

# LA CONSTITUCIONALIDAD DE VINCULAR LEGISLATURAS FUTURAS MEDIANTE REFERÉNDUM

## ARTÍCULO\*

JOSÉ B. MÁRQUEZ REYES\*\* & ALVIN PADILLA BABILONIA\*\*\*

Introducción .....	247
I. Contexto .....	249
II. Dimensión política .....	251
III. Problema jurídico .....	255
A. <i>Legislative entrenchment</i> en Estados Unidos .....	257
i. Base histórica .....	257
ii. Cláusulas constitucionales .....	258
iii. Jurisprudencia .....	262
B. <i>Legislative entrenchment</i> en Puerto Rico .....	263
i. Cláusulas constitucionales .....	264
ii. Jurisprudencia .....	266
IV. <i>Symmetric entrenchment</i> por referéndum .....	268
A. Justificación teórica .....	269
B. Definición y requisitos .....	273
C. Validez constitucional .....	279
V. Revisión judicial .....	286
Conclusión .....	290

## INTRODUCCIÓN

UNA LEGISLATURA NO PUEDE OBLIGAR A OTRA. ES DECIR, LO APROBADO POR la legislatura actual no vincula a una legislatura futura que tenga interés en alterar el ordenamiento vigente al momento de asumir el poder. Ese parece ser un principio básico de la tradición democrática liberal en la

---

\* Este artículo forma parte del *Proyecto piloto de revisión por pares de la Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico* iniciado por la Junta Editora del Volumen LXXXIV. El mismo fue revisado por expertos en las materias de Derecho Constitucional y Teoría del Derecho mediante el sistema de revisión doble ciego (*double-blind peer review*).

\*\* Estudiante de segundo año de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico y Editor Titular de la Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico.

\*\*\* Estudiante de segundo año de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico y Editor Asociado de la Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico.

Agradecemos al profesor José Julián Álvarez González por su revisión y comentarios.

cual se basa nuestra Constitución. En la literatura anglosajona, cuando se discute el intento de aprobar normas inalterables, se suele utilizar el concepto de *entrenchment*. El consenso entre los principales juristas y constitucionalistas es que el acto de vincular (*entrench*) a una legislatura posterior, aprobando una ley sin posibilidad de enmienda o derogación, es contrario a varios principios democráticos presentes en el ordenamiento constitucional. En todo caso, los únicos tipos de *entrenchment* posibles son aquellos establecidos en las constituciones mismas. A nivel legislativo, no obstante, la democracia se percibe como un proyecto inconcluso, por lo que todo lo que el Pueblo decide a través de sus representantes políticos debería estar sujeto a la revisión periódica que los cambios en las percepciones sociales puedan requerir.

En este artículo analizamos la prohibición del *entrenchment* en términos generales y las bases jurídicas que demuestran su presencia en el Derecho Constitucional estadounidense y puertorriqueño. Nuestro interés principal es argumentar que, a pesar de la validez normativa y jurídica de dicha prohibición, cierto tipo de *entrenchment*, en particular el *symmetric entrenchment* por referéndum, debería explorarse a nivel legislativo y, en caso de ser impugnado, prevalecer ante una revisión judicial. El *symmetric entrenchment* por referéndum consiste en que una primera legislatura (L1) aprueba una ley cumpliendo con el procedimiento legislativo ordinario, pero añadiendo el requisito de que, para que la misma entre en vigor, debe ser ratificada en referéndum. Al hacer esto, la L1, además, obliga a la segunda legislatura (L2) a tener que pasar por el mismo procedimiento si pretende enmendar o derogar la ley aprobada mediante referéndum.

Para sostener la validez de este tipo de *entrenchment*, discutiremos los elementos que hacen inconstitucionales la mayoría de los *entrenchments* y cómo estos no estarían presentes en el *symmetric entrenchment* por referéndum. La idea central, como se verá fundamentada, sería que, mientras los *entrenchments* generalmente criticados por los juristas son aquellos que implican menos democracia, el aquí propuesto implica mayor democracia. Al proponer este mecanismo legislativo tomamos en cuenta el estado de crisis social, en el cual el País se ha visto sumido en los últimos años, y la correspondiente incapacidad de los bandos políticos en control del gobierno de, por sí solos, proponer soluciones profundas y duraderas a las principales problemáticas sociales. El *symmetric entrenchment* por referéndum, a nuestro modo de ver, es una forma mediante la cual las fuerzas políticas pueden echar mano del Pueblo para garantizar la implementación y estabilidad de ciertas políticas públicas que gocen de amplio respaldo ciudadano.

Para facilitar la discusión del tema en cuestión, el artículo se divide en cinco partes. En la primera parte, comentamos brevemente algunas propuestas en la discusión pública que demuestran un cierto consenso a nivel local en torno a la deseabilidad de políticas públicas a largo plazo. En la segunda parte, discutimos algunas razones por las cuales este tipo de propuestas no sobrevive en el ambiente de *politics as usual* al que estamos acostumbrados. Luego, en la tercera parte, nos movemos a la discusión del *entrenchment* y las razones de su prohibición,

con tal de entender por qué a nivel jurídico, fuera de la difícil opción de enmendar la Constitución,<sup>1</sup> no parecerían haber alternativas al cortoplacismo político. En la cuarta parte, sin embargo, presentamos como alternativa jurídica el *symmetric entrenchment* por referéndum y explicamos en detalle en qué consiste el proceso y cuál sería su validez constitucional. Por último, en la quinta parte, utilizamos un caso hipotético para considerar las distintas opciones que tendría el Tribunal al revisar judicialmente el *symmetric entrenchment* por referéndum. Finalmente, y a modo de conclusión, atendemos algunas posibles críticas que podría enfrentar este mecanismo legislativo y sugerimos algunas áreas a las que entendemos se debe limitar su uso.

## I. CONTEXTO

Se ha vuelto un lugar común aludir a las pugnas político partidistas como raíz de todos los males del gobierno de Puerto Rico. Señalan sectores no gubernamentales, incluyendo la academia, la prensa, el sector privado y la sociedad civil en general, que los intercambios constantes en el poder político no permiten que los asuntos públicos medulares se atiendan de manera coherente y planificada.<sup>2</sup> No es extraño que, independientemente de los resultados de determinada política pública, si su creación es atribuible a una pasada administración liderada por un partido de oposición, el partido luego hallado en mayoría intente desprestigiarla y presentar la suya ante el País como la nueva panacea social. Esto ha provocado un desencanto generalizado con un sistema político que, si bien está basado en la idea de que se vive en una sociedad democrática, una y

---

<sup>1</sup> Los problemas planteados a lo largo del artículo no tienen una única solución jurídica. Debido a su complejidad, pueden ser atendidos de múltiples formas. Es por eso que reconocemos que al enfrentar el asunto de fondo aquí planteado –la necesidad de políticas públicas a largo plazo– deben tomarse en cuenta otras soluciones, jurídicas y no jurídicas. Enmendar la Constitución sería una alternativa ideal, pero la dificultad que presenta nos lleva a contemplar otras soluciones. Sin embargo, debemos mencionar que, a pesar de haber sido rechazado por la Asamblea Constituyente, adoptar el sistema de iniciativa y referéndum mediante una enmienda constitucional también facilitaría que se adopten políticas públicas a largo plazo. David Montañez Miranda, *Iniciativa y referéndum: Las experiencias estatales como modelos para Puerto Rico*, 83 REV. JUR. UPR 143, 166-68 (2014).

