. Sin embargo, a esta decisión subyacen factores políticos que la explican más que las palabras de la sentencia. Por ejemplo, la conservación misma de la Corte frente a un gobierno extremadamente popular, y la posibilidad de desplegar una estrategia de deferencia que le fue útil para luego frenar una nueva reelección.⁸ En esta sentencia, aunque el juicio de sustitución con el que se analizó la competencia del Congreso para introducir la reelección presidencial puede ser descrito como “formalista” y “débil”, le permitió a la Corte

6 Andrei Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2005, p. 98.

7 Véase Samuel Issacharoff, Santiago García Jaramillo y Vicente F. Benítez-Rojas, *Judicial Review of Presidential Re-election Amendments in Colombia*, *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*, 2020.

8 Samuel Issacharoff, Santiago García-Jaramillo y Vicente F. Benítez-Rojas, “Judicial Review of Presidential Re-election Amendments in Colombia”, en Alejandro Linares Cantillo, Camilo Valddivieso-León y Santiago García-Jaramillo (eds.), *Constitutionalism: Old Dilemmas, New Insights*, Oxford University Press, 2021.

señalar que esto aplicaba a una reforma que permitiera la reelección por una única vez, allanando el camino para una posterior intervención donde de manera fuerte rechazaría la competencia del poder de reforma constitucional para introducir una nueva posibilidad de reelección presidencial. Así, el supuesto formalismo es una herramienta que permite esconder las posturas político-morales de los jueces, y que, por lo tanto, no tiene el valor descriptivo que los autores pretenden darle en el artículo.

2. Reformas constitucionales inconstitucionales: ¿por qué puede ser esto derecho para mí?

Uno de los supuestos componentes del “formalismo” es la idea de aceptación general de las normas. Esta idea de la aceptación de una norma es uno de los temas más complejos en el derecho, y que difícilmente creo que pueda asociarse al formalismo. Responder a la pregunta de la aceptación de una norma –aun cuando sea clara–, no es otra cosa que formular la compleja pregunta de la obligación política, es decir, preguntarse por qué se obedece la autoridad de un Estado. En este caso concreto, la pregunta es por qué los sujetos de un Estado deben aceptar o rechazar la teoría de las doctrinas constitucionales inconstitucionales como una cuestión de derecho. Como he señalado, este es el punto más acertado del artículo, puesto que sin temor alguno afirma que no existe una respuesta universal a esta pregunta, que ni siquiera puede considerarse dicha doctrina como consustancial al término constitucionalismo o democracia liberal.

Sin embargo, dado que el formalismo es un simple distractor que nos aleja de las razones que realmente llevan a aceptar o negar en una jurisdicción determinada la aplicación de la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales, considero que la premisa analítica del artículo estaría mejor fundamentada si los casos de estudio fueran analizados desde la óptica del realismo político propuesto por Bernard Williams.

De acuerdo con Williams, la autoridad del Estado resuelve una “primera pregunta política”, que no es otra cosa que solucionar problemas de coordinación, convivencia, y seguridad.⁹ Sin embargo, una autoridad puede resolver estos problemas de manera autoritaria, por lo que Williams señala que existe una segunda pregunta política, denominada la demanda básica de legitimidad (DBL). De acuerdo con su teoría, la DBL consiste en la capacidad del Estado de dar una “respuesta aceptable aquí y ahora” a cada ciudadano que se pregunte por qué tiene autoridad sobre él.¹⁰ Para muchos esa respuesta es el

9 Bernard Williams, *In the Beginning Was the Deed: Realism and Moralism in Political Argument*, Princeton University Press, 2009, pp. 3-4.

10 *Ibid.*, pp. 4-7.

liberalismo, e incluso no existe otra.¹¹ A esto se opuso de manera vehemente Williams al considerar que era una especie de “moralismo político” en el que se marcaban las cartas a la respuesta sobre la legitimidad antes de la política. Para este autor, la respuesta a la DBL debe ser resultado de los procesos políticos que vive cada sociedad en un momento determinado.

Esta misma línea de análisis resulta útil a la idea de constitucionalismo en general, y a la aceptación o el rechazo de la doctrina de las reformas constitucionales en particular. Aceptar que el constitucionalismo es una respuesta a la DBL implica que quienes defienden una idea de constitucionalismo deben ser capaces de dar razones aceptables aquí y ahora a los ciudadanos que se preguntan por qué este reclama la autoridad que dice tener.¹² Esta respuesta, en todo caso, no puede surgir de una idea que pretenda hacer ver la política como una especie de “moral aplicada”,¹³ con términos normativos que simplemente se descubren, y donde el constitucionalismo tiene una definición prefijada y universal. En cambio, una visión desde el realismo político debe llamar a la construcción de un proyecto de constitucionalismo que tenga sentido “aquí y ahora”. Es decir, más que un constitucionalismo estaríamos frente a la posibilidad de múltiples “constitucionalismos”, sin que sea posible construir una idea analítica (*a priori*) de lo que es su significado, sin mirar las circunstancias políticas particulares de cada jurisdicción.

Esta idea es perfectamente compatible con la conclusión de los autores, pero su justificación se oscurece cuando pretende encasillar en el formalismo una construcción que es política, y que tal vez desde la política puede resultar –o no– en una respuesta aceptable “aquí y ahora” a la DBL en una sociedad determinada. Esta idea está presente también en Dyzenhaus, para quien el constitucionalismo es un proyecto en construcción en lugar de un producto que se constituye en un estándar prefijado.¹⁴

En particular, frente a la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales, el marco teórico de Williams también resulta útil para abandonar la dicotomía entre formalismo/antiformalismo. Un análisis desde el realismo político propuesto por Williams nos debería llevar a preguntarnos si el uso de esta doctrina –a través de una autohabilitación de los jueces constitucionales–

11 Bernard Williams identificó esta idea con las teorías políticas de Ronald Dworkin y John Rawls. Véase Bernard Williams, *In the Beginning Was the Deed*, op. cit.; Allyn Fives, *Judith Shklar and the liberalism of fear*, Manchester University Press, 2020. Una aproximación crítica a la idea del liberalismo y el constitucionalismo también puede encontrarse en Andrei Marmor, “Constitutionalism, liberalism and democracy”, en Alejandro Linares Cantillo, Camilo Valdivieso-León y Santiago García-Jaramillo (eds.), *Constitutionalism: Old Dilemmas, New Insights*, Oxford University Press, 2021.

12 Al respecto, véase Catalina Torres-Artunduaga y Santiago García-Jaramillo, “Democratizing the doctrine of unconstitutional constitutional amendments: The puzzle of amending the judiciary branch”, *ICL Journal* 14, 1 (2020).

13 Bernard Williams, *In the Beginning Was the Deed*, op. cit., pp. 1-2.

14 Sobre el constitucionalismo como proyecto, véase David Dyzenhaus, “Constitutionalism in an old key: Legality and constituent power”, *Global Constitutionalism* 1, 2 (2012).

realmente es una respuesta a la DBL. Responder esta pregunta, desde la teoría de Williams, pasa por llamar a las cosas por su nombre. En lugar de decir que los jueces se basan en “teorías formalistas”, deberíamos analizar cuáles son los factores políticos, sociales y de poder que permiten o que impiden a los jueces recurrir a esta doctrina, lo cual es precisamente la conclusión del artículo de Albert, Nakashidze y Olcay.

La idea del formalismo como una posible justificación al rechazo a la adopción de la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales nos lleva a una dicotomía formalismo/activismo, que resulta analíticamente defectuosa. Generalmente, el activismo judicial suele ser el gran enemigo del formalismo. Como bien lo señala Andrei Marmor, la palabra activismo puede ser usada para describir la agenda político-moral de una corte o, simplemente, su voluntad de confrontarse con el gobierno o con el legislador. Sin embargo, la teoría constitucional haría más bien llamando las cosas por estos nombres, que encasillándolas en las ideas de “formalismo” y “activismo”. Por ejemplo, el artículo expone el caso de Francia, donde el supuesto formalismo simplemente es el compromiso del Consejo Constitucional de responder a la DBL con una idea de soberanía popular, en su tradición político-constitucional. Como bien señala Mitchel Lasser, el Consejo Constitucional francés es una institución “compuesta de forma primaria por importantes figuras políticas, quienes se adhieren a las tradiciones nacionales y sus estructuras de poder”.¹⁵ En el caso de Georgia, en cambio, los jueces pretenden responder a la DBL mostrando un compromiso con el texto constitucional, y esto, lejos de ser formalismo, es una idea político-moral, la convicción de que la Corte no posee un poder constituyente permanente y como tal debe permanecer en los límites que le han sido prefijados. Finalmente, en el caso de Turquía, la demanda a la DBL por parte de los jueces constitucionales parte de una convicción religiosa, donde el formalismo simplemente es una “simulación en el juzgamiento”. Esta idea explica que en los casos difíciles los jueces prefieren mostrar sus decisiones como limitadas y perfectamente determinadas por el ordenamiento jurídico, a pesar de los factores políticos con que han llenado su alta discrecionalidad. Ello, con el fin de evitar exacerbar reacciones fuertes de los órganos políticos o los ciudadanos en desacuerdo con la decisión.¹⁶

Es una paradoja que el lector pueda considerar que el tono crítico de esta respuesta es un desacuerdo con Albert, Nakashidze y Olcay. En efecto, mis críticas parten del acuerdo con la conclusión, en lugar de un desacuerdo general con el artículo. Simplemente considero, como lo hacen los autores, que el uso de la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales por parte de los

15 Mitchel Lasser, “The inter-institutional dimension of the fundamental rights revolution”, en Alejandro Linares Cantillo, Camilo Valdivieso-León y Santiago García-Jaramillo (eds.), *Constitutionalism: Old Dilemmas, New Insights*, Oxford University Press, 2021.

16 Sobre la categoría de “simulación en el juzgamiento”, véase Andrei Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, Hart Publishing, 2005, p. 92.

tribunales constitucionales depende de factores políticos, históricos y sociales. Por ello, es allí donde debemos enfocar el análisis, y no esconderlo detrás de un distractor, como lo es la categoría del formalismo. Finalmente, siguiendo con la idea de la DBL, considero que no es posible construir una idea general de constitucionalismo como proyecto político moral, y de allí se sigue que este término carezca de elementos esenciales universales. Así, la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales, aun cuando popular en diferentes jurisdicciones,¹⁷ difícilmente podría ser uno de los elementos esenciales de una definición general del término constitucionalismo.

En definitiva, comparto con los autores la idea de que la aceptación de la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales depende de cada contexto político, histórico y social. Pero es precisamente por esto que creo que el uso de esta doctrina es una respuesta a la DBL, es decir, un proyecto político moral, en lugar de una simple pregunta de la forma en que se interpreta “jurídicamente” la constitución. Si presentamos así el debate, siguiendo a Gardner, algunos de nosotros no dudaríamos en decir que aun cuando ocasionalmente el uso de doctrinas como la que aquí se discute –y su uso por los jueces desde la óptica político-moral– pueda dar buenos resultados, en general “algo falla en la vida pública de una sociedad cuando las cuestiones constitucionales tienen que resolverse a menudo en los tribunales. De hecho, se podría añadir que algo falla en la vida pública de una sociedad cuando las cuestiones de cualquier tipo tienen que ser resueltas por los tribunales”.¹⁸ Sin embargo, el rechazo al uso de la doctrina de la teoría de las reformas constitucionales inconstitucionales y su utilización por las cortes desborda el alcance de esta corta respuesta.

Bibliografía

Albert, Richard, Malkhaz Nakashidze y Tarik Olcay, “The formalist resistance to unconstitutional constitutional amendments”, *Hastings Law Journal* 70, 3 (2019), p. 639.

Dyzenhaus, David, “Constitutionalism in an old key: Legality and constituent power”, *Global Constitutionalism* 1, 2 (2012), pp. 229-260.

Dyzenhaus, David, *The Long Arc of Legality: Hobbes, Kelsen, Hart*, 1, Cambridge, Cambridge University Press, 2021.

Fives, Allyn, *Judith Shklar and the liberalism of fear*, Manchester, Manchester University Press, 2020.

17 Yaniv Roznai, *Reformas constitucionales inconstitucionales: los límites al poder de reforma*, Universidad Externado de Colombia, 2020.

18 John Gardner, *Law as a Leap of Faith: Essays on Law in General*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 97.

- Gallie, W. B., "Essentially contested concepts", *Proceedings of the Aristotelian Society* 56, 1955 [Aristotelian Society, Wiley], pp. 167-198.
- Gardner, John, *Law as a Leap of Faith: Essays on Law in General*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- Issacharoff, Samuel, Santiago García-Jaramillo y Vicente Benítez-Rojas, "Judicial review of presidential re-election amendments in Colombia", en Alejandro Linares Cantillo, Camilo Valdivieso-León y Santiago García-Jaramillo (eds.), *Constitutionalism: Old Dilemmas, New Insights*, Oxford, Oxford University Press, 2021.
- Lasser, Mitchel, "The inter-institutional dimension of the fundamental rights revolution", en Alejandro Linares Cantillo, Camilo Valdivieso-León y Santiago García-Jaramillo (eds.), *Constitutionalism: Old Dilemmas, New Insights*, Oxford, Oxford University Press, 2021.
- Marmor, Andrei, "Constitutionalism, liberalism and democracy", en Alejandro Linares Cantillo, Camilo Valdivieso-León y Santiago García-Jaramillo (eds.), *Constitutionalism: Old Dilemmas, New Insights*, Oxford, Oxford University Press, 2021.
- Marmor, Andrei, *Interpretation and Legal Theory*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2005.
- Raz, Joseph, "The Law's Own Virtue", *Oxford Legal Studies Research Paper No. 10/2019. King's College London Dickson Poon School of Law Legal Studies Research Paper No. 2019-17; Columbia Public Law Research Paper No. 14-609*, 2018, en https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/2277.
- Raz, Joseph, "The Rule of law and its virtue", en *The Authority of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- Roznai, Yaniv, *Reformas constitucionales inconstitucionales: los límites al poder de reforma*, Universidad Externado de Colombia, 2020.
- Torres-Artunduaga, Catalina y Santiago García-Jaramillo, "Democratizing the doctrine of unconstitutional constitutional amendments: The puzzle of amending the judiciary branch", *ICL Journal* 14, 1 (2020), pp. 1-42.
- Williams, Bernard, *In the Beginning Was the Deed: Realism and Moralism in Political Argument*, Princeton University Press, 2009.