

Latin
American
Law
Review

Revista
Latinoamericana
de Derecho

3

ISSN 2619-4880
LAT. AM. LAW REV.



TEMA LIBRE

Natalia Ángel Cabo

Editora general

Los métodos de la reforma informal*

Richard Albert

William Stamps Farish Professor in Law
The University of Texas at Austin (Estados Unidos de América)
Secretary General, International Society of Public Law
richard.albert@law.utexas.edu

Artículo recibido: 1.º de marzo de 2019 | Aceptado: 5 de abril de 2019

Cómo citar: Albert, Richard. “Los métodos de la reforma informal”. *Latin American Law Review* n.º 03 (2019): 29-47, doi: <https://doi.org/10.29263/lar03.2019.02>

Resumen

Los académicos han mostrado que las constituciones escritas pueden ser reformadas de manera informal con efectos similares a los que tendría una reforma formal. Pese a ello, los diversos métodos de reforma informal aún no están bien organizados para poder analizarlos y compararlos. En este artículo examino las formas de la reforma informal, las clasifico como convencionales y no convencionales y propongo un tipo de reforma informal que aún no ha sido apreciado ni teorizado: el desuso constitucional. La desuetud constitucional ocurre cuando una regla constitucional escrita pierde sus cualidades vinculantes sobre los actuales actores políticos como resultado de su desuso consciente y constante y del repudio público por parte de los actores políticos que los precedieron. El desuso constitucional se asemeja –pero a la vez se diferencia– de las demás formas de reforma informal: es similar porque cambia los significados de las disposiciones constitucionales sin alterar el texto constitucional, pero es diferente en el entendido de que conduce a que la Constitución pierda validez política pese a que se mantiene intacto el texto. En este estudio utilizo el ejemplo de la Constitución de Canadá para ilustrar el fenómeno del desuso constitucional.

Palabras clave

Reforma constitucional, reforma formal, reforma informal, desuso constitucional, Canadá.

* Traducción de Daniel Rivas-Ramírez.

The methods of informal amendment

Abstract

Scholars have shown that codified constitutions may be amended informally with similar effect as a formal amendment. Yet the many forms of informal amendment are not well organized for analysis and comparison. In this article, I examine the forms of informal amendment, I classify them as either conventional and unconventional forms of informal amendment, and I subsequently introduce an as-yet underappreciated and undertheorized form of informal amendment: constitutional desuetude. Constitutional desuetude occurs when a codified constitutional rule loses its binding quality upon political actors as a result of its conscious sustained disuse and public repudiation by preceding political actors. Constitutional desuetude both resembles and differs from other forms of informal amendment: it is similar because it changes constitutional meaning without altering the constitutional text yet it is different because it renders the constitutional text politically invalid though it remains codified and unchanged. I draw from the Constitution of Canada to illustrate the phenomenon of desuetude.

Keywords

Constitutional amendment, formal amendment, informal amendment, constitutional desuetude, Canada.

INTRODUCCIÓN

Las constituciones cambian de muchas maneras. De la alteración a la sustitución y de la interpretación judicial al actuar legislativo, las constituciones escritas normalmente son susceptibles de ser modificadas mediante procedimientos de reforma tanto formales como informales¹. Mientras que la reforma formal se refiere a los cambios que se hacen al texto constitucional conforme con las reglas establecidas en la Constitución, la reforma informal hace referencia a los cambios en el sentido de las disposiciones constitucionales sin que ello corresponda a un cambio en el texto. En este artículo examino las muchas variaciones de la reforma informal. Empiezo con las formas convencionales y después paso a las no convencionales, con particular atención en un concepto que he descrito como el *desuso constitucional*.

1. REFORMAS FORMALES E INFORMALES

La reforma formal y la informal preservan la continuidad del régimen constitucional y por ende se diferencian de las formas discontinuas de cambio constitucional², tales como la revisión o la

1 Francesco Giovannoni, "Amendment Rules in Constitutions", *Public Choice* 115, n.º 37 (2003): 37.

2 Véase Andrew Arato, *Civil Society, Constitution and Legitimacy* (Rowman & Littlefield Publishers, 2000) 90.

revolución. Si se toma prestada la definición de *reforma* ofrecida por John Rawls, tanto la reforma formal como la informal “ajustan los valores constitucionales básicos a las circunstancias políticas y sociales cambiantes, o [...] incorporan dentro de la Constitución una comprensión más amplia y más incluyente de esos valores”³. Por tanto, las preguntas por el *si* y el *cuándo* una constitución ha sido reformada revelan en sí mismas unos complejos interrogantes que no se pueden responder a la ligera en un rápido recuento de las modificaciones que ha tenido el texto constitucional desde su adopción original⁴. El estudio de la reforma constitucional debe entonces dar cuenta de las enmiendas formales, que surgen en atención a las reglas formales de reforma, pero también a aquellas adelantadas de manera informal por actores políticos, movimientos sociales y dinámicas institucionales en respuesta a las dificultades para lograr la reforma formal.

1.1. Los mecanismos de la reforma informal

Hay muchos métodos para llevar a cabo una reforma informal. Tal y como lo describen Tom Ginsburg y Eric Posner, podemos entender que una reforma ocurre cuando “las normas políticas cambian o las cortes (respondiendo probablemente a presiones políticas) ‘interpretan’ o construyen la Constitución para que esté en línea con las preferencias políticas”⁵. Tal vez la mejor forma de conceptualizar la reforma informal es mediante la metáfora hidráulica de Heather Gerken: cuando el camino natural para la reforma formal es difícil o está bloqueado, se abren caminos alternativos para que los actores políticos logren un equivalente funcional⁶. Como lo señala David Strauss, la reforma informal ha sido más frecuente y quizá más importante que la reforma formal: “Los cambios más importantes que ha tenido la Constitución –o al menos muchos de ellos– no se han realizado mediante cambios en el texto. Por el contrario, han tenido lugar con ocasión de decisiones judiciales o por cambios más profundos en la política o en la sociedad”⁷. La diferencia entre la reforma formal y la informal no es que una sea ley y la otra no; consiste en que la primera se encuentra plasmada en el texto constitucional, mientras que la segunda no lo está⁸. Los principales métodos de reforma informal incluyen la

3 John Rawls, *Political Liberalism* (Nueva York: Columbia University Press, 1993), 238. Para Rawls es inconstitucional usar el artículo V para algo más que ajustar, incorporar o remediar. Al respecto, véanse pp. 238 y 239.

4 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*, editado por Sanford Levinson (Princeton, Princeton University Press, 1995), 13; 25-32.

5 Tom Ginsburg & Eric A. Posner, “Subconstitutionalism”, *Stanford Law Review* 62 (2010): 1583, 1600. La cita original dice “political norms change, or courts (possibly responding to political pressures) ‘interpret’ or construct the constitution so as to bring it in line with policy preferences” (N. del T.).

6 Heather Gerken, “The Hydraulics of Constitutional Reform: A Skeptical Response to Our Undemocratic Constitution”, *Drake Law Review* 55, n.º 4 (2007): 927. Pero no deberíamos asumir que la reforma informal no ocurrirá en los Estados en los que la reforma formal no es difícil. Véase también Michael Besso, “Constitutional Amendment Procedures and the Informal Political Construction of Constitutions”, *Journal of Politics* 67, n.º 1 (2005): 69, 75.

7 David A. Strauss. “Common Law Constitutional Interpretation”, *University of Chicago Law Review* 63 (1996): 877, 905.

8 Stephen M. Griffin. *Long Wars and the Constitution* (Cambridge, Harvard University Press, 2013), 16.

interpretación judicial, la legislación nacional, la acción ejecutiva, la reforma implícita y la convención (o costumbre).

1.2. Los mecanismos convencionales de reforma informal

Por lo general, la reforma informal ocurre por la vía de la interpretación judicial⁹. Cuando las cortes nacionales de última instancia, en estados con un fuerte mecanismo de control de constitucionalidad, interpretan la Constitución de forma novedosa, la “reforman” de manera efectiva al modificar su significado con efectos vinculantes¹⁰. Donald Lutz ha encontrado que es más probable que la reforma informal ocurra por medio de la interpretación judicial en aquellos países que tienen un bajo índice de reformas formales y una constitución que ha estado vigente durante mucho tiempo. En su estudio basado en más de treinta estados constitucionales, Lutz concluye que la combinación de la tasa de reforma y la longevidad constitucional en Australia, Estados Unidos de América, Finlandia e Irlanda sugieren que son frecuentes las reformas informales por interpretación judicial como complemento a los procesos de reforma formal¹¹. Los resultados de su investigación también indican que Alemania, Dinamarca, Islandia, Italia y Japón están acercándose a un punto en el que podrían ver mayores niveles de actividad en materia de reforma informal a través de la interpretación judicial¹².

La reforma informal también puede resultar de la legislación. En los Estados Unidos de América, la teoría de los superestatutos muestra, con limitaciones importantes¹³, cómo la legislación

-
- 9 Tal y como Ruth Gavison sugiere, es difícil distinguir la reforma informal de la interpretación. Ruth Gavison, “Legislatures and the Phases and Components of Constitutionalism”, en *The Least Examined Branch: The Role of Legislatures in the Constitutional State*, editado por Richard W. Bauman & Tsvi Kahana (Cambridge: Cambridge University Press, 2006), 198, 203 (sugiriendo que los efectos legales pueden distanciarse tanto de la interpretación como de la reforma dado que “por practicidad la ley es lo que los intérpretes autorizados dicen que es”). Todas las interpretaciones constitucionales resultarían en reformas informales si fuesen tratadas como vinculantes. Una diferencia sustancial entre la reforma informal por interpretación judicial y la interpretación judicial en sí misma puede apreciarse en el momento en que se hace la interpretación. Mientras que la interpretación judicial hecha por un tribunal nacional de última instancia es vinculante y por lo tanto puede ser entendida como reforma informal, la interpretación judicial por otros tribunales normalmente no suele ser vinculante en el ámbito nacional y por tanto es menos probable que pueda ser entendida como una reforma informal.
 - 10 Edward Schaefer, *Crafting Constitutional Democracies* (Lanham: Rowman & Littlefield, 2006), 225-226.
 - 11 Donald S. Lutz, *Principles of Constitutional Design* (Cambridge: Cambridge University Press, 2006), 178. Es interesante que en Finlandia la reforma informal por interpretación ha ocurrido más como un resultado de la interpretación del ejecutivo y del legislativo que de la interpretación judicial. Al respecto, véase Jaako Husa, *The Constitution of Finland: A Contextual Analysis* (Oxford: Hart Publishing, 2010), 221.
 - 12 Lutz, *Principles of Constitutional Design*, 178.
 - 13 William N. Eskridge, Jr. & John Ferejohn, “Super-Statutes”. *Duke Law Review* 50 (2001): 1215, 1230-1231. La teoría de los superestatutos es limitada en tanto solo podemos identificar un superestatuto retrospectivamente y no prospectivamente. Por ejemplo, imaginemos que el Congreso aprueba un estatuto por una mayoría simple en un momento “A”. En un momento “B” el estatuto logró el nivel de un superestatuto como resultado de su prominencia pública. Imaginemos también que en un momento “C” el Congreso aprueba otro estatuto por mayoría simple y reforma, sea implícita o explícitamente, una regla consagrada en el superestatuto que fue aprobado en el momento “A”. Con base en estos hechos, la teoría de los superestatutos no puede decirnos si la reforma estatutaria posterior es válida, si el superestatuto será juzgado sin tener en cuenta la reforma posterior o si las cortes desconocerán la reforma estatutaria. Además, la teoría de los superestatutos no podría haber predicho si el estatuto aprobado en el momento “A” habría alcanzado el nivel de un superestatuto en el momento

nacional puede reformar informalmente una constitución. William Eskridge Jr. y John Ferejohn explican mediante cuatro criterios cómo determinadas normas aprobadas en el curso normal del proceso legislativo alcanzan un estado cuasi constitucional. El primero de estos criterios supone que esas normas introducen un nuevo principio o política cuyos efectos son sustanciales. El segundo criterio establece que para los actores políticos ese nuevo principio o esa nueva política se vuelven fundacionales o axiomáticos. El tercero señala que los cambios son resultado de largas y deliberadas discusiones y reflexiones sustanciales por los actores políticos; y, finalmente, el cuarto reconoce que esas normas requieren alguna elaboración por parte de los burócratas y los jueces para que consigan alcanzar el efecto esperado¹⁴. Como lo describen Eskridge y Ferejohn, los superestatutos “adquieren su fuerza normativa a través de una serie de enfrentamientos y debates públicos que tienen lugar con el paso de tiempo, y no con ocasión de un enfrentamiento único y dramático”¹⁵. Los superestatutos moldean y a la vez están influidos por las normas sociales¹⁶.

Tal y como lo defienden Eskridge y Ferejohn, los superestatutos pueden en ocasiones generar un cambio en el sentido del texto constitucional¹⁷. Este cambio se logra al superar la legislación ordinaria y establecer “principios fundacionales contrarios a los que los ciudadanos presumen como fundamento de la definición de sus obligaciones y sus derechos, y a través de los cuales los intérpretes aplican la ley ordinaria”¹⁸. Los superestatutos se mantienen en un rango inferior al derecho constitucional y pueden ser derogados mediante una simple ley, pero su prominencia pública induce al legislador y a los jueces a darles un trato especial¹⁹. Eskridge y Ferejohn sugieren que la Sherman Antitrust Act (primera ley antimonopolio) de 1890, la Civil Rights Act (la ley sobre derechos civiles) de 1964 y la Endangered Species Act (la ley sobre especies en peligro) de 1973 son superestatutos²⁰. Más allá de los Estados Unidos, los ejemplos de superestatutos incluyen la Canada Health Act (la ley sobre salud)²¹, el Bill of Rights (declaración de derechos) canadiense de 1960²² y la United Kingdom Human Rights Act (ley de derechos humanos) de 1998²³.

“B” o si el estatuto aprobado en el momento “C” se habría convertido por sí mismo en un superestatuto. En cualquier caso, la teoría de los superestatutos es útil para conceptualizar cómo la legislación nacional puede reformar informalmente una constitución escrita.

14 Ibid., 1230-1231.

15 Ibid., 1270. La cita original dice: “acquire their normative force through a series of public confrontations and debates over time and not through a single stylized dramatic confrontation” (N. del T.).

16 Ibid., 1276.

17 Ibid., 1216.

18 Ídem.

19 Ibid., 1216-1217 & n. 3 (“Pese a que no se muestran características súper mayoritarias del artículo V, las reformas constitucionales no están formalmente ratificadas por los Estados. Las leyes que estamos llamando superestatutos son tanto principalísticas como deliberativas y por esas razones han supuesto una especial deferencia y un especial respeto”).

20 Ibid., 1231-1246.

21 Canada Health Act, R.S.C., 1985, c. C-6.

22 Canadian Bill of Rights, S.C. 1960, c. 44.

23 United Kingdom Human Rights Act of 1998, c. 42; véase también Eskridge, Jr. & Ferejohn, *Super-Statutes*, 1265 (“La versión preliminar de la declaración de derechos en Canadá, la Human Rights Act de 1977 en el Distrito de Colombia y la nueva declaración de derechos adoptada en el Reino Unido son ejemplos de superestatutos”).

Por otra parte, la reforma informal también puede llevarse a cabo por medio de una acción ejecutiva²⁴. En los Estados Unidos de América un buen ejemplo de ello es el que tiene que ver con el poder para celebrar tratados, el cual ha sido reformado informalmente como resultado de la acción del presidente²⁵. El poder para celebrar tratados está establecido en la Constitución, al disponer que el presidente “tendrá facultad, con el consejo y consentimiento del Senado, para celebrar tratados, con tal de que den su anuencia dos tercios de los senadores presentes”²⁶. Así las cosas, para que el presidente pueda celebrar un tratado requiere la confirmación del Senado. Sin embargo, hoy se ha vuelto una práctica común que el presidente omita la confirmación del Senado a través de la expedición de acuerdos ejecutivos que permiten lograr los mismos objetivos funcionales que los tratados. Normalmente el presidente invoca sus poderes constitucionales independientes, facultad que no cuenta con un ámbito de aplicación claramente definido dentro de la Constitución de los Estados Unidos de América²⁷.

En 1945, Myres McDougal y Asher Lans argumentaron que los acuerdos exclusivamente ejecutivos se habían vuelto “intercambiables” con los tratados ratificados con base en el poder para celebrar tratados²⁸. Al liberarse de la necesidad de la ratificación del Senado, los presidentes han aprovechado cada vez más la facultad de celebrar acuerdos administrativos. Un conteo general muestra que en los primeros cincuenta años de la vigencia de la Constitución, los presidentes celebraron aproximadamente treinta tratados internacionales sin la confirmación del Senado²⁹, mientras que en los últimos cincuenta años han celebrado cerca de 15.000 acuerdos administrativos³⁰. Esta práctica presidencial ha sido generalmente aceptada por la Corte Suprema, quien ha rechazado aquellos argumentos que sugieren que los acuerdos administrativos eluden el requisito constitucional de la ratificación del Senado³¹. Por consiguiente,

24 Por ejemplo, se ha argumentado que Canadá podría otorgar informalmente la independencia de Québec como un Estado asociado sin que hubiese una reforma formal usando las acciones ejecutivas de delegación y realización de tratados. Véase R. A. Mayer, “Legal Aspects of Secession”, *Manitoba Law Journal* (1968-1969): 61, 65-66.

25 Griffin, *Long Wars and the Constitution*, 30 (sugiriendo que la evolución de los poderes que tiene un presidente para hacer tratados constituyen “un cambio al orden constitucional que tiene el nivel de reforma que trasciende el proceso de reforma previsto en el artículo V”).

26 Constitución de los Estados Unidos de América, artículo II § 2.

27 En términos generales, véase Anne E. Nelson, “From Muddled to Medellín, A Legal History of Sole Executive Agreements”, *Arizona Law Review* 51 (2009): 1035 (donde rastrea y evalúa la historia de los acuerdos exclusivamente administrativos).

28 Myres S. McDougal & Asher Lans, “Treaties and Congressional-Executive or Presidential Agreements: Interchangeable Instruments of National Policy: I”, *Yale Law Review* 54 (1945): 181, 187-188.

29 Wallace McClure, *International Executive Agreements* (Nueva York: Columbia University Press, 1941), 4.

30 Michael P. Van Alstine, “Executive Aggrandizement in Foreign Affairs Lawmaking”, *UCLA Law Review* 54 (2006): 309-319.

31 *Am. Ins. Ass’n v. Garamendi*, 539 U.S. 396, 415 (2003) (“En un nivel más específico, nuestros casos han reconocido que el presidente tiene la autoridad para hacer ‘acuerdos administrativos’ con otros países sin que ello requiera de la ratificación por el Senado o de la aprobación por el Congreso. Este poder ha sido ejercido desde los primeros años de la República”); *Dames & Moore v. Regan*, 453 U.S. 654, 682-87 (1981) (encuentra que el presidente tiene “en cierta medida el poder de lograr acuerdos administrativos sin contar con el consejo y el consentimiento del Senado”); *Estados Unidos v. Pink*, 315 U.S. 203, 229-30 (1942); *Estados Unidos v. Belmont*, 301 U.S. 324, 330-31 (1937). Bradford Clark ha sostenido que la historia y la estructura constitucional

podemos entender el aumento en los acuerdos ejecutivos como una reforma informal al poder de celebración de tratados.

Los poderes para la guerra también han sido reformados informalmente mediante acciones ejecutivas. Los poderes modernos del presidente como comandante en jefe exceden lo que los padres fundadores anticiparon; tal vez en donde más se advierte es en el poder del presidente para involucrar a los Estados Unidos de América en una guerra sin que medie una declaración de guerra del Congreso o al menos su aprobación, pese a que el texto constitucional solo autoriza a dicha institución para declararla³². Un análisis detallado, publicado en 1987, que utilizó como fuente los reportes del Congreso y del Departamento de Estado, concluyó que en el tiempo transcurrido entre la adopción de la Constitución y el año de 1970, el presidente había enviado tropas o armas sin que mediara la aprobación del Congreso en al menos 137 oportunidades –en muchas ocasiones contrariando la desaprobación del Congreso–³³. Es así como la práctica presidencial ha creado un precedente para la acción ejecutiva. Tanto los tribunales como el Congreso se han visto involucrados en la creación de esta reforma informal: los tribunales han fortalecido estos poderes presidenciales en materia de las relaciones internacionales y el Congreso se ha abstenido de objetar de manera sustancial estas manifestaciones reivindicadoras del poder presidencial³⁴. Stephen Griffin asegura que estos cambios conducen a “una modificación del nivel de reforma del orden constitucional que trasciende los alcances del procedimiento de reforma previsto en el artículo V”³⁵ y sugiere que la decisión del presidente Harry Truman de enviar tropas a la Guerra de las Coreas en 1950 fue un hecho clave para que apareciera este nuevo poder presidencial para iniciar guerras³⁶.

contradicen la perspectiva moderna de la Corte Suprema sobre los acuerdos exclusivamente administrativos. Bradford R. Clark, “Domesticating Sole Executive Agreements”, *Virginia Law Review* 93 (2007): 1573, 1654.

32 Constitución de los Estados Unidos de América, artículo I, § 8, cl. 11 (autoriza al Congreso a “declarar guerra, otorgar patentes de corso y hacer reglas relacionadas con capturas del territorio y del agua”). La Constitución no está libre de ambigüedades en lo que tiene que ver con la posibilidad de que alguna institución, sobre otra, posea el poder de hacer la guerra. Si bien la Constitución confiere al Congreso el poder de declarar la guerra, de “levantar y apoyar a los ejércitos” (artículo I, § 8, cl. 12), de “proveer y mantener a la Armada” (artículo I, § 8, cl. 13) y de “hacer las reglas para el gobierno y la regulación de la tierra y de las fuerzas navales” (artículo I, § 8, cl. 14), ella también establece que “el Presidente será el comandante en jefe del Ejército y de la Armada de los Estados Unidos de América (artículo II, § 2). La Corte Suprema ha reconocido que la Constitución codifica varias reglas “dotando al Congreso y al Presidente de poderes que responden a las diferentes necesidades de la guerra”, como se observa con las reglas antes señaladas. Véase *Lichter v. Estados Unidos*, 334 U.S. 742, 755 (1948).

33 L. Gordon Crovitz, “Presidents Have a History of Unilateral Moves”, *Wall Street Journal*, 15 de enero de 1987, 22.

34 David A. Strauss, *The Living Constitution* (Oxford: Oxford University Press, 2010), 121 (explica que estas expansiones de la autoridad presidencial se han establecido “por la evolución de las tradiciones y las prácticas por fuera de los tribunales: los presidentes han ejercido más y más poder y usualmente el Congreso y la sociedad no lo han objetado”). Arthur Schlesinger ha rastreado la historia del ascenso de los poderes de guerra del presidente y el correspondiente declive de los poderes de guerra del Congreso. Arthur M. Schlesinger, Jr. *The Imperial Presidency* (Mariner, 2004) 32-204. Frente al ascenso de los poderes de guerra presidenciales, el Congreso aprobó la Resolución de los Poderes de Guerra en 1973 sobre el veto del presidente Richard Nixon, e intentó reafirmar su papel en la realización de una guerra. War Powers Resolution, Pub. L. n.º 93-148, 87 Stat. 555 (1973) (codificada como enmienda en la 50 U.S.C. §§ 1541-1548 [2006]).

35 Griffin, *Long Wars and the Constitution*, 30.

36 *Ibíd.*, 70-77.

1.3. Mecanismos no convencionales de la reforma informal

Las constituciones escritas también pueden ser objeto de reformas informales implícitas. La reforma informal implícita ocurre cuando una regla constitucional o reforma posterior reemplaza a una regla o reforma anterior sin anularla expresamente. Paul Clark enmarca este concepto en términos de una “incompatibilidad práctica” en donde “los principios básicos que subyacen a dos disposiciones diferentes son incompatibles” y cuando “una disposición limita tanto a la otra que por razones prácticas las dos terminan siendo incompatibles, a pesar de que el lenguaje de ambas les permitiría coexistir sin contradicción”³⁷. En 1930, Selden Bacon desarrolló la tesis de que la Décima Enmienda habría reformado informalmente y de manera implícita el artículo V, pues al reservar para los estados o para el pueblo los poderes no delegados³⁸ despojó al Congreso de la facultad para elegir el método por el cual los estados deben ratificar las propuestas de reforma formal³⁹. Señala Bacon:

En resumen, la Décima Enmienda dice que si el Gobierno Federal quiere poderes directos adicionales sobre el pueblo o sobre los derechos individuales de las personas, debe acudir directamente a ellas para conseguirlos; el poder de conferir cualquier poder directo adicional sobre el pueblo y sus derechos individuales está reservado a las personas mismas; y por tanto, el Congreso pierde el derecho de adquirir ese tipo de poderes a través de cualquier otra fuente⁴⁰.

La Corte Suprema de los Estados Unidos ha reconocido que la Constitución puede ser objeto de una reforma informal implícita. En un caso relacionado con la inmunidad y soberanía estatal, la Corte sostuvo que la Décimo Cuarta Enmienda reformó implícitamente la Décima Primera Enmienda: “Creemos que la Undécima Enmienda y el principio de soberanía de cada estado que en ella se recoge [...] están necesariamente limitados por la aplicación de las disposiciones de la Sección Quinta de la Decimocuarta Enmienda”⁴¹. La Corte continúa diciendo que

En esa sección se le confiere de manera expresa al Congreso la autoridad para aplicar mediante “la legislación apropiada” las disposiciones sustantivas de la Decimocuarta Enmienda, las cuales prevén importantes limitaciones a la autoridad estatal. Cuando el Congreso actúa en el ejercicio de la Sección Quinta, no solo ejerce la plena autoridad legislativa con la que cuenta en virtud de la Constitución, sino que también ejerce una autoridad que supone una limitación a la autoridad estatal y que se funda en una sección de una reforma constitucional⁴².

37 Paul A. Clark, “Limiting the Presidency to Natural Born Citizens Violates Due Process”, *John Marshall Law Review* 39 (2006): 1343, 1345.

38 Constitución de los Estados Unidos de América, Décima Enmienda.

39 Selden Bacon, “How the Tenth Amendment Affected the Fifth Article of the Constitution”, *Virginia Law Review* 16 (1930): 771, 782.

40 Bacon, “How the Tenth Amendment Affected the Fifth Article of the Constitution”.

41 *Fitzpatrick v. Bitzer*, 427 U.S. 445, 456 (1976).

42 Ídem.

El problema jurídico central del caso era el de determinar si por medio de una acción de clase en contra de un estado era posible cobrar retroactivamente los beneficios de retiro como parte de la compensación por la discriminación laboral por razones de género que se había generado al trabajar para ese estado⁴³. La Corte ponderó la relación entre la Undécima Enmienda y la Decimocuarta Enmienda y concluyó que esta última había limitado de manera implícita la Undécima Enmienda. Aunque la Undécima Enmienda establece que “[e]l poder judicial de los Estados Unidos no debe interpretarse como un recurso que se extienda a cualquier litigio de derecho o equidad que se inicie o prosiga contra uno de los Estados Unidos por ciudadanos de otro Estado o por ciudadanos o súbditos de cualquier Estado extranjero”⁴⁴, la Decimocuarta Enmienda faculta al Congreso para autorizar demandas particulares, como las acciones de clase, en contra de los estados que hayan violado los derechos civiles de las personas⁴⁵. Por lo anterior, se ha entendido que la Decimocuarta Enmienda ha reformado informalmente la Undécima Enmienda.

Las constituciones escritas también son susceptibles de ser reformadas informalmente por medio de la convención (o costumbre). Esto ocurre cuanto una práctica política es adoptada y reiterada, asentándose con el paso del tiempo hasta convertirse en lo que Michael Gerhardt ha llamado un “precedente no judicial”⁴⁶. Un buen ejemplo se puede apreciar en la siguiente disyuntiva: el vicepresidente de los Estados Unidos de América se *convierte* en presidente cuando este último fallece o, por el contrario, el vicepresidente simplemente asume los poderes y los deberes del presidente como un guardián. El texto de la Constitución estadounidense es ambiguo sobre este particular. La disposición relevante establece que

[E]n caso de que el Presidente sea separado de su cargo, de que muera, renuncie o sea incapaz de cumplir con los poderes y los deberes propios del cargo, esto se delegará en el Vicepresidente[;] y en caso de separación, muerte, renuncia o incapacidad del Presidente o del Vicepresidente, el Congreso podrá declarar por medio de una ley qué funcionario actuará como presidente y este deberá actuar como tal hasta que desaparezca la causa de incapacidad o se elija un presidente⁴⁷.

La ambigüedad textual en la cláusula de sucesión es doble. Por un lado, al afirmar que “esto se delegará en el Vicepresidente”, la Constitución no es clara en establecer si se trata del “cargo”, caso en el cual el vicepresidente sucesor se *convertiría* en presidente o, por el contrario, si se refiere a “los poderes y deberes propios del cargo”, caso en el cual el vicepresidente solo podría ejercer esos poderes y cumplir con esos deberes sin que ello signifique convertirse en presidente. Por el otro lado, la segunda ambigüedad tiene que ver con la segunda parte de la disposición, en concreto con aquel fragmento en el que se señala que el vicepresidente sucesor del presidente “deberá actuar como tal”, lo cual significaría que el vicepresidente solo se

43 Ibid., 448.

44 Constitución de Estados Unidos de América, Undécima Enmienda.

45 *Fitzpatrick v. Bitzer*, 456.

46 Michael J. Gerhardt, *The Power of Precedent* (Oxford: Oxford University Press, 2008): 111.

47 Constitución de Estados Unidos de América, artículo II, § 1, pár. 6.

vuelve un presidente interino y no el presidente oficial. En su momento, tal y como lo explica Akhil Amar, la diferencia era importante porque definía si el vicepresidente sucesor debía ser llamado “presidente” y ganar un salario presidencial, el cual es considerablemente mayor al del vicepresidente y no puede ser modificado por el Congreso, lo que supondría el ejercicio libre de los poderes presidenciales sin temor a la reducción de su remuneración por parte de esa institución⁴⁸.

El vicepresidente John Tyler resolvió esta ambigüedad tras la muerte del presidente William Harrison en 1841. Durante su discurso de posesión, que pronunció días siguientes al fallecimiento de Harrison, Tyler concluyó que se había convertido en presidente: “Por primera vez en nuestra historia, al ocurrir una de las contingencias previstas en la Constitución, la persona que fue elegida vicepresidente de los Estados Unidos ha terminado ocupando el cargo de presidente”⁴⁹. El cargo y no solo los poderes y deberes terminaron en sus manos. Él hizo el juramento para el cargo de presidente, se identificó a sí mismo como “Presidente” al pie de su firma y se mudó a la Casa Blanca⁵⁰. Tyler enfrentó alguna oposición a su proclama como presidente; algunos se refirieron a él como el “presidente interino” y desafiaron sus acciones⁵¹. No obstante, Tyler siguió considerándose el “presidente”, y se desempeñó como tal.

El precedente del caso Tyler resolvió la pregunta que deja abierta el texto de la Constitución⁵². Los siguientes vicepresidentes siguieron el precedente Tyler y se autoproclamaron presidentes cuando sucedieron a la presidencia⁵³. Tal y como Joel Goldstein afirma, “[...] pese a que la proclama de Tyler probablemente contradecía la intención de los constituyentes, los siguientes vicepresidentes acogieron su posición y eventualmente el precedente Tyler se convirtió en una realidad constitucional aceptada”⁵⁴. Cerca de un siglo después, en 1967, la Vigésimoquinta Enmienda positivizó el precedente Tyler al codificar la norma que hasta ese momento no estaba escrita: “En caso de que el Presidente sea separado de su cargo, que muera o renuncie, el Vicepresidente se convertirá en el Presidente”⁵⁵. Dado que los vicepresidentes siguieron el precedente Tyler y lo trataron como una convención (o costumbre) vinculante, sus acciones generaron una reforma informal.

48 Akhil Reed Amar, “Applications and Implications of the Twenty-Fifth Amendment”, *Houston Law Review* 47, n.º 1 (2010): 18.

49 John Tyler, “Inaugural Address (Apr. 9, 1841)”, en *Inaugural Addresses of the Presidents of the United States from Washington to Lincoln*, editado por John Vance Cheney (Chicago: Lakeside Press, 1904), 179-180.

50 Joel K. Goldstein, “The New Constitutional Vice Presidency”, *Wake Forest Law Review* 30 (1995): 505, 521.

51 David P. Currie, *The Constitution in Congress: Democrats and Whigs 1829-1861* (Chicago: University of Chicago Press, 2005), 178-179 (se refiere al argumento del demócrata de Nueva York John McKeon en el que Tyler no era más que un vicepresidente que ejercía el poder presidencial); John D. Feerick, “Presidential Succession and Inability: Before and After the Twenty-Fifth Amendment”, *Fordham Law Review* 79 (2010): 918-919 (explica que los miembros del partido Whig se referían a Tyler como “Presidente interino”).

52 Joel K. Goldstein, “Taking from the Twenty-Fifth Amendment: Lessons in Ensuring Presidential Continuity”, *Fordham Law Review* 79 (2010): 959, 966.

53 *Ibíd.*, 959, 966.

54 *Ibíd.*, 966.

55 Constitución de Estados Unidos de América, Vigésimoquinta Enmienda, § 1.

2. LA REFORMA INFORMAL POR DESUSO CONSTITUCIONAL

La interpretación moderna de la cláusula de comercio desmiente su interpretación fundacional⁵⁶. La interpretación que la Corte Suprema de los Estados Unidos de América ha hecho de la cláusula de comercio ha evolucionado desde que se adoptó la Constitución, pasando de expansiva a limitada y, de nuevo, de amplia a estricta⁵⁷. Así las cosas, la nueva interpretación es tan diferente que incluso podríamos sugerir que la cláusula de comercio original es obsoleta. ¿Pero entonces estamos asegurando que la cláusula de comercio ha caído en desuso? La respuesta es negativa. Con mayor precisión, podríamos decir que la interpretación que se hacía de la cláusula de comercio a principios del siglo XIX es obsoleta, pero que la cláusula de comercio en sí misma mantiene validez jurídica. El simple hecho de que la cláusula de comercio haya sido y sea susceptible de interpretaciones constitucionales diversas no la hace entrar en desuso. Por el contrario, que la cláusula de comercio haya sido un activo campo de batalla para la discusión constitucional confirma su relevancia jurídica y política; tanto que los actores políticos aún la utilizan para fundamentar y resolver sus disputas. Pero entonces, cabe preguntarse: ¿qué es el desuso constitucional y cómo una disposición constitucional entra en este supuesto?

2.1. El concepto de “desuso constitucional”

Las constituciones escritas pueden ser reformadas informalmente por un método que ha sido normalmente menospreciado: un procedimiento que denomino el *desuso constitucional*⁵⁸.

56 Independientemente de si los académicos están de acuerdo o no con la moderna interpretación de la Corte, reconocen que ha habido un cambio en la interpretación. Compárese Robert H. Bork & Daniel E. Troy, “Locating the Boundaries: The Scope of Congress’s Power to Regulate Commerce”, *Harvard Journal of Law and Public Policy* 25 (2002): 849, 873 (“La comprensión original de la cláusula de comercio ha sido deformada y eventualmente ha sido abandonada”) con Calvin H. Johnson, “The Panda’s Thumb: The Modest and Mercantilist Original Meaning of the Commerce Clause”, *William & Mary Bill of Rights Journal* 13 (2004): 1, 4 (argumenta que el cambio en la interpretación de la cláusula de comercio “no quiere decir que la cláusula de comercio moderna es ilegítima”).

57 La cláusula de comercio fue interpretada ampliamente desde la fundación hasta la década de 1890, luego de manera más concreta hasta mediados de la década de 1930. Compárese Daniel Ball, 77 U.S. (1 Wall.) 557, 564-66 (1871) (“Hasta tal punto en que los actos de cada agencia en ese transporte [de mercancías] es objeto a la regulación del Comercio”) y *Gibbons v. Ogden*, 22 U.S. (9 Wheat.) 1, 197 (1824) (interpreta el poder del comercio más ampliamente), con *R.R. Ret. Bd. v. Alton R.R. Co.*, 295 U.S. 330, 374 (1935) (encuentra que las acciones del Congreso “no son en un sentido propio una regulación de la actividad del transporte interestatal”) y *Hammer v. Dagenhart*, 247 U.S. 251, 273-74 (1918) (interpreta el poder del Comercio más concretamente). La cláusula de comercio fue nuevamente interpretada de manera amplia hasta mediados de la década de 1990 y desde entonces ha sido interpretada de manera concreta. Compárese *Heart of Atlanta Motel, Inc. v. Estados Unidos*, 379 U.S. 241, 253-57 (1964) (“El Congreso no está restringido por el simple hecho de que el obstáculo determinado al comercio interestatal con el que está tratando también fue juzgado como moral y socialmente incorrecto”) y *NLRB v. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1, 37-39 (1937) (interpreta el poder de Comercio de manera amplia), con *Estados Unidos v. Morrison*, 529 U.S. 598, 607-09 (2000) (encontrando que una ley sobre violencia de género excede la autoridad del Congreso bajo la cláusula de comercio), y *Estados Unidos v. López*, 514 U.S. 549, 567-68 (1995) (interpreta el poder de comercio concretamente).

58 Richard Albert, “Constitutional Amendment by Constitutional Desuetude”, *American Journal of Comparative Law* 62 (2014): 641.

El desuso constitucional ocurre cuando una norma que se encuentra codificada en la Constitución se vuelve políticamente inoperante como resultado de la ausencia de uso consciente y continuo por parte de los actores políticos⁵⁹. La reforma informal normalmente deja intacto el texto constitucional, manteniendo su validez política, pero complementa y aclara su significado constitucional como resultado, por ejemplo, de la interpretación judicial o de la legislación nacional⁶⁰. Por su parte, el desuso constitucional opera de modo diferente dado que si bien mantiene el texto constitucional intacto, lo torna inválido políticamente⁶¹.

El mecanismo que genera el desuso constitucional es la costumbre constitucional. Ivor Jennings sostiene que una costumbre se desarrolla cuando la práctica establece un precedente que los actores políticos se sienten obligados a cumplir y el cual es apoyado por una buena razón⁶². La simple práctica no es suficiente para establecer un precedente; los actores políticos deben “creer que están obligados”⁶³ a ajustar su conducta a la práctica, que a la vez debe ser “deseable a la luz de la Constitución”⁶⁴, y no solo actuar por simple conveniencia o interés propio. La interacción entre la costumbre y el texto constitucional es particularmente compleja, dado que la primera puede llegar a incorporar nuevas reglas que no están escritas en la Constitución, o, en su defecto, repudiar aquellas que sí lo están. En el caso del desuso constitucional, la costumbre constitucional remueve funcionalmente (mas no revoca formalmente) una norma que está codificada en la Constitución, y deja un vacío en su lugar.

El desuso constitucional se diferencia de otras formas de obsolescencia constitucional. Por ejemplo, es diferente de la inactividad, la cual podemos usar para caracterizar la reserva de poderes para destitución y disolución que tenía el gobernador general en Australia –poderes que están diseñados para ser utilizados rara vez–⁶⁵. También se distingue de la sustitución, la cual ocurre cuando una regla codificada constitucionalmente es sustituida (mas no removida del texto) por una regla codificada después, tal y como ocurrió en el caso de las enmiendas XVIII y XXI⁶⁶. A su vez, podemos diferenciar el desuso constitucional de aquello que resulta cuando las cortes invocan la doctrina de la pregunta política frente a una norma escrita; ejemplo de ello es la cláusula de garantía, la cual se mantiene subutilizada o inaplicada por las ramas del poder público⁶⁷. El desuso constitucional también debería ser diferenciado de la reforma informal implícita, la cual altera el significado de una regla que está constitucionalmente escrita sin extinguirla totalmente. Al igual, deberíamos separar el desuso constitucional de la atrofia constitucional, la cual opera tanto en los regímenes con constituciones escritas

59 Ídem.

60 Ídem.

61 Ídem.

62 Ivor Jennings, *The Law and the Constitution* (Londres: University of London Press, 1964), 136.

63 *Ibíd.*, 135.

64 *Ibíd.*, 136.

65 Albert, “Constitutional Amendment by Constitutional Desuetude”, 641.

66 Ídem.

67 Ídem.

como en aquellos con constituciones no escritas, puesto que el desuso constitucional solo es aplicable a constituciones escritas⁶⁸.

2.2. Un marco de referencia para el desuso constitucional

Mientras que el desuso constitucional puede ocurrir en cualquier Estado constitucional, se hace evidente solo en aquellos regímenes gobernados por una verdadera (no aparente) constitución. En las constituciones aparentes se espera que haya una considerable separación entre el texto constitucional y la realidad⁶⁹; en el caso opuesto, las constituciones están ancladas a políticas que son respetuosas del principio de legalidad y de los deberes y obligaciones constitucionales que se imponen a los actores políticos⁷⁰. Los estados democráticos normalmente denotan una distancia entre la Constitución que está formalmente escrita y la verdadera Constitución política; sin embargo, es una distancia mucho más pequeña que la de los estados autoritarios⁷¹. Pese a que los estados autoritarios adoptan constituciones escritas que a primera vista se asemejan a las constituciones democráticas, ellas principalmente se utilizan como un método de relaciones públicas. Tal y como lo señala Karl Loewenstein, “está tan arraigada la convicción de que un Estado soberano debe poseer una constitución escrita que hasta las autocracias modernas se sienten obligadas a rendir tributo a la legitimidad democrática que es inherente a la constitución escrita”⁷². La evidencia muestra que el desuso constitucional pudo haber ocurrido en Francia y en Singapur⁷³; sin embargo el caso francés se presta para un mayor análisis, dado que Francia se encuentra mejor ubicada que Singapur en términos de resultados democráticos y sus prácticas políticas están mejor alineadas con el texto constitucional⁷⁴. Que la Constitución francesa sea un verdadero límite para los actores políticos hace que el desuso constitucional francés sea digno de estudiar.

La pregunta en torno a si una regla constitucional ha sido informalmente reformada por el desuso constitucional se puede responder mediante los criterios que identifican el desuso, el cómo ocurre y el quién debe aceptarlo. Partiendo del test de cinco partes que expone Griffin

68 Ídem.

69 Richard Albert. “The Expressive Function of Constitutional Amendment Rules”, *McGill Law Journal* 59 (2013): 225.

70 Las constituciones aparentes no son de ninguna manera “constitucionales” más allá del “sentido más nominal del término” porque solo son “un manto conveniente del poder puro”. Karl Loewenstein, *Political Power and the Governmental Process* (Chicago: University of Chicago Press, 1965), 136.

71 Jan Erik-Lane, *Constitutions and Political Theory* (Manchester: Manchester University Press, 1996), 50-51 (discute el uso de las “constituciones camufladas” en los sistemas autoritarios).

72 Loewenstein, *Political Power and the Governmental Process*, 136.

73 The Economist Intelligence Unit, *Democracy Index 2012: Democracy at a Standstill* (The Economist, 2013), 4-5 (ubica a Francia y a Singapur en los números 28 y 81, respectivamente).

74 David Law y Mila Versteeg han cuantificado el grado en el que las constituciones de Francia y de Singapur cumplen con lo que prometen en términos de derechos. Véase David S. Law y Mila Versteeg, *Constituciones aparentes* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018).

para identificar una reforma informal⁷⁵, he propuesto un marco de referencia compuesto por siete partes para comprender el desuso constitucional⁷⁶. En primer lugar, el desuso constitucional ocurre cuando una reordenación constitucional es *estimulada* informalmente por la ausencia de uso continuo de una regla codificada y, en segundo lugar, cuando esa regla es expresamente repudiada por los actores políticos⁷⁷. En tercer lugar, la regla repudiada es reemplazada por una nueva regla constitucional que no está escrita y que establece un nuevo estándar para la conducta futura de los actores políticos⁷⁸. En cuarto lugar, la nueva regla que no está escrita adquiere una cualidad vinculante pese a su desarrollo informal y su forma no escrita⁷⁹. En quinto lugar, los actores políticos siguen conscientemente esta regla, creyendo que se encuentran obligados por la reordenación constitucional que sus predecesores realizaron de manera intencional⁸⁰. En sexto lugar, la nueva regla constitucional permea la comprensión consuetudinaria que las clases jurídicas y políticas tienen de la Constitución⁸¹. Por último, pese a la falta de codificación de esta nueva regla que es contraria a la regla que fue repudiada, esta última se mantiene codificada⁸².

2.3. El desuso constitucional en Canadá

En otras oportunidades he explicado el fenómeno del desuso constitucional con referencia a la Constitución canadiense pues es allí donde lo he observado con mayor claridad⁸³ al considerar los poderes británicos y canadienses de reserva y prohibición, dos binomios de poderes que si bien han vivido diferentes historias han sufrido el mismo destino. La simple lectura de la Constitution Act de 1867 sugiere que los poderes de reserva y prohibición (ambos codificados) aún pueden ser ejercidos válidamente tanto por el gobierno británico como por el gobierno canadiense⁸⁴. El texto constitucional autoriza al gobierno británico a apoyar (o no) una ley del Parlamento federal canadiense que ha sido “reservada” por el gobernador general; y el Gobierno federal canadiense puede, de manera análoga, apoyar (o no) una ley de una Asamblea Provincial que ha sido “reservada” por el vicegobernador de la provincia. Lo mismo ocurre con el poder de prohibición: el texto constitucional autoriza al gobierno británico a “prohibir” una ley aprobada

75 Stephen M. Griffin, “Constituent Power and Constitutional Change in American Constitutionalism”, *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*, editado por Martin Loughlin & Neil Walker (Oxford: Oxford University Press, 2007) 49, 66. La distinción que Griffin hace entre el cambio constitucional formal e informal categoriza la reforma formal y la interpretación judicial como cambios formales mientras que a otros cambios ocurridos a través de los procesos políticos los cataloga como cambios informales.

76 Albert, “Constitutional Amendment by Constitutional Desuetude”, 641.

77 Ídem.

78 Ídem.

79 Ídem.

80 Ídem.

81 Ídem.

82 Ídem.

83 Ídem.

84 Constitution Act, 1867, 30 & 31 Victoria, c 3 (U.K.), pt. IV, ss. 55-57; pt. V, s. 90.

por el Parlamento federal canadiense, un poder que también tiene el Parlamento federal canadiense frente a cualquiera de las leyes aprobadas por las asambleas provinciales. E incluso pese a su codificación, ambos pares de poderes son hoy inválidos e inutilizables: los poderes británicos, como resultado de las subsecuentes promulgaciones de rango constitucional, y los poderes canadienses, como consecuencia de la evolución del federalismo canadiense.

La primera y única ocasión en que el gobierno británico prohibió una ley fue hace más de 140 años, en 1873, y la última vez que ejerció su poder de reserva fue en 1878 (la última de las 21 veces en que lo ha hecho)⁸⁵. El principio del fin para el poder de reserva tuvo lugar cuando el gobierno británico cambió sus instrucciones sobre el tiempo en el que el gobernador general podría hacer una reserva a una ley⁸⁶. Inicialmente, en 1867, lo había autorizado para hacer reservas respecto de las leyes canadienses que versaran sobre ocho materias específicamente determinadas⁸⁷, pero luego, en 1878, eliminó esa posibilidad⁸⁸. Tanto la reserva como la prohibición fueron derogadas por el Estatuto de Westminster de 1931, el cual revocó el poder del Parlamento del Reino Unido de legislar para Canadá sin su consentimiento⁸⁹. El estatuto reflejaba un argumento que había sido discutido el año anterior en el que ninguno de los dos poderes podría ser utilizado de nuevo en Canadá⁹⁰.

El desuso de los poderes canadienses de reserva y prohibición es un desarrollo más reciente. Desde que se convirtió en confederación, el gobierno canadiense ha utilizado el poder de prohibición en 112 oportunidades, de las cuales la más reciente fue en 1943, y el poder de reserva en 69 ocasiones, la más reciente en 1937⁹¹. Para cuando fueron utilizados estos poderes por última vez, antes de que terminara la Segunda Guerra Mundial, ambos aun eran válidos, conforme a lo que había señalado de manera unánime la Corte Suprema de Canadá en 1938 en referencia a su utilización⁹². Sin embargo, desde ese entonces el federalismo ha evolucionado hasta legitimar su uso pese a que ambos poderes siguen codificados. Las provincias ahora son entendidas como pares coordinados en el proyecto de Confederación y no como cuerpos subordinados a los caprichos del Parlamento. El uso de la reserva y la prohibición refleja un antiguo esquema de subordinación provincial; un esquema que ha sido rechazado por largo tiempo por el movimiento de los derechos provinciales⁹³ y que hoy tiene poco sentido político

85 Peter W. Hogg, *I Constitutional Law of Canada*, 3-2 n. 5 (Toronto, Carswell, 2015).

86 J.E.C. Munro, *The Constitution of Canada*, 165-166 (Cambridge: Cambridge University Press, 1889).

87 "Draft of Instructions to be Passed Under the Royal Sign Manual and Signet to Viscount Monck, Governor General of Canada", en *Sessional Papers of the Parliament of the Dominion of Canada* 7, n.º 22, art. VII.1-8 (1867-1868).

88 "Draft of Instructions to be Passed Under the Royal Sign Manual and Signet to the Governor-General of the Dominion of Canada, 1878" en *Sessional Papers of the Parliament of the Dominion of Canada* 7, n.º 13 (1877).

89 Statute of Westminster, 1931, 22 Geo. 5, ch. 4, ss. 2, 4.

90 Secretary of State for Dominion Affairs to Parliament by Command of His Majesty. *Report of the Conference on the Operation of Dominion Legislation and Merchant Shipping Legislation*, 16 (His Majesty's Stationery Office, 1930).

91 Gerald V La Forest, *Disallowance and Reservation of Provincial Legislation*, 83-115 (Department of Justice of Canada, 1955).

92 Supreme Court of Justice. Reference The Power of the Governor General in Council to Disallow Provincial Legislation and the Power of Reservation of a Lieutenant-Governor of a Province, (1938) SCR 71.

93 Robert C. Vipond, *Liberty and Community: Canadian Federalism and the Failure of the Constitution*, 113-150 (Nueva York: State University of New York Press, 1991).

en el entendido de que su uso tendría consecuencias en la política electoral federal⁹⁴. Dado que el desuso de los poderes canadienses de reserva y prohibición ha creado un vacío en las relaciones federales-provinciales, el procedimiento de *referencia* ha servido, como analogía funcional, para colmar tal vacío. En lugar de ejercitar la reserva y la prohibición como lo habría podido hacer antes de manera ordinaria, el gobierno federal hoy refiere a la Corte Suprema lo que podría haber sido reservado o prohibido para que ella profiera su opinión en la materia⁹⁵. El punto es que hoy ambos poderes son inutilizables pese a su codificación.

CONCLUSIÓN

En este artículo he examinado las diversas formas de reforma informal a la Constitución. Inicié con la interpretación judicial, la legislación y la acción ejecutiva y continué con las reformas implícitas, la reforma por costumbre y el desuso. Todavía hay mucho que decir sobre esta materia, más de lo que es posible en un artículo de una longitud tan limitada como este. Sin embargo, he mostrado en este breve examen la gran variedad de mecanismos que se utilizan para reformar informalmente una constitución escrita y he sugerido varias vías para realizar una investigación fructífera y muy necesaria sobre este fenómeno.

BIBLIOGRAFÍA

1. Albert, Richard. "Constitutional Amendment by Constitutional Desuetude". *American Journal of Comparative Law* 62 (2014): 641-686.
2. Albert, Richard. "The Expressive Function of Constitutional Amendment Rules". *McGill Law Journal* 59 (2013): 225-282.
3. Alstine, Michael P. Van. "Executive Aggrandizement in Foreign Affairs Lawmaking". *UCLA Law Review* 54 (2006): 309-371.
4. Arato, Andrew. *Civil Society, Constitution and Legitimacy*. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, 2000.
5. Bacon, Selden. "How the Tenth Amendment Affected the Fifth Article of the Constitution". *Virginia Law Review* 16 (1930): 771-791.
6. Besso, Michael. "Constitutional Amendment Procedures and the Informal Political Construction of Constitutions". *Journal of Politics* 67 n.º 1 (2005): 69-87.

94 Carth Stevenson, *Unfulfilled Union: Canadian Federalism and National Unity*, 214-215 (Montreal: McGill-Queen's University Press, 2009).

95 Para 1990, el 84% de todas las referencias habían involucrado disputas sobre el federalismo; precisamente el tipo de materia sobre el cual el gobierno federal habría hecho una reserva o una prohibición. Véase sobre este punto a James L. Huffman & MardiLyn Saathoff, "Advisory Opinion and Canadian Constitutional Development: The Supreme Court's Reference Jurisdiction", *Minnesota Law Review* 75 n.º 214 (1990): 1251, 1290.

7. Bork, Robert H. & Daniel E. Troy. "Locating the Boundaries: The Scope of Congress's Power to Regulate Commerce". *Harvard Journal of Law and Public Policy* 25 (2002): 849-893.
8. Clark, Bradford R. "Domesticating Sole Executive Agreements". *Virginia Law Review* 93 (2007): 1573-1661.
9. Clark, Paul A. "Limiting the Presidency to Natural Born Citizens Violates Due Process". *John Marshall Law Review* 39 (2006): 1343-1370.
10. Crovitz, L. Gordon. "Presidents Have a History of Unilateral Moves". *Wall Street Journal* (1987): 22.
11. Currie, David P. *The Constitution in Congress: Democrats and Whigs 1829-1861*. Chicago: University of Chicago Press, 2005.
12. Erik-Lane, Jan. *Constitutions and Political Theory*. Manchester: Manchester University Press, 1996.
13. Eskridge, Jr., William N. & John Ferejohn. "Super-Statutes". *Duke Law Review* 50 (2001): 1215-1276.
14. Feerick, John D. "Presidential Succession and Inability: Before and After the Twenty-Fifth Amendment". *Fordham Law Review* 79 (2010): 907-949.
15. Forest, Gerald V La. *Disallowance and Reservation of Provincial Legislation*. Ottawa: Department of Justice of Canada, 1955.
16. Gavison, Ruth. "Legislatures and the Phases and Components of Constitutionalism", en *The Least Examined Branch: The Role of Legislatures in the Constitutional State*, editado por Richard W. Bauman & Tsvi Kahana. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
17. Gerhardt, Michael J. *The Power of Precedent*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
18. Gerken, Heather. "The Hydraulics of Constitutional Reform: A Skeptical Response to Our Undemocratic Constitution". *Drake Law Review* 55, n.º 4 (2007): 925-943.
19. Ginsburg, Tom & Eric A. Posner. "Subconstitutionalism". *Stanford Law Review* 62 (2010): 1583-1628.
20. Giovannoni, Francesco. "Amendment Rules in Constitutions". *Public Choice* 115 (2003): 37-61.
21. Goldstein, Joel K. "Taking from the Twenty-Fifth Amendment: Lessons in Ensuring Presidential Continuity". *Fordham Law Review* 79 (2010): 959-1042.
22. Goldstein, Joel K. "The New Constitutional Vice Presidency" *Wake Forest Law Review* 30 (1995): 505-561.
23. Griffin, Stephen M. "Constituent Power and Constitutional Change in American Constitutionalism", en *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*, editado por Martin Loughlin & Neil Walker. Oxford: Oxford University Press, 2007.
24. Griffin, Stephen M. *Long Wars and the Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 2013.
25. Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*. Toronto: Carswell, 2015.
26. Huffman, James L. & MardiLyn Saathoff, "Advisory Opinion and Canadian Constitutional Development: The Supreme Court's Reference Jurisdiction". *Minnesota Law Review* 75 (1990): 1251-1290.

27. Husa, Jaako. *The Constitution of Finland: A Contextual Analysis*. Oxford: Hart Publishing, 2010.
28. Jennings, Ivor. *The Law and the Constitution*. Londres: University of London Press, 1964.
29. Johnson, Calvin H. "The Panda's Thumb: The Modest and Mercantilist Original Meaning of the Commerce Clause". *William & Mary Bill of Rights Journal* 13 (2004): 1-56.
30. Law, David S. y Mila Versteeg. *Constituciones aparentes*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018.
31. Levinson, Sanford. "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*, editado por Sanford Levinson. Princeton: Princeton University Press, 1995.
32. Loewenstein, Karl. *Political Power and the Governmental Process*. Chicago: University of Chicago Press, 1965.
33. Lutz, Donald S. *Principles of Constitutional Design*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
34. Mayer, R. A. "Legal Aspects of Secession". *Manitoba Law Journal* (1968-1969): 61- 74.
35. McClure, Wallace. *International Executive Agreements*. Nueva York: Columbia University Press, 1941.
36. McDougal, Myres S. & Asher Lans. "Treaties and Congressional-Executive or Presidential Agreements: Interchangeable Instruments of National Policy: I". *Yale Law Review* 54 (1945): 181-351.
37. Munro, J.E.C. *The Constitution of Canada*. Cambridge: Cambridge University Press, 1889.
38. Nelson, Anne E. "From Muddled to Medellin, A Legal History of Sole Executive Agreements". *Arizona Law Review* 51 (2009): 1035-1068.
39. Rawls, John. *Political Liberalism*. Nueva York: Columbia University Press, 1993.
40. Reed Amar, Akhil. "Applications and Implications of the Twenty-Fifth Amendment". *Houston Law Review* 47, n.º 1 (2010): 1-39.
41. Schlesinger, Jr., Arthur M. *The Imperial Presidency*. Houston: Mariner, 2004.
42. Schneier, Edward. *Crafting Constitutional Democracies*. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, 2006.
43. Secretary of State for Dominion Affairs to Parliament by Command of His Majesty. *Report of the Conference on the Operation of Dominion Legislation and Merchant Shipping Legislation*, 16. Londres: His Majesty's Stationery Office, 1930.
44. Stevenson, Carth. *Unfulfilled Union: Canadian Federalism and National Unity*. Montreal: McGill-Queen's University Press, 2009.
45. Strauss, David A. "Common Law Constitutional Interpretation". *University of Chicago Law Review* 63 (1996): 877-935.
46. Strauss, David A. *The Living Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
47. Supreme Court of Justice. Reference The Power of the Governor General in Council to Disallow Provincial Legislation and the Power of Reservation of a Lieutenant-Governor of a Province, (1938) SCR 71.

48. The Economist Intelligence Unit. *Democracy Index 2012: Democracy at a Standstill A report from The Economist Intelligence Unit*. 2013.
49. Tyler, John. "Inaugural Address (Apr. 9, 1841)", en *Inaugural Addresses of the Presidents of the United States from Washington to Lincoln*, editado por John Vance Cheney. Chicago: Lakeside Press, 1904.
50. Vipond, Robert C. *Liberty and Community: Canadian Federalism and the Failure of the Constitution*. Nueva York: State University of New York Press, 1991.

Legislación

51. "Draft of Instructions to be Passed Under the Royal Sign Manual and Signet to Viscount Monck, Governor General of Canada" en *Sessional Papers of the Parliament of the Dominion of Canada*, vol. 7, n.º 22, art. VII.1-8 (1867-1868).
52. "Draft of Instructions to be Passed Under the Royal Sign Manual and Signet to the Governor-General of the Dominion of Canada, 1878", en *Sessional Papers of the Parliament of the Dominion of Canada*, vol. 7, n.º 13 (1877).
53. Canada Health Act, R.S.C., 1985, c. C-6.
54. Canadian Bill of Rights, S.C. 1960, c. 44.
55. Constitución de los Estados Unidos de América, artículo II § 2.
56. Constitution Act, 1867, 30 & 31 Victoria, c 3 (U.K.), pt. IV, ss. 55-57; pt. V, s. 90.
57. Statute of Westminster, 1931, 22 Geo. 5, ch. 4, ss. 2, 4.
58. United Kingdom Human Rights Act of 1998.
59. War Powers Resolution, Pub. L. n.º 93-148, 87 Stat. 555 (1973).

Jurisprudencia

60. *Am. Ins. Ass'n v. Garamendi*, 539 U. S. 396, 415 (2003).
61. *Dames & Moore v. Regan*, 453 U. S. 654, 682-87 (1981).
62. *Daniel Ball*, 77 U. S. (1 Wall.) 557, 564-66 (1871).
63. *Estados Unidos v. Belmont*, 301 U. S. 324, 330-31 (1937).
64. *Estados Unidos v. López*, 514 U. S. 549, 567-68 (1995).
65. *Estados Unidos v. Morrison*, 529 U. S. 598, 607-09 (2000).
66. *Estados Unidos v. Pink*, 315 U. S. 203, 229-30 (1942).
67. *Fitzpatrick v. Bitzer*, 427 U. S. 445, 456 (1976).
68. *Gibbons v. Ogden*, 22 U. S. (9 Wheat.) 1, 197 (1824).
69. *Hammer v. Dagenhart*, 247 U. S. 251, 273-74 (1918).
70. *Heart of Atlanta Motel, Inc. v. Estados Unidos*, 379 U. S. 241, 253-57 (1964).
71. *NLRB v. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U. S. 1, 37-39 (1937).
72. *R. R. Ret. Bd. v. Alton R. R. Co.*, 295 U. S. 330, 374 (1935).