<sup>2</sup> Para el señalamiento de una profesora de administración pública de que una de las causas de la crisis gubernamental es la “politización del servicio público”, véase Palmira Ríos, *Nuevas miradas a la crisis gubernamental en Puerto Rico*, en OTROS CAMINOS: PROPUESTAS PARA LA CRISIS DE PUERTO RICO 69 (Ángel Rosa Vélez ed., 2012); para el señalamiento de un periodista de que el partidismo político es como un virus que envenena el servicio público, véase Benjamín Torres Gotay, *Una plaga*, EL NUEVO DÍA (11 de mayo de 2014), <http://www.elnuevodia.com/blog-unaplaga-1770405.html> (última visita 14 de noviembre de 2014); para el señalamiento de una directora de una entidad sin fines de lucro de que los cambios no son posibles “desde los focos del partidismo político”, véase María de Lourdes Lara, *Proyecto País*, EL NUEVO DÍA (1 de marzo de 2013), <http://www.elnuevodia.com/voz-titulo-1458965.html> (última visita 14 de noviembre de 2014); para el señalamiento de una ciudadana de que el problema fundamental de Puerto Rico es el “partidismo político”, véase Rosario Goyco Carmoega, *Los partidos*, EL NUEVO DÍA (24 de junio de 2014), <http://www.elnuevodia.com/columna-lospartidos-180015.html> (última visita 14 de noviembre de 2014).

otra vez pone en cuestión la capacidad de dicho sistema de verdaderamente representar el interés público y perseguir el bien común.

Ante la predecible historia del quehacer político partidista, múltiples voces se han levantado a favor del desarrollo de políticas públicas a largo plazo que trasciendan los ciclos electorales. Bajo el nombre de “concertación social”, “pacto social”, “proyecto de país”, “convención de país”, “plan decenal”,<sup>3</sup> entre otras propuestas que se han elaborado, en el fondo subyace la deseabilidad de que como sociedad se establezcan unos lineamientos mínimos sobre las aspiraciones generales en cuanto a determinado problema o necesidad común. Este modelo de gobernanza, basado en la negociación entre el gobierno y otros sectores sociales sobre estrategias a largo plazo, ha sido implementado en países de Europa, África, América Latina y el Caribe, particularmente ante situaciones de crisis.<sup>4</sup> Nótese que el gobierno, como poseedor del monopolio sobre la ley, resulta ser un sector imprescindible en estos procesos. Es precisamente la dificultad de obligar al gobierno, en términos políticos y jurídicos, con este tipo de propuestas, lo que estaremos analizando más adelante.

Aunque las políticas a largo plazo se han presentado como posible solución a múltiples asuntos, las mismas circunstancias socioeconómicas del País han provocado que la discusión se enfoque en tres en particular: educación,<sup>5</sup> economía<sup>6</sup> y seguridad.<sup>7</sup> Por entender que se trata del área en la que existe tanto un mayor consenso como proyectos concretos más adelantados, este artículo utilizará como ejemplo aquellos relacionados a la educación.<sup>8</sup> A grandes rasgos, lo que estos

---

3 Véase Miguel A. Soto Class, *¿Concertación?*, EL NUEVO DÍA (27 de febrero de 2013), <http://www.elnuevodia.com/voz-concertacion-1457121.html> (última visita 14 de noviembre de 2014) (proponiendo una “concertación social”); Jay Fonseca, *No desperdiciemos esta crisis, por favor*, PRIMERA HORA (10 de febrero de 2014), <http://www.primerahora.com/noticias/puertorico/columna/jay-fonseca/columnas/nodesperdiciemosestacrisisporfavor-988942> (última visita 14 de noviembre de 2014) (proponiendo una “convención de país”); Antonio R. Gómez, *A impulsar el Plan Decenal en Educación*, EL NUEVO DÍA (11 de julio de 2013), <http://www.elnuevodia.com/aimpulsarelplandecenaleneducacion-1549107.html> (última visita 14 de noviembre de 2014) (proponiendo un “plan decenal”); *Urgen transparencia y desarrollo de producción local ante situación crediticia*, DIARIO DE PUERTO RICO (5 de febrero de 2014), <http://diariodepuertorico.com/2014/02/urgente-transparencia-y-desarrollo-de-produccion-local-ante-situacion-crediticia> (última visita 14 de noviembre de 2014) (proponiendo un “pacto de país”).

4 Sergio Marxuach, *Concertación social: Características y retos*, Conferencia económica anual 2013 del Centro para una Nueva Economía (1 de marzo de 2013), <http://grupocne.org/2013/03/01/concertacion-social-caracteristicas-y-retos/presentacion-sm-conferencia-economica-2013-2> (última visita 14 de noviembre de 2014).

5 *La educación que aspiramos: Hacia un proyecto de país*, EL NUEVO DÍA, 26 de abril de 2012, en la pág. 5 (publicación especial) (proponiendo un “pacto social educativo” de diez o quince años).

6 Rut N. Tellado Domenech, *En ruta hacia un plan económico a largo plazo*, EL NUEVO DÍA, 5 de septiembre de 2014, en la pág. 32 (proponiendo un “plan económico estratégico a largo plazo”).

7 COMISIÓN PARA LA PREVENCIÓN DE LA VIOLENCIA, *ESTRATEGIA NACIONAL PARA SEGURIDAD PÚBLICA SOLIDARIA DE PUERTO RICO 2* (2013), <http://coprevi.cayey.upr.edu/joomla/index.php/estrategia.html> (última visita 14 de noviembre de 2014) (proponiendo una estrategia con un “período de acción de 10 años”).

8 Véase, e.g., P. de la C. 1032 de 16 de abril de 2013, 1ra Ses. Ord., 17ma Asam. Leg.

buscan es vincular por diez años a los organismos y funcionarios de la educación a una política pública en particular. Un plan de esta índole no se vería afectado por los vaivenes político partidistas que suelen provocar tanto el cambio de secretarios como de visiones educativas y, además, la enmienda o derogación de leyes.

Es a partir de nuestro favorecimiento, en principio, a este tipo de propuestas que nos planteamos, principalmente, las siguientes interrogantes: ¿qué factores explican su *impasse* a nivel político? ¿De qué manera podrían aprobarse y obligar *políticamente* a legislaturas futuras? ¿Qué problemas jurídicos estarían envueltos? ¿Cuáles serían algunas alternativas para superarlos y vincular en términos *jurídicos* a legislaturas futuras? Discutiremos brevemente la dimensión política de los planes a largo plazo, pues creemos que es un asunto entendido y discutido en otros espacios. Nos concentraremos, pues, en el análisis de la dimensión jurídica al respecto, en la cual nos parece que existe una discusión importante que apenas se ha generado en Puerto Rico.

## II. DIMENSIÓN POLÍTICA

Los impedimentos en el ámbito político a la mera consideración de un plan a largo plazo son numerosos, aun sin considerar el contenido particular que lo caracterice. Si bien la política vive de la diferencia intrínseca en las relaciones humanas,<sup>10</sup> entendemos que, además, otras razones disuaden a los sectores políticos de incurrir en planes o concertaciones a largo plazo. Se trata de factores más que sabidos en el País, aunque no suelen reconocerse por los funcionarios políticos en la discusión pública por lo inconfesable de algunos de sus supuestos. Aunque, para propósitos de este artículo, no es nuestro objetivo concentrarnos en este aspecto, no queremos pasarlo inadvertido por entender que, desde un perspectiva social, constituye el reto primordial a la legislación de políticas a largo plazo, en el cual el aspecto jurídico juega un rol más bien instrumental.<sup>11</sup> De las consideraciones políticas nos limitaremos a comentar tres: (1) la profesionalización de la política, (2) el bipartidismo y (3) los intereses económicos.

En primer lugar, debe mencionarse la tendencia en Puerto Rico a profesionalizar el quehacer político.<sup>12</sup> No pretendemos cuestionar aquí la preferencia por

9 Al hablar aquí de obligación política, queremos decir moral, no legal.

10 “[V]ivir en democracia implica un interminable proceso que parte de la aceptación y regulación de diferencias. Sin diferencias no habría necesidad de democracia. Una democracia sin diferencias es un absurdo”. FERNANDO MIREs, *CIVILIDAD: TEORÍA POLÍTICA DE LA POSMODERNIDAD* 109 (2001).

11 Con esto, nos referimos a que el rol de la ley no debe percibirse como primordial en un asunto como el que aquí se propone (políticas públicas a largo plazo). La ley debería ser solo el mecanismo a través del cual se viabiliza el interés o aspiración social. Para una noción de los abogados como “arquitectos del orden social”, véase JAIME B. FUSTER, *LOS ABOGADOS DE PUERTO RICO: FUNDAMENTOS PARA UNA SOCIOLOGÍA DE LA PROFESIÓN LEGAL* 15 (1974).

12 Para un comentario sobre este mismo fenómeno en España, véase Javier Tajadura Tejada, *Recuperar la confianza perdida*, EL PAÍS (9 de septiembre de 2014),

un legislador a tiempo completo, *vis à vis* un legislador ciudadano, pues podríamos coincidir en que quien trabaja para una entidad privada —a la vez que promulga leyes que pueden afectarla positiva o negativamente— enfrenta serios conflictos de intereses.<sup>13</sup> Nos referimos más bien a la cultura de convertir la aspiración política en una carrera profesional.<sup>14</sup> Aunque existan aquellos políticos de quienes se puedan reconocer valiosas aportaciones, hay un problema innegable en colocar el poder político en manos de alguien cuyo criterio vacila entre el interés público y el interés personal. En la medida en que el político de carrera depende constantemente del voto, sus determinaciones, como se ha reconocido, suelen basarse “en las próximas elecciones” y no “en las próximas generaciones”.<sup>15</sup> Esto presenta la siguiente paradoja. Por un lado, es conveniente que los representantes políticos le rindan cuentas a los electores en las urnas y no que pretendan que sus actos carecerán de consecuencias. Mas, por el otro, es problemático que el representante solo actúe bajo esa consideración, pues su atención se concentrará en aquello que atraiga al elector a corto plazo, sin atender los problemas sociales de fondo.

En segundo lugar, tendría que destacarse el bipartidismo. El sistema bipartidista, atribúyasele al esquema constitucional<sup>16</sup> o a la desinformación de los electores<sup>17</sup> de Puerto Rico, dilata la necesidad de una concertación. En un sistema en el que solo dos partidos son capaces de, cada cierto tiempo, asumir el control político total del País, la concertación social no es un elemento necesario para pasar legislación. Al entronizarse un bipartidismo cíclico, la historia política reciente ha demostrado cómo los dos principales movimientos políticos optan por aprovechar al máximo su control gubernamental mientras dure.<sup>18</sup> La actitud arrolladora de quien ha alcanzado el poder, y la respectiva resistencia de quien se

---

[http://elpais.com/elpais/2014/09/05/opinion/1409940866\\_057287.html](http://elpais.com/elpais/2014/09/05/opinion/1409940866_057287.html) (última visita 14 de noviembre de 2014).

<sup>13</sup> Véase Israel Rodríguez Sánchez, *Sale a flote la complejidad de ser legislador ciudadano*, EL NUEVO DÍA (11 de julio de 2013), <http://www.elnuevodia.com/saleaflotelacomplejidaddeserlegisladorciudadano-1549347.html> (última visita 14 de noviembre de 2014).

<sup>14</sup> Irene Garzón Fernández, *Cuidado con los carreristas políticos*, EL NUEVO DÍA (10 de mayo de 2014), <http://www.elnuevodia.com/columna-cuidadoconloscarreristaspoliticos-1769026.html> (última visita 14 de noviembre de 2014).

<sup>15</sup> Willie Miranda Marín, *Coloquemos de nuevo a Puerto Rico en la ruta de la prosperidad y la equidad*, Fundación Luis Muñoz Marín (15 de febrero de 2010).

<sup>16</sup> Ángel Israel Rivera, *Sobre el bipartidismo cerrado*, 80 GRADOS (5 de octubre de 2012), <http://www.8ograd.net/sobre-el-bipartidismo-cerrado> (última visita 14 de noviembre de 2014) (planteando que el bipartidismo se debe, principalmente, a “la propia estructura de representación contenida en nuestra Constitución”).

<sup>17</sup> Benjamín Torres Gotay, *Cuatro gatos maullando por un mejor país*, EL NUEVO DÍA (31 de julio de 2011) <http://www.elnuevodia.com/nota-1028077.html> (última visita 14 de noviembre de 2014) (planteando que el estado del País se debe al voto desinformado de la mayoría de los electores).

<sup>18</sup> Para una crónica de *realpolitik* al respecto, véase JAY FONSECA, *BANQUETE TOTAL: CUANDO LA CORRUPCIÓN DEJÓ DE SER ILEGAL* (2013).

encuentra en minoría,<sup>19</sup> propende al establecimiento de políticas unilaterales que, por aprobarse de esa manera, son de corta duración.<sup>20</sup> Es por eso que se sostiene que las concertaciones sociales son viables en sistemas de mayor pluralismo democrático, en los cuales los gobiernos no tienen la capacidad de imponer soluciones unilateralmente.<sup>21</sup>

Por último, deben señalarse los intereses económicos presentes en el sistema político, cuya influencia se denuncia de manera constante en Puerto Rico y Estados Unidos.<sup>22</sup> Una de sus implicaciones es la manera en que allegados a los partidos políticos en el poder disfrutaban de contratos y otros beneficios a costa del presupuesto público.<sup>23</sup> Es conocido que las compañías que disfrutaban de estos beneficios suelen financiar el sostenimiento económico de los partidos políticos y, en particular, sus campañas electorales.<sup>24</sup> Se trata de una relación de mutua dependencia entre el sector económico y el sector político, en la que los intereses de ambos están en juego. Esto no se desliga de la discusión de políticas a largo plazo si se toma en cuenta que, de ser aprobadas, importantes partes del presupuesto público se verían comprometidas fuera de las manos de estos intereses. En ese sentido, la influencia del dinero en los entes políticos se refleja más en su inacción frente a determinadas propuestas que en sus actos en general.<sup>25</sup> Debe,

<sup>19</sup> Debe cuestionarse también la forma en que este sistema reduce el rol de los partidos en minoría “a criticar y pelear contra el partido de mayoría”, sin propiciar la participación activa en el desarrollo de política pública de funcionarios que han sido igualmente electos como representantes de un sector del País. Ángel Israel Rivera, *El papel imprescindible de los ciudadanos*, 80 GRADOS (7 de marzo de 2014), <http://www.8ogrados.net/el-papel-imprescindible-de-los-ciudadanos/> (última visita 14 de noviembre de 2014). Véase además Jeremy Waldron, *The Principle of Loyal Opposition* (N.Y.U. Sch. of Law, Pub. Law & Legal Theory Research Paper Series, Working Paper No. 12-22, 2011), [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2045647](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2045647) (última visita 14 de noviembre de 2014) (sobre cómo los períodos en que un partido se encuentra en minoría no deben solo servirle como preparación para estar en mayoría).

<sup>20</sup> Véase Richard H. Pildes, *Why the Center Does Not Hold: The Causes of Hyperpolarized Democracy in America*, 99 CAL. L. REV. 273, 325-29 (2011) (sobre cómo la hiperpolarización de la democracia, sin unos puntos de encuentro entre los partidos políticos, tiende a la paralización).

<sup>21</sup> Marxuach, *supra* nota 4.

<sup>22</sup> Para un reportaje sobre la influencia del dinero en las campañas políticas y el gobierno de Puerto Rico, véase *Se soltaron los caballos: El inversionismo político en la campaña 2012*, CENTRO DE PERIODISMO INVESTIGATIVO (24 de octubre de 2012), <http://periodismoinvestigativo.com/2012/10/se-soltaron-los-caballos-el-inversionismo-politico-en-la-campana-2012> (última visita 14 de noviembre de 2014) [en adelante *El inversionismo político en la campaña 2012*]; para un reportaje del mismo asunto en Estados Unidos, véase James Bennet, *The New Price of American Politics*, THE ATLANTIC (19 de septiembre de 2012), <http://www.theatlantic.com/magazine/archive/2012/10/the/309086> (última visita 14 de noviembre de 2014).

<sup>23</sup> “La mayoría de nuestros políticos suben al poder rodeados de gente que quiere acceso a ese poder. Para nada o muy poco les interesa el bienestar colectivo. Les interesa su bienestar. Les interesa el dinero y las influencias”. FONSECA, *supra* nota 18, en la pág. 107.

<sup>24</sup> *El inversionismo político en la campaña 2012*, *supra* nota 22.

<sup>25</sup> “[E]ven more symptomatic of the corrupting influence that private money has on Congress is what legislators *won't* do in behalf of a particular program, in the form of issues not raised, legisla-

además, señalarse que muchas propuestas a largo plazo vienen acompañadas de la sugerencia de que su ejecución se delegue a entes autónomos,<sup>26</sup> protegidos de influencias político partidistas. Esto supone remover del todo la prerrogativa política sobre el tipo de asunto por el cual, precisamente, se aspira a gobernar un país.

El saldo de los factores políticos abordados sería el siguiente. El funcionamiento del sistema político hace poca atractiva la idea de un plan a largo plazo que no redunde en un aumento de probabilidades de que los actores políticos permanezcan en el gobierno, dominen ampliamente e incentiven determinados intereses económicos. Las soluciones de distintos sectores sociales ante este estado de situación son variadas. Dado que el enfoque de este artículo es jurídico, en esta parte nos limitaremos a esbozar solo las principales alternativas para que el gobierno se obligue *políticamente* a una propuesta a largo plazo. En ese sentido, estaríamos hablando de una obligación *funcional* a determinada política y no *formal*,<sup>27</sup> como se discutirá al abordar la dimensión jurídica.

Algunos propondrían alterar el modelo político radicalmente, considerando un sistema que valore la planificación social sobre los principios y derechos de una democracia liberal.<sup>28</sup> Esta alternativa no solo sería poco viable, sino que también supondría emular modelos de gobernanza cuya eficacia se logra a base del sacrificio de ciertas conquistas democráticas que pocos estarían dispuestos a renunciar. Otra forma de ver el asunto sería desde una lógica más bien reformista del sistema político partidista. Aquí el problema principal se enmarcaría como uno vinculado a los partidos dominantes, de modo que si partidos nuevos, comprometidos de veras con el interés público, resultaran favorecidos, las políticas a largo plazo podrían perdurar sobre los intereses cortoplacistas. En esta idea está basado el discurso de los partidos minoritarios y algunos de los señalamientos de sus programas de gobierno.<sup>29</sup> Desde esta perspectiva, la solución al *impasse* político sería primordialmente electoral. Pero hay quien plantearía que la solución al problema político no radica solo en la oferta electoral, sino en la cultura política de la ciudadanía, incluyendo no solo al liderato político sino a los electores mis-

---

tion not drafted, bills not pushed". Marty Jezer & Ellen Miller, *Money Politics: Campaign Finance and the Subversion of American Democracy*, 8 NOTRE DAME J.L. ETHICS & PUB. POL'Y 467, 480 (1994).

<sup>26</sup> Véase William Vázquez Irizarry, *La era de los órganos autónomos*, en PODER EJECUTIVO 37 (Roberto Saba ed., 2007).

<sup>27</sup> Daryl Levinson & Benjamin Sachs, *Political Entrenchment and Public Law 2* (escrito no publicado).

<sup>28</sup> Véase FRANCISCO CATALÁ, ELOGIO DE LA IMPERFECCIÓN 51 (2007) (señalando la "tendencia autoritaria" de los sistemas regidos por la planificación socioeconómica).

<sup>29</sup> Véase, e.g., *Plan de construcción nacional*, MOVIMIENTO UNIÓN SOBERANISTA (2012), <http://www.muspr.org/programa-de-gobierno.html> (aspirando a librar al gobierno de la "influencia político partidista"); *Programa de gobierno 2012*, PARTIDO INDEPENDENTISTA PUERTORRIQUEÑO (2012), [http://www.independencia.net/index.php?option=com\\_content&view=article&id=1054:educacion&catid=44:programa-actual&Itemid=283&lang=es](http://www.independencia.net/index.php?option=com_content&view=article&id=1054:educacion&catid=44:programa-actual&Itemid=283&lang=es) (señalando el problema de la "injerencia política partidista" en el sistema educativo); *Programa del Partido del Pueblo Trabajador*, PARTIDO DEL PUEBLO TRABAJADOR (2012), <http://www.pueblotrabajador.com/propuestas/programa-del-partido-del-pueblo-trabajador.html> (señalando los efectos nocivos de los "vaivenes del partidismo" al magisterio).

mos.<sup>30</sup> De esa forma, mejorar la cultura política del País se concibe como una condición previa al cambio de los aparatos gubernamentales y aquellos que los dirigen. Un cambio en esta dirección requeriría que desde todos los rincones de la sociedad y sus respectivas instituciones se promueva una educación para la vida democrática.

No obstante, para lograr que una política a largo plazo perdure en nuestro sistema político quizás no se requiere una transformación mayor del mismo. La forma más fácil de aceptar la viabilidad de este tipo de medidas sería reconociendo que estas no son extrañas a nuestra historia política.<sup>31</sup> Al observar con detenimiento algunos programas gubernamentales vigentes desde hace décadas, nos percatamos de que importantes políticas públicas han logrado desarrollarse a largo plazo. Este es el caso de, por ejemplo, la *Ley del sistema de compensaciones por accidentes del trabajo*,<sup>32</sup> la *Ley de la Universidad de Puerto Rico*,<sup>33</sup> y la *Ley de protección social por accidentes de automóviles*,<sup>34</sup> entre otras. Podríamos decir que estas leyes fueron producto de movilizaciones sociales que en su momento lograron garantizarle derechos a la ciudadanía en calidad de trabajadores, estudiantes y conductores. Aunque cada una de estas leyes haya podido ser enmendada en más de una ocasión, lo importante es reconocer cómo ejemplifican la posibilidad de que las fuerzas políticas locales coincidan en términos generales con determinada política pública. Tomando en cuenta estos referentes, el reto de quienes aboguen por políticas a largo plazo en áreas como la educación, la economía o la seguridad sería convencer a la clase política actual de que es meritorio un pacto similar en esos asuntos particulares. Esto, claro está, requeriría de una ardua y amplia movilización social dada la resistencia a sacar asuntos tan medulares del ruedo político partidista.

### III. PROBLEMA JURÍDICO

La falta de voluntad entre múltiples partidos para una vinculación política a determinado plan, cuya vigencia trascienda cuatrienios electorales, nos lleva a considerar la posibilidad de una vinculación legal. Digamos, por ejemplo, que el color del cual se pintan las calles de un país es un asunto de gran envergadura y

---

<sup>30</sup> Véase Ángel I. Rivera, *Por una educación política concreta*, 80 GRADOS (7 de septiembre de 2012), <http://www.8ograd.net/por-una-educacion-politica-concreta> (última visita 14 de noviembre de 2014); Torres Gotay, *supra* nota 17.

<sup>31</sup> Agradecemos al profesor Efrén Rivera Ramos por traer a nuestra consideración este planteamiento y algunos ejemplos.

<sup>32</sup> Ley del sistema de compensaciones por accidentes del trabajo, Ley Núm. 45 de 18 de abril de 1935, 11 LPRA §§ 1-42 (2007).

<sup>33</sup> Ley de la Universidad de Puerto Rico, Ley Núm. 1 de 20 de enero de 1966, 18 LPRA §§ 601-614 (2002).

<sup>34</sup> Ley de protección social por accidentes de automóviles, Ley Núm. 138 de 26 de junio de 1968, 9 LPRA §§ 2051-2065 (2002).

que las fuerzas políticas no logran ponerse de acuerdo al respecto.<sup>35</sup> Ante la resistencia de unos u otros representantes políticos, ¿podría una legislatura (L1) aprobar un proyecto de ley que estableciera que las calles del país serán pintadas de cierto color de forma permanente? En teoría, podría, mas la pregunta sería si tras un cambio de gobierno una legislatura posterior (L2) estaría impedida de revocar dicha ley. Desde una perspectiva constitucional, habría que responder en la negativa. Aun si una legislatura aprobara una ley y expresamente sostuviera que es irrevocable, o que solo es revocable por determinados medios, tal ley sería inconstitucional.<sup>36</sup>

Esto se debe a que “una legislatura no puede restringir o limitar su poder ni el de futuras legislaturas para aprobar, enmendar o derogar leyes”.<sup>37</sup> En la tradición anglosajona, al acto mediante el cual una legislatura pretende vincular a otra se le conoce como *legislative entrenchment*. Se han reconocido cuatro tipos de *entrenchment*: (1) el *absoluto*, que prohíbe que una ley sea enmendada o derogada; (2) el *transitorio*, que prohíbe que se enmiende o derogue por determinado tiempo; (3) el *condicional*, que establece cierta condición externa como requisito para que se pueda enmendar o derogar, y (4) el *procesal*, que determina ciertos procedimientos específicos, como por ejemplo que se obtenga una supermayoría, para que pueda ser enmendada o derogada.<sup>38</sup> El entendido mayoritario es que todo acto de *entrenchment* está prohibido, según la doctrina y jurisprudencia estadounidense.<sup>39</sup> Aunque hay quien sostiene que esta prohibición descansa “on the most familiar and fundamental principles, so obvious as rarely to be stated”,<sup>40</sup> entendemos pertinente analizar histórica y jurídicamente cuáles son las fuentes de este principio de rango constitucional. Para hacer este análisis, primero discutiremos la historia de este principio en Estados Unidos y de dónde algunos académicos deducen su existencia en la Constitución federal. Consecuentemente, haremos el mismo recorrido en Puerto Rico, y sostendremos en dónde nos parece que se encuentra este principio en nuestra Constitución.

---

<sup>35</sup> Véase también Eric A. Posner & Adrian Vermeule, *Legislative Entrenchment: A Reappraisal*, 111 YALE L.J. 1665, 1667 (2002) (donde se ofrece el ejemplo de una ley que prohíbe el uso de bicicletas en el parque).

<sup>36</sup> John O. McGinnis & Michael B. Rappaport, *Symmetric Entrenchment: A Constitutional and Normative Theory*, 89 VA. L. REV. 385, 392 (2003).

<sup>37</sup> Pueblo v. Tribunal de Distrito, 70 DPR 678, 681 (1949) (citas omitidas).

<sup>38</sup> Julian N. Eule, *Temporal Limits on the Legislative Mandate: Entrenchment and Retroactivity*, 1987 AM. B. FOUND. RES. J. 379, 384-85 (1987). Véase también John C. Roberts & Erwin Chemerinsky, *Entrenchment of Ordinary Legislation: A Reply to Professors Posner and Vermeule*, 91 CALIF. L. REV. 1773, 1778 (2003).

<sup>39</sup> Roberts & Chemerinsky, *supra* nota 38, en la pág. 1775.

<sup>40</sup> Charles L. Black, Jr., *Amending the Constitution: A Letter to a Congressman*, 82 YALE L.J. 189, 191 (1972).

A. *Legislative entrenchment en Estados Unidos*

## i. Base histórica

La presencia del principio *anti-entrenchment* en la Constitución de Puerto Rico se remite a la influencia de Estados Unidos en nuestro desarrollo jurídico-político moderno, que a su vez se remite a la influencia de Inglaterra y el *common law* en dicha nación. Al examinar este trasfondo, es notorio que la conceptualización del poder legislativo en el sistema constitucional estadounidense tuvo como referencia muchas de las prácticas tradicionales del parlamento inglés. De ahí que al referirse al *legislative entrenchment* las cortes estadounidenses citen los comentarios del famoso jurista William Blackstone al decir que las actuaciones del parlamento que intenten derogar los poderes de parlamentos siguientes no son vinculantes en tanto y en cuanto, “the legislature, being in truth the sovereign power, is always of equal, always of absolute authority”.<sup>41</sup> No obstante, la justificación valorativa del principio *anti-entrenchment* en el sistema inglés y el estadounidense ha descansado en fundamentos distintos.

El parlamento inglés, como ente soberano, gozaba de lo que se conoce como *supremacía legislativa*. Según este principio, el parlamento tenía derecho a hacer o deshacer cualquier ley.<sup>42</sup> Es por eso que el único límite externo verdadero al poder parlamentario, según Dicey, era su necesidad de mantener cierto apoyo popular.<sup>43</sup> Ningún texto o poder gubernamental superaba el poder del parlamento de aprobar las leyes que considerara necesarias. Solo el parlamento mismo podía revocar una determinación hecha previamente, pues su poder supremo era además perpetuo, en el sentido de que a través del tiempo seguía siendo igualmente supremo.<sup>44</sup> Esto implicaba que el parlamento solo mantuviera su supremacía en la medida en que siempre estuviera facultado para actuar legislativamente sin ataduras del pasado. Por eso resultaba en un contrasentido pensar que una ley pudiera contener disposiciones que impidieran su derogación, pues la facultad suprema en virtud de la cual esa ley se aprueba es igual a la que luego pudiera determinar su derogación. La longevidad de este principio en Inglaterra bien la resumen expresiones de figuras como Francis Bacon al decir que “a supreme and absolute power cannot conclude itself”.<sup>45</sup>

Se ha planteado que la poca discusión en la historia constitucional de los Estados Unidos sobre el principio *anti-entrenchment* demuestra que, en ese tema,

<sup>41</sup> 1 WILLIAM BLACKSTONE, COMMENTARIES \*90.

<sup>42</sup> P.P. CRAIG, PUBLIC LAW AND DEMOCRACY IN THE UNITED KINGDOM AND THE UNITED STATES OF AMERICA 13 (1990).

<sup>43</sup> *Id.* en la pág. 15.

<sup>44</sup> “[T]he perpetual supremacy of Parliament and its nuclear prohibition against entrenchment serve as the lifeblood of the English legal system”. Eule, *supra* nota 38, en la pág. 393 (citas omitidas).

<sup>45</sup> FRANCIS BACON, BACON: THE HISTORY OF THE REIGN OF KING HENRY THE SEVENTH 122 (Brian Vickers ed., Cambridge Univ. Press 1998) (1622).

los constituyentes se acogían a la tradición inglesa.<sup>46</sup> Esto nos parece válido, aunque no quita que se destaquen algunas importantes expresiones de los fundadores que demuestran su adherencia al principio. No obstante, debe reiterarse que, dado que Estados Unidos no reprodujo la noción de supremacía legislativa, el principio *anti-entrenchment* en el sistema legal estadounidense se basó en fundamentos distintos al sistema inglés. A diferencia del parlamento inglés, el poder legislativo del Congreso tiene límites específicos, empezando por la Constitución y la facultad de revisión judicial a partir de *Marbury v. Madison*.<sup>47</sup> La supremacía del texto constitucional determina, pues, sobre qué asuntos y por cuánto tiempo los congresistas pueden ejercer su poder legislativo. Es por eso que se dice que, con respecto al margen de acción concedido en dicho poder, el Congreso goza de una supremacía legislativa transitoria.<sup>48</sup>

En Estados Unidos, el principio *anti-entrenchment* aplica con respecto a ese poder legislativo transitorio. Varias expresiones de los constituyentes estadounidenses demuestran que su noción de las facultades legislativas contemplaba la prohibición del *entrenchment*. Tómese, por ejemplo, los escritos de Hamilton en los que señaló que “between the interfering acts of an equal authority that which was the last indication of its will should have the preference”.<sup>49</sup> Al mismo asunto aludió Jefferson en la redacción de una ley virginiana poco antes de la redacción de la Constitución, diciendo que una asamblea elegida para legislar carece de poderes “to restrain the acts of succeeding assemblies”.<sup>50</sup> Madison hizo lo propio en cuanto a una legislación de Filadelfia, demostrando que compartía la misma idea. Tras diferenciar los poderes legislativos de aquellos que ostentaban los gobernantes medos y persas, sostuvo que en el sistema estadounidense “[a] repeal is a thing against which no provision can be made”.<sup>51</sup> En estas expresiones puede notarse el reconocimiento de los constituyentes de que el sistema estadounidense también prohíbe a una legislatura obligar a otra. Lo que no queda claro es cuál es el fundamento principal para esta prohibición en la Constitución de los Estados Unidos. Sobre esto existen opiniones diversas entre los juristas.

## ii. Cláusulas constitucionales

A pesar de que los fundadores de la Constitución de Estados Unidos estaban en contra de que una legislatura obligara a una posterior, la realidad es que ninguna cláusula de la Constitución recoge expresamente este principio.<sup>52</sup> No obstante, varios académicos han reconocido que la prohibición al *legislative entrenchment*

---

46 McGinnis & Rappaport, *supra* nota 36, en las págs. 402-03.

47 Eule, *supra* nota 38, en la pág. 393.

48 *Id.* en la pág. 395.

49 THE FEDERALIST No. 78 (Alexander Hamilton). Esto se conoce como el *last in time rule*.

50 McGinnis & Rappaport, *supra* nota 36, en la pág. 405 (citas omitidas).

51 *Id.* en la pág. 406 (citas omitidas).

52 Véase Posner & Vermeule, *supra* nota 35, en la pág. 1683.

*chment* sí está reconocida en la Constitución federal.<sup>53</sup> Las principales cláusulas constitucionales donde se argumenta que se encuentra la prohibición al *legislative entrenchment* son las siguientes: (1) poderes legislativos,<sup>54</sup> (2) límites temporales,<sup>55</sup> (3) *rulemaking clause*,<sup>56</sup> y (4) proceso de enmienda constitucional.<sup>57</sup> Los académicos discrepan en cuanto a cuál cláusula es la que en definitiva recoge este principio constitucional, sin embargo, entendemos que, vistas en su totalidad, estas cuatro cláusulas demuestran que el *legislative entrenchment* está prohibido en el ordenamiento jurídico estadounidense. Las bases constitucionales, y la interpretación que de ellas han hecho estos académicos, nos demuestran no solo que el *legislative entrenchment* está prohibido, sino que hay fuertes consideraciones de política pública que sostienen la validez de este principio constitucional.

En primer lugar, la *vesting clause* del artículo I de la Constitución de Estados Unidos señala que “[a]ll legislative powers herein granted shall be vested in a Congress of the United States, which shall consist of a Senate and House of Representatives”.<sup>58</sup> Estos poderes legislativos otorgados por la *vesting clause* deben ser interpretados junto a las otras secciones del artículo I que definen el ejercicio de esos poderes.<sup>59</sup> Una de esas cláusulas es la sección 7, la cual establece que el Congreso podrá pasar aquella legislación que sea aprobada por las dos cámaras del Congreso y firmada por el Presidente o que logre anular el veto presidencial con dos terceras partes de cada cámara.<sup>60</sup> Los distinguidos profesores estadounidenses John C. Roberts y Erwin Chemerinsky argumentan que el *legislative entrenchment* dificultaría al Congreso aprobar legislación e iría en contra del mecanismo que la sección 7 reconoce.<sup>61</sup> Si, por ejemplo, el Congreso pasa determinada legislación con una mayoría simple, pero exige una supermayoría (dos terceras partes de los legisladores de ambos cuerpos legislativos) para que esa legislación pueda ser enmendada o derogada, se alteraría el proceso constitucional para aprobar leyes, dado que el mismo solo exige una mayoría simple y la firma del presidente.<sup>62</sup> Por lo tanto, vemos que de la estructura del artículo I, el cual

---

53 Véase Eule, *supra* nota 38, en la pág. 405; Roberts & Chemerinsky, *supra* nota 38, en la pág. 1795; McGinnis & Rappaport, *supra* nota 36, en la pág. 390.

54 U.S. CONST. art. I, §§ 1, 7.

55 *Id.* § 2, cl. 1 & § 3, cl. 1.

56 *Id.* § 5, cl. 2.

57 *Id.* art. V.

58 *Id.* art. I, § 1.

59 Roberts & Chemerinsky, *supra* nota 38, en la pág. 1784.

60 *Id.*

61 *Id.*

62 *Id.*

delinea el poder legislativo, surge fuertemente la noción de que una legislatura no puede obligar a la próxima.<sup>63</sup>

El problema que presenta el *legislative entrenchment* es que si una legislatura vincula a otra, ya sea imponiendo dificultades procesales o prohibiendo legislar sobre determinado tema, estaría limitando su poder constitucional a legislar y las disposiciones constitucionales que otorgan a ambas cámaras esa facultad carecerían de eficacia.<sup>64</sup> Por esta razón, se ha concluido que el poder del Congreso de vincular a una legislatura subsiguiente es limitado, dado que “any statute that purported to direct or to forbid subsequent Congresses to do certain things or follow certain procedures could be repealed, as could any other law, by another law, by another duly enacted statute”.<sup>65</sup> De esta manera, el principio de *lex posterior derogat priori* (una ley posterior deroga una previa),<sup>66</sup> asegura que cada Congreso o legislatura conserve su facultad constitucional de promulgar legislación.

Por otro lado, para el constitucionalista norteamericano Julian N. Eule, la prohibición al *legislative entrenchment* se encuentra en el espíritu del poder legislativo: el mandato temporal.<sup>67</sup> Para Eule los legisladores hablan por el Pueblo por un tiempo determinado y una vez acaba ese término prescrito no pueden vincular a una legislatura posterior.<sup>68</sup> Eule señala que “[j]ust as the members of Congress lack power to extend their terms beyond those set by the Constitution, they may not undermine the spirit of that document by immutably extending their influence beyond those terms”.<sup>69</sup> Por lo tanto, el mandato del Pueblo sobre determinada legislación tiene un límite temporal.<sup>70</sup> Bajo este análisis, por ejemplo, la legislatura actual representa el mandato del Pueblo otorgado solamente por el cuatrienio del 2013 al 2017. Si determinada legislación se extendiera más allá de ese término, porque prohíbe que se enmiende o derogue en los próximos treinta años, los legisladores escogidos por el Pueblo en el 2016 no podrán representar ese nuevo mandato del Pueblo y no tendrían poder legislativo sobre el asunto aprobado previamente.<sup>71</sup> Eule termina concluyendo que es el espíritu de

---

63 *Id.* en la pág. 1785.

64 John O. McGinnis & Michael B. Rappaport, *The Constitutionality of Legislative Supermajority Requirements: A Defense*, 105 YALE L.J. 483, 506 (1995) (citando a THOMAS M. COOLEY, A TREATISE ON THE CONSTITUTIONAL LIMITATIONS WHICH REST UPON THE LEGISLATIVE POWER OF THE STATES OF THE AMERICAN UNION 125-26 (1868)).

65 LAURENCE H. TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW 125 n.1 (2000).

66 Anupam Chander, *Sovereignty, Referenda, and the Entrenchment of a United Kingdom Bill of Rights*, 101 YALE L.J. 457, 469 (1991).

67 Eule, *supra* nota 38, en la pág. 403.

68 *Id.*

69 *Id.* en la pág. 404.

70 *Id.* en la pág. 405.

71 *Id.* Véase también Roberts & Chemerinsky, *supra* nota 38, en la pág. 1789.

la cláusula 1 de la sección 2<sup>72</sup> y de la cláusula 1 de la sección 3,<sup>73</sup> ambas del artículo I, lo que prohíbe el *legislative entrenchment*.<sup>74</sup>

Mientras que para Eule la prohibición del *legislative entrenchment* se encuentra en los límites temporales, para Roberts y Chemerinsky la *rulemaking clause* provee el mejor fundamento constitucional para argumentar que el *entrenchment* de legislación ordinaria no está permitido.<sup>75</sup> Para Roberts y Chemerinsky esta cláusula implica que “the House and the Senate alone and together control every aspect of the enactment process”,<sup>76</sup> por lo tanto, el proceso mediante el cual se promulga legislación no puede estar sujeto a escrutinio o control exterior.<sup>77</sup> Para explicar la relación que tiene esta cláusula con el *legislative entrenchment* es necesario volver a nuestra ley hipotética. La L1 pasa una ley diciendo que todas las carreteras de Estados Unidos serán pintadas de azul y que ninguna ley posterior podrá enmendarla o derogarla, a menos que obtenga una supermayoría. Posteriormente, la L2 concluye que quiere pintar las calles de rojo, pero no cuenta con una supermayoría. Roberts y Chemerinsky sostendrían que la ley de la L1 viola el proceso de promulgar leyes de la *rulemaking clause*, porque limita la prerrogativa que la cláusula le confiere a la L2 de determinar su proceso legislativo interno, es decir, la L2 “would not have the full freedom to control its own enactment process”.<sup>78</sup> Por lo tanto, de la *rulemaking clause* surgen dos consideraciones importantes: (1) que es suficientemente abarcador como para prohibir el *entrenchment* de legislación ordinaria, debido a que cada legislatura tiene las mismas facultades sobre su proceso de promulgar leyes y (2) que su aplicación causaría que las cortes no encuentren justiciable cualquier esfuerzo de hacer cumplir la ley que fue *entrenched*.<sup>79</sup>

72 “The House of Representatives shall be composed of members chosen every second year by the people of the several states, and the electors in each state shall have the qualifications requisite for electors of the most numerous branch of the state legislature”. U.S. CONST. art. I, § 2, cl. 1.

73 “The Senate of the United States shall be composed of two Senators from each state, chosen by the legislature thereof, for six years; and each Senator shall have one vote”. *Id.* § 3, cl. 1.

74 Eule, *supra* nota 38, en la pág. 405.

75 Roberts & Chemerinsky, *supra* nota 38, en la pág. 1789. El *rulemaking clause* dice: “[e]ach House may determine the rules of its proceedings, punish its members for disorderly behavior, and, with the concurrence of two thirds, expel a member”. U.S. CONST. art. I, § 5, cl. 2.

76 Roberts & Chemerinsky, *supra* nota 38, en la pág. 1793.

77 *Id.* en la pág. 1790.

78 *Id.* en la pág. 1794. Los autores añaden que “[L1] cannot overturn a constitutional provision guaranteeing that each [legislature] over time will exercise equal plenary authority over its enactment process”. *Id.*

79 *Id.* en la pág. 1790. Aunque el aspecto de que no es justiciable no fue tan discutido como el primero, el mismo será de gran importancia cuando discutamos la alternativa de qué pasaría si se realizara en nuestro ordenamiento jurídico un *symmetric entrenchment* por referéndum. Sobre el aspecto de justiciabilidad, Roberts y Chemerinsky también señalan que “[e]ither by explicitly stating that the Rulemaking Clause bars the inquiry, or by using familiar justiciability rules, courts have avoided interference with the enactment process in Congress”. *Id.* en la pág. 1791.

Finalmente, se ha reconocido que el *legislative entrenchment* es inconsistente con el proceso de enmienda constitucional delimitado en el artículo V.<sup>80</sup> Esto se debe a que si la legislatura puede pasar una legislación que nunca pueda ser enmendada o derogada, esta funcionaría como una disposición constitucional (o ley cuasi-constitucional), ya que solo podrían ser cambiadas enmendando la Constitución.<sup>81</sup> Por ejemplo, si se aprueba la ley estableciendo que las calles serán azules y que ningún Congreso posterior podrá cambiarlo, la misma funcionará como una enmienda o disposición constitucional, ya que no podrá ser alterada mediante el procedimiento legislativo ordinario. Para sostener este argumento, los profesores McGinnis y Rappaport señalan que “[i]t is extremely unlikely that the Framers would have allowed Congress to pass a measure that so resembles a constitutional amendment through such a lenient procedure, when they established such a strict procedure for constitutional amendments”.<sup>82</sup> En síntesis, distinguir leyes ordinarias de enmiendas constitucionales es fundamental;<sup>83</sup> si permitiéramos el *legislative entrenchment* estaríamos echando al borde esa distinción y consintiendo a que un Congreso cree disposiciones constitucionales, o cuasi-constitucionales, solo con una mayoría simple, cambiando así el proceso determinado para poder enmendar la Constitución.<sup>84</sup>

### iii. Jurisprudencia

La Corte Suprema de Estados Unidos se ha expresado en varias ocasiones en contra del *legislative entrenchment*.<sup>85</sup> Una de las primeras expresiones que hizo la Corte sobre este asunto fue en el emblemático caso de *Fletcher v. Peck*, donde concluyó que “[o]ne legislature is competent to repeal any act which a former legislature was competent to pass; and that one legislature cannot abridge the

---

80 McGinnis & Rappaport, *supra* nota 36, en las págs. 408-15. El artículo V dispone que:

The Congress, whenever two thirds of both houses shall deem it necessary, shall propose amendments to this Constitution, or, on the application of the legislatures of two thirds of the several states, shall call a convention for proposing amendments, which, in either case, shall be valid to all intents and purposes, as part of this Constitution, when ratified by the legislatures of three fourths of the several states, or by conventions in three fourths thereof, as the one or the other mode of ratification may be proposed by the Congress; provided that no amendment which may be made prior to the year one thousand eight hundred and eight shall in any manner affect the first and fourth clauses in the ninth section of the first article; and that no state, without its consent, shall be deprived of its equal suffrage in the Senate.

U.S. CONST. art. V.

81 McGinnis & Rappaport, *supra* nota 36, en la pág. 408.

82 *Id.* en la pág. 395.

83 *Id.*

84 *Id.* en la pág. 408.

85 Roberts & Chemerinsky, *supra* nota 38, en la pág. 1782.

powers of a succeeding legislature".<sup>86</sup> Cuatro décadas más tarde, la Corte Suprema en *Ohio Life Ins. & Trust v. Debolt* volvió a reiterar que una legislatura no puede limitar las facultades de su sucesora, en esa ocasión en relación al poder de imponer contribuciones.<sup>87</sup>

Por otro lado, el caso de *Newton v. Commissioners* ilustra muy bien un ejemplo de *entrenchment* absoluto.<sup>88</sup> En *Newton*, la legislatura de Ohio trató de establecer permanentemente que la sede de gobierno del estado fuera en Canfield, en el condado Mahoning.<sup>89</sup> Por lo tanto, se trataba de un *entrenchment* absoluto, pues la L1 estaba impidiéndole a la L2 legislar sobre el asunto determinado; en este caso la localización de la sede de gobierno. No obstante, la L2 entendió que la L1 no tenía la facultad de establecerlo de forma permanente, por lo que decidió pasar una ley con la intención de mover la sede de gobierno a Youngstown.<sup>90</sup> Una vez el caso llegó a la Corte Suprema, esta señaló que "[e]very succeeding legislature possesses the same jurisdiction and power . . . as its predecessors. The latter have the same power of repeal and modification which the former had of enactment, neither more nor less".<sup>91</sup> Por estas razones declaró como válida la acción de la legislatura posterior de mover la sede de gobierno a Youngstown.

Luego de estar algunos años sin expresarse al respecto, en *Reichelderfer v. Quinn* la Corte Suprema determinó que el Congreso no podía establecer perpetuamente a Rock Creek Park como un parque público, reconociendo de esta manera que la prohibición al *entrenchment* absoluto también es aplicable al Congreso.<sup>92</sup> Finalmente, en *United States v. Winstar*, en el contexto de las obligaciones contractuales del gobierno, la Corte Suprema citó con aprobación a Blackstone y su principio de que una legislatura no puede limitar la autoridad de legislaturas posteriores.<sup>93</sup> De esta manera, aunque la jurisprudencia es poca, podemos concluir que la Corte Suprema de Estados Unidos ha desfavorecido el *legislative entrenchment* y declarado inválida cualquier ley que pretenda obligar a futuras legislaturas y disminuir sus poderes legislativos.

### B. Legislative entrenchment en Puerto Rico

El principio de que una legislatura no puede infringir los poderes de otra permea en nuestro ordenamiento más como uso y costumbre de las ramas gubernamentales que como una norma claramente establecida por la Constitución

<sup>86</sup> Fletcher v. Peck, 10 U.S. 87, 135 (1810).

<sup>87</sup> Roberts & Chemerinsky, *supra* nota 38, en la pág. 1782 (*citando a Ohio Life Ins. & Trust Co. v. Debolt*, 57 U.S. 416, 431 (1853)).

<sup>88</sup> Newton v. Comm'rs, 100 U.S. 548 (1879).

<sup>89</sup> *Id.* en la pág. 563.

<sup>90</sup> *Id.* en la pág. 549.

<sup>91</sup> *Id.* en la pág. 559.

<sup>92</sup> Reichelderfer v. Quinn, 287 U.S. 315, 318 (1932).

<sup>93</sup> United States v. Winstar Corp., 518 U.S. 839, 872 (1996).

o la jurisprudencia. La única opinión del Tribunal Supremo que menciona el asunto solo sostiene que “una legislatura no puede restringir o limitar su poder ni el de futuras legislaturas para aprobar, enmendar o derogar leyes”.<sup>94</sup> Más recientemente, en *Córdova v. Cámara de Representantes*, la juez Rodríguez Rodríguez abordó el asunto del *legislative entrenchment* en su opinión de conformidad.<sup>95</sup> Aunque han sido pocas las ocasiones en las que el Tribunal Supremo se ha expresado al respecto, al hacerlo se ha referido a la jurisprudencia federal, sugiriendo compartir las interpretaciones de la Constitución federal en torno al poder legislativo. Esto es cónsono con el reconocido hecho histórico de que el desarrollo de nuestra constitución estuvo claramente influenciado por la Constitución de los Estados Unidos.<sup>96</sup> Aun cuando las decisiones federales no obligan a Puerto Rico en materia de separación de poderes,<sup>97</sup> la presencia en nuestra Constitución de cláusulas constitucionales análogas a las que se ven infringidas por el *legislative entrenchment* en la Constitución federal hacen los precedentes federales altamente persuasivos. A continuación, mencionaremos cuatro cláusulas presentes en la Constitución de Puerto Rico que presentarían problemas similares a los discutidos anteriormente en el contexto de la Constitución de Estados Unidos.

#### i. Cláusulas constitucionales

Al igual que el artículo I de la Constitución de Estados Unidos le confiere el poder legislativo al Congreso, el artículo III de la Constitución de Puerto Rico hace lo propio con el Senado y la Cámara de Representantes. La sección 1 de dicho artículo funge como nuestra *vesting clause* al disponer que “[e]l Poder Legislativo se ejercerá por una Asamblea Legislativa, que se compondrá de dos Cámaras —el Senado y la Cámara de Representantes— cuyos miembros serán elegidos por votación directa en cada elección general”.<sup>98</sup> Un intento de *entrench* de manera absoluta una ley, ciertamente friccionaría fuertemente con las facultades implícitas en dicho poder. Como ya se sugirió, en la medida en que una legislatura pretende utilizar su poder para, además de aprobar un proyecto de ley sobre determinado asunto, imposibilitar su derogación, infringe las prerrogativas de legisladores futuros para atender legislativamente dicho asunto.<sup>99</sup> De esto permitirse, los poderes constitucionales de las legislaturas subsiguientes quedarían

---

<sup>94</sup> *Pