

Los Derechos Constitucionales como sobornos

Constitutional Rights as Bribes*

Rosalind Dixon**

Resumen:

Las constituciones a nivel mundial protegen una creciente lista de derechos. Los constitucionalistas apuntan a una variedad de explicaciones “ascendentes” y “descendentes” de estos patrones de expansión de derechos. Este artículo, sin embargo, identifica una dinámica adicional y poco explorada, que subyace a este patrón en algunos países –p.e. el emparejamiento de derechos constitucionales con varias formas de reforma constitucional estructural, como parte de un trato entre la sociedad civil y los actores políticos dominantes en sus aspiraciones, o apoyo, por reformas constitucionales. Estas formas de tratos, como sugiere este artículo, pueden traer consecuencias problemáticas para la democracia: pueden preparar el camino para la consolidación de un partido dominante o un mandato presidencial en formas que limiten la efectividad de estas mismas reformas basadas en derechos, y crear una amenaza mayor al “núcleo mínimo” necesario para una verdadera democracia. Por ello, como parte del artículo, se sugiere una necesidad de mayor cuidado por parte de la sociedad civil antes de aceptar derechos como una forma de “soborno”, o incentivo, para apoyar determinadas formas de reforma constitucional estructural. Para los artífices de la democracia constitucional, también se señalan las ventajas de “dividir” las diferentes formas de reforma constitucional. El artículo explora estos argumentos tomando como referencia dos recientes ejemplos de reforma constitucional, en Ecuador y Fiji, que contenían una combinación de reforma basada en derechos con formas crecientes de mandato democrático sin competencia.

Abstract:

Constitutions worldwide protect an increasingly long list of rights. Constitutional scholars point to a variety of top-down and bottom-up explanations for this pattern of rights expansion. This article, however, identifies an additional, under-explored dynamic underpinning this pattern in certain countries—i.e. the pairing of constitutional rights with various forms of structural constitutional change, as part of a trade between civil society and dominant political actors in their aspirations, or support, for constitutional change. This form of trade, the article further suggests, has potential troubling consequences for democracy: it can pave the way for the consolidation of dominant party or presidential rule in ways that limit the -term effectiveness of rights-based constitutional changes themselves, and pose a major threat to the institutional “minimum core” necessary for a true democracy. This, the article argues, suggests a greater need for caution on the part of civil society before accepting rights as a form of ‘bribe’, or inducement, to support certain forms of structural constitutional change. For democratic constitutional designers, it also points to the advantages of ‘unbundling’ different forms of constitutional change. The article explores these arguments by reference to two recent examples of constitutional change, in Ecuador and Fiji, involving the combination of rights-based change with increasingly non-competitive forms of democratic rule.

Palabras clave:

Reforma constitucional – Derechos constitucionales – Derechos medioambientales – Derechos sociales – Democracia multipartidaria

Keywords:

Constitutional change – Constitutional rights – Environmental rights – Social rights – Multiparty democracy

Sumario:

1. Introducción – 2. Teorías de la expansión de derechos constitucionales – 3. Derechos y reformas constitucionales antidemocráticas – 4. ¿Derechos como sobornos? – 5. Casos de estudio – 6. Los Derechos como sobornos, Movimientos Sociales y Actores Globales – 7. Derechos como Sobornos y Diseño Constitucional – 8. Conclusión – 9. Bibliografía

* Publicado originalmente en Rosalind Dixon, 50 Conn. L. Rev. (2018). Traducción por Manuel Gonzalo Rivas Echarri. Estudiante de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, actual asociado de Derecho & Sociedad.

** Profesora de Derecho, University of New South Wales, Sydney. La autora agradece a Bill Alford, Adam Chilton, Erin Delaney, Ran Hirschl, Richard Holden, Aziz Huq, Vicki Jackson, Gerald Neuman, Theunis Roux, Ganesh Sitaraman, Adrienne Stone, Mark Tushnet, y a los participantes del Harvard International and Public Law Workshop, de Septiembre del 2017, y a la mesa redonda de derecho constitucional comparado de la UNSW, de Agosto del 2017, por los valiosos comentarios a las versiones previas de este trabajo. Agradecimientos especiales a David Landau por las continuas conversaciones sobre este y otros proyectos relacionados, y a Melissa Vogt, Lucia Crowley-Osborne, y Zoe Graus por el increíble apoyo de investigación. La autora también reconoce el generoso apoyo de la HSF Law & Economics Initiative de la UNSW.

1. Introducción

La mayoría de las constituciones alrededor del mundo contienen ahora una larga y generosa lista de derechos. En el 2006, noventa y siete constituciones en el mundo protegían de manera expresa derechos de libertad de expresión, religión e igualdad, mientras que el 70 por ciento reconocía un total de veinticinco o más derechos constitucionales “genéricos”¹. En contraste, en 1946 solo el 71 por ciento de los países reconocían la expresión, religión e igualdad como derechos protegidos, y el 10 por ciento de los países reconocían el mismo conjunto central de derechos civiles y políticos².

Los académicos del derecho constitucional comparado apuntan a una serie de dinámicas “ascendentes” y “descendentes” como base de la reciente expansión en la protección constitucional de los derechos. Por un lado, los procesos de descolonización y democratización han incentivado a las élites políticas salientes a buscar mayores formas de “aseguramiento” legal y político, mientras que la globalización ha incentivado a las élites nacionales a querer dar “señales” a los inversores internacionales de su voluntad de respetar los derechos de propiedad privada y derechos contractuales³. Por otro lado, las olas progresivas de movilización popular han llevado a una demanda más alta que busca la protección de derechos constitucionales en una serie de áreas: primero, en la forma de garantías de varios derechos civiles, y luego, en la forma de garantías de libertad reproductiva, igualdad de género y derechos de los gays y lesbianas. Otras olas más recientes de movilización popular también demandan el aumento en la protección constitucional de los pueblos indígenas y el medioambiente⁴.

En su mayoría, los constitucionalistas han tomado una postura relativamente optimista sobre esta tendencia de incremento de la protección de los derechos constitucionales. Algunos académicos, como Ran Hirschl, han adoptado una postura más crítica, señalando que a menudo la expansión de derechos constitucionales simplemente conduce a una forma de auto-atrincheramiento antidemocrático o preservación de la hegemonía de las élites amenazadas⁵. Académicos como Samuel Moyn, en su momento, han ofrecido un reporte histórico que muestra los movimientos “ascendentes” en la protección de derechos constitucionales como ambivalentes por naturaleza –p.e. como una forma de sumisión de la izquierda a una visión más radical de reforma legal y política⁶. En general la respuesta de los académicos comparatistas y de la comunidad internacional de los derechos humanos, sin embargo, ha sido de celebrar la creciente conexión entre el derecho internacional de los derechos humanos y los derechos constitucionales⁷.

1 David S. Law y Mila Versteeg, *The Declining Influence of the United States Constitution*, *New York University Law Review*, 87 (2012): 762-773.

2 *Id.* at 773-75.

3 Ver, p.e., Tom Ginsburg, *Judicial Review in new democracies: Constitutional courts in Asian cases* (Cambridge: Cambridge University Press, 2003) (señalando que la revisión judicial facilita la democracia al poner límites al gobierno y es requerida como una solución al problema de incertidumbre en el diseño constitucional); Rosalind Dixon y Tom Ginsburg, “The South African Constitutional Court and Socio-economic Rights as ‘Insurance Swaps’”, *Constitutional Court Review*, 1 (2011) (discutiendo el rol central que los derechos socioeconómicos tienen en la adjudicación constitucional en las nuevas democracias); Rosalind Dixon y Tom Ginsburg, “The Forms and Limits of Constitutions as Political Insurance”, *International Law Journal of Constitutional Law*, 4 (2017); Daniel A. Farber, “Rights as Signals”, *Journal of Legal Studies*, 31 (2012): 83 (señalando que la realización de los derechos humanos puede actuar como un indicador que aliente a los inversores y por tanto indirectamente fomente el crecimiento económico).

4 Ver, p.e., Guillermo de la Peña, “A New Mexican Nationalism? Indigenous Rights, Constitutional Reform and the Conflicting Means of Multiculturalism”, *Nations and Nationalism*, 12 (2006): 279-280 (discutiendo la reciente controversia mexicana sobre el estatus legal de la población indígena y la naturaleza del nacionalismo); Marc Becker, “Correa, Indigenous Movements, and the Writing of a New Constitution in Ecuador”, *Latin American Perspective*, 1 (2011): 47-52 (discutiendo sobre la complicada relación que los movimientos sociales indígenas tuvieron cuando intentaron cambios revolucionarios dentro del marco constitucional); Rodrigo Uprimny, “The Recent Transformation of Constitutional Law in Latin America: Trends and Challenges”, *Texas Law Review* 89 (2011) 1587-1588 (explicando las reformas constitucionales hechas y los retos que puso sobre la democracia y pensamiento constitucional); Bradford C. Mank y Suzanne Smith, “The Environmental Rights Revolution: A Global Study of Constitutions, Human Rights, and the Environment” (reseña de libro), *Human Rights Quarterly* Vol. 35, N° 4 (2013) 1021-2011; David R. Boyd, *The Environmental Rights Revolution: A Global Study of Constitutions, Human Rights, and the Environment* (Toronto: UBC Press, 2011) (discutiendo que constitucionalizar la protección medioambiental tiene el poder de hacer la sostenibilidad una realidad); Maria Akhrurin, “Constructing the Rights of Nature: Constitutional Reform, Mobilization, and Environmental Protection in Ecuador”, *Law & Social Inquiry* Vol. 40, Issue 4 (2015): 937-939 (discutiendo el poder de las organizaciones indígenas y sus demandas de respecto al medioambiente).

5 Ver Ran Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism* (Cambridge: Harvard University Press, 2004) (discutiendo que la tendencia hacia la constitucionalización es manejada por una coalición de innovadores legales con intereses propios que determinan el tiempo, extensión y naturaleza de la reforma constitucional).

6 Ver Samuel Moyn, *The Last Utopia: Human Rights in History* (Cambridge: Harvard University Press, 2010) (señalando que los derechos humanos alcanzaron prominencia contemporánea sobre las ruinas de anteriores ideales políticos utópicos como el comunismo radical y el nacionalismo).

7 Ver, p.e., Reyneck Matamba, “Incorporation of International and Regional Human Rights Instruments: Comparative Analyses of Methods of Incorporation and the Impact That Human Rights Instruments Have in a National Legal Order”, *Commonwealth Law Bulletin* 37, Vol. 37, Issue 3 (2011) 435-436 (discutiendo el impacto de instrumentos internacionales de derechos humanos selectos en el orden legal nacional); David Sloss, “How International Human Rights Transformed the U.S. Constitution”, *Human Rights Quarterly* 38 (2016) 426-449 (discutiendo los orígenes de la ley antidiscriminatoria de los Estados Unidos de América como una extensión de la creación del derecho internacional de los derechos humanos); Colin J. Beck et. al., “World Influences on Human Rights Language in Constitutions: A Cross-National Study”, *International Sociology* 27 (2012) 483 (señalando que las constituciones nacionales están

Este artículo plantea una razón adicional para ser escépticos respecto al proceso de expansión de los derechos constitucionales. En algunos casos, el proceso de constitucionalización de derechos puede estar vinculado a formas más amplias de reforma constitucional estructural, que son en esencia distintivamente antidemocráticas. Como señala este artículo, es bastante común que las constituciones contengan una suerte de acuerdo, mediante el cual los partícipes de la negociación constitucional aceptan apoyar tanto las reformas estructurales como las reformas basadas en derechos. En algunos casos, sin embargo, los acuerdos de este tipo tienen una característica considerablemente problemática –los derechos pueden servir como incitación o “soborno” para asegurar que los movimientos nacionales apoyen reformas constitucionales que erosionan compromisos de competencia democrática o democracia multipartidaria.

Cuando los derechos sirven para sobornos de este tipo, tienen también efectos distributivos ambiguos; mientras que las reformas puramente basadas en derechos pueden ayudar al avance de ciertas metas e ideales sustanciales, los derechos-como-sobornos a menudo tenderán a tener un efecto limitado. Los intercambios de derechos de este tipo dan a los líderes pocos incentivos políticos para honrar estos compromisos, y les dan una serie de poderes sobre el nombramiento y composición de las instituciones independientes a cargo de interpretar y asegurar estas garantías. Además, acuerdos de este tipo pueden preparar el camino para adelantar procesos antidemocráticos de reforma, con lo que incluso aquellas reformas que generan una reducción inicialmente modesta en la competencia democrática o en la rendición de cuentas, pueden a veces llevar a formas más complejas de retrocesos democráticos.

Así, este artículo también apunta a señalar dos lecciones más profundas para los actores de la democracia constitucional. Primero, para los actores gubernamentales y no gubernamentales, la necesidad de tener mayor cuidado antes de apoyar esfuerzos nacionales para una reforma basada en derechos, al menos cuando estos se dan como telón de fondo de una reforma constitucional estructural; y segundo, para los diseñadores democráticos de las constituciones, los beneficios de las enmiendas constitucionales, o reemplazos, que incentivan a la segmentación de ciertas formas de reforma constitucional⁸. Reglas de este tipo puede que no sean la panacea para los peligros identificados en este artículo, o apropiados en todos los casos, pero puede que jueguen un rol interesante en limitar, o al menos ralentizar, ciertas formas antidemocráticas de reforma que de otra manera podrían recurrir a reformas basadas en derechos para ganar apoyo.

El artículo explora estos argumentos tomando como referencia dos casos clave de reforma constitucional que involucraron la expansión de la protección de derechos: la adopción de los novedosos derechos medioambientales y de poblaciones indígenas en Ecuador en el 2008, y la adopción de derechos sociales, y en especial derechos electorales, para los indo-fiyanos bajo la Constitución Fiyana del 2013⁹. La conexión entre derechos y formas antidemocráticas de reforma constitucional son potencialmente mucho más amplias. Pero centrándose en el caso de estos dos países, el artículo provee una exploración detallada de cómo la dinámica de derechos-como-sobornos pueden operar en la práctica¹⁰.

Lo consecutivo de este artículo está dividido en ocho partes. La primera parte es una breve introducción del tema. La Parte 2 provee datos existentes de ciencia política sobre el origen de la protección de derechos constitucionales, especialmente los ascensos y descensos en el rol de los derechos constitucionales de proveer de seguridad a las élites políticas, y la base de los movimientos sociales. La Parte 3 desarrolla cómo las constituciones a veces cambian de formas que involucran de manera simultánea la expansión de derechos y la concentración de poder en un solo partido, o presidente, en maneras que son inherentemente anti-democráticas por naturaleza, y cómo esto puede ser explicado en la conexión estratégica que existe en las ascendientes y descendientes agendas de cambio para crear una forma de intercambio constitucional basado en derechos. La Parte 4 conecta la idea de un “soborno” constitucional, y el costo para la democracia consecuencia de estos intercambios constitucionales. La Parte 5 demuestra estos argumentos en referencia a dos casos clave en Ecuador y en Fiyi. La Parte 6 y 7 ponen en consideración algunas potenciales soluciones, tanto a nivel de defensa internacional como en el diseño constitucional, mientras que la Parte 8 ofrece una breve conclusión.

impregnadas con condiciones sociales globales); Michael Kirby, “International Law: The Impact on National Constitutions”, *American University International Law Review* 21 (2006) 327, 329-330 (señalando el papel que el derecho internacional juega en la jurisprudencia constitucional de los Estados).

8 Christopher R. Berry y Jacob E. Gersen, “The Unbundled Executive”, *The University of Chicago Law Review*, 75 (2008): 1385; Jacob E. Gersen, “Unbundled Powers”, *Virginia Law Review* 96 (2010) 301.

9 Constitución de Ecuador del 2008, Constitución de la República de Fiyi del 2013.

10 Ver, p.e., Daniel Bonilla Maldonado, “Toward a Constitutionalism of the Global South”, en *Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia*, ed. Daniel Bonilla Maldonado (Nueva York: Cambridge University Press, 2013) (discutiendo la jurisprudencia sobre acceso a la justicia, diversidad cultural y derechos socioeconómicos de tres cortes constitucionales internacionales).

2. Teorías de la expansión de derechos constitucionales

La idea de los derechos individuales tiene una larga historia¹¹. En el siglo 20, sin embargo, las ideas sobre los derechos empezaron a verse de manera creciente bajo el lente de los derechos humanos. Estudiosos como Michal Ignatieff vinculan esta tendencia al Holocausto, y el deseo resultante de las democracias occidentales de resguardar las normas de derechos humanos como una garantía contra futuros genocidios¹². Otros, como Moyn, la vinculan a cambios ideológicos más amplios en la izquierda, a finales del siglo 20. Desde los 1970s en adelante, señala Moyn, la izquierda empezó a perder la fe en las promesas del comunismo y socialismo, y viró hacia los derechos humanos como “la última utopía”, o el único medio restante plausible de expresar compromisos de largo aliento para alcanzar la igualdad y libertad de todos los ciudadanos¹³. Aparte de la crítica de Moyn, muy pocos dudan del rol del derecho internacional de los derechos humanos, y su discurso, como una fuente de la reforma constitucional basada en derechos¹⁴.

De manera conjunta a estos cambios ideológicos ha habido también una gama de cambios globales estructurales. Las olas progresivas de descolonización han incrementado su demanda por protección de los poderes coloniales anteriores a través de derechos, y han establecido las condiciones para el surgimiento de movimientos sociales nuevos y vigorizados a nivel nacional¹⁵. El final de la Guerra Fría y varias olas de democratización han ayudado a la expansión de las normas internacionales de derechos humanos, y a la incorporación de las mismas en las normas constitucionales internas¹⁶. Un incremento

- 11 Ver Moyn, pie de página 6, 27-28 (rastreado el desarrollo conceptual del derecho internacional de los derechos humanos y señalando que la concepción moderna de derechos humanos es distinta a las concepciones sobre la misma materia de periodos históricos anteriores); cf. Pheng Cheah, “Human Rights and the Material Making of Humanity: A Response to Samuel Moyn’s The Last Utopia”, *Qui Parle: Critical Humanities and Social Science* 22 (2013) 55-56 (criticando la teoría de Moyn de los derechos humanos: “los vacía de casi todo su contenido filosófico normativo”; Justin Zarembky, “On the Uses and Disadvantages of History for Human Rights Law: Reading Samuel Moyn’s The Last Utopia: Human Rights in History”, *Yale Human Rights and Development Law Journal* 15 (2012), 155-160 (postulando que la “historia holística” de los derechos humanos criticada por Moyn podría funcionar como una herramienta conceptual efectiva para los abogados de derechos humanos); Carolina Anderson, “Human Rights: A Reckoning”, *Harvard International Law Review* 53 (2012) 549-551 (criticando la postura de Moyn por fallar al dar una definición conceptual suficiente de los derechos humanos).
- 12 Michael Ignatieff, *Human Rights as Politics and Idolatry* 4-5 (Nueva Jersey: Princeton University Press, 2001). Sobre este tipo de explicación de un “nunca más” respect al origen de los derechos humanos y derechos constitucionales, ver también Alan Dershowitz, *Rights from Wrongs: A Secular Theory of the Origins of Rights* (Nueva York: Basic Books, 2004), 75-76 (observa los juicios de Nuremberg como un ejemplo de intento coordinado de establecer derechos, en lugar de poder, como la base de la gobernanza en respuesta al Holocausto); Steven G. Calabresi, “Essay on the Origins and Growth of Judicial Review”, Calabresi, Steven G., *Essay on the Origins and Growth of Judicial Review* (September 26, 2016). *Northwestern Law & Econ Research Paper* N° 16-18 (2016) (“La revisión judicial ha aparecido en un número importante de democracias constitucionales como una respuesta a los regímenes totalitarios previos que groseramente privaron a sus ciudadanos de derechos individuales. Este fue el caso de Sudamérica en 1868, en Alemania después de 1945, en Japón después de 1945, en Italia después de 1945, y en Sudáfrica después de 1994”); Stephen Gardbaum, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism* (Nueva York: Cambridge University Press, 2013) 4-6 (reseñando la “revolución en derechos” de la posguerra en la cual los países intentaron remediar las fallas constitucionales por crearlas responsables por las atrocidades de la Segunda Guerra Mundial); cf. Kim Lane Scheppele, “Aspirational and Aversive Constitutionalism: The Case for Studying Cross-Constitutional Influence through Negative Models”, *International Journal of Constitutional Law* 1 (2003) 296-301 (criticando las reformas constitucionales de la Alemania posguerra como un ejemplo de “constitucionalismo aversivo”, un proyecto de “mirada hacia atrás” que “señala el pasado nazi como definitivamente superado”).
- 13 MOYN, pie de página 6, 4-5.
- 14 Ver, p.e., Law y Versteeg, pie de página 1, 768 (“Los artífices de las constituciones hoy en día buscan inspiración no solo en otras constituciones nacionales, sino también en instrumentos regionales e internacionales de derechos humanos como la Declaración Universal de Derechos Humanos o la Convención Europea de Derechos Humanos”); Adam S. Chilton y Mila Versteeg, “Do Constitutional Rights Make a Difference”, *American Journal of Political Science* 60 (2016) 575-577 (“Los artífices de constituciones a menudo seleccionan un número limitado de plantillas estandarizadas de derechos, dibujadas, por ejemplo, del derecho internacional de los derechos humanos”).
- 15 Ver, p.e., Roland Burke, *Decolonization and the Evolution of International Human Rights* (Pennsylvania: University of Pennsylvania Press, 2010) (resumiendo los orígenes de los movimientos de descolonización de Asia y África como emergentes de la demanda por el “derecho a la autodeterminación”); Christian Reus-Smith, “Human Rights and the Social Construction of Sovereignty”, *Review of International Studies* 27 (2001) 519-524 (apoyando la noción que, con respecto a la descolonización, “la naturaleza y velocidad generalizada de desvinculación europea” puede ser explicada por un “cambio en el régimen soberano de gobierno en la sociedad internacional” basada en derechos”); Neil Stammers, “Social Movements and the Social Construction of Human Rights”, *Human Rights Quarterly* 21 (1990) 980-988 (argumentando que “la construcción y uso del discurso de derechos por parte de los movimientos sociales ha jugado un rol importante y positivo en enfrentar las relaciones y estructuras de poder”).
- 16 Ver, p.e., Tony Evans, “Introduction: Power, Hegemony, and the Universalization of Human Rights”, en *Human Rights Fifty Years On: A Reappraisal*, Ed. Tony Evans (Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1998), 2-9 (describiendo la tensión posguerra entre los Estados Unidos y los países en desarrollo que “tomaron el principio de auto-determinación” señalada por la Carta de la ONU “en sentido literal”); Anne Smith, “Internationalization and Constitutional Borrowing in Drafting Bills of Rights”, *International and Comparative Law Quarterly* 60 (2001) 867-868 (describiendo las influencias de la internacionalización y modelado de las normas de derechos humanos durante los movimientos igualitarios de reforma en Canadá, Sudáfrica e Irlanda del Norte); Jeong-Woo Koo y Francisco O. Ramírez, “National Incorporation of Global Human Rights: Worldwide Expansion of National Human Rights Institutions, 1966-2004”, *Social Forces* 87 (2009) 1323-1324 (reseñando los movimientos de derechos como implementados a través de instituciones de derechos humanos, tales como “comisiones de la verdad” en países con un pasado de atrocidades contra los derechos humanos); Hurst Hannum, “The Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law”, *Georgia Journal of International and Comparative Law* 25 (1996) 287-315 (describiendo las exitosas demandas por reformas democráticas y constitucionales en las naciones postsoviéticas y africanas basadas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos); Egon Schwelb, “The Influence

en el flujo del capital global ha llevado al aumento de demandas de protección constitucional de los derechos económicos¹⁷.

Un recuento completo de la expansión de derechos constitucionales, por tanto, claramente debería tomar en cuenta estos importantes conceptos y cambios estructurales, así como formas similares de cambios legales y políticos localizados. Como David Law y Mila Versteeg señalan, ahora existe un “núcleo genérico” de unos veinticinco derechos que se encuentran en 70 por ciento de las constituciones en el mundo¹⁸. Pero algunos derechos son encontrados en 97 por ciento de las constituciones, mientras que otros (como el derecho a portar armas) se encuentran solo en 2 por ciento¹⁹. Y hay una variación entre países en lo referido a cuáles están avanzando o retrocediendo de este “núcleo genérico”²⁰. Esto también demuestra la importancia de factores legales y políticos localizados que influyen en la trayectoria de la protección de derechos constitucionales.

2.1. Derechos como Aseguramiento Político o Señales

Los académicos del derecho constitucional comparado, sin embargo, también señalan dos *dinámicas* más amplias como transversales a estos cambios ideológicos y estructurales: primero, los procesos descendentes, donde los líderes políticos han visto a los derechos constitucionales como una forma de “aseguramiento” político, y segundo, los procesos ascendentes, en los que los movimientos sociales populares se han movilizad para la expansión de derechos individuales y colectivos²¹.

Una serie de teorías se centran en la respuesta de las élites políticas a ciertos tipos de riesgo –por ejemplo, los riesgos asociados con la pérdida de poder o influencia electoral. Para las élites que controlan el estado, una potencial derrota electoral trae consigo una serie de riesgos: puede afectar la base de sus compromisos políticos, amenazar su futuro acceso al poder político, e incluso trae la posibilidad de persecución penal por actos cometidos durante su función²². Un nuevo gobierno electo, por otro lado, puede buscar deshacer las medidas políticas y legislativas logradas por el gobierno saliente mediante la derogación inmediata de sus más importantes logros legislativos²³. De manera alternativa, puede usar su control sobre el legislativo y el ejecutivo para adoptar medidas que en la práctica “bloqueen” a la oposición de procesos electorales; puede cambiar las reglas electorales o requisitos de elección, para que los partidos de oposición existentes queden formalmente imposibilitados de participar de estos procesos²⁴. O podría cambiar el mapa electoral, o las normas de financiamiento de campañas o de publicidad política, para favorecer a sus beneficiarios, y así forzar a la oposición a enfrentarse a barreras electorales informales²⁵.

Algunos nuevos gobiernos electos podrían incluso intentar desalentar la competencia electoral por medio del castigo a los miembros del gobierno saliente, apuntando a los miembros de la élite anterior con formas individuales de sanción, como lo son la persecución penal por malas conductas o corrupción durante su mandato, o a través de limitaciones a su libertad de tránsito, o la expropiación de sus bienes²⁶. Las élites no-democráticas pueden incluso encontrar mayores riesgos *ex post* de castigos de este tipo; sus actos durante

of the Universal Declaration of Human Rights on International and National Law”, *Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting* 53 (1959) 217-220 (resumiendo las muchas convenciones basadas en derechos que se desarrollaron bajo el auspicio de las Naciones Unidas en los años 1950s).

17 Ver, p.e., David S. Law, “Globalization and the Failure of Constitutional Rights”, *Northwestern University Law Review* 102 (2008) 1277-1307 (declarando los derechos humanos y los derechos de propiedad como “precondiciones necesarias de la globalización” dados sus efectos liberadores en los mercados de capital y en la libertad de tránsito); Farber, pie de página 3, 85-86 (describiendo el proceso por el cual los gobiernos pueden construir confianza en los inversionistas extranjeros por medio de ratificar constituciones que salvaguarden derechos humanos).

18 Law y Versteeg, pie de página 1, 773-75, 779. borrar espacio

19 *Id.*

20 *Id.* en 777.

21 Ver Ginsburg, pie de página 3, 10-11 (identificando “los logros de los movimientos de derechos humanos, el cambio hacia mercados que dependen de la propiedad privada, y la expansión de la democracia” como factores que apoyan la demandas populares por “protección judicial de los derechos fundamentales” en las nuevas democracias); Hirschl, pie de página 5, 41 (“Por medio de proveer “aseguramiento” a los posibles perdedores electorales, la revisión judicial puede facilitar la transición hacia la democracia”; Farber, pie de página 3, 86 (“Al acordar reformas constitucionales, la coalición dominante ... se proporciona a sí misma un grado de aseguramiento de las consecuencias resultantes de una futura pérdida de influencia”).

22 Dixon y Ginsburg, “The Forms and Limits of Constitutions...”, pie de página 3.

23 Ver, p.e., L.C. Russell Hsiao, “Democracy Assistance in Asia and the Role of China”, *International Law Journal* 65 (2010) 583-592 (describiendo las dificultades que encuentran las democracias asiáticas, como Singapur y Corea del Sur, durante su transición de un régimen autoritario a uno democrático).

24 *Id.* at 590.

25 Ver, p.e., *id.* 591-592 (describiendo las muchas técnicas usadas por los líderes autoritarios asiáticos “resilientes” para resistir las reformas democráticas de estilo occidental, incluyendo el uso de atascos partidarios, subversión de la judicatura no independiente, supresión de libertad de la asamblea, y corrupción política abierta).

26 Ver Koo y Ramírez, pie de página 16, 1323 (anotando que esta “aproximación persecutoria” por la cual el gobierno gobierno busca retribución por los crímenes de los regímenes previos “continúa al día de hoy”).

un mandato autócrata con frecuencia los llevarán a asumir varias formas de responsabilidad penal nacional e internacional²⁷.

Ante estos tres casos, una respuesta lógica por parte de las élites políticas será intentar buscar una forma de “aseguramiento” político en contra de estos riesgos²⁸. Las constituciones ahora proporcionan los medios obvios para obtener este aseguramiento. Las constituciones cubren un ámbito de tópicos y materias cada vez más amplio²⁹. Las cortes constitucionales en varios países son cada vez más poderosas, jugando un papel cada vez más importante en la política³⁰. La versión original de la teoría del aseguramiento fue de hecho desarrollada, por Mark Ramseyer y otros, como una forma de explicar el poder creciente de las cortes independientes en varios países³¹. Los derechos constitucionales son una manera distinta que las élites pueden escoger para dar más poder a las cortes independientes para obtener aseguramiento político. Académicos como Tom Ginsburg y Ran Hirschl sugieren además que la idea de derechos constitucionales como una forma de aseguramiento político ayuda a explicar la expansión de la protección formal de derechos constitucionales en una gran cantidad de jurisdicciones³². Otros académicos también señalan la relevancia de este tipo de dinámicas en los procesos de reforma constitucional en Indonesia, Italia, México, Rumania, Taiwán, Turquía y Zimbabue³³.

Una explicación relacionada tiene que ver con el deseo de las élites políticas de enviar señales creíbles a los *actores privados* sobre la falta de riesgo en sus inversiones. Como Dan Farber señala, un medio por el cual las élites políticas les pueden dar seguridad a sus inversores en este contexto es adoptar compromisos de derechos constitucionales atrincherados, e independencia judicial³⁴. Al adoptar constituciones atrincheradas, las élites políticas dan señales efectivas de tener un “tipo” de gobierno caracterizado por ser hospitalario con la inversión privada –p.e. una coalición con una tasa de descuento relativamente baja, y por tanto con la predisposición a renunciar a ganancias de corto plazo con el fin de obtener mayores beneficios a largo plazo. El mismo acto de aprobar una constitución puede dar pista de que “la coalición dominante

27 *Id.*

28 Ver Hirschl, pie de página 5, 41 (describiendo las motivaciones de los actores políticos que esperan perder el control sobre el gobierno para buscar “aseguramiento” a través de los diseños constitucionales que protegen sus intereses al facilitar su eventual retorno al poder); Samuel Issacharoff, *Fragile Democracies: Contested Power in the Era of Constitutional Courts* (Cambridge: Cambridge University Press, 2015) 271-272 (describiendo varios mecanismos constitucionales de aseguramiento por los cuales los gobiernos preservan la “incertidumbre electoral” que los ayuda a mantener una democracia saludable, incluyendo “elecciones periódicas, constituciones mezcladas para las altas y bajas cámaras de las legislaturas bicamerales, y límites federales a los mandos centralizados”).

29 Ver Law y Versteeg, pie de página 1, 775 (describiendo la tendencia acelerada de los estados por adoptar una serie de derechos constitucionales “géricos” populares que cubren una serie de materias).

30 Ver Hirschl, nota a pie de página 5, 47 (“La transferencia de poder hacia las cortes puede también servir a los intereses de una corte suprema que busca asegurar su influencia política... Los Jueces...son también hacedores de decisiones estratégicas sofisticadas que se dan cuenta que su rango de decisiones están limitadas por las preferencias y reacciones anticipadas de la esfera política que los rodea”; Issacharoff, pie de página 28, 272 (“Una característica que define todas las nuevas democracias es la creación de una nueva forma de revisión judicial de las cortes del proceso político. Allí donde la competencia política se retrasa o falla, estas cortes son a menudo los únicos actores institucionales capaces de afrontar una consolidación excesiva de poder”).

31 Comparar J. Mark Ramseyer, “The Puzzling (In)Dependence of Courts: A Comparative Approach”, *Journal of Legal Studies* 23 (1994) 721-722 (mostrando la teoría del aseguramiento usando el modelo del “dilema del prisionero”; por el cual los políticos razonables que no esperan ganar en cada ciclo de elecciones tenderán a buscar apoyo en cortes independientes, pero los políticos que esperan mantener el poder de manera indefinida son propensos a no apoyar la independencia judicial), y Mathew C. Stephenson, “When the Devil Turns...: The Politician Foundations of Independent Judicial Review”, *Journal of Legal Studies*, 59 (2003): 85-86 (teorizando que las formas democráticas de gobierno a menudo incluyen judicaturas independientes porque “la revisión judicial independiente sirve como una función valiosa para los competidores en una democracia estable”), con Williams M. Landes y Richard A. Posner, “Adjudications as a Private Good”, *Journal of Legal Studies*, 8 (1979): 235, 240-241 (sugiriendo un número de factores económicos y sociales que subyacen al movimiento de abandono del financiamiento de resolución de disputas públicas judiciales por litigantes privados, incluyendo la noción de que la noción de que la falta de financiamiento independiente de la judicatura crea ineficiencias en el sistema de resolución de disputas).

32 Ginsburg, pie de página 3, 3-4; Hirschl, pie de 5, 1-2.

33 P.e. Silvia Inclán Oseguera, “Judicial Reform in Mexico: Political Insurance or the Search for Political Legitimacy?”, *Political Research Quarterly* 62 (2009) 753-755; James B. Kelly, “Judicial and Political Review as Limited Insurance: The Functioning of the New Zealand Bill of Rights Act in ‘Hard’ Cases”, *Commonwealth & Comparative Politics* 49 (2011): 295-298; Stefanus Hendrianto, “From Humble Beginnings to a Functioning Court: The Indonesian Constitutional Court, 2003-2008” (Tesis para Ph.D, Universidad de Washington, 2008); Stefanus Hendrianto, “The First Ten Years of the Indonesian Constitutional Court: The Unexpected Insurance Role”, *I-CONNECT Blog*, 25 de Agosto del 2013, <http://www.iconnectblog.com/2013/08/the-first-ten-years-of-the-indonesian-constitutional-court-the-unexpected-insurance-role/>; Mary L. Volcansek, “Bargaining Constitutional Design in Italy: Judicial Review as Political Insurance”, *West European Politics*, 33 (2010): 280-289; Liviu Damsa, “Extending the Powers of the Constitutional Court, While Limiting and Focusing the Judicial Review: Some Considerations of the Impact of Recent Romanian Constitutional ‘Reform’ in the Activity of the Constitutional Court and of the Ombudsman” (Fourth International Graduate Legal Research Conference, King’s College London, 15 y 16 de Abril del 2016); Jen-Cheng Wang, “Politician’s Vision and Judicial Independence Reform: The Case of Taiwan”, *Politician’s Vision and Judicial Independence Reform: The Case of Taiwan* (Annual Meeting for the Western Political Science Association, San Francisco, 1-3 de Abril del 2010); Serdar Güleler y Infan Haslak, “Relations Between Politics and Constitutional Review in Turkey with Special Reference to the Referrals of Republic Peoples Party: 2002-2010 Period”, *Alternatives: Turkey Journal of International Relations*, 10 (2011): 1-6; James Tsabora, “Reflections on the Constitutional Regulation of Property and Land Rights under the 2013 Zimbabwean Constitution”, *Journal of African Law*, 60 (2016): 213, 220-221; Para mayor discusión, ver Dixon y Ginsburg, “The Forms and Limits of Constitutions”, pie de página 3.

34 Farber, pie de página 3.

es suficientemente consciente de los beneficios a largo plazo de la liberalización como para renunciar a parte de su propio poder” de tal manera que envía señales positivas a los inversionistas, sobre una tasa de descuento producto de la coalición dominante³⁵.

Las garantías de derechos constitucionales son también una señal poderosa en este contexto: si una constitución resguarda varios derechos económicos, hace más difícil para los actores del legislativo o ejecutivo limitar estos derechos en el futuro. De manera similar, se resguardan derechos como la libertad de expresión, debido proceso e igualdad, lo que puede dar a los individuos y a la sociedad civil herramientas para resistir a formas arbitrarias de expropiación. El ánimo de proponer, o apoyar, estas garantías es de por sí una señal creíble que dan las élites respecto a su intención de honrar la propiedad privada y los derechos contractuales en un futuro³⁶.

2.2. Derechos y presiones ascendentes para el cambio

Otra importante dinámica que explica la expansión de derechos constitucionales en muchas democracias es la demanda por parte de los ciudadanos y los movimientos sociales de expansión de la protección de este tipo de derechos. En algunos casos, esta es una respuesta a un legado histórico de injusticia, y un deseo de que el estado asuma compromisos expresos para evitar que los errores pasados se repitan³⁷. En otros casos, es una creencia de que los derechos constitucionales ofrecen un medio importante para avanzar en reformas legales y políticas. Los movimientos sociales alrededor del mundo han visto en las cortes, legislaturas y redactores de la constitución la forma de alcanzar cambios de este tipo en las décadas recientes; han logrado convencer a las cortes constitucionales de interpretar la protección de derechos existentes en una manera novedosamente extensa, se han movilizado por cambios legislativos en formas que han creado nuevas maneras *cuasi-constitucionales* de protección de derechos. Han buscado también persuadir a los redactores de las constituciones de adoptar una expansiva lista de derechos constitucionales.

Hay un vivo debate entre los constitucionalistas respecto al grado en que esta fe que tienen los movimientos sociales en las cortes y en la protección formal de los derechos constitucionales está justificada. La visión de una parte es que las cortes y los movimientos sociales suelen trabajar de manera conjunta para generar cambios de este tipo; las garantías de los derechos constitucionales y el papel de las cortes en asegurarlas pueden ayudar a crear un nuevo foco para la movilización social y un nuevo discurso que ayude a persuadir a los votantes respecto a la necesidad de un cambio social³⁸. De igual manera, los movimientos sociales suelen jugar un papel crucial en la implementación de las decisiones de las cortes, para que así el significado de las garantías abstractas de los derechos constitucionales efectivamente se democratice por medio de procesos contestatarios de los movimientos sociales³⁹.

Otra visión más escéptica señala que las formas de cambio legal y político tienden a servir más como sustitutos que complementos en este contexto⁴⁰. El argumento de estudiosos como Gerald Rosenberg es que la ejecución judicial de los derechos constitucionales tiende a tener un impacto limitado en la práctica⁴¹. También tiende a distraer a los activistas políticos y a los actores del movimiento social de centrarse en mayores formas de cambio político y legislativo. Por lo menos, estudiosos como Tomiko Brown-Nagin señalan que se tiende a des-radicalizar movimientos políticos sociales, para que todos los logros sociales y políticos sean considerablemente más moderados de lo que serían si estos movimientos adoptaran una estrategia puramente legislativa⁴².

Pocos estudiosos estadounidenses o del derecho comparado, sin embargo, dudan de la importancia de los movimientos sociales en la expansión de la protección de los derechos constitucionales tanto en los Estados Unidos como en el mundo. Los movimientos sociales claramente han tenido un papel predominante en la expansión de la protección constitucional para las minorías raciales, mujeres, y más recientemente, la

35 *Id.* 87.

36 *Id.* 92–93. Sobre la teoría de los derechos como triunfos, ver, por ejemplo, Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Cambridge: Harvard University Press, 1978). Para una definición más débil de derechos, ver Mark Tushnet, “How Different are Waldron’s and Fallon’s Core Cases for and Against Judicial Review”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 49 (2010); Rosalind Dixon, “The Core Case for Weak-Form Judicial Review”, *Cardozo Legal Review*, 38 (2017): 2193-2207.

37 Dershowitz, pie de página 12; Calabresi; pié de página 12, 1-2.

38 Michael W. McCann, *Rights at Work: Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization* (Chicago: Chicago University Press, 1994).

39 Jack M. Balkin y Reva B. Siegel, “Remembering How to Do Equality”, en *The Constitution in 2020* (New York: Oxford University Press, 2009); Joel F. Handler, *Social Movements and the Legal System: A Theory of Law Reform and Social Change* (Nueva York: Academic Press, 1978), 191-193; Jack M. Balkin, “How Social Movements Change (Or Fail to Change) the Constitution: The Case of the New Departure”, *Suffolk University Law Review*, 39 (2005): 27, 33-34.

40 P.e., David Landau, “Substitute and Complement Theories of Judicial Review”, *Indian Law Journal*, 92 (2017): 1284-1987, 1292-1296.

41 Gerald N. Rosenberg, “The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?” (Chicago: Chicago University Press, 1991), 157, 167, 169.

42 Tomiko Brown-Bagin, “Does Protest Work?”, *Howard Law Journal*, 56 (2013): 721, 757-58.

comunidad LGTBQI, y aquellos con discapacidades físicas y mentales. Como la siguiente Parte muestra, en las décadas recientes se han movilizad o de manera exitosa para el reconocimiento de una serie de derechos de “segunda” y “tercera” generación –p.e. derechos como la salud, vivienda, agua, seguridad social, y educación, y derechos de las poblaciones indígenas y del ambiente.

3. Derechos y reformas constitucionales antidemocráticas

Aunque poderosos, estos logros pasan por alto una importante dinámica que subyace a la adopción de nuevos derechos constitucionales en algunos países del mundo –p.e la expansión de derechos constitucionales por poderosos actores políticos como un incentivo, o ‘soborno’, a la sociedad civil para apoyar un proceso paralelo de reforma constitucional antidemocrática.

La noción de democracia es, por supuesto, un concepto disputado. En los Estados Unidos y Europa, por ejemplo, hay un debate de larga data sobre la relación entre la revisión judicial de derechos y la democracia. Algunos estudiosos, como Ronald Dworkin, han defendido esta revisión como un avance importante en la concepción de democracia⁴³, mientras que otros, como Jeremy Waldron, señalan que en Estados Unidos esta forma reforzada de revisión es incompatible con el compromiso de una democracia equitativa en el proceso de auto-gobierno⁴⁴. En parte, esto refleja los distintos puntos de vista sobre el alcance de los desacuerdos *razonables* que existen con respecto a los compromisos con la libertad, dignidad e igualdad para todos los ciudadanos. Y, en parte, refleja las diferencias en el grado en el que los diferentes teóricos enfatizan las nociones básicas de igualdad y respeto entre ciudadanos en los procesos de auto-gobierno versus ideas más procedimentales de sufragio universal, competencia política, y elecciones regulares, libres y justas⁴⁵.

Casi todas las teorías de la democracia, sin embargo, concuerdan en un “núcleo mínimo” de respeto a la democracia –p.e la idea de que la democracia trae consigo al menos elecciones regulares, libres y justas, con un mínimo nivel de competencia entre partidos políticos, y un fondo de libertad política⁴⁶. Es el hecho de la competencia, como apunta Samuel Issacharoff, que “asegura tanto el rendimiento de cuentas de las élites políticas y la legitimidad en un subsecuente ejercicio del poder” en una democracia⁴⁷.

Las reformas basadas en derechos son a veces acompañadas de reformas en la estructura de la constitución que amenazan este “núcleo constitucional mínimo”⁴⁸. Están ligadas, tanto legal como políticamente, a reformas constitucionales formales que aumentan el poder y las prerrogativas de los actores políticos dominantes, y de esa manera propician la transición de una democracia multipartidaria a una democracia de un partido dominante o al mandato unipartidario⁴⁹.

¿Qué explica esta conexión entre reformas en derechos y las reformas en la estructura de gobierno constitucional? Una posible explicación es esencialmente ideológica –algunos partidos políticos, o movimientos, están ideológicamente comprometidos tanto a expandir el poder del gobierno como a la protección de derechos en ciertos contextos⁵⁰. La adopción de reformas constitucionales en estructura y en derechos puede ser en estos casos un accidente natural en el ascenso de estos partidos, o movimientos, al poder político.

Otra explicación, sin embargo, es esencialmente estratégica: la protección formal de derechos a menudo incrementa la percepción de legitimidad de un sistema constitucional, tanto internamente como a

43 Ronald Dworkin, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution* (Cambridge: Harvard University Press, 1996), 29-31.

44 Jeremy Waldron, “Judicial Review and the Conditions of Democracy”, *Journal of Political Philosophy*, 6 (1998): 335-338.

45 Ver, p.e., Richard A. Posner, *Law, Pragmatism, and Democracy* (Cambridge: Harvard University Press, 2003), 130-134, 137 (discutiendo el concepto 1 y 2 de democracia).

46 Joseph A. Schumpeter, *Capitalism, Socialism, and Democracy*, 3era ed. (Nueva York: Harper & Brothers, 1950), 269. Pero ver Rosalind Dixon y David Landau, “Competitive Democracy and the Constitutional Minimum Core”, en *Assessing Constitutional Performance*, Ed. Tom Ginsburg y Aziz Z. Hug (Cambridge: Cambridge University Press, 2016), 268-269.

47 Samuel Issacharoff, “Constitutional Courts and Consolidated Power”, *American Journal of Comparative Law*, 62 (2014): 585, 595.

48 David Landau y Rosalind Dixon, “Constraining Constitutional Change”, *Wake Forest Law Review*, 50 (2015): 859, 888.

49 Como el mismo Waldron apunta, esto incluye a muchos países fuera del ámbito del debate de Estados Unidos centrado en la legitimidad de la revisión judicial. Ver, p.e., Jeremy Waldron, “The Core of the Case Against Judicial Review”, *Yale Law Journal*, 115 (2006): 1346, 1360; cf. Richard Bellamy, “Political Constitutionalism and the Human Rights”, *International Journal of Constitutional Law*, 9 (2011): 86, 91; ver también Dixon, pie de página 36, 2207 (discutiendo cómo la revisión judicial puede imponer y cambiar el criterio de procesos legislativos para alcanzar fines políticos que favorecen los objetivos de un partido).

50 Ver, p.e., Cass R. Sustein, *The Second Bill of Rights: FDR's Unfinished Revolution and Why We Need It More Than Ever* (Nueva York: Basic Books, 2004), 55-57 (explicando la naturaleza ideológica de la segunda “Bill of Rights” de Franklin Delano Roosevelt y el compromiso del movimiento para incrementar el poder del ejecutivo); Kenneth R. Mayer, *With the Stroke of a Pen: Executive Orders and Presidential Power* (Nueva Jersey: Princeton University Press, 2001), 54-57 (discutiendo cómo la democracia en Venezuela cambió de ser vista peligrosa a ser celebrada); Cristóbal Valencia Ramírez, “Venezuela's Bolivarian Revolution: Who Are the Chavistas?”, *Latin American Perspective*, 32 (2005), 79 (discutiendo la reelección de Hugo Chávez); José Enrique Molina V., “The Left and the Democratic Stability in Latin America: The Ideology of the Bolivarian Revolution and its Impact on the Political Processes in Venezuela and Latin America”, *América Latina Hoy*, 35 (2003), 169.

nivel internacional. Vincular los derechos a una reforma estructural puede incrementar la percepción de legitimidad del paquete completo de reforma constitucional⁵¹. A nivel interno, los derechos también pueden ser un medio importante para el incremento del apoyo político a algunas formas de reforma estructural –al servir como incentivo o “soborno” para que los movimientos nacionales apoyen un proceso paralelo de reforma constitucional estructural.

Los partidos y líderes políticos democráticos a menudo se enfrentan a una serie de limitaciones estructurales en su capacidad de quedarse en el cargo. Se enfrentan a límites formales respecto al tiempo límite de su cargo, límites en su poder para adoptar políticas electoralmente populares, o estructuras de responsabilidad legal y política que amenazan con mostrar malos actos por parte suya, y así dañar su popularidad electoral. Para mantenerse en el poder deben por tanto encontrar alguna manera de superar estas limitaciones

En algunos casos los líderes políticos pueden intentar hacer esto por medio de formas extra-legales o incluso ilegales –p.e. a través de un golpe de estado militar, o por un burdo fraude electoral. Los costos de este tipo de acciones extra-legales o ilegales claramente están aumentando para muchos líderes políticos; acciones de este tipo pueden llevar a que se niegue la membresía de estos países o sean expulsados de organizaciones internacionales claves⁵². Pueden llevar a la suspensión o separación de fuentes de financiamiento internacional⁵³. Y pueden llevar a enfrentar juicios sobre la legalidad de un régimen ante tribunales nacionales e internacionales, incluyendo la persecución de líderes individuales frente a la Corte Penal Internacional, u otras instituciones del largo brazo de la jurisdicción penal internacional⁵⁴. Pese a ello, estos mecanismos extra-legales o ilegales se mantienen como herramientas en las que confían muchos líderes políticos en el mundo⁵⁵.

Otros líderes pueden buscar procesos “informales” de reforma para lidiar con las limitaciones constitucionales a su poder. En los Estados Unidos, por ejemplo, casi todas las reformas constitucionales en la actualidad se dan por vía “informal” en lugar de los medios formales, o a través de interpretaciones constitucionales por medio de jurisprudencia⁵⁶, cambios legislativos (como la adopción de “súper-estatutos”⁵⁷) o a través de “métodos alternativos” legislativos o ejecutivos⁵⁸. Mecanismos informales de este tipo suelen ser menos reconocidos como formas legítimas de reforma en otros países⁵⁹. También pueden ser inadecuados para

- 51 Pe., Ozan O. Varol, “Stealth Authoritarianism”, *Iowa Law Review*, 100 (2015): 1673, 1722-1727; David Landau, “Abusive Constitutionalism”, *U.C. Davis Law Review* (2013): 189, 198-200.
- 52 Ver, p.e., Jo-Marie Burt, “Guilty as Charged: The Trial of Former Peruvian President Alberto Fujimori for Human Rights Violations”, *International Journal of Transitional Justice*, 3 (2009): 384, 387 (explicando un tercer periodo ilegal que fue condenado por los Estados Unidos y la OEA).
- 53 Ver, p.e., Varol, pie de página 51; Robert A. Hart Jr., “Democracy and the Successful Use of Economic Sanctions”, *Political Research Quarterly*, 53 (2000): 267.
- 54 Ver Burt, pie de página 52, 384 (detallando la condena de Alberto Fujimori por la responsabilidad de Perú por violación de derechos humanos); Tom J. Farer, “Restraining the Barbarians: Can International Criminal Law Help?”, *Human Rights Quarterly*, 22 (2000): 90, 98-99, 106-107 (discutiendo las disposiciones de la Corte Penal Internacional y su aplicación); Charles Villa-Vicencio, “Why Perpetrators Should Not Always Be Prosecuted: Where the International Criminal Court and Truth Commissions Meet”, *Emory Law Journal*, 49 (2000): 205, 209-210 (discutiendo las deficiencias de la persecución penal).
- 55 Por ejemplo, estos mecanismos fueron usados en recientes golpes de estado en África, incluyendo Burkina Faso en el 2015 y Guinea-Bissau en el 2012. Ver, p.e., Folly Bah Thibault, *Why Are Coups Common in Africa*, Al Jazeera (18 de septiembre del 2015), <http://www.aljazeera.com/programmes/insidestory/2015/09/coups-common-africa-150917161949909.html> (dando noticia del golpe de estado en Burkina Faso); Murithi Mutiga, *Coup in Burkina Faso as Military Takes Over Country Ahead of Elections* (17 de septiembre del 2015), <https://www.theguardian.com/world/2015/sep/17/burkina-faso-military-confirms-coup-and-dissolves-transitional-government> (describiendo los detalles del golpe de estado en Burkina Faso); John Hudson, *Why Are There So Many Coups in West Africa?*, *The Atlantic* (17 de abril del 2012), <https://www.theatlantic.com/international/archive/2012/04/why-are-there-so-many-coups-west-africa/329209/> (considerando los factores que contribuyen a golpes de estado militares en África Occidental).
- 56 Ver David A. Strauss, “Common Law Constitutional Interpretation”, *University of Chicago Law Review*, 63 (1996): 877-878 (explicando el rol del common law in dar forma al derecho constitucional al “proveer a una mucho mejor cuenta de las prácticas de los Estados Unidos”).
- 57 Ver William N. Eskridge Jr. y John Ferejohn, “Super-Statutes”, *Duke Law Journal*, 50 (2000): 1215-1216 (“Un super-estatuto es una ley o serie de leyes que (1) busca establecer un nuevo marco normativo o institucional para una política de estado y (2) con el tiempo ‘permanece’ en la cultura pública como tal (3) el super-estatuto y sus principios normativos o institucionales tienen un efecto amplio sobre la ley...”).
- 58 Ver Mark Tushnet, “Constitutional Workarounds”, *Texas Law Review*, 87 (2009): 1504-1505 (explicando que sin un estatuto adicional, algunas leyes del Congreso podrían ser inconstitucionales).
- 59 Ver, p.e., Rosalind Dixon y Guy Baldwin, “Globalizing Constitutional Moments? A Reflection on the Japanese Article 9 Debate”, *UNSW Law Research Paper Law Research Series*, 74 (2017): 1-2 (discutiendo la aversión de Japón por las reformas constitucionales informales); Sujit Choudhry, “Ackerman’s Higher Lawmaking in Comparative Constitutional Perspective: Constitutional Moments as Constitutional Failures?” *International Journal of Constitutional Law*, 6 (2008): 193, 198 (explorando la actitud de Quebec hacia la reforma constitucional informal); Geoffrey P. Miller, “Constitutional Moments, Precommitment, and Fundamental Reform: The Case of Argentina”, *Washington University Law Review*, 71 (1993): 1061, 1075 (discutiendo la reforma constitucional argentina); ver también Dennis Baker y Mark D. Jarvis, “The End of Informal Constitutional Change in Canada?”, en *Constitutional Amendment in Canada*, ed. Emmett Marcfarlane (Toronto: University of Toronto Press, 2016), 185, 194-195 (subrayando el rol de las reformas constitucionales informales y formales en el future de Quebec); Craig Martin, “The Legitimacy of Informal Constitutional Amendment and the “Reinterpretation” of Japan’s War Powers”, *Fordham International Law Journal*, 40, (2017), 427, 431-432 (discutiendo el rol de la reglamentación informal en los poderes de Guerra de la constitución de Japón); Xenophon Contiades, “Constitutional Change

alcanzar cierto tipo de reforma estructural⁶⁰. Pero a veces son usados fuera de los Estados Unidos –esto incluye a partidos dominantes o líderes en búsqueda de expandir el término de su mandato⁶¹.

Para muchos partidos o líderes democráticos, sin embargo, el único camino legal para continuar en el cargo sería por medio de un proceso formal de reforma constitucional. Para lograr la aprobación de este tipo de reformas, los líderes democráticos muchas veces necesitarán el apoyo de una amplia base de actores –incluyendo movimientos sociales⁶². Los procesos formales de reforma constitucional suelen requerir una fuerte dosis de apoyo popular⁶³. Y muchos movimientos sociales democráticos poseen una amplia base de seguidores, que puede ser movilizada para apoyar a candidatos o propuestas que se alineen con las intereses de los movimientos. Si los movimientos sociales deciden apoyar un paquete de reformas propuestas, esto puede ayudar a alcanzar mayores niveles de votantes y aceptación para las reformas constitucionales relevantes. También pueden aumentar la percepción de legitimidad de los procesos de reforma constitucional: uno de los aspectos clave en la legitimidad “sociológica” de los procesos formativos de las constituciones modernas es el grado en que estos son percibidos como participativos o inclusivos⁶⁴, y si los movimientos sociales juegan un rol activo en los procesos de reforma constitucional, esto aumentará el grado en el que estos son percibidos como participativos⁶⁵.

Los derechos constitucionales también proporcionan una base para el intercambio entre los líderes y los movimientos sociales en este contexto. No son la única base del intercambio en este contexto. Los líderes democráticos y los movimientos sociales pueden, en cambio, acordar adoptar un paquete más amplio de reformas constitucionales estructurales, que pueden incluir cambios en el poder legislativo y ejecutivo, y garantías estructurales para dar “voz” a ciertas minorías⁶⁶. También pueden acordar una forma de intercambio sub-constitucional, donde a cambio de apoyo en reformas constitucionales formales en el alcance del poder ejecutivo y legislativo, los líderes democráticos se comprometen a usar ese poder para adoptar una serie de medidas en políticas ordinarias que los movimientos sociales apoyan.

Engineering”, en *Engineering Constitutional Change: A Comparative Perspective On Europe, Canada and the USA* (Londres: Routledge, 2012), 1-2 (explicando la desmitificación de las constituciones y su rol como herramientas para el cambio de circunstancias).

- 60 Ver Sanford Levinson, “How Many Times Has the United States Constitution Been Amended? (A) <26; (B) 26; (C) 27; (D) <27: Accounting for Constitutional Change”, en *Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment*, ed. Stanford Levinson (Princeton: Princeton University Press, 1995), 13, 17 (explicando el artículo de Donald Lutz que señala que una estructura formal que hace de las enmiendas formales muy difíciles encontrarán otro tipo de enmienda).
- 61 Ver, p.e., David Landau, *Term Limits Manipulation Across Latin America – and What Constitutional Design Could Do About It*, ConstitutionNet (21 de Julio del 2015), <http://www.constitutionnet.org/news/term-limits-manipulation-across-latin-america-and-what-constitutional-design-could-do-about-it> (discutiendo la interpretación del límite de periodo en Latinoamérica); Allan R. Brewer-Carias, *Dismantling Democracy in Venezuela: The Chavez Authoritarian Experiment* (Nueva York: Cambridge University Press, 2010), 219-220 (discutiendo sobre el poder ejecutivo en Venezuela).
- 62 Ver Sidney M. Milkis, Daniel J. Tichenor y Laura Blessing, “Rallying Force: The Modern Presidency, Social Movements, and the Transformation of American Politics”, *Presidential Studies Quarterly*, 43 (2013): 641; Sidney G. Tarrow, *Power in Movement: Social Movements and Contentious Politics* (Nueva York: Cambridge University Press, 2011). Este, por supuesto, no siempre es el caso: en algunos contextos, un partido dominante puede tener el suficiente poder en el parlamento como para adoptar reformas antidemocráticas sin la necesidad de tener el apoyo de las personas o de la sociedad civil. Ver, p.e., Kim Lane Scheppele, “Understanding Hungary’s Constitutional Revolution”, en *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area: Theory, Law and Politics in Hungary and Romania*, ed. Armin von Bogdandy y Pál Sonnevend (Nueva York: Hart Publishing, 2015), 111-112 (discutiendo el proceso por el cual el gobierno de Fidesz, en Hungría, enmendó la constitución sin ratificación popular).
- 63 Casi todas las constituciones modernas requieren el apoyo ya sea de una mayoría o una mayoría calificada de legisladores para enmendar la constitución, y muchos requieren de la aprobación de una mayoría o mayoría calificada de votantes. Ver, p.e., Rosalind Dixon y Adrienne Stone, “Constitutional Amendment and Political Constitutionalism: A Philosophical and Comparative Reflection”, en *Philosophical Foundations of Constitutional Law*, ed. David Dyzenhaus y Malcolm Thorburn (Oxford: Oxford University Press, 2016); Richard Albert, “The Expressive Function of Constitutional Amendment Rules”, *McGill Law Journal*, 59 (2013): 225, 226. Para un recuento de data ver el *Comparative Constitutions Project*, <http://comparativeconstitutionsproject.org>.
- 64 Ver, p.e., Jennifer Widner, “Constitution Writing in Post-Conflict Settings: An Overview”, *William & Mary Law Review* (2008), 1513-1516, 1519 (explicando que mientras más inclusiva sea la legislación, será percibida como legítima); ver también Joel Colon-Rios, “The Legitimacy of the Juridical: Constituent Power, Democracy, and the Limits of Constitutional Reform”, *Osgoode Hall Law Journal*, 48 (2010): 199, 209-210 (explicando que el poder del constituyente viene de hacer la constitución juntos). Para una visión general que explica la noción de legitimidad “sociológica” y una explicación más detallada sobre las conexiones y disyunciones respecto a la legitimidad “sociológica”, ver Richard H. Fallon, Jr., “Legitimacy and the Constitution”, *Harvard Law Review*, 118 (2005): 1787, 1795-1796, 1849.
- 65 Esto supone, por supuesto, que la movilización del movimiento social es mayor en apoyo del cambio propuesto, en lugar de en contra. Esto no siempre tiene que ser el caso.
- 66 Ver, p.e., Heather Gerken, “Second-Order Diversity: An Exploration of Decentralization’s Egalitarian Possibilities”, *Harvard Law Review*, 118 (2005) (anotando que los líderes democráticos y los movimientos sociales podrían adoptar una reforma constitucional amplia –que podría cambiar el poder del legislativo y el ejecutivo y así proveer una voz a las minorías). Comparar *Joint Statement in Support of First Nations’ Voice to Parliament*, Australian Human Rights Comisión (24 de julio del 2017), <https://www.humanrights.gov.au/news/stories/joint-statement-support-first-nations-voice-parliament> (respecto al debate en Australia concerniente a la reforma constitucional y una voz para las First Nations), y Stephan Fitzpatrick, *PM Challenged to Deliver Indigenous Voice, Treaty*, The Australian (27 de Mayo del 2017), <http://www.theaustralian.com.au/national-affairs/indigenous/pm-challenged-on-indigenous-voice/news-story/ead303aec944e14727bdc3475a5cb855> (trayendo un ejemplo de estrategias alternativas para crear una reforma constitucional mientras se da una voz a las minorías), con Dylan Lino, *The Uluru Statement: Towards Federalism with First Nations*, Australian Public Law (13 de Junio del 2017), <https://auspublaw.org/2017/06/towards-federalism-with-first-nations> (usando el Uluru Statement como un ejemplo de reforma).

Estas reformas basadas en derechos, sin embargo, a menudo proporcionan una base de relativo *bajo-coste* para el intercambio entre líderes democráticos y movimientos sociales. Muchos movimientos sociales en décadas recientes han hecho de la expansión de los derechos constitucionales su principal objetivo. La comunidad internacional, de igual manera, ha promovido la expansión de derechos humanos como el derrotero de las reformas constitucionales pro-democráticas⁶⁷. Para los líderes democráticos, ofrecer la expansión de derechos puede proporcionarles un bajo “costo de transacción” para ganar el apoyo de los movimientos sociales para paquetes más amplios de cambios o reformas constitucionales⁶⁸.

4. ¿Derechos como sobornos?

Soborno: “Dar, ofrecer o prometer, de manera directa o indirecta, cualquier cosa de valor a un funcionario público [o testigo]... con el fin de influir en un acto oficial”⁶⁹.

¿Cómo esta forma de intercambio constitucional se relaciona con la idea de los derechos como una especie de “soborno”? No sugerimos, ciertamente, que los movimientos sociales están actuando de manera deshonesto o bajo conocimiento de que se están involucrando en acciones incorrectas cuando deciden aceptar este tipo de tratos para apoyar reformas constitucionales formales que incrementan el alcance de los poderes del legislativo o ejecutivo. En cambio, sugerimos que los movimientos sociales están siendo *incitados* por las élites políticas para hacer algo que normalmente no harían dentro de su rol de agentes constitucionales o democráticos, y tenemos nuestros propios motivos independientes para querer prevenir ello.

Como señalan los politólogos, las formas usuales de intercambio de favores legislativos suelen ser apoyadas por grupos de interés⁷⁰. Estos intercambios de favores suelen empoderar a los grupos de interés en maneras que conllevan a formas poco económicas y distorsionadas de gasto político⁷¹. Pero por medio de permitir a los votantes intercambiar votos según la materia, el intercambio de favores puede generar los medios de captura de la intensidad de las preferencias de los votantes, y así incrementar el bienestar social general⁷². Por medio de lograr una mayoría legislativa de apoyo a determinadas medidas, también se logra varias formas de inversión social y económicamente productivas.

Para los sobornos, sin embargo, el cálculo a menudo será distinto. Los sobornos pueden ayudar a hacer a un lado los trámites y la dejadez gubernamental en formas que ayudan a facilitar formas socialmente productivas de inversión⁷³. Pero en otros casos, simplemente deformará la inversión hacia áreas donde la corrupción es menos generalizada⁷⁴. También incrementarán los costos o formas de inversión productiva⁷⁵. Por ello, la mayoría de estudios encuentran que los sobornos, o la presencia de corrupción económica, tienen un claro efecto negativo en todos los niveles de crecimiento en una democracia⁷⁶.

67 Ver Varol, pie de página 51; Dixon y Landau, “Competitive Democracy and the Constitutional Minimum Core”, pie de página 46.

68 Ver, p.e., Rosalind Dixon y Tom Ginsburg, “Deciding Not to Decide: Deferral in Constitutional Design”, *International Journal of Constitutional Law*, 9 (2011): 636, 641-646 (trayendo el lenguaje y la relevancia de los costos de transacción en este contexto); ver también R.H. Coase, “The Problem of Social Cost”, *Journal of Law and Economics*, 56 (2013), 837, 850-853 (haciendo notar los bajos “costos de transacción” que puedan ser usados para ganar apoyo).

69 18 U.S.C. § 201 (2012).

70 Ver, p.e., Michael D. Gilbert, “Single Subject Rules and the Legislative Process”, *University of Pittsburgh Law Review*, 67 (2006): 803, 855 (discutiendo que una mayor representación y menores costos de transacción en la negociación incrementará los beneficios de estos tratos); Clayton P. Gillette, “Expropriation and Institutional Design in State and Local Government Law”, *Virginia Law Review*, 80 (1994): 625, 636-637 (discutiendo el uso de los tratos para lograr resultados beneficiosos).

71 Ver Gilbert, pie de página 70, 854 y n.225 (describiendo los potenciales daños de algunos tipos particulares de tratos); John G. Matsusaka, “Fiscal Effects of the Voter Initiative: Evidence from the Last 30 Years”, *Journal of Political Economy*, 103 (1995): 587, 618-619 (haciendo recuento de que los tratos “llevan a un problema familiar de sobreexplotación”).

72 Ver James M. Buchanan y Gordon Tullock, *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy* (Michigan University Press: Michigan, 1971), 125 (afirmando que la intensidad de las preferencias de los votantes conducen a trazar los votos por medio de acuerdos); Gilbert, pie de página 70, 835-836 (sugiriendo que mientras los legisladores representen de manera más precisa a sus constituyentes, más se beneficiarán los constituyentes de estos tratos).

73 Ver Mohamed Dridi, “Corruption and Economic Growth: The Transmission Channels”, *Journal of Business Studies*, 4 (2013): 122-123 (presentando los argumentos comunes sobre los beneficio económicos de los sobornos y corrupción);

Bard Harstad y Jakob Svensson, “Bribes, Lobbying, and Development”, *American Political Science Review*, 105 (2011): 46, 52, 55 (proveyendo modelos cuantitativos que exploran los incentivos del gobierno para beneficiarse o recortar la corrupción); Joseph S. Nye, “Corruption and Political Development: A Cost-Benefit Analysis”, *American Political Science Review*, 61 (1967): 417, 420 (identificando las posibles ganancias de eficiencia con corrupción).

74 Ver Pierre-Guillaume Méon y Khalid Sekkat, “Does Corruption Grease or Sand the Wheels of Growth”, *Public Choice*, 122 (2005): 73-74 (señalando formas en las cuales la corrupción distorsiona la inversión y las transacciones).

75 Ver *id.* 71, 75, 90 (discutiendo que la corrupción incrementa los costos de las inversiones y crecimiento en países con gobiernos fuertes o débiles).

76 Ver Pranab Bardhan, “Corruption and Development: A Review of Issues”, *Journal of Economic Literature*, 35 (1997): 1320, 1341 (identificando los factores políticos que vinculan la corrupción con el daño económico y las soluciones recomendadas); Paolo Mauro, “Corruption and Growth”, *The Quarterly Journal of Economics*, 108 (1993): 599, 615-616 (explorando dos razones mayores por las cuales la corrupción sofoca el crecimiento económico).

El mismo argumento es aplicable a los derechos como sobornos. Por medio de ayudar a crear condiciones para el mandato de un partido dominante o presidente, las reformas basadas en derechos de este tipo pueden tener un impacto adverso serio en la competitividad de una democracia, mientras que proporciona formas muy limitadas de reformas basadas en derechos. Pueden, en ese sentido, claramente disminuir el bienestar en el largo plazo.

La expansión de derechos constitucionales inevitablemente tiene alguna capacidad de crear un cambio social y político positivo. Las garantías constitucionales formales, como Lani Guinier y Gerald Torres señalan, crean nuevas maneras de entender y expresar reclamos por el reconocimiento y justicia por parte de grupos marginados y vulnerables en formas que pueden tener un importante impacto en el debate y en la práctica política⁷⁷. Los efectos “demosprudenciales” de este tipo también pueden ser vistos en muchas democracias con partidos dominantes, incluyendo algunos casos en donde la oportunidad para la movilización social y política respecto a ciertas materias es limitada⁷⁸. Algunas formas de acuerdos basados en derechos pueden también tener un fuerte origen ideológico, lo que suma a sus credenciales o valor democrático.

El peligro de tales reformas, sin embargo, es que puede contribuir a socavar el nivel de competencia, o del número efectivo de partidos políticos, en formas que finalmente dañan tanto a los compromisos estructurales de la democracia constitucional, como el valor de la reforma basada en derechos.

El nivel de democracia en un país, como David Law y Mila Versteeg señalan, es el factor de medición más importante en cuanto a que tanto acepta un gobierno los límites constitucionales⁷⁹. Las democracias fuertes y competitivas están generalmente asociadas a constituciones “fuertes”; mientras que las democracias no competitivas son vinculadas a constituciones “débiles”, o a límites constituciones vinculantes débiles⁸⁰.

Un motivo de esto es que la competitividad de la democracia afecta la imposición política de la constitución. Las normas constitucionales, como los politólogos han mostrado, a veces pueden ser “auto-impuestas” –p.e., los actores políticos tienen incentivos para acatar los términos de la constitución independientemente de su fuerza legal⁸¹. Incentivos de este tipo, sin embargo, casi siempre dependen de la existencia de cierto grado de competencia entre los partidos políticos⁸². En un sistema político bipartidario, los partidos que no respetan los límites constitucionales casi siempre enfrentan intentos de represalias por parte de la oposición política. Si los partidos son lo suficientemente adversos a los riesgos y tienen tasas de descuento suficientemente bajas, tendrán un fuerte incentivo para respetar los límites constitucionales, como aquellos que son impuestos por una judicatura independiente o la separación constitucional de poderes⁸³. En un sistema donde hay un partido dominante, en cambio, ese partido generalmente puede ignorar los límites constitucionales sin ninguna real amenaza política del mismo tipo. Esto, a su vez, significa que tiene muy poco incentivo político para respetar los límites constitucionales, como lo son aquellos impuestos por una judicatura independiente o normas basadas en derechos⁸⁴.

El grado de competencia interpartidaria en una democracia puede también afectar la independencia de las instituciones como las cortes: el real dominio en el mandato de un partido dominante o presidente le da a las elites dominantes un amplio control sobre todas las instituciones gubernamentales claves, incluyendo las cortes. La definición de una democracia de un partido dominante, de acuerdo a la ciencia política, es una que nunca ha experimentado una verdadera alternancia en el poder político⁸⁵. Mientras que las elecciones

77 Lani Guinier y Gerald Torres, “Changing the Wind: Notes Toward a Demosprudence of Law and Social Movements”, *Yale Law Journal*, 123 (2014): 2740, 2759-2760 (describiendo el poder de los ciudadanos de interpretar y dar forma a los derechos constitucionales).

78 Ver, p.e., Ginsburg, pie de página 3, 13-15 (enfrenando las visiones de determinismo cultural de los gobiernos asiáticos y su capacidad de crear instituciones democráticas); Mark Tushnet, “Preserving Judicial Independence in Dominant Party States”, *New York Law School Law Review*, 60 (2015): 107, 118-119 (explicando que las comunidades nacionales e internacionales pueden presionar a un partido dominante para proteger la independencia judicial).

79 David S. Law y Mila Versteeg, “Sham Constitutions”, *California Law Review*, 101 (2013): 863, 882-883, 928-929 (presentando un estudio que examina los tipos de implementación constitucional y la habilidad de los factores para predecir violaciones constitucionales).

80 *Id.*, 919-920 (discutiendo las motivaciones para que los gobiernos democráticamente responsables reconozcan los derechos constitucionales y para que los gobiernos no democráticos implementen constituciones simuladas).

81 Ver Tonja Jacobi, Sonia Mittal y Barry R. Weingast, “Creating a Self-Stabilizing Constitution: The Role of the Takings Clause”, *Northwestern University Law Review*, 109 (2015): 601, 603-604 (resaltando la importancia de elementos auto-estabilizantes de la Constitución de los Estados Unidos); Daryl J. Levinson, “Parchment and Politics: The Positive Puzzle of Constitutional Commitment”, *Harvard Law Review*, 124 (2011): 657, 672 (anotando las aproximaciones que los politólogos han aplicado para evaluar el auto-aseguramiento de los acuerdos políticos).

82 Ver Stephenson, pie de página 31, 72-73 (concluyendo que intermediar para altos niveles de competencia política es necesario para mantener la independencia judicial).

83 Ver *id.* 71, 76 (encontrando correlaciones entre la aversión al riesgo y las tasas de descuentos bajas y el apoyo por la independencia judicial).

84 Ver *id.* 60-61 (explorando los incentivos políticos para mantener protección constitucional en el contexto de independencia judicial).

85 Ver Sujit Choudhry, “He Had a Mandate”: The South African Constitutional Court and the African National Congress in a Dominant Party Democracy”, *Constitutional Court Review*, 2 (2009): 1, 20 (articulando el entendimiento común de que “la alternancia es

democráticas normalmente son libres y justas, un partido político único es tan dominante en la política electoral ordinaria que ha permanecido al mando desde que el sistema constitucional empezó a regir. En un sistema de un partido dominante de este tipo, la continua reelección de un solo partido también significará que el partido efectivamente controla los nombramientos de casi todas las agencias “independientes” incluyendo las agencias en enjuiciamiento como las cortes⁸⁶.

Lo mismo también sucede a menudo en los sistemas en transición de una democracia competitiva real a un gobierno de facto de un partido. Sistemas de este tipo puede que no sean democracias de un partido dominante en el sentido identificado por los politólogos. Pero son sistemas en los que la competencia está efectivamente tan limitada que podrían considerarse nuevas democracias dominantes⁸⁷. El partido dominante, o presidente, en dichos sistemas tendrá el amplio poder sobre los nombramientos de instituciones formalmente independiente como lo son las cortes.

Esto también puede afectar la implementación tanto de los límites constitucionales existentes o procesos más amplios de reforma antidemocrática. Algunas formas de intercambios basados en derechos pueden llevar solo a reformas modestas en el poder del ejecutivo o legislativo, que pueden poner amenazas inmediatas limitadas a los compromisos de competencia democrática o democracia multipartidaria⁸⁸. El principal peligro de las reformas aparentemente “modestas” de este tipo, sin embargo, es que pueden terminar limitando la capacidad de un sistema democrático de resistir procesos antidemocráticos más amplios de reforma constitucional. Al debilitar ambos sistemas de rendimiento de cuentas legales y políticas, reformas de este tipo pueden significar que incluso estas reformas que en un inicio eran relativamente modestas pueden llevar a formas de retroceso democrático a gran escala⁸⁹.

Una forma en la que el retroceso democrático es a veces resistido por las democracias constitucionales, por ejemplo, es a través de la implementación de límites por parte de las cortes a las legislaciones antidemocráticas o a las formas de enmienda constitucional abusiva. Mientras que la Corte Suprema de Estados Unidos ha rechazado la idea de que una enmienda puede ser declarada inconstitucional por una corte, muchas cortes en el mundo han apoyado cierta noción de doctrina de “inconstitucionalidad de una enmienda constitucional” (UCA)⁹⁰. Como hemos señalado junto a David Landau, una doctrina de este tipo puede a veces jugar un rol importante en ayudar a revisar procesos formales de retroceso democrático o constitucionalismo abusivo⁹¹.

Para que una doctrina de este tipo sea efectiva, sin embargo, hay dos condiciones que deben ser cumplidas antes: primero, las cortes deben ser relativamente independientes; y segundo, deben haber movimientos sociales o políticos de oposición capaces de movilizar y reforzar estas decisiones. Las formas antidemocráticas de intercambio constitucional pueden socavar estos dos requisitos de manera efectiva.

Lo mismo se aplica para efectivizar las garantías basadas en derechos: los actores políticos dominantes pueden escoger a veces implementar garantías, ya sea por principios o por razones pragmáticas. Pero si deciden no hacerlo, lograr la efectividad de derechos dependerá de la disposición de las cortes, y de otras instituciones independientes, para participar en las acciones de aplicación. Al permitir la consolidación del poder en un solo partido, o líder, los tratos antidemocráticos a menudo socavarán la independencia de instituciones clave, como las cortes. A menudo también limitarán la efectividad de la movilización popular

integral para prevenir el abuso de poder político”); Frederick C. Engelmann, “Review, Uncommon Democracies: The One-Party Dominant Regimes”, *Canadian Journal of Political Science*, 24 (1991): 177-178 (cubriendo una teoría sobre “el origen y preservación de los regimenes unipartidarios dominantes”); Kenneth F. Greene, “The Political Economy of Authoritarian Single-Party Dominance”, *Comparative Political Studies*, 43 (2010): 807, 809 (definiendo el dominio de un partido). Para una discusión sobre la teoría política sobre partidos dominantes en la práctica, ver Meltem Müftüler-Baç y E. Fuat Keyman, “The Era of Dominant-Party Politics”, *Journal of Democracy*, 23 (2012): 85, 86 (examinando el dominio del Partido de la Justicia y el Desarrollo de Turquía).

86 Ver Tushnet, “Preserving Judicial Independence in Dominant Party States”, pie de página 78, 113-115 (mostrando la tendencia de los sistemas de dominancia de un partido de limitar la independencia judicial).

87 Ver Isaacharoff, pie de página 28, en 242, 246 (describiendo los retos institucionales en las nuevas democracias).

88 Ver Dixon y Landau, “Competitive Democracy and the Constitutional Minimum Core”, pie de página 46, en 625 (describiendo el incremento en la implementación de estructuras antidemocráticas en Hungría que, individualmente, puso pequeños peligros inmediatos, pero que luego probaron ser muy dañosos). Las reformas a los límites del periodo presidencial, por ejemplo, además de debilitar potencialmente a los partidos políticos y la competencia también pueden ser vistas como compatibles con compromisos de democracia multipartidaria; las democracias parlamentarias generalmente permiten a las cabezas de gobierno ser elegidas e manera indefinida, e incluso en los sistemas presidenciales a menudo permiten a un presidente servir por dos términos consecutivos. Ver la Parte 5 infra (discutiendo, a mayor profundidad, las complicaciones de reformas a los límites de término presidencial).

89 David Landau, “A Dynamic Theory of Judicial Role”, *Boston College Law Review*, 55 (2014): 1501, 1506-1507.

90 Yanyi Roznai, “Unconstitutional Constitutional Amendments—The Migration and Success of a Constitutional Idea”, *American Journal of Comparative Law*, 61 (2013): 657, 660; Gary Jeffrey Jacobsohn, “An Unconstitutional Constitution? A Comparative Perspective”, *International Journal of Constitutional Law*, 4 (2006): 460, 461-462; Dixon y Landau, “Competitive Democracy and the Constitutional Minimum Core”, pie de página 46, en 607.

91 David Landau, “A Dynamic Theory of Judicial Role”, *Boston College Law Review*, 55 (2014): 1501, 1506-1507.

en contra del gobierno, tanto en un contexto específico de garantía a ciertos derechos o, de manera más general, en defensa de la democracia misma.

Si los grupos de oposición, por ejemplo, organizan una protesta en una democracia de un partido dominante, los líderes de dicho partido podrían instruir a la policía o a los procuradores arrestar y poner cargos contra los individuos por afectar el orden público. De manera similar, pueden asegurarse que los jueces que llevan los juicios contra los protestantes de oposición estén cercanamente alineados con el gobierno. También pueden impedir el acceso a la prensa para los grupos de oposición o de la sociedad civil, y censurar comentarios o argumentos críticos al gobierno. Incluso la posibilidad de alcance popular de derechos constitucionales, por consiguiente, se podría ver muy limitada en una democracia de dominancia de un partido o presidente.

5. Casos de estudio

Para ver cómo estas dinámicas pueden operar en la práctica, esta Parte considera dos casos de expansión de derechos constitucionales como parte de un proceso más amplio de reforma constitucional anti-democrática: en Ecuador, por medio de la adaptación de la Constitución del 2008; y en Fiyi, por medio de la adopción de la Constitución del 2013. En Ecuador, los derechos envueltos fueron los derechos de los pueblos indígenas y de medio ambiente; y en Fiyi, fueron una mezcla de derechos sociales, y derecho al voto de indígenas y no indígenas (p.e. los indo-fiyianos).

Algunos de estos derechos tienen posiblemente orígenes conceptuales. Algunos, por ejemplo, estaban relacionados a un discurso político más amplio sobre el empoderamiento de ciertos grupos (p.e. votos de los indígenas en Ecuador, e indo-fiyianos en Fiyi)⁹². Algunos derechos también pueden haber sido adoptados pensando en una audiencia internacional en lugar de doméstica: en lugar de apuntar a incrementar el apoyo doméstico a las reformas anti-democráticas, los actores políticos poderosos pueden simplemente buscar incrementar la legitimidad percibida de estas reformas para los ojos de los actores internacionales⁹³.

El reclamo de este artículo, sin embargo, es básicamente que esta negociación jugó cierto rol en la expansión de derechos constitucionales en ambos casos – p.e. que las dinámicas de la reforma constitucional eran consistentes con una forma de acuerdo constitucional anti-democrático entre los líderes democráticos o militares y los movimientos sociales en ambos casos, y no que esta era la única forma de entender cada instancia de la reforma constitucional.

Estos ejemplos que también están lejos de ser exhaustivos: Otros ejemplos recientes donde se han dado dinámicas similares incluyen las reformas constitucionales adoptadas tanto en Ecuador como Bolivia en el 2008-2009, dándole un mayor reconocimiento a los derechos e identidad de la comunidad LGBTQI⁹⁴; en Bolivia, en el 2009, se dio el reconocimiento de los derechos indígenas, así como una expansión de las formas de poder presidencial⁹⁵; en Venezuela, en 1999, se expandieron los poderes del presidente y se dio reconocimiento a los derechos a la educación, salud, a un ambiente limpio y derechos indígenas⁹⁶; en Turquía, en el 2017, la expansión de los derechos a la libertad religiosa y el poder del partido político titular⁹⁷.

92 Ver Becker, "Correa, Indigenous Movements, and the Writing of a New Constitution in Ecuador", pie de página 4, en 52 (describiendo el movimiento político de activistas en Ecuador); Robyn Eversole, "Empowering Institutions: Indigenous Lessons and Policy Perils", *Development*, 53 (2010): 77, 78 (nota de las tendencias comunes del autoempoderamiento entre los movimientos políticos indígenas.); Takele Soboka Bulto, "The Promises of New Constitutional Engineering in Post-Genocide Rwanda", *African Human Rights Law Journal*, 8 (2008): 187, 196-197 (detallando las dificultades de diseñar una constitución para evitar la creación de permanentes minorías, como los Tutsis); Vijay Naidu, *The Challenges and Opportunities of Diversity* (Londres: Minority Rights Group International, 2013), 29-30 ("[Indo-Fiyianos] querían políticas respecto al acceso a la tierra, que terminen con la separación étnica local del gobierno, que establezca una judicatura independiente, y que proporcione espacios de deporte y recreacionales que uniesen a los diferentes grupos étnicos, y la enseñanza de lenguajes regionales en las escuelas").

93 Varol, pie de página 51, en 1722-1727; Landau, "Abusive Constitutionalism", pie de página 51, en 198-200.

94 Ver, p.e., W. Alejandro Sanchez, *Ecuador Takes Big Step for LGBT Rights, Recognizing Civil Unions*, La Opinión (27 de agosto del 2014), <https://laopinion.com/2014/08/27/ecuador-takes-big-step-for-lgbt-rights-recognizing-civil-unions> (describiendo cambios similares en la ley ecuatoriana); Simeon Tegel, *A Surprising Move on LGBT Rights from a "Macho" South American President*, Washington Post (17 de Julio del 2016), https://www.washingtonpost.com/news/worldviews/wp/2016/07/17/a-surprising-move-on-lgbt-rights-from-a-macho-south-american-president/?utm_term=.01d8f1d1e40d (describiendo un cambio en la ley boliviana que permite a las personas cambiar su identidad de género en documentos oficiales).

95 Ver Linda Farthing, *Bolivia Says Goodbye to Term Limits*, NACLA (15 de Diciembre del 2017) <http://nacla.org/news/2017/12/20/bolivia-says-goodbye-term-limits> (diferenciando los cambios recientes sobre el poder presidencial de aquellos cambios hechos en el 2009); Katy Watson, *Indigenous Bolivia begins to shine under Morales*, BBC (27 de Diciembre del 2014), <http://www.bbc.com/news/world-latin-america-29686249> (describiendo los cambios hechos por la reforma constitucional del 2009 que fueron beneficiosos para las comunidades indígenas).

96 Ver, p.e., *Venezuela's Chavez Declares Victory in Term-Limits Referendum*, CNN (15 de Febrero del 2009, 10:26 PM), <http://www.cnn.com/2009/WORLD/americas/02/15/venezuela.referendum> (describiendo la aprobación de un referéndum en Venezuela en el 2009 que abolió los límites al periodo presidencial).

97 Ver, p.e., Diego Cupolo, *The Decline and Fall of Turkish Democracy*, The Atlantic (13 de Abril del 2017), [HTTPS://WWW.THEATLANTIC.COM/](https://www.theatlantic.com/)

Hay otros ejemplos argumentables de intercambios en formas anti-constitucionales a niveles cuasi-constitucionales: un notable ejemplo es el caso de la adopción de la ley del derecho a la libre información por el Presidente Mugabe, en Zimbabwe, en el 2013⁹⁸. Este cambio estuvo acompañado por la creación de un nuevo sistema de control a la prensa, que le daba a la Comisión de Medios de Zimbabwe un amplio poder de limitar la libertad de prensa⁹⁹. Mientras que algunos de estos cambios tienen un origen conceptual¹⁰⁰, cada uno de ellos ocurrió al mismo tiempo que se daban reformas formales del poder y las prerrogativas al partido oficial, presidente o primer ministro. Cada uno de ellos, además, incluyó un apoyo activo o tácito de los movimientos sociales domésticos, así como de actores internacionales.

El propósito de esta parte, por tanto, no es hacer un sondeo de todos los casos de reformas antidemocráticas basadas en derechos. En cambio, se busca demostrar como una dinámica de este tipo puede surgir u operar.

5.1. Ecuador

Los orígenes de los derechos constitucionales medioambientales e indígenas

La Constitución del Ecuador del 2008 es a menudo celebrada globalmente por su acercamiento distintivo a los derechos de los pueblos indígenas y al medio ambiente. El preámbulo de esta Constitución reconoce la herencia indígena de Ecuador, y al dios indígena (Pacha Mama) ¹⁰¹. El artículo 1 proclama un estado que es “social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, pluricultural y laico”, mientras que el artículo 2 dice que “el castellano, el kichwa y el shuar son idiomas oficiales de relación intercultural”¹⁰². El artículo 56 de la Constitución reconoce que “las comunidades, pueblos, y nacionalidades indígenas, el pueblo afroecuatoriano, el pueblo montubio y las comunas” como “parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible”¹⁰³. Del mismo modo, el artículo 57 señala una serie de derechos específicos, incluyendo derechos lingüísticos, y el derecho a ser consultados sobre las medidas legislativas que afectan estos derechos, y a una “consulta previa, libre e informada...sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras...”¹⁰⁴.

La Constitución, a su vez, posee una serie de disposición que da un reconocimiento expreso al ambiente, y principios de protección y sostenibilidad ambiental. Lo más notorio es el artículo 71 de la Constitución reconoce derechos a la naturaleza misma (“Derechos de la naturaleza”) disponiendo que la naturaleza “tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos” y que “toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza”¹⁰⁵. El preámbulo de la Constitución también reconoce una serie de principios de sostenibilidad económica y ambiental, o “sumak kaway” (buena vida), y la conexión entre los derechos ambientales e indígenas por medio de la referencia de la Pacha Mama como “Madre Tierra”¹⁰⁶.

Al mismo tiempo, la Constitución pretende darle un gran poder al presidente, incluyendo el poder para permanecer en el cargo durante varios periodos. La Constitución de 1998 limitaba al presidente a un

INTERNATIONAL/ARCHIVE/2017/04/TURKEY-REFERENDUM-ERDOGAN-KURDS/522894/ (explicando cómo la reforma constitucional turca amplían el poder del partido gobernante y su posición sobre la religión); Gareth H. Jenkins, *Turkey's Constitutional Referendum and Erdogan's Faded Democratic Credentials*, Institute for Security & Development Policy (1 de Junio del 2017), <http://isdip.eu/publication/turkeys-faded-democratic-credentials/> (explicando las medidas autocráticas que el partido turco al mando empleó para aprobar la reforma constitucional); Kadir Yildirim, *How Erdogan Won More Power But Lost Legitimacy in Turkey's Constitutional Referendum*, Washington Post (20 de Abril del 2017), https://www.washingtonpost.com/news/monkey-cage/wp/2017/04/20/how-erdogan-won-more-power-but-lost-legitimacy-in-turkeys-constitutional-referendum/?utm_term=.965adba9e26 (explicando como las reformas turcas fortalecieron la posición del presidente y lo inmunizaron de la persecución).

98 Ver *Freedom of the Press 2014: Zimbabwe*, FREEDOM HOUSE, <https://freedomhouse.org/report/freedom-press/2014/zimbabwe> (visitado el 20 de enero del 2018), Freedom House (describiendo las limitaciones a la libertad de prensa en las leyes de Zimbabwe y describiendo su implementación en el 2013); ver también Cupolo, pie de página 97 (explicando cómo los votantes religiosos ven al partido gobernante turco como defensor de sus derechos).

99 *Zimbabwe: International Focus*, University College London (visitado el 20 de Junio de 2018) <http://www.ucl.ac.uk/constitution-unit/research/foi/countries/zimbabwe>

100 Edronga, por ejemplo, tenía un compromiso ideológico más amplio respecto a expandir el rol de la religión en la vida pública de Turquía. Ver Zia Weise, *Turkey's New Curriculum: More Erdogan, More Islam*, Politico (15 de Febrero del 2017, 4:50 AM), <http://www.politico.eu/article/erdogan-turkey-education-news-coup-analysis-curriculum-history-istanbul/> (explicando el cambio en el currículo escolar turco y la justificación ideológica para ello tal cual fue propuesta por el gobierno).

101 Constitución de la República de Ecuador, 20 de octubre del 2018, preámbulo.

102 Art. 1 (énfasis añadido); id, art. 2.

103 Id. Art. 56.

104 Id. Art. 57 y ss, 14 y 17.

105 Id. Art. 71.

106 Id. Preámbulo; ver también Murant Arsel, “Between ‘Marx and Markets? The State, the ‘Left Turn’ and Nature in Ecuador”, *Journal of Economic and Social Geography*, 103 (2012): 150, 154-155 (discutiendo el preámbulo y el artículo 71 de la constitución ecuatoriana).

periodo consecutivo de cuatro años¹⁰⁷, mientras que la del 2008 permitía al presidente a servir durante dos periodos consecutivos de cuatro años¹⁰⁸. Los seguidores de Correa señalaban que, como Correa asumió el cargo bajo la antigua Constitución, su primera elección para propósitos de la Constitución del 2008 sería la elección del 2009, por lo que le estaba permitido permanecer dos años más al plazo ordinario señalado en la Constitución¹⁰⁹.

La Constitución también da al presidente una variedad de poderes, incluyendo el poder de adoptar un “Plan Nacional de Desarrollo”, disolver la Asamblea Nacional si ésta “de forma reiterada e injustificada obstruye la ejecución” de este Plan¹¹⁰, y “administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos”¹¹¹. Estos poderes también se extienden a tópicos que involucran a los pueblos indígenas y al medio ambiente: el artículo 313, por ejemplo, señala “los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético... el agua, y los demás que determine la ley” como sectores estratégicos¹¹². El texto constitucional no señala de manera clara cómo resolver los potenciales conflictos entre el poder presidencial y los derechos indígenas y del medio ambiente. El artículo 407 de la Constitución, por ejemplo, señala que “Se prohíbe la actividad extractiva de recursos no renovables en las áreas protegidas y en zonas declaradas como intangibles, incluida la explotación forestal” pero que “excepcionalmente dichos recursos se podrán explotar a petición fundamentada de la Presidencia de la República y previa declaratoria de interés nacional por parte de la Asamblea Nacional”¹¹³. Tampoco señala de manera expresa una guía para entender el alcance o significado de lo que estas “excepciones” o situaciones excepcionales de este tipo implicarían.

El apoyo de los grupos indígenas y medioambientales fue determinante en la adopción de esta Constitución. Ecuador tiene una historia relativamente frecuente de reemplazos constitucionales; como un estado independiente, tuvo 19 constituciones antes de la Constitución del 2008¹¹⁴. Esto, como Tom Ginsburg, James Melton y Zachary Elkins han mostrado, también tiende a incrementar la probabilidad de subsecuentes intentos exitosos de reemplazo constitucional¹¹⁵. Los grupos indígenas, de igual manera, han invocado desde hace mucho a una nueva constitución que reconozca de manera más completa sus demandas de autogobierno, derechos culturales y lingüísticos, y derechos sobre sus tierras –o una concepción “pluri-cultural” de estado”¹¹⁶.

Hubieron, sin embargo, claros obstáculos a cualquier proceso de reforma constitucional: Correa propuso adoptar una constitución comprometida con una redistribución económica radical, y esto necesariamente creó una coalición económicamente poderosa que se oponía a este cambio. De igual manera, Correa y los grupos indígenas concebían visiones muy distintas sobre el proceso de reforma constitucional¹¹⁷. Correa, sin embargo, logró ganar el apoyo de grupos indígenas y medioambientales clave para ratificar la Constitución –en buena parte acordando la inclusión de derechos indígenas y medioambientales clave. Organizaciones indígenas, tales como Pachaltuik, acudaron apoyar la ratificación organizando reuniones a lo largo del país¹¹⁸. Para exhortar a sus miembros a ratificar la Constitución, los líderes indígenas también enfatizaron el vínculo entre la reforma constitucional, el crecimiento inclusivo, las estrategias para combatir la pobreza, el reconocimiento de la “propiedad comunal e individual”, y otros aspectos de la identidad colectiva indígena¹¹⁹.

107 Constitución de la República de Ecuador, 11 de Agosto de 1998, art. 164.

108 Constitución de la República de Ecuador, 20 de Octubre del 2008, art. 144.

109 Ver Catherine Conaghan y Carlos de la Torre, “The Permanent Campaign of Rafael Correa: Making Ecuador’s Plebiscitary Presidency”, *The International Journal of Press/Politics*, 13 (2008): 267-270 (discutiendo el intent de Correa de competir por un término adicional en el mismo proceso que el referendum 2008 para la nueva Constitución).

110 Constitución de la República de Ecuador, 20 de Octubre del 2008, art. 147; id. Art. 148; ver también Mark Tushnet, “The New “Bolivarian” Constitutions: A Textual Analysis”, en *Comparative Constitutional Law in Latin America*, ed. Rosalind Dixon y Tom Ginsburg (Elgar, Cheltenham: 2017) (“Las disposiciones ecuatorianas no tienen un efecto real, porque el artículo 148 le da al presidente el poder de disolver la Asamblea Nacional ‘si de manera repetida sin justificación obstruye la implementación’ de el Plan Nacional de Desarrollo.”)

111 Constitución de la República de Ecuador, 20 de Octubre del 2008, art. 313. Para una visión diferente, que enfatiza la naturaleza sorprendentemente limitada de la expansión del poder presidencial en este contexto ver Tushnet, “The New “Bolivarian” Constitutions: A Textual Analysis”, pie de página 110, en 140-141. Tushnet, sin embargo, reconoce que es una cuestión de gradualidad, sugiriendo que: “El largo tratamiento convencional del poder presidencial no significa, por supuesto, que las nuevas constituciones hagan emerger el hiperpresidencialismo. La lista de los poderes presidenciales es bastante amplia, y no están limitados en ninguna forma por otras disposiciones. Ellos permiten el hiperpresidencialismo, pero no lo requieren”; Id. en 141.

112 Constitución de la República de Ecuador, 20 de Octubre del 2008, art. 133.

113 Id. art. 407.

114 Arsel, pie de página 106, en 154.

115 Zachary Elkins et al, *The Endurance of National Constitutions* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009).

116 Marc Becker, “The Stormy Relations between Rafael Correa and Social Movements in Ecuador”, *Latin American Perspective*, 40 (2013): 43, 47.

117 Id., en 48.

118 Becker, “Correa, Indigenous Movements, and the Writing of a New Constitution in Ecuador”, pie de página 4, en 51.

119 Id.

La comunidad internacional también respondió de manera favorable a la adopción del artículo 170: algunos académicos, de hecho, señalaron que el artículo 170 era una forma de “hermosa retórica [de la parte de Correa] usada para atraer el apoyo a Ecuador de la comunidad internacional” o una forma de “maquillaje verde” del Presidente y la CONAEI diseñado para “legitimar [sus] esfuerzos de continuar y expandir un modelo de desarrollo económico basado en extracción”, y con ello su propia popularidad electoral y poder político¹²⁰.

Muchos comentaristas sugieren que, con su apoyo a la inclusión de derechos indígenas y ambientales en la Constitución, el Presidente Correa estaba actuando de manera estratégica, en lugar de estar apoyando de manera intrínseca a los derechos de este tipo¹²¹. Correa ciertamente hizo algunas declaraciones vinculando los derechos indígenas y ambientales a una agenda política neo-bolivariana más amplia cuando señaló que el respeto por el medio ambiente estaba ligado a un rechazo al neo-liberalismo y al poder político y económico anterior¹²². Hay un claro hilo en el pensamiento político andino que conecta el respeto por la naturaleza, los derechos indígenas o el pluri-nacionalismo, con el rechazo a las políticas “occidentales neoliberales”¹²³.

Aun así, Correa mismo tuvo un historial muy corto de apoyo a los derechos indígenas o ambientales en la práctica. En cambio, tuvo un récord público de choques con grupos medioambientales: en el 2007 llamó “infantiles” y “fundamentalistas” a un grupo de ambientalistas en protesta en contra de la exploración de petróleo en el Parque Nacional Yasuní en el Amazonas¹²⁴. También tiene un historial muy corto en el apoyo a grupos indígenas y su llamado al “pluri-nacionalismo” en Ecuador. La redacción de la Constitución reflejó una serie de compromisos entre Correa y los grupos indígenas y medioambientales respecto al alcance de derechos relevantes. Los grupos indígenas, por ejemplo, buscaban el reconocimiento del kichwa como una lengua oficial del estado, pero Correa rebatió que era más importante aprender inglés que cualquier otra lengua indígena¹²⁵. El reconocimiento del kichwa como una lenguaje oficial para “relaciones interculturales” en el artículo 157 de la Constitución representó, por ello, un claro compromiso entre grupos como la CONAEI y los partidarios de Correa¹²⁶. Los grupos indígenas por su parte señalaron que las comunidades indígenas debían tener el derecho de veto respecto a la extracción de recursos en sus tierras, como implicancia de la noción de pluri-nacionalismo, mientras que Correa señalaba que el estado debía mantener el control sobre estas decisiones¹²⁷. La Constitución de nuevo reflejó el compromiso entre ambas posiciones: reconoce un derecho a los grupos indígenas de una “consulta” informada, pero no el de vetar ninguna actividad¹²⁸.

Implementando la Constitución del 2008: Poderes Presidenciales vs. Derechos Medioambientales

¿Entonces cuál ha sido el récord de implementación de estos distintos tipos de reforma constitucional? Correa ya contaba con un fuerte apoyo electoral al momento en el que la Constitución fue redactada. Así, en Noviembre del 2006, en la segunda vuelta electoral, recibió el cincuenta y cinco por ciento de los votos; y en el 2007, cuando la Constitución fue redactada, gozaba de una popularidad de entre el setenta y cinco y el ochenta por ciento¹²⁹. Correa también ganó la reelección en dos oportunidades más después del 2008: en el 2009, y otra vez en el 2015, con cincuenta y cinco por ciento del voto nacional¹³⁰. El partido político de Correa, PAIS, ganó el número más amplio de escaños en las elecciones legislativas del 2009 y del 2013¹³¹. Fue

120 Louis J. Kotzé y Paolo Villavicencio Calzadilla, “Somewhere between Rhetoric and Reality: Environmental Constitutionalism and the Rights of Nature in Ecuador”, *Transnational Environmental Law*, 6 (2017): 401, 426-427 (señalando que las políticas de extracción han sido justificadas por la necesidad de alcanzar justicia social y alivio de la pobreza, que han sido parte esencial del éxito político de Correa).

121 Becker, “The Stormy Relations between Rafael Correa and Social Movements in Ecuador”, pie de página 116, en 48; Mary Elizabeth Whittemore, “The Problems of Enforcing Nature’s Rights Under Ecuador’s Constitution: Why the 2008 Environmental Amendments Have No Bite”, *Pacific Rim Law & Policy Journal*, 20 (2011): 659, 662; Becker, “Correa, Indigenous Movements, and the Writing of a New Constitution in Ecuador”, pie de página 4, en 51; Paul Dosh y Nicole Kligerman, *Correa vs. Social Movements: Showdown in Ecuador*, NACLA (1 de Septiembre del 2009), <https://nacla.org/article/correa-vs-social-movements-showdown-ecuador>.

122 Kotza y Calzadilla, pie de página 120, en 416.

123 *Id.* en 417.

124 Becker, “Correa, Indigenous Movements, and the Writing of a New Constitution in Ecuador”, pie de página 4, en 56.

125 Becker, “Correa, Indigenous Movements, and the Writing of a New Constitution in Ecuador”, pie de página 4, en 56 (citando *Las ONG dejan su huella en Ciudad Alfara*, El Comercio, 23 de Julio del 2008).

126 *Id.* en 56. Becker también señala que Correa tuvo éxito al poner el Shuar como otra lengua oficial, y por tanto posiblemente socavando el estatus especial del Kichwa, y expandiendo su apoyo político al sureste del Amazonas donde el Shuar es usado.

127 Ver Jennifer Collins, “Rafael Correa and the Struggle for a New Ecuador”, *Global Dialogue*, 10 (2008): 44 (señalando que el concepto de veto era controversial).

128 Constitución de la República de Ecuador, Capítulo 4, art. 57; Ver Becker, “Correa, Indigenous Movements, and the Writing of a New Constitution in Ecuador”, pie de página 4, en 58 (detallando el debate entre las comunidades indígenas y Correa).

129 Collins, pie de página 127, en 39.

130 Associated Press, *Rafael Correa Re-Elected for Third Term as President of Ecuador*, The Guardian (18 de Febrero del 2003, 4:00 PM), <https://www.theguardian.com/world/2013/feb/18/ecuador-election-rafael-correa-victory>

131 *Ecuador National Assembly Election Archive: Elections 2009*, Inter-Parliamentary Union (13 de Julio del 2009), http://www.ipu.org/parline-e/reports/arc/2095_09.htm; *More of the Same, Please: Rafael Correa Wins Re-election Comfortably*, The Economist (18 de Febrero del 2013), <https://www.economist.com/blogs/americasview/2013/02/ecuadors-presidential-election>

solo después de una protesta a gran escala que Correa acordó no participar en las elecciones presidenciales del 2017; y hay rumores de que volverá a buscar la presidencia en el 2021¹³².

La Constitución del 2008, sin embargo, también expandía de manera sustancial el poder del presidente, y la predominancia electoral de Correa. Las reformas que creó no necesariamente lograron socavar de manera inmediata el sistema de democracia competitiva y multipartidaria en Ecuador¹³³. De hecho, las reformas introducidas por la Constitución del 2008 eran compatibles con los compromisos de democracia multipartidaria: las democracias parlamentarias generalmente permiten a la cabeza de gobierno ser electo de manera indefinida, e incluso en los sistemas presidenciales, hay muchos países que permiten al presidente servir durante dos en lugar de solo un término consecutivo¹³⁴. Muchos países comprometidos con la democracia social también les dan a los actores de las legislaturas o del ejecutivo amplios poderes sobre los recursos naturales¹³⁵. Pero en su búsqueda de empoderar al presidente y a su partido para retar a la estructura económica y política existente, la Constitución creó el potencial para nuevas formas de dominio político por parte del partido de Correa y la CONNAIE: le dio a Correa el potencial de permanecer en el cargo por más de diez años en total y, con ello, lograr un control significativo sobre la composición de la mayoría de constituciones independientes en el país¹³⁶. Aumentó los poderes del presidente de proponer un plan nacional de desarrollo y disolver la Asamblea Nacional si “de manera repetida obstruía la implementación” de este plan¹³⁷. Y le dio al presidente poder casi irrestricto sobre el núcleo nacional de recursos, como el petróleo y el gas (que representan casi el treinta y cinco por ciento de la economía de Ecuador),¹³⁸ con lo que Correa pudo contar para recompensar a su base de soporte y socavar a la oposición.

El incremento en el dominio político de este tipo ha permitido a Correa lograr una serie de reformas constitucionales más amplias, expandiendo su propio poder, sin miedo a ningún control político o judicial relevante. En el 2011, por ejemplo, Correa auspició de manera exitosa una serie de enmiendas diseñadas para incrementar su poder sobre las “telecomunicaciones” y el “espectro radioeléctrico”, y con ello lograr tener un significativo control sobre los medios¹³⁹. Desde entonces, también utilizó este poder de manera constante para silenciar a sus críticos: En el 2012, incrementó el gasto del gobierno sobre los medios de su dominio de \$ 2 millones a \$129 millones por año¹⁴⁰. En el 2013, el Congreso dominado por la COPAIE aprobó una Ley Orgánica de Comunicaciones, expendiendo de manera considerable el control sobre los medios y la libertad de expresión¹⁴¹. En el 2014, la policía allanó los hogares de periodistas y requirió a un caricaturista publicar una “corrección” y pagar una gran multa –y en el 2015, el regulador nacional de medios sancionó a otro conocido caricaturista y a un periódico nacional líder por “discriminación socio-económica” al criticar a un recién elegido legislador de PAIS¹⁴².

En el 2013, Correa propuso reformar la Constitución del 2008 para remover todo límite al periodo presidencial y para hacerlo optar por el procedimiento ordinario de “enmienda” constitucional, en lugar del de reforma¹⁴³. Esta no fue aceptada por la oposición política, que presentó una acción ante la Corte Constitucional de Ecuador¹⁴⁴, por ser inconsistente con la disposición de la Constitución del 2008 que requería que las “reformas de gran escala” de la Constitución debían ser aprobadas por vía de referéndum nacional, mientras que las reformas parciales podían ser aprobadas por mayoría en la Asamblea Nacional¹⁴⁵.

132 Taylos Gillan, *Ecuador Lawmakers End Presidential Term Limits*, Jurist (4 de Diciembre del 2015), <http://www.jurist.org/paperchase/2015/12/ecuador-lawmakers-end-presidential-term-limits.php>; Martín Pallares, *Ecuador's Political Eruption*, New York Times (1 de Septiembre del 2015), <https://www.nytimes.com/2015/09/02/opinion/ecuadors-political-eruption.html>; Simeon Tegel, *President for Life? It Will Be Possible in Ecuador in 2021*, Vice (5 de Diciembre del 2015), <https://news.vice.com/article/president-for-life-it-will-be-possible-in-ecuador-in-2021>; Wily Correa, *The Economist* (19 de Noviembre del 2015), <https://www.economist.com/news/americas/21678835-even-if-he-does-not-stand-re-election-president-may-still-run-country-wily-correa>; Rosalind Dixon y David Landau, “Tiered Constitutional Design”, *George Washington Law Review*, 86 (2017).

133 Tushnet, *The New “Bolivarian” Constitutions: A Textual Analysis*, pie de página 110.

134 Gideon Maltz, “The Case for Presidential Term Limits”, *Journal of Democracy*, 18 (2007): 128, 139; *Presidential Terms and Term Limits in Sub-Saharan Africa*, <http://www.journalofdemocracy.org/sites/default/files/ReyntjensTermLimitsTable-27-3.pdf>; Ludger Helms, *Presidents, Prime Ministers and Chancellors: Executive Leadership in Western Democracies* (Londres: Palgrave Macmillan, 2004): 27.

135 Pero ver Tushnet, pie de página 110, en 141.

136 Ver Dixon y Landau, “Competitive Democracy and the Constitutional Minimum Core”, pie de página 46, en 625 (hacienda un argumento similar señalando los peligros de la reforma constitucional en Hungría del 2010-2011).

137 Constitución de la República de Ecuador, 20 de Octubre del 2008, art. 148; Tushnet, pie de página 110, en 140.

138 Constitución de la República de Ecuador, 20 de Octubre del 2008, art. 313.

139 *Id.*

140 Becker, “The Stormy Relations between Rafael Correa and Social Movements in Ecuador”, pie de página 116, en 53.

141 Carolina Silva-Portero, *Chronicle of an Amendment Foretold: Eliminating Presidential Term Limits in Ecuador*, ConstitutionNet (20 de Enero del 2016), <http://www.constitutionnet.org/news/chronicle-amendment-foretold-eliminating-presidential-term-limits-ecuador>

142 Alex Pashley, *Ecuador Going After “Ink Assassin” Over Controversial Political Cartoon*, Vice News (17 de Febrero del 2015), <https://news.vice.com/article/ecuador-going-after-ink-assassin-over-controversial-political-cartoon>

143 Silva-Portero, pie de página 141.

144 *Id.*

145 Constitución de la República de Ecuador, 20 de Octubre del 2008, art. 441-442. Las reformas parciales pueden tampoco alterar la “estructura fundamental o la naturaleza o constitución de los elementos del Estado” de la constitución.

Pero casi todos los miembros de la Corte habían sido puestos por Correa, y la Corte finalmente rechazó la acción –señalando que las reformas relevantes podían de hecho ser adoptadas por vía de una simple enmienda constitucional¹⁴⁶.

En el lado opuesto, los pueblos indígenas y los grupos medioambientales han encontrado a menudo que tienen poder limitado para hacer cumplir los compromisos de consulta previa y desarrollo sostenible puestos en la Constitución¹⁴⁷. Algunos académicos ciertamente señalan que la constitucionalización de los derechos de la naturaleza ha ayudado a dar un nuevo enfoque y legitimidad los movimientos por los derechos medioambientales en Ecuador –tanto a nivel doméstico como internacional.

El movimiento, sin embargo, también se ha encontrado con crecientes obstáculos – cuando su agenda se enfrenta con la del Presidente o la de su partido.

Por ejemplo, en el 2007, en el tiempo en que la Constitución estaba siendo redactada, una serie de grupos medioambientales en Ecuador desarrollaron un plan de gran repercusión para proteger el Parque Nacional Yasuni¹⁴⁸. El plan consistía en una suspensión de todas las actividades de extracción y exploración de petróleo de la región –y por tanto también una reducción mayor de la emisión global de carbono– a cambio de un importante apoyo internacional para formas más sostenibles de desarrollo en Ecuador¹⁴⁹. En ese sentido, claramente favorecía una serie de importantes compromisos bajo la Constitución del 2008, incluyendo derechos medioambientales señalados en el Artículo 71. Para el 2010, países europeos habían acordado dar un aproximado de \$3.5 billones en diez años (o la mitad del valor de los depósitos de petróleo) para apoyar medidas de salud pública, educación, y otros programas sociales, si el plan era respetado¹⁵⁰.

Correa, sin embargo, decidió ese mismo año de manera unilateral retirar a Ecuador del plan –señalando que este constituía una violación a la soberanía nacional y no protegía adecuadamente los derechos de Ecuador en la estructura de gobierno propuesta¹⁵¹. Esto llevó al Ministerio de Relaciones Exteriores y a Correa a una serie de nuevas negociaciones. Eventualmente se mostró de acuerdo a una nueva versión del plan, administrada por la UNDP, pero en el 2013 decidió nuevamente de manera unilateral retirarse del plan¹⁵², y anunció un lapso de tiempo para la exploración y excavado –señalando que la comunidad internacional no había hecho una contribución financiera adecuada (a ese momento solo \$330 millones)¹⁵³.

De manera similar, en el 2009, el congreso nacional interino aprobó una nueva ley de minería, que fue ampliamente criticada por no proteger de manera adecuada los derechos de los pueblos indígenas a la consulta previa o contener adecuadas garantías medioambientales¹⁵⁴. Correa mismo, sin embargo, defendió esta ley señalándola como necesaria para promover un programa para el desarrollo contra la pobreza¹⁵⁵. Los aliados de Correa también controlaban una clara mayoría en el Congreso¹⁵⁶. Los intentos de la sociedad civil para confrontar esta ley bajo la Constitución no fueron exitosos¹⁵⁷. La Corte Constitucional de Ecuador sostuvo que, mientras que los derechos medioambientales quedaban potencialmente comprometidos por esta ley, el Artículo 407 de la Constitución le otorgaba al estado el poder de hacer excepciones a las restricciones constitucionales con respecto a desarrollar minería en áreas ambientalmente sensibles donde el gobierno declara que hay interés nacional¹⁵⁸. La Corte señaló que la legislación era consistente con este tipo de reservas.

146 Silvia-Portero, pie de página 141.

147 Para declaraciones de ecuatorianos prominentes señalando que las acciones de Correa violaban la Constitución en este contexto, ver, por ejemplo, Becker “The Stormy Relations between Rafael Correa and Social Movements in Ecuador”, pie de página 116, en 55-56; Alberto Acosta, “Siempre más democracia, nunca menos: a manera de prólogo”, en *El Buen Vivir: Una Vía Para el Desarrollo*, ed. Alberto Acosta y Esperanza Martínez (Quito: Abya Yala, 2009), 19; Carlos Zorrilla, *Large-Scale Mining to Test Rights of Nature in Ecuador*, Upside Down World (1 de Julio del 2011), <http://upside-downworld.org/archives/ecuador/large-scale-mining-to-test-rights-of-nature-in-ecuador/>

148 Becker, “The Stormy Relations between Rafael Correa and Social Movements in Ecuador”, pie de página 116, en 56.

149 *Id.*

150 *Id.* en 57.

151 *Id.*

152 United Nations Development Programme, *Ecuador Yasuni ITT Trust Fund Contributions to be Fully Reimbursed* (7 de Noviembre del 2013), <http://www.undp.org/content/undp/en/home/presscenter/articles/2013/11/07/ecuador-yasuni-itt-trust-fund-contributions-to-be-fully-reimbursed.html>

153 Adam Vaughan, *Ecuador Signs Permits for Oil Drilling in Amazon's Yasuni National Park*, The Guardian (23 de Mayo del 2014), <https://www.theguardian.com/environment/2014/may/23/ecuador-amazon-yasuni-national-park-oil-drill>

154 Becker, “Correa, Indigenous Movements, and the Writing of a New Constitution in Ecuador”, pie de página 4, en 58.

155 *Id.* en 48.

156 *Id.* en 46.

157 Whittemore, pie de página 121, en 664.

158 Caso No. 0038-13-IS (2013) (Corte Constitucional del Ecuador); ver también Craig M. Kauffman y Pamela L. Martin, *Testing Ecuador's Rights of Nature: Why Some Lawsuits Succeed and Others Fail*, App., Paper Presented at the International Studies Association Annual Convention, Atlanta, GA, 6 (18 de Marzo del 2016), <http://www.earthlawcenter.org/s/Kauffman-Martin-16-Testing-Ecuador-RoN-Laws.pdf> (discutiendo la demanda del 2009 contra la Ley de Minería presentada por CONAIE y la junta comunitaria de agua).

La sociedad civil buscó entonces confiar directamente en los derechos medioambientales de la Constitución para limitar nuevos proyectos mineros propuestos por el gobierno, como el proyecto “Condor-Mirador” –un proyecto de larga escala, de mina a tajo abierto operado por una empresa china en el Amazonas¹⁵⁹. Un juez provincial, sin embargo, desestimó el pedido, señalando que los denunciantes carecían de legitimidad para plantear la demanda (porque su interés era “privado” comparado al interés público de seguir con la mina) y que la mina no afectaba “áreas protegidas” (a pesar de la evidencia del inspector del Ministerio del Ambiente, que decía lo contrario)¹⁶⁰. La apelación a una corte provincial de Pinchucha también fracasó¹⁶¹.

Muchos comentarios han señalado que las decisiones de este tipo también eran producto de la influencia de Correa sobre las cortes. El politólogo Craig M. Kauffman y Pamela M. Martin muestran evidencia directa de la interferencia de Correa en la independencia judicial en ese contexto: citan un memo del 2010, que presuntamente circuló entre los jueves a través de la Secretaría General del Consejo de la Judicatura, en el cual Correa advierte de manera explícita que cualquier juez que señale proyectos de inversión (incluyendo mineros) como inconstitucionales sería personalmente responsable frente al estado por “daños y perjuicios” causados por la pérdida de la oportunidad de desarrollar tales proyectos¹⁶².

La amplia influencia de Correa sobre instituciones independientes también ha limitado el alcance de la sociedad civil para las movilizaciones a favor de la implementación de los compromisos basados en derechos. En el 2014, por ejemplo, la Corte Constitucional rechazó el cuestionamiento a la nueva Ley Orgánica de Comunicaciones, que permitía al regulador de medios (bajo los cambios creados por una enmienda constitucional aprobada en el 2011) imponer importantes restricciones a la libertad de expresión¹⁶³. El control de Correa sobre las bajas cortes, policía y los procuradores del mismo modo ha ayudado a suprimir formas más efectivas de protesta contra su gobierno. Algunas organizaciones, como el Instituto Científico de Culturas Indígenas, criticó a Correa por usar tácticas represivas contra sus opositores incluso mientras la Constitución estaba siendo redactada¹⁶⁴. Durante las protestas del 2007 sobre los posibles proyectos mineros en Yasuní, Correa impuso un estado de emergencia y arrestó a cuarenta y cinco activistas medioambientales bajo cargos de “terrorismo” por intentar detener toda actividad extractiva de esa área¹⁶⁵. Incluso después que cesó el estado de emergencia, mantuvo en detención a veintitrés personas, y fue solo la asamblea constituyente de marzo del 2008 que llevó a que 357 activistas medioambientales fueran sujetos de amnistía a los cargos relacionados a su oposición a extracción minera y de petróleo¹⁶⁶.

Después de la adopción de la Constitución, estas tácticas se aceleraron cuando CONAIE y Mónica Chuji, una líder política indígena y miembro de la asamblea constituyente, criticó al congreso interino de Correa por su decisión de adoptar la ley de minería. Correa de manera repetida señaló estas críticas como “terrorismo criminal y subversivo”¹⁶⁷. Cuando CONAIE respondió contra la ley por medio de la organización de protestas nacionales, los protestantes fueron reprimidos y arrestados¹⁶⁸. En el 2001, cuando Chuji acusó a un miembro del gobierno de Correa de corrupción, el gobierno la demandó por difamación; se le multó con \$100,000 y fue sentenciada a un año de prisión¹⁶⁹. Otros críticos del gobierno también encararon demandas por difamación similares: Correa mismo impuso una demanda contra el diario El Universo (uno de los más importantes diarios de Ecuador) por publicar editoriales en contra de sus políticas¹⁷⁰. Estos ataques a la oposición también estuvieron respaldados por la aprobación exitosa de las enmiendas relevantes a la Constitución en el 2011, que incrementaron el control del gobierno sobre los medios y sobre las cortes¹⁷¹.

159 Kauffman y Martin, pie de página 158, en 9.

160 *Id.* en 10.

161 *Id.* en 11.

162 *Id.*

163 *Freedom in the World 2016: Ecuador*, Freedom House (2016), <http://freedomhouse.org/report/freedom-world/2016/Ecuador>

164 Becker, “The Stormy Relations between Rafael Correa and Social Movements in Ecuador”, pie de página 116, en 57.

165 *Id.* en 56.

166 Marc Becker, “Resource Extraction, Sumak Kawsay, and Social Movement Resistance in Ecuador Under Rafael Correa”, en *The New Global Politics: Global Social Movements in the Twenty-First Century*, ed. Harry E. Vanden et al. (Londres: Abingdon-on-Thames, 2017), 61, 66.

167 Becker, “The Stormy Relations between Rafael Correa and Social Movements in Ecuador”, pie de página 116, en 58 (cita interna omitida).

168 *Id.* Algunos incluso alegaron haber sufrido heridas por disparos.

169 Gonzalo Solano, *Correa Pardons Newspaper in Libel Case*, San Diego Union-Tribune (27 de Febrero del 2012), <http://www.sandiegouniontribune.com/sdut-correa-pardons-newspaper-in-libel-case-2012feb27-story.html>

170 *Id.*

171 *Ecuador’s Constitutional Referendum: A Close Count*, The Economist (12 de Mayo del 2011), <http://www.economist.com/node/18682681>

5.2. Fiji

Orígenes de los derechos sociales y políticos del 2013

Fiji tiene una larga historia de gobiernos militares: desde su independencia, se ha visto tres golpes militares derrocar a gobiernos democráticos. Primero ocurrió en 1987, donde el General Mayor Sitiveni Rabuka llegó al poder¹⁷²; luego ocurrió en el 2000, bajo el liderazgo del General George Speight¹⁷³; y la tercera oportunidad fue en el 2006, bajo el mando del Comandante Bainimarama¹⁷⁴. Además, en casi todos los casos, la presión puesta sobre los líderes golpistas los ha llevado a adoptar una nueva constitución, permitiendo nuevas elecciones democráticas, y/o dando forma legal a sus gobiernos.

En 1987, por ejemplo, después de tomar el poder y abolir la Constitución de 1970, el General Mayor Rabuka estuvo sujeto a amplia crítica internacional, lo que incluyó la suspensión de los fondos monetarios y la reducción de los flujos de asistencia¹⁷⁵. Esto llevó a Rabuka adoptar una nueva constitución y a prometer nuevas elecciones democráticas, asignando 37 escaños legislativos a los indígenas fijianos, mientras que solo 27 escaños a la población (mayoritaria) indo-fijiana¹⁷⁶. Esta constitución, sin embargo, fue sujeta a muchas críticas internacionales.¹⁷⁷ Por ello, Rabuka accedió a revisar la Constitución de 1990, y la reemplazó con una nueva constitución, que le daba una representación más equivalente a la población indígena y a la hindú: la Constitución de 1997¹⁷⁸. Esto dio lugar al primer caso de una elección de un Primer Ministro indo-fijiano, el líder sindicalista Mahendra Chaudhry, que se enfrentó a una gran oposición de la comunidad indígena fijiana¹⁷⁹. Uno de los objetivos profesados por el líder del golpe del 2000, George Speight, era retornar a Fiji al modelo étnico-nacionalista de 1990¹⁸⁰. El Primer Ministro interino, colocado por Speight, Laisenia Qarase, anunció un plan para restaurar una representación comunal más fuerte y discriminación positiva para los indígenas fijianos, así como redactar una nueva constitución basada en la Constitución de 1990¹⁸¹. Esto llevó a un amplio apoyo para Speight y Qarase de parte de la comunidad indígena fijiana, -lo que incluyó demostraciones públicas de apoyo al régimen golpista y manifestaciones públicas de apoyo de distintos líderes¹⁸².

Una vez más, sin embargo, se puso presión sobre Speight y Qarase de convocar a elecciones democráticas: en el 2001, la Corte de Apelaciones de Fiji ratificó la decisión de una corte baja que determinaba la ilegalidad del régimen golpista bajo la Constitución de 1997¹⁸³. Esto llevó a Qarase a llamar a elecciones que culminaron en la reelección de su gobierno, pero con una colisión que involucraba una mayor mezcla de los partidos indígenas e indo-fijianos¹⁸⁴. Una vez reelegido, sin embargo, el gobierno de Qarase continuó con

172 Steven Ratuva, "The Military Coups in Fiji: Reactive and Transformative Tendencies", *Asian Journal of Political Science*, 19 (2011): 96, 104.
173 *Id.* en 105.

174 Brij V. Lal, "Anxiety, Uncertainty and Fear in Our Land: Fiji's Road to Military Coup, 2006", en *The 2006 Military Takeover in Fiji: A Coup to End All Coups?*, ed. Jon Fraenkel et al. (Canberra: Australian National University Press, 2009), 21.

175 Roderic Alley, "The Coup Crisis in Fiji", *Australian Journal of Political Science*, 35 (2000): 515, 516, 519-520.

176 Ver *id.* en 516 (explicando que entre 1987 y 2000, los indígenas fijianos reemplazaron a los indo-fijianos como mayoría étnica en la población fijiana total).

177 Ver Yash Ghai & Jill Cottrell, "A Tale of Three Constitutions: Ethnicity and Politics in Fiji", *International Journal of Constitutional Law*, 5 (2007): 639-640 (explicando que la Constitución de 1990 fue reemplazada en parte por la presión internacional); ver también Robert Norton, "Reconciling Ethnicity and Nation: Contending Discourses in Fiji's Constitutional Reform", *The Contemporary Pacific*, 12 (2000): 83, 90 ("Las protestas en India en contra de la Constitución de 1990 fue apoyada por gobiernos extranjeros (Australia, Estados Unidos, Nueva Zelanda, y el Reino Unido)...")

178 Esto fue sumado a seis asientos generales. Ver también Ghai y Cottrell, pie de página 177, en 653 (explicando que la Constitución de 1997 estaba diseñada para promover la armonía racial y la unidad nacional).

179 Ver Ghai y Cottrell, pie de página 177, en 664 (discutiendo la oposición del Primer Ministro Chaudhry, orquestado por George Speight y otros políticos derrotados).

180 Ver Norton, pie de página 177, en 92 (discutiendo la larga tensión en Fiji entre una ideología de igualdad política y étnica y la visión que los indígenas fijianos eran supremos y titulares de una posición especial de poder); Reinout E. De Vries, "Ethnic Tension in Paradise: Explaining Ethnic Supremacy Aspirations in Fiji", *International Journal of Intercultural Relations*, 26 (2002): 311, 312, 324 (discutiendo que los indígenas fijianos tienen un fuerte sentimiento de supremacía étnica, lo que contribuyó a múltiples golpes de estado entre 1987 y 2002 que intentaban restaurar la supremacía de los indígenas fijianos en la política); Sina Emde, "Feared Rumours and Rumours of Fear: The Politicisation of Ethnicity During the Fiji Coup in May 2000", *Oceania*, 75 (2005): 387, 388, 392, 396 (discutiendo el uso del miedo y los rumores por parte de Speight y los etno-nacionalistas para el avance de su plataforma política basada en temas raciales y ganar el apoyo entre los indígenas fijianos).

181 Stephanie Lawson, *The Failure of Democratic Politics in Fiji* (Oxford: Oxford University Press, 1991), 301.

182 La única razón por la cual el proceso de hacer la constitución no ocurrió fue que la Corte de Apelaciones sostuvo que el golpe de estado era ilegal bajo la Constitución de 1997. Esto también llevó a Qarase a convocar a elecciones democráticas. *Id.* en 300.

183 George Williams, "The Case that Stopped a Coup? The Rule of Law and Constitutionalism in Fiji", *Oxford University Commonwealth Law Journal*, 1(2001): 73, 84.

184 Lawson, pie de página 181, en 302, 305; ver también Jon Fraenkel y Stewart Firth, "The Cycles of Party Politics", en *From Election to Coup in Fiji: The 2006 Campaign and its Aftermath*, ed. Jon Fraenkel y Stewart Firth (Canberra: ANU Press, 2007), 65-45 (discutiendo los ciclos y la evolución en y entre los partidos políticos indígenas e indo-fijianos entre el 2001 y el 2006); Brij V. Lal, "Anxiety, Uncertainty, and Fear in Our Land: Fiji's Road to Military Coup, 2006", *Round Table* 96 (2007): 135-136, 140 (discutiendo las crecientes tensiones entre la fuerza militar liderada por Bainimarama y el gobierno liderado por Qarase, que culminó en la elección de una colación de gobierno multiétnica).

su intento de una agenda legislativa fuertemente pro-indígena¹⁸⁵. Esto de nuevo preparó el camino para un siguiente golpe liderado por Bainimarama en el 2006: las tensiones entre Qarase y Bainimarama se dieron desde el 2001 en adelante¹⁸⁶. En el 2006, los dos líderes se dieron una tregua temporal, accediendo a un acuerdo propuesto por la Primera Ministra de Nueva Zelanda, Helen Clark¹⁸⁷. Sin embargo, poco después Bainimarama anunció que había tomado el control del gobierno bajo la doctrina de “necesidad legal”, y se convirtió en el comandante tanto del gobierno militar como civil¹⁸⁸.

Siguiendo este golpe, hubo nuevamente presión en los líderes golpistas para adoptar una nueva constitución, lo cual abrió camino para el retorno de un mandato democrático. En el 2009, la Corte de Apelaciones de Fiyi (compuesta enteramente por jueces extranjeros) sostuvo que la Constitución de 1997 no autorizaba la declaración de un estado de emergencia por Bainimarama¹⁸⁹, la destitución del Primer Ministro Qarase, la disolución del Parlamento, o la creación de un gobierno interino encabezado por Bainimarama. Así, la Corte ordenó retornar a los términos de la Constitución de 1997 a través de la convocatoria a elecciones generales¹⁹⁰. Bainimarama, sin embargo, contestó con la revocación de la Constitución de 1997 en su totalidad¹⁹¹.

Esto llevó a una creciente presión por parte de la comunidad internacional para que se adoptase una nueva constitución y se programen elecciones democráticas. En el 2006, el fondo monetario suspendió a Fiyi por la violación de la Declaración de Harare en la que los estados miembros se comprometían a gobiernos democráticos¹⁹². La Unión Europea señaló que el golpe militar violaba el Acuerdo de Contonú entre la UE y Fiyi, y luego de la revocación de la Constitución en el 2009, anunció que suspendería todo tipo de asistencia a la industria azucarera fiyiana¹⁹³. Cuando el gobierno de Bainimarama rechazó efectuar elecciones democráticas en el 2009, Fiyi fue suspendido del Foro de las Islas del Pacífico¹⁹⁴.

Dadas estas circunstancias, la pregunta no era si es que habría una nueva constitución que garantizara elecciones democráticas, sino cuales serían los términos esta transición. La comunidad internacional y muchos líderes indígenas fiyianos apoyaban que las elecciones se dieran pronto, mientras que los militares buscaban el máximo retraso posible de las mismas¹⁹⁵. De manera similar, la comunidad internacional y civil buscaba que los militares volvieran a los cuarteles¹⁹⁶, mientras que Bainimarama buscaba consolidar el poder tanto del Primer Ministro como de los militares en la nueva constitución¹⁹⁷.

La Constitución del 2013 finalmente reflejó la respuesta de Bainimarama a esta pregunta: fue adoptada seis años después del golpe del 2006, con lo que significó un retraso de seis años entre elecciones democráticas. A su vez, adoptó una serie de medidas que consolidaban el rol del Primer Ministro y de los militares: el artículo 92 le daba al Primer Ministro un amplio poder sobre el servicio público, y de asignar cualquier responsabilidad del gobierno a sí mismo o a cualquier otro Ministro¹⁹⁸. El artículo 131 le da a los militares un rol amplio en relación a la “seguridad, defensa y bienestar de...los fiyianos”¹⁹⁹. El artículo 6 señala que todos los derechos pueden ser limitados por ley²⁰⁰, y el artículo 17 señala que la libertad de expresión y de prensa pueden ser limitadas por intereses de “seguridad nacional, seguridad pública, orden público, moral pública, salud pública o el orden en las elecciones” o para prevenir

185 Ver Lal, pie de página 184, en 142 (explicando que en lugar de trabajar para construir la confianza entre los funcionarios indo-fiyianos, Qarase se apresuró a aprobar las controversiales leyes del parlamento que servían para intereses de los indígenas fiyianos).

186 *Id.* en 137, 139.

187 *Id.* en 146-47.

188 Lawson, pie de página 181, en 303-305.

189 Sanjay Ramesh, “Constitutionalism and Governance in Fiji”, *Round Table* 99 (2010): 491, 493.

190 *Id.*; ver también Anita Jowitz, “The Qarase v. Bainimarama Appeal Case”, *Journal of South Pacific Law*, 13 (2009): 24, 29 (dando un panorama general para Qarase vs. Bainimarama, incluyendo un recuento de los casos judiciales y eventos entre 1999 y 2009); Anne Twomey, *The Fijian Coup Cases – The Constitution, Reserve Powers and the Doctrine of Necessity*, (Sydney Law Sch. Legal Studies Research Paper No. 09/26, 2009), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1399803 (discutiendo cómo los tribunales de Fiji que deciden la legalidad de los golpes de estado han manejado los problemas de la aplicación del estado de derecho en un entorno posterior al golpe y la posibilidad de que la decisión ponga en peligro la seguridad pública).

191 Ramesh, pie de página 189, en 492.

192 *Id.* en 495.

193 *Id.* en 497.

194 *Id.* en 492.

195 Jon Fraenkel, “The Great Roadmap Charade: Electoral Issues in Post-Coup Fiji”, en *The 2006 Military Takeover in Fiji: A Coup to End All Coups?*, ed. Jon Fraenkel et al. (Caneberra: ANU Press, 2009): 155, 161.

196 Ver Jon Fraenkel, “Melanesia in Review: Issues and Events, 2013: Fiji”, *Contemporary Pacific*, 26 (2014): 476, 480-481 (reportando que la mayoría de los que respondieron a una encuesta querían que el poder militar restaure el poder a las personas).

197 *Id.* en 480.

198 Constitución de la República de Fiyi, 7 de Septiembre del 2013, art. 92, <http://www.pacii.org/fj/Fiji-Constitution-English-2013.pdf>

199 *Id.* art. 131.

200 *Id.* art. 6.

“ataques al...respeto...de las instituciones”²⁰¹. Y el artículo 106 le da al Fiscal General amplio poder sobre nombramientos judiciales²⁰².

Al mismo tiempo, la Constitución adoptó una serie de novedosas garantías basadas en derechos²⁰³. Por primera vez en la historia post-independencia de Fiyi, la Constitución del 2013 abolió cualquier forma de representación comunal y adoptó un sistema de representación proporcional puramente basado en listas abiertas²⁰⁴. Redujo la edad para votar de veintiuno a dieciocho, garantizando así el derecho de voto de los jóvenes²⁰⁵. Y adoptó una serie de derechos sociales, incluyendo el derecho universal a la atención médica²⁰⁶.

En un comunicado de prensa en el que se presentaba la constitución redactada, el gobierno puso un fuerte énfasis en estos compromisos basados en derechos –p.e. derechos al voto igualitario y derechos sociales tales como educación, trabajo, salud, vivienda, alimento adecuado y agua²⁰⁷.

También hubo muy poco en los antecedentes políticos de Bainimarama que sugirieran un profundo apoyo, o ideales originarios, por esta reforma basada en derechos. Al momento en que se dio el golpe en el 2006, Bainimarama no hizo mención a ningún plan de reforma democrática o a la necesidad de proteger derechos al voto igualitario de todos los fiyianos. En cambio, señaló motivos anti-corrupción y la necesidad de erradicar la corrupción del gobierno²⁰⁸. El gabinete ministerial de Bainimarama contenía a varios ministros con un claro perfil público de apoyar, en lugar de oponerse, al nacionalismo étnico²⁰⁹. De igual manera, aun cuando se adoptaron bajo la Constitución una serie de derechos sociales, Bainimarama no hizo a Fiyi país signatario del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales²¹⁰.

Aun así, durante el 2006 y el 2013, Bainimarama incrementó gradualmente su discurso por derecho a la igualdad de voto para ganar el apoyo de indo-fiyianos hacia su gobierno y prefirió programar elecciones. En el 2008, en lugar de convocar de manera inmediata a elecciones, Bainimarama empezó un proceso de redacción de la “Carta del Pueblo para el Cambio”²¹¹. Esta Carta contenía un rol pujante de los militares en el desarrollo económico e invocaba una serie de medidas diseñadas para apelar a los votantes indo-fiyianos: una identidad común fiyiana, reformas electorales, la eliminación del reparto obligatorio de poder, programas de justicia social, y el fin a la discriminación (incluyendo acciones afirmativas para la población étnica fiyiana) en todos los niveles de gobierno²¹². El gobierno también se involucró en un proceso amplió de consulta sobre la Carta, con lo que justificó la larga prórroga en la programación de elecciones²¹³. Como parte de este proceso se consultó a 424,600 personas, lo que representaba el 80 por ciento de la población nacional adulta, y obtuvo el apoyo del 92 por ciento de los que respondieron²¹⁴. También logró obtener el apoyo activo de la Iglesia Católica y de muchos hombres de negocio fiyianos y figuras prominentes de la sociedad civil²¹⁵.

Al encargar a Yash Chai la dirección de la comisión independiente para la redacción de la nueva constitución, en el 2012, Bainimarama señaló que la constitución final lograría cumplir con los principales objetivos de la Carta –p.e. una “ciudadanía común y equitativa”; un estado laico; un poder judicial independiente; la eliminación de la discriminación; justicia social; el principio de “una persona, un voto”; la eliminación de la votación étnica; representación proporcional; y el voto desde los 18 años de edad²¹⁶. Cuando la Comisión

201 *Id.* art. 17.

202 *See id.* art. 106 (señalando que el fiscal general debe ser consultado sobre el nombramiento de todos los jueces y magistrados). La constitución también le da un importante rol a la Comisión de Servicios Judiciales, pero el Fiscal General tiene un rol central en relación a los nombramientos de la Comisión. *Id.* Art 104.

203 Consistentes con la lógica de un intercambio, ellos también tenían el potencial de colisionar con varias garantías estructurales.

204 *Id.* art. 53. La constitución preserve los derechos indígenas solo de una manera limitada, desvinculados de los procesos electorales y gubernamentales, como parte de la Carta de Derechos. *Id.* art 28.

205 *Id.* art. 23.

206 Press Release, Fijian Government, Blueprint for a Better Fiji—The 2013 Constitution is Unveiled (22 de Agosto del 2013), <http://www.coupfourandahalf.com/2013/08/2013-constitution-unveiled.html>

207 *Id.*

208 Brij V. Lal, “In Frank Bainimarama’s Shadow: Fiji, Elections and the Future”, *Journal of Pacific History*, 49 (2014): 457, 459.

209 *Id.*

210 Dominic O’Brien & Sue Farran, *A New Dawn for Human Rights in Fiji? Learning from Comparative Lessons*, 2 J. INT’L & COMP. L. 227, 257 (2015).

211 Ramesh, *supra* note 189, at 494.

212 *Id.* at 497–98.

213 Como parte de la Carta, se anunció una hoja de ruta para que se sostengan elecciones en un calendario altamente postergado. Ver Brij V. Lal, *The Strange Career of Commodore Frank Bainimarama’s 2006 Fiji Coup* 8 (Australian National University, State, Society & Governance in Melanesia, Discussion Paper 2013/8), <https://openresearch-repository.anu.edu.au/handle/1885/11319> (“El proceso de consulta de la Carta, con todas sus fallas y defectos, le ha dado a Bainimarama tiempo valioso para consolidar su posición.”).

214 Lawson, pie de página 181, en 309-310.

215 Jon Fraenkel, “The Origins of Military Autonomy in Fiji: A Tale of Three Coups”, *Australian Journal of International Affairs*, 67 (2013): 327, 338.

216 Lawson, pie de página 165, en 310.

Ghai produjo un texto constitucional que amenazaba el futuro electoral de Bainimarama y sus aliados, el líder citó estos principios como una razón para desconocer la propuesta de la Comisión²¹⁷ –y radicalmente alterar el proceso de reforma constitucional²¹⁸. El Presidente solicitó al gobierno, entonces, elaborar la redacción de una nueva constitución y la presentó para “consulta” pública. Y después de un breve periodo de consulta el gobierno adoptó la Constitución del 2013 sin someterla a una asamblea constituyente nombrada por el gobierno o referéndum popular²¹⁹.

En ese sentido, Bainimarama revirtió de manera efectiva la lógica de los anteriores líderes golpistas en Fiji y buscó derrocar al gobierno democráticamente electo prometiendo dar nuevos derechos a los indo-fijianos –p.e voto igualitario– en lugar de políticas de voto comunal o acciones afirmativas. Derechos de este tipo también fueron complementados por una variedad de derechos sociales, derechos para la gente joven, y ciertos derechos indígenas limitados bajo la declaración de derechos.²²⁰ Derechos de este tipo reflejan la lógica de chantaje: representan concesiones significativas para los votantes indo-fijianos diseñadas para incrementar el apoyo nacional a la Constitución del 2013, y dejar que Buinimarama permaneciera como Primer Ministro.

Implementando la Constitución del 2013: Poder Militar vs. Derechos Sociales y de los Indo-Fijianos

Bainimarama, por supuesto, gozó de gran dominio político al momento en el que la Constitución del 2013 fue promulgada²²¹. Como Comandante de las fuerzas militares fijianas, tenía un gran apoyo por parte de la milicia. Gozaba también de gran apoyo popular, especialmente entre los indo-fijianos: en el 2011, un grupo de expertos en Sidney realizó una encuesta presencial a los pobladores fijianos, y encontraron un índice de apoyo a Bainimarama de casi el 66 por ciento.²²² La Constitución del 2013, sin embargo, consolidó significativamente su poder como Primer Ministro, y el de sus aliados militares. En las elecciones del 2014, el partido de Bainimarama alcanzó un total del 59.2 por ciento de los votos populares, o 32 de los 50 escaños en el parlamento²²³. De esta manera, Bainimarama obtuvo el rol de Primer Ministro democráticamente electo, y ya no simplemente un líder golpista, para un periodo de 4 años más²²⁴.

En contraste, ha habido un registro diverso en lo referido a la implementación de varias garantías de derechos constitucionales. Para algunos derechos, como el derecho a la salud, agua y vivienda²²⁵, el gobierno de Bainimarama ha adoptado una serie de políticas diseñadas para promover la realización de estos derechos. Por ejemplo, se incrementaron los programas de tratamiento y purificación del agua, se llevó electricidad a muchas comunidades rurales, y se expandió el acceso a vivienda a muchos fijianos que vivían en viviendas informales.²²⁶ En estos casos, el gobierno adoptó políticas bastante proactivas, sin tener que esperar a ningún pronunciamiento de alguna corte u organismos de derechos humanos²²⁷.

Otros derechos, sin embargo, no gozaron de una protección tan notoria. Este mismo gobierno no puso la implementación de estos derechos como una prioridad; y las cortes u otras instituciones independientes tuvieron muy poca disposición o habilidad para asegurarlos.

217 Esto también dio cierta legitimidad internacional a las acciones del presidente. Ver, p.e., Fraenkel, pie de página 215, en 486 (mostrando muestras de simpatía por parte del entonces Ministro de Relaciones Exteriores Bob Carr con el gobierno fijiano que señaló que abandonaría sus planes de una “asamblea nacional mayoritariamente no electa” y de una “re-creación de un Gran Consejo de Jefes no electos”).

218 *Id.*; Romitesh Kant, *The Road Map to Democracy and Fiji's 202 Constitution-Making Process* (Australian National University, In Brief 2014/37). El presidente incluso embargó todas las copias de la constitución y ordenó estaban prohibidas. Fraenkel, pie de página 215, en 486.

219 Kant, pie de página 218.

220 Constitución de la República de Fiji 2013, cap. 2, arts. 28-30.

221 *See Polls Close in First Fiji Vote after Coup*, Al Jazeera English (17 de Septiembre del 2014), <http://www.aljazeera.com/news/asia-pacific/2014/09/fijians-vote-first-poll-since-2006-coup-2014916215012195765.html> (señalando que Bainimarama “presionó permanentemente por la igualdad de derechos, lo que culminó en la Constitución del 2013, ayudándolo a consolidar su popularidad entre indo-fijianos”).

222 Jenny Hayward-Jones, *Fiji at Home and in the World: Public Opinion and Foreign Policy*, Lowy Inst. (5 de Septiembre del 2011), <https://www.lowyinstitute.org/publications/fiji-home-and-world-public-opinion-and-foreign-policy>

223 Mosmi Bhim, “Stifled Aspirations: The 2014 General Election under Restrictive Laws”, *Pacific Journalism Review*, 21 (2015): 108, 121.

224 Ver Constitución de la República de Fiji, art. 58 y ss, 1-2 (poniendo cuatro años como periodo del parlamento, sujeto a elecciones anticipadas a opción del Primer Ministro).

225 *Id.* arts. 35, 36, 8. Ver, por ejemplo, la discusión en Coel Kirkby, “Separation of Powers in the 2013 Constitution”, en *Fiji in Transition: Towards a Sustainable Constitutional Democracy* (Fiji: CCF, 2014), 25-39.

226 Ver *New USD 405 Million Fiji Water Resilience Scheme Highlighted to World Climate Community*, COP 23 (11 de octubre del 2017) <https://cop23.com.fj/largest-ever-eib-support-water-investment-small-island-state-new-usd-405-million-fiji-water-resilience-scheme-highlighted-world-climate-community>; Serafina Silaitoga, *Treated Water for Villagers*, Fiji Times Online, 27 de Febrero del 2017; Lal, pie de página 213; S. MacWilliam, *Bonapartism in the South Africa: The Bainimarama Government in Fiji*, *SJGM Discussion Paper 2015/10* (Canberra, ANU); *Fiji Squatters Receive Titles to Land*, Radio NZ, 13 de Noviembre del 2015, <https://www.radionz.co.nz/international/programmes/datetimepacific/audio/201778513/fiji-squatters-receive-titles-to-land>; Manasa Kalouniviti, *\$42.6m for Rural Electrification*, Fiji Times Online, 8 de Junio del 2018, <http://www.fjtimes.com/story.aspx?id=429987>

227 Ver, p.e., Kirkby, pie de página 225, en 25–39 (anotando la ausencia de cualquier litigio sobre derechos sociales bajo la Constitución de Fiji del 2013).

Tomemos de ejemplo el derecho igualitario al voto. En el 2010, Bainimarama suspendió a los partidos y candidatos políticos existentes de su participación en las siguientes elecciones democráticas²²⁸, y los partidos re-constituidos (como el Partido Social Democrático Social, el Partido de los Trabajadores, y el Partido Democrático Popular) sufrieron de una clara desventaja en su participación en dichas elecciones, por la falta de nombres o candidatos reconocibles²²⁹. Luego de las elecciones, el gobierno continuó atacando a la oposición. En el 2014, tres miembros de la oposición fueron expulsados del parlamento por el resto del periodo por usar "lenguaje antiparlamentario"²³⁰. Otros miembros de oposición en el parlamento fueron detenidos después de asistir a un foro de discusión sobre la Constitución del 2013²³¹. Bajo las leyes anteriores de orden público, la oposición requiere todavía presentar un permiso para reunirse²³². Hay muy poco terreno para combatir estas restricciones a la libertad y participación política.

Luego de la destitución de los jueces australiano y neozelandés de la Corte de Apelaciones en el 2009, el gobierno fiyiano determinó que solo jueces fiyianos y esrilanqueses podían conformar la corte. Muchos de estos jueces han sido criticados por su falta de independencia, en comparación a los anteriores jueces de esta Corte²³³. Expertos señalan que otras instituciones independientes están igualmente amenazadas. Desde el 2014, académicos como Brij Lal señalan que el orden político en Fiji ha "dependido de la buena voluntad o los caprichos de dos hombres, Frank Bainimarama y se segundo al mando Aiyaz Sayed-Khaiyum"²³⁴. Esto también se extiende a instituciones formalmente independientes, lo que incluye la Comisión de Derechos Humanos y el Comité Electoral, así como las cortes²³⁵. Por tanto, hay muy poco terreno para que la sociedad civil o actores individuales confíen en que las garantías constitucionales protejan la integridad de los procesos electorales, o el derecho a la representación política igualitaria.

6. Los Derechos como sobornos, Movimientos Sociales y Actores Globales

Uno podría preguntarse: ¿Por qué los movimientos sociales aceptarían los derechos como sobornos o como parte de un plan inherentemente antidemocrático?

Una respuesta podría dars en la estructura de la democracia política, o de ciertos movimientos sociales: algunos actores de los movimientos sociales quizás puedan advertir que estos intercambios constitucionales o negociaciones son un riesgo para la democracia, pero tienen razones internas para priorizar el aumento de derechos. Los grupos pueden estar estructurados o basados en formas que promueven una "visión de túnel" donde se concentran solamente en localizar aumentos en el área en el que centran su causa, y no en efectos más amplios en el sistema²³⁶. Así, pueden estar solamente preocupados en lograr una reforma basada en derechos, y no en el impacto más general que podrían tener sus acciones en la calidad democrática misma. Esta puede ser una respuesta, o una reflexión, respecto a los problemas de agencia en la organización de los movimientos sociales²³⁷.

Otra respuesta, sin embargo, puede ser que los movimientos sociales no visualizan de manera completa los riesgos que involucran los intercambios de este tipo. Puede que tengan limitaciones de conocimiento, experiencia o políticas constitucionales democráticas, y cómo es que varias reformas constitucionales acaban con el tiempo. O puede que estén sujetos a determinados sesgos de comportamientos –como

228 Ramesh, pie de página 189, en 500-501.

229 Ver Sanjay Ramesh, *Fiji Goes to the Polls*, Worldpress.org (25 de agosto del 2014), <http://www.worldpress.org/Asia/4025.cfm> (subrayando nuevos partidos); Fraenkel, pie de página 215, en 482 (explicando que "en un modelo de circunscripción única, dichos sistemas benefician a los partidos que tienen candidatos con atractivo nacional"); Bhim, pie de página 223, en 113 (señalando la restricción de la candidatura de anteriores primeros ministros, incluyendo a Qarase y Chaudhry).

230 Bruce Hill et al., *Fiji's Bainimarama Still Dogged by Rights Issues 10 Years on from His Coup*, ABC NEWS (4 de Diciembre del 2016), <http://www.abc.net.au/news/2016-12-05/fijis-bainimarama-still-dogged-by-rights-issues/8087246>

231 *Id.*

232 Biman Prasad, *Is Our Democracy Really Working?*, THE FIJI TIMES ONLINE (30 de Enero del 2016), <http://www.fijitimes.com/story.aspx?id=339680>

233 See *Fiji 2010 Report*, FREEDOM HOUSE, <https://freedomhouse.org/report/freedom-world/2010/fiji> (visitado el 14 de Enero del 2018) (apuntando que "los nuevos jueces alineados con el régimen militar eran designados, al igual que el ex presidente del Tribunal y varios jueces leales a Bainimarama").

234 Lal, pie de página 213, en 465-468.

235 *Id.*

236 See Tom Ginsburg y Eric A. Posner, "Subconstitutionalism", *Stanford Law Review*, 62 (2010): 1583, 1588-1590 (2010) (discutiendo el uso de la estructura constitucional para evitar las carencias de estos grupos faccionalizados).

237 Centrarse en una solo tópico puede hacer el monitoreo más fácil para los miembros, pero de igual manera, puede reflejar la preferencia de los líderes por los beneficios visibles de corto plazo asociados con cambios legales formales, en lugar de beneficios prácticos de largo plazo, y así dar un peso indebido a los logros de este tipo. Ver Ginsburg y Posner, pie de página 236, en 1588-1589, n.12 (describiendo el miedo de James Madison a que los votantes prioricen los beneficios de corto plazo, el cual fue incorporado a su modelo constitucional que buscaba limitar la influencia de estas facciones).

“sesgos de optimismo” – que afectan su evaluación de probables consecuencias de reformas sistemáticas en el éxito de determinados derechos²³⁸. “Puntos ciegos” o sesgos de este tipo pueden ser aumentados por actores internacionales gubernamentales o no gubernamentales y el apoyo que a menudo brindan para la expansión de derechos constitucionales.

Tal cual Vicki Jackson y yo hemos planteado, los actores constitucionales “foráneos” están obteniendo un rol central en los procesos de reforma constitucional en muchos países.²³⁹ Esto trae tanto oportunidades como peligros.

En Ecuador, por ejemplo, una ONG medioambiental de Filadelfia fue un actor clave involucrado en la redacción del derecho a la naturaleza en el artículo 170 de la Constitución. De manera similar en Fiyi, los gobiernos extranjeros han elogiado la Constitución del 2013 y el llamado a elecciones democráticas bajo la nueva constitución²⁴⁰. Y en ningún momento se detuvieron a pensar en la limitada efectividad potencial de los derechos medioambientales o políticos, o sus garantías, bajo las condiciones del gobierno de un partido dominante.

Una posible respuesta a este fenómeno de derechos como sobornos, por ello, sería que los actores internacionales tuvieran una aproximación más cuidadosa al apoyar esfuerzos respecto a la expansión de derechos constitucionales –o al menos en el contexto de esfuerzos por una reforma constitucional estructural más amplia.

A veces las reformas basadas en derechos y las reformas constitucionales estructurales pueden reforzarse mutuamente: promover la apertura democrática y la rendición de cuentas, y así lograr la efectividad de las reformas basadas en derechos; o las reformas basadas en derechos pueden ampliar la libertad de expresión, asociación, acceso a la educación, o normas de igualdad, en formas que promueven un gobierno auténticamente democrático²⁴¹.

Pero en otros casos, el vínculo puede ser más problemático: Las reformas basadas en derechos pueden, en cambio, preparar el camino para un incremento en el poder de actores determinantes en el legislativo o ejecutivo, en formas que socavarían el compromiso de una democracia multipartidaria, y los derechos mismos. Los actores internacionales también podrían tener un rol más útil al resaltar estos peligros al asociarse con ONGs nacionales y movimientos sociales.

Los actores internacionales por sí solos pueden tener una capacidad limitada, al contrario de lo que se cree, de afectar la legitimidad de los procesos de reforma constitucional. Pero ayudando por medio de incrementar el conocimiento de los actores internacionales sobre los riesgos de ciertos tipos de reformas, pueden tener una mayor influencia en estos procesos –y de esta manera reducir el riesgo de formas inherentemente anti-democráticas en los procesos de reforma.

7. Derechos como Sobornos y Diseño Constitucional

Otra potencial implicancia de este vínculo entre reformas basadas en derechos y reformas anti-democráticas, se relaciona al diseño del procedimiento formal de enmiendas constitucionales. No todas las formas de reformas constitucionales anti-democráticas incluyen la expansión de derechos constitucionales; y no toda expansión de derechos constitucionales está vinculada a una reforma anti-democrática. Pero las dos están suficientemente conectadas como para que los redactores de una constitución presenten algo de atención a este vínculo en el diseño de los procesos formales de reforma constitucional: Al grado que los derechos como sobornos representan una forma de intercambio constitucional, una respuesta evidente es que los redactores de la constitución es promover la división de diferentes formas de reforma constitucional.

La idea de juntar, o dividir, varios procesos políticos o funciones es actualmente una parte común del arsenal de normas de derecho público²⁴². Los procesos de reforma constitucional también pueden ser

238 En Ecuador, por ejemplo, en el 2008, los líderes indígenas expresaron su miedo a que Correa de hecho no cree nuevas formas de gobernanza y los empodere para tener un rol en su auto-gobierno, o que “las victorias de Correa venga a expensas suyas”. Ver Herbert Simon, *Modelos of Man: Social and Rational* (California: University of California, 2008) (discutiendo el impacto de la racionalidad encerrada y las limitaciones cognitivas de las personas racionales bajo esta teoría). Pero, sin embargo, acordaron apoyar el proceso de cambio constitucional con la *esperanza* de que pudiera hacerlo.

239 Ver Rosalind Dixon y Vicki Jackson, *Constitutions Inside Out: Outsider Interventions in Domestic Constitutional Contexts* 165–80 (U. of New South Wales Faculty of Law Research Series, Paper No. 53, 2012) (detallando varios beneficios e inconvenientes de usar interpretaciones foráneas y compromisos).

240 Ver UN Human Rights Council, pie de página 255 y el texto acompañante (indicando la respuesta positiva de varios países).

241 Para la conexión teórica entre democracia y derechos de este tipo, ver, por ejemplo, John Rawls, *Political Liberalism* (Nueva York: Columbia University Press, 1993).

242 Ver, p.e., Berry y Gersen, pie de página 8, en 1386 (describiendo el concepto de la agrupación de poderes constitucionales establecidas

divididas en dos formas clave: primero, preferencia por procesos de enmienda constitucional por encima de reemplazos; y segundo, a través de procedimientos formales de reforma que alienten la división de enmiendas constitucionales.

Los acuerdos anti-democráticos señalados en la Parte 4 ocurrieron bajo un contexto de procesos de reemplazo constitucional, en lugar de enmienda: En Ecuador, por vía de la adopción de la Constitución del 2008, en oposición a la enmienda de la Constitución de 1998²⁴³; y en Fiyi, por vía de la adopción de la Constitución del 2013, en lugar de reinstalar o enmendar la constitución de 1997²⁴⁴. En el caso de Ecuador, esto estuvo acompañado de un proceso posterior de reforma constitucional vía enmienda²⁴⁵, y otra vez involucró un intercambio constitucional basado en derechos²⁴⁶. La escena, o la predeterminación, para esta reforma, sin embargo, estuvieron dadas por el proceso de reemplazo constitucional previo.

Proceso de reemplazo de una constitución de este tipo necesariamente involucran un amplio rango de negociación constitucional, lo que incentiva a los partidos a confiar en intercambios constitucionales. Sin una forma de negociación, sería muy difícil para los partidos acordar los términos de una constitución dentro del margen de tiempo necesario: la necesidad de abordar tantos tópicos distintos generan el potencial de un muy alto “costo de negociación” para los partidos²⁴⁷. Algún tipo de retraso, o decisión de no decidir, por ello, será necesario para alcanzar un acuerdo en todos los términos relevantes del texto constitucional final. Los intercambios constitucionales son una forma importante en lo que esto se logra

Los procesos de enmienda constitucional, en cambio, generalmente no necesitan ocurrir en margen de tiempo definido. También pueden abordar un subconjunto pequeño o grande de materias, dependiendo de la preferencia o el nivel de acuerdo de los partidos en las negociaciones constitucionales. Estructuralmente, son por ello menos propensos que los procesos de reemplazo constitucional a generar una presión de intercambio constitucional. Donde los canjes ocurren, como parte de los procesos de enmienda constitucional, estos también serán relativamente más transparentes que los requeridos para aprobar o ratificar un proceso de enmienda constitucional: el número limitado de materias abordadas por un proceso de enmienda constitucional significará a menudo una mayor transparencia para los votantes respecto a cómo varios de estos cambios han sido acordados, que en un proceso de reemplazo constitucional.

Un Sistema constitucional puede también incentivar la preferencia por la reforma constitucional por encima del reemplazo a través medios formales e informales. Los redactores de la constitución pueden escoger hacer de los caminos formales de enmienda menos onerosas que los de un reemplazo²⁴⁸.

Las élites también pueden promover formas de discurso político para enfatizar el valor de la duración y continuidad constitucional, por encima de cambios constitucionales radicales, y con ello ayudar a fomentar una cultura que prefiere la enmienda constitucional sobre el reemplazo. En un contexto de enmienda constitucional, Tom Ginsburg y James Melton encuentran que los factores culturales de este tipo son de hecho determinantes de qué tanto una constitución puede ser enmendada²⁴⁹.

Los procesos de enmienda también pueden tener una mayor división, por lo que varias enmiendas son sujetas a requerimientos de debates separados y consideraciones, o requerimientos procedimentales distintos. En un contexto legislativo, muchas constituciones estatales de Estados Unidos adoptan mecanismos diseñados para promover la división de este tipo: el ejemplo más notable es el uso de la regla

en el poder ejecutivo); Gersen, pie de página 8, en 303-304 (2010) (describiendo el fenómeno de agrupar poderes constitucionales dentro de cada y el concepto de desagregarlos).

243 Ver *Ecuador National Assembly Archive: Elections 2009*, pie de página note 131 (describiendo las elecciones bajo la entonces recién adoptada Constitución del 2008).

244 See *Polls Close in First Vote after Coup*, pie de página 221 (anotando que el golpe de estado militar culminó con un nueva constitución en el 2013).

245 See *id.* (describiendo algunas de las reformas más avanzadas que fueron hechas por la enmienda constitucional del 2015 en Ruanda); *Ecuador's Constitutional Referendum: A Close Count*, pie de página 171 (describiendo las enmiendas constitucionales del 2011 en Ecuador).

246 *Ecuador's Constitutional Referendum: A Close Count*, pie de página 171.

247 Cf. Dixon y Ginsburg, pie de página 3.

248 Muchas constituciones hacen esto (p.e., Bolivia, Venezuela).

249 Tom Ginsburg y James Melton, “Does the Constitutional Amendment Rule Matter at All? Amendment Cultures and the Challenges of Measuring Amendment Difficulty”, *International Journal of Constitutional Law*, 13 (2015): 686, 687. Sus descubrimientos sugieren el pequeño papel de las reformas constitucionales formales en este contexto, pero esto puede exagerar el papel de la cultura en relación con el diseño formal. Ver, p.e., Donald S. Lutz, “Toward a Theory of Constitutional Amendment”, en *Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment*, ed. Sanford Levinson (Nueva Jersey, Princeton University Press: 1995), 237; John Ferejohn, “The Politics of Imperfection: The Amendment of Constitutions”, *Law & Society Inquiry*, 22 (1997): 501, 511; Rosalind Dixon y Richard Holden, “Constitutional Amendment Rules: The Denominator Problem”, en *Comparative Constitutional Design*, ed. Tom Ginsburg (Cambridge: Cambridge University Press, 2012), 195.

de “temas-particulares”²⁵⁰, que requiere que las legislaturas dividan las políticas en distintos fragmentos de legislación²⁵¹. Este tipo de reglas tienen una larga data: Michael Gilbert señala que, de hecho, se originaron en la Antigua Roma, en el año 98 a.C., como una respuesta a los intentos de los legisladores de aprobar medidas impopulares “atándolas a otras más populares”²⁵². En los Estados Unidos, la primera regla de temas-particulares fue adoptada en la constitución de Illinois, que requería que los proyectos referidos a salarios del gobierno se traten de manera particular²⁵³. Y en el 2017, 50 de los 41 estados de los Estados Unidos tenían alguna forma de requisito legislativo sobre temas particulares²⁵⁴. Algunas constituciones también adoptan una forma similar de requisitos de temas-particulares para enmiendas constitucionales propuestas²⁵⁵.

Muchas constituciones, tanto en los Estados Unidos como en el mundo, también adoptan distintos procedimientos para varios tipos de enmienda: adoptan una mirada “escalonada” de diseño constitucional, que sitúa a determinadas disposiciones constitucionales, en un nivel más alto y atrincherado, lo que impone requisitos más estrictos para la enmienda de estas disposiciones en comparación a otras²⁵⁶. Algunas formas de escalonamiento son explícitamente sensibles a la necesidad de proteger el “núcleo duro democrático” de una constitución contra la amenaza de retroceso constitucional²⁵⁷. En Sudáfrica, por ejemplo, la constitución adopta dos tramos de enmienda constitucional: requisitos ordinarios para las disposiciones constitucionales ordinarias; y requisitos especiales para las enmiendas constitucionales de las normas de enmienda en sí mismas y para disposiciones que despliegan el núcleo esencial de la constitucional, que se basa en:

La dignidad humana, el logro de la igualdad y el progreso de los derechos y libertades humanas; (b) El antirracismo y antisexismo (c) Supremacía de la Constitución y gobierno de la ley; y (d) Sufragio adulto universal; un registro común de votantes, elecciones regulares y un sistema multipartidario de gobierno democrático, para asegurar responsabilidad, receptividad y apertura,²⁵⁸ y el estatus de Sudáfrica como un “estado único, soberano, democrático”²⁵⁹.

Si son enfoca de manera adecuada de esta manera, estos escalonamientos pueden crear un importante desincentivo para las formas antidemocrática de intercambio constitucional: puede significar que algunas formas antidemocráticas de reforma constitucional pueden ser solo alcanzadas a través de un nivel más estricto de procedimientos constitucionales, mientras que la expansión de derechos constitucionales puede ser alcanzada de manera más sencilla. Esto también puede incentivar a los movimientos sociales a intentar desglosar las formas relevantes de cambio constitucional estructural y reformas basadas en derechos. Unir ambas formas, en este contexto, requerirá que ambas partes del trato sean aprobadas por el procedimiento más estricto, mientras que desglosarlas hará mucho más sencillo expandir los derechos constitucionales.

La manera fáctica de adoptar procedimientos de este tipo, por su puesto, dependerá de la política; y muy pocos partidos dominantes, o presidentes, estarán dispuestos a acordar con procedimientos de este tipo

250 Michael D. Gilbert, “Does Law Matter? Theory and Evidence from Single-Subject Adjudication”, *Journal of Legal Studies*, 40 (2011): 333-334.

251 Muchos estados de los Estados Unidos, así como otros países, también permiten a los ciudadanos tener iniciativas de votación popular, lo que empodera a los ciudadanos a poner restricciones laterales a los legisladores, y de esta manera prevenir de manera efectiva determinadas formas de acumulación o intercambio de favores políticos. Ver Brian E. Adams, “Citizens, Interest Groups, and Local Ballot Initiatives”, *Politics & Policy*, 40 (2012): 43, 44 (señalando que veinticuatro estados y casi la mitad de las ciudades permiten iniciativas electorales); Mark A. Smith, “Ballot Initiatives and the Democratic Citizen”, *Journal of Politics*, 64 (2002): 892, 894 (describiendo como algunos estados permiten iniciativas de votación y como esas iniciativas pueden aumentar en el tiempo para el manejo de las políticas).

252 Michael D. Gilbert, “Single Subject Rules and the Legislative Process”, *University of Pittsburgh Law Review*, 67 (2006): 803, 811.

253 *Id.* en 812; Robert D. Cooter & Michael D. Gilbert, “A Theory of Direct Democracy and the Single Subject Rule”, *Columbia Law Review*, 110 (2010): 687, 704, n.77; Martha J. Dragich, “State Constitutional Restrictions on Legislative Procedure: Rethinking the Analysis of Original Purpose, Single Subject, and Clear Title Challenges”, *Harvard Journal of Legislation*, 38 (2001): 103, 104.

254 Gilbert, pie de página 252; Daniel H. Lowenstein, “California Initiatives and the Single-Subject Rule”, *UCLA Law Review*, 30 (1982): 936; Daniel H. Lowenstein, “Initiatives and the New Single Subject Rule”, *Election Law Journal*, 1 (2002): 35.

255 Ver, p.e., CONSTITUTION FEDERALE [CST] [CONSTITUTION] 18 de Abril de 1999, RO 101, art. 194, para. 2 (Suecia) (señalando que “el principio de cohesión de materia” aplica a iniciativas populares federales y legislación parlamentaria sujetas a referéndum); “principle of cohesion of subject matter” applies to federal popular initiatives and parliamentary legislation subject to a referendum); TRIBUNALE FEDERALE [TF] [Federal Supreme Court] 12 de Septiembre del 2016, 1P_223/2006 (“El principio de unidad de materia requiere que una ley en principio tenga solo un área de materia...”); ver también la Constitución de Irlanda de 1937 art. 46 (“Una iniciativa que contenga una propuesta o propuestas de enmienda de esta Constitución no debe contener ningún otra propuesta”).

256 Ver Dixon & Landau, *Tiered Constitutional Design*, pie de página 132 (manuscrito en 7–9) (describiendo las aproximaciones constitucionales de ataduras en Canadá, India, y varios países de Latinoamérica); cf. Richard Albert, “Amending Constitutional Amendment Rules”, *International Journal of Constitutional Law*, 13 (2015): 655, 664–666 (2015) (discutiendo las desventajas asociadas a las aproximaciones de ataduras constitucionales en Canadá y Sudáfrica).

257 Ver Dixon y Landau, *Tiered Constitutional Design*, pie de página 132 (manuscrito en 36–40) (postulando que las estructuras constitucionales en una serie de países funcionan para proteger un núcleo mínimo democrático hasta cierto punto).

258 La Constitución de la República de Sudáfrica, 1996.

259 *Id.* (énfasis agregado).

una vez tienen el dominio suficiente²⁶⁰. En gran medida, la afirmación de que procedimientos de este tipo podrían adoptarse es, por ello, una afirmación lógica acerca del rango de posibles soluciones sobre el diseño constitucional disponibles para combatir el riesgo de un régimen presidencial o de un partido dominante, y no una afirmación de que la adaptación de estos procedimientos sea políticamente posible. Los hay, sin embargo, por lo menos dos dinámicas políticas que pueden favorecer a la adopción de procedimientos de este tipo: primero, si los partidos o líderes tienen la suficiente incertidumbre sobre sus perspectivas electorales futuras como para que la redacción de una constitución se lleve a cabo bajo un “velo de ignorancia” parcial²⁶¹; y segundo, si los partidos bajo una alta presión política, ya sea interna o externa, para comprometerse con un proceso de redacción de constitución que de una voz particularmente fuerte a los partidos menores o a las minorías²⁶².

Soluciones de este tipo tienen el potencial de ser tanto sobre-inclusivos o infra-inclusivos como una respuesta a los peligros de retroceso constitucional. Algunos tipos de acuerdo constitucional, como las formas ordinarias de intercambio de favores, claramente incrementarían el bienestar: ayudarían a facilitar formas socialmente productivas de consensos constitucionales²⁶³. Hacer más difícil alcanzar estos intercambios, por tanto, implicaría la pérdida de un bienestar social en una serie de casos.

Por otro lado, algunas formas de intercambios constitucionales anti-democráticos podrían aun prosperar bajo los requisitos procedimentales más estrictos con los enfoques de temas-particulares o de escalonamiento para las enmiendas constitucionales. En Ecuador, por ejemplo, mientras que formalmente la constitución señala tres distintos tramos para una reforma constitucional, en el 2015, la Corte Constitucional respaldó el intento de Correa de aprobar una serie de pasar por el menos estricto de estos tramos una serie de reformas constitucionales que eliminaba todo tipo de límites al periodo de gobierno presidencial²⁶⁴.

Una de las características más impactantes de las recientes olas de retrocesos anti-democráticos, en muchos países, ha sido el grado de apoyo popular para estas reformas: los votantes en una serie de países han apoyado los referéndums nacionales que aprobaban cambios constitucionales que ponían en un riesgo significativo al núcleo democrático mínimo de esos países²⁶⁵. También hay claros límites sobre lo que el derecho constitucional puede hacer para abordar amenazas populares –o populistas– de este tipo: las constituciones deben intentar imponer tanto limitaciones procedimentales como sustantivas a los procesos de reemplazo constitucional, así como a los de enmienda, o procesos populares o legislativos de reforma constitucional²⁶⁶. Pero hay claros límites lógicos a que tan lejos puede llegar en cuanto a restringir las formas de reforma constitucional que gocen de un amplio apoyo nacional mayoritario de este tipo²⁶⁷.

Las soluciones de diseño constitucional de este tipo, por ello, están lejos de ser la un remedio milagroso: son simplemente un modesto método con el que el peligro de las reformas constitucionales anti-democráticas basadas en derechos pueden ser mitigadas.

260 Ver Eric A. Posner & Adrian Vermeule, “Inside or Outside the System?”, *University of Chicago Law Review*, 80 (2013): 1743, 1755 (explicando que los partidos políticos están motivados por los intereses del partido, y no por el bien mayor de la institución).

261 Rawls, pie de página 240, at 23–24; Adrian Vermeule, “Veil of Ignorance Rules in Constitutional Law”, *Yale Law Review*, 111 (2001): 399, 399 (2001). Esta es también una versión del consejo de Posner y Vermeule para calibrar las prescripciones normativas a los casos en los que seguirías también estará en el interés propio de las partes. Posner & Vermeule, pie de página 260, en 1794-1796.

262 Sobre el rol de los actores externos, ver, por ejemplo, Zaid Al-Ali, “Constitutional Drafting and External Influence”, en *Comparative Constitutional Law*, ed. Tom Gisburg y Rosalind Dixon (Cheltenham: Edward Elgar, 2011), 57. Posner y Vermeule anotan esten argumento como una respuesta general al problema del externo-interno en el debate académico sobre políticas constitucionales, y sugieren que este tiene dificultades bajo la teoría del segundo mejor.

Posner y Vermeule, pie de página 260, en 1791. Estas dificultades, sin embargo, no necesariamente aplican cuando la excepción aplica en momentos “constitucionales”, y la norma aplica en políticas ordinarias. Cf. Bruce A. Ackerman, *We the People, Vol. 1: Foundations* (Cambridge: Harvard University Press, 1991); Bruce A. Ackerman, *We the People, Vol. 2: Transformations* (Cambridge: Harvard University Press, 1998), 4-5.

263 Ver p.e., Gilbert, pie de página 252, en 832-834, 836 (describiendo la teoría que postula que las negociaciones legislativas en forma de intercambio de favores resultan en beneficios sociales para los legisladores y los electores); M. Albert Figinski, “Maryland’s Constitutional One-Subject Rule: Neither a Dead Letter Nor an Undue Restriction”, *University of Baltimore Law Review*, 27 (1998): 363, 366 (sugiriendo que una de las razones por las cuales Maryland ha implementado la regla de un-tema es para proteger la integridad y la viabilidad del poder de veto del gobernador).

264 Ver Gustavo Alvira Gomez, *Democracy Undermined from Within*, GLOBAL AMERICANS (18 de Diciembre del 2015), <http://latinamericagoesglobal.org/2015/12/democracy-undermined-from-within> (describiendo la manera en la que el Presidente Correa y la Corte Constitucional Ecuatoriana socavaron su constitución al permitir la enmienda constitucional sin referéndum).

265 Ver, p.e., Dixon y Landau, *Tiered Constitutional Design*, pie de página 132 (manuscrito en 47–48) (listando a Colombia e India como ejemplos de países donde el apoyo popular fue fácilmente obtenido concedido en favor de reformas que amenazaban la democracia); Landau y Dixon, pie de página 48, en 887 (describiendo como Hugo Chávez re-escibió las reglas electorales que fueron aprobadas de manera poco sofisticada por los votantes en un referéndum, permitiéndole dominar la asamblea).

266 Ver Landau y Dixon, pie de página 48, en 861, 87-873 (definiendo las limitaciones sustantivas y procesales que deberían ser puestas a los procesos de reemplazo constitucional, usando a Colombia como ejemplo).

267 Ver Mark Tushnet, “Peasants with Pitchforks, and Toilers with Twitter: Constitutional Revolutions and the Constituent Power”, *International Journal of Constitutional Law*, 13 (2015): 639, 647, 649 (señalando situaciones en las cuales el intent por restringir las reformas constitucionales podrían fallar si el apoyo popular por la reforma existe).

8. Conclusión

Hay un debate de larga data en los Estados Unidos sobre la promesa, y peligros, de los discursos de derechos como una herramienta para la transformación social y política: tanto en los derechos civiles como en los derechos humanos, los académicos han defendido largo tiempo a los derechos como una herramienta para alcanzar la justicia y la igualdad para las minorías políticas, y otros grupos históricamente marginados; mientras otros académicos con estudios críticos han apuntado a re-radicalizar, y legitimar las tendencias de los discursos basados en derechos²⁶⁸.

Las dinámicas de cambios constitucionales analizadas en este artículo, sin embargo, sugieren la posibilidad de un fenómeno relacionado a nivel global –p.e, el potencial de las reformas constitucionales basadas en derechos de movilizar el apoyo para procesos de reformas constitucionales anti-democráticas.

Los líderes democráticos, en algunos contextos, pueden intentar deliberadamente vincular los intentos “ascendentes” de protección de derechos constitucionales a los esfuerzos “descendentes” de una reforma constitucional estructural. Donde tengan éxito en ello, los derechos constitucionales pueden servir para incrementar el apoyo para la consolidación formal del poder de un solo partido político, o líder, o como la base de una forma de un intercambio de favores pro-autoritario.

Esto no necesariamente significa que, como académicos, debemos ser más, o menos, escépticos sobre las garantías formales a los derechos constitucionales en general: a veces los derechos constitucionales pueden hacer poco o nada y más bien contribuir al daño o deterioro procesos de cambio político más amplio, incluyendo a las instituciones básicas de la competencia democracia. Pero otras veces los derechos constitucionales pueden ayudar a avanzar ciertas metas sociales y políticas en formas que una aproximación puramente política de cambio no podría. La relación entre las reformas constitucionales basadas en derechos y la democracia casi siempre dependerá del contexto legal y político específico.

Lo que se sugiere es que los constitucionalistas deberíamos ser potencialmente más cuidadosos a esta interrelación entre los derechos y la estructura constitucional. Constitucionalistas de Estados Unidos y de otras partes han hecho un llamado a prestar mayor atención a la estructura constitucional en algunas áreas: Samuel Issacharoff, Pamela Karlan y Richard Pildes, por ejemplo, concidamente hicieron un llamado a reorientar la ley electoral de los Estados Unidos para centrarla en las estructuras subyacentes de competencia política, en lugar de en los derechos individuales a la participación política²⁶⁹. Roberto Gargarella del mismo modo hizo un llamado para reorientar el derecho constitucional en Latinoamérica para centrarlo de manera más directa en la estructura constitucional –como “el motor” de cambio político– en lugar de en los derechos como un mecanismo para alcanzar la igualdad.

La relación entre los derechos y la estructura constitucional, sin embargo, es potencialmente mucho más compleja ya que los derechos constitucionales pueden tener muy poco efecto sin cambios estructurales significativos, como estos constitucionalistas sugieren. Pero la adopción de derechos constitucionales puede también depender de ciertas estructuras constitucionales, y ciertas formas de reforma constitucional estructural pueden quizás solo ocurrir por estar emparejadas con ciertas formas de reformas basadas en derechos²⁷⁰.

Entender esta relación –y sus potenciales virtudes así como peligros para la democracia– es esencial para nuestra habilidad de responder al constitucionalismo en una era de creciente globalización y antiliberalismo²⁷¹.

268 Ver, p.e., Gerald N. Rosenberg, *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?*, 2da edición (Cambridge: Harvard University Press, 2008) (GERALD N. ROSENBERG, *THE HOLLOW HOPE: CAN COURTS BRING ABOUT SOCIAL CHANGE?* 9–10 (2d ed. 2008) (“Con base en la estructura institucional del sistema político estadounidense y los procedimientos y sistemas de creencias creados por la ley estadounidense, [la opinión de Corte Constreñida] sugiere que las condiciones requeridas para que los tribunales produzcan una reforma social significativa rara vez existirán”; Duncan Kennedy, “The Critique of Rights in Critical Legal Studies”, *Left Legalism/Left Critique*, 178 (2002): 179 (“Esta crítica de derechos...opera en la complicado estructura de dos distintos, a veces complementarios y a veces conflictuadas metas... los proyectos de la izquierda y de los modernistas/postmodernistas.”); David Kennedy, “The International Human Rights Movement: Part of the Problem?”, *Harvard Human Rights Journal*, 15 (2002): 101, 104 (2002) (“Solo tiene sentido pensar pragmáticamente en los derechos humanos en términos comparativos”); cf., p.e, Kimberlé Crenshaw, “Race, Reform, and Entrenchment: Transformation and Legitimation in Antidiscrimination Law”, *Harvard Law Review*, 101 (1988): 1331, 1334-1336 (retando “tanto las críticas de la Nueva Izquierda y a la Nueva Derecha al movimiento de los derechos civiles”); *California Law Review*, 82 (1994): 787, 788-791 (argumentando los análisis doctrinarios deconstructivos y reconstructivos de la Teoría de la Raza Crítica difieren en todas las áreas de aquellas del liberalismo crítico...excepto en la interseccionalidad”).

269 Samuel Issacharoff, Pamela S. Karlan & Richard H. Pildes, *The Law of Democracy: Legal Structure of the Political Process* (Nueva York: Foundation Press Thomson, 2002).

270 Roberto Gargarella, *Latin American Constitutionalism, 1810-2010* (Oxford: Oxford University Press, 2013), 159.

271 Ver p.e., Mark F. Plattner, “Populism, Pluralism, and Liberal Democracy”, *Journal of Democracy*, 21 (2010): 81-83 (discutiendo como “han habido signos de que una erosión a la democracia puede estar en marcha”, la idea de “resistencia autoritaria”, así como la manera en la

9. Bibliografía

Dixon, Rosalind y Tom Ginsburg. 2011. "The South African Constitutional Court and Socio-economic Rights as 'Insurance Swaps'", *Constitutional Court Review*.

Dixon, Rosalind y Tom Ginsburg, Silvia. 2017. "The Forms and Limits of Constitutions as Political Insurance", *International Law Journal of Constitutional Law*.

Farber, Daniel A. 2012. "Rights as Signals", *Journal of Legal Studies*.

Ginsburg, Tom. 2003. *Judicial Review in new democracies: Constitutional courts in Asian cases*. Cambridge: Cambridge University Press.

Inclán. 2009. "Judicial Reform in Mexico: Political Insurance or the Search for Political Legitimacy?", *Political Research Quarterly*.

Law, David y Mila Versteeg. 2012. *The Declining Influence of the United States Constitution: New York University Law Review*.

L.C. Russell Hsiao. 2010. "Democracy Assistance in Asia and the Role of China", *International Law Journal*.

Mathew C. Stephenson. 2003. "When the Devil Turns: The Political Foundations of Independent Judicial Review", *Journal of Legal Studies*.

Moyn, Samuel. 2010. *The Last Utopia: Human Rights in History*. Cambridge: Harvard University Press.

Samuel Issacharoff, *Fragile Democracies*. 2015 *Contested Power in the Era of Constitutional Courts*. Cambridge: Cambridge University Press.

Ramseyer, J. Mark. 1994. "The Puzzling (In)Dependence of Courts: A Comparative Approach", *Journal of Legal Studies*.

Williams M. Landes y Richard A. Posner. 1979 "Adjudications as a Private Good", *Journal of Legal Studies*.

que el populismo y el pluralismo radical sirven para contrarrestarse entre sí en las democracias liberales"); Robert Singh, "I, the People": A Deflationary Interpretation of Populism, Trump and the United States Constitution", *Economy and Society* 46 (2017): 20, 23 ("Entre las democracias liberales bajo la presión populista, un orden constitucional comparativamente robusto aconseja un entendimiento deflacionista: Es poco probable que el Trumpismo sobreviva a los controles y equilibrios de la realidad, lo que hace que sea más temblor político que terremoto."); Rosalind Dixon, *Populist Constitutionalism & the Democratic Minimum Core*, *INT'L J. CONST. L. BLOG* (Apr. 26, 2016), <http://www.icconnectblog.com/2017/04/populist-constitutionalism-the-democratic-minimum-core> (discutiendo el "populismo" democrático en el mundo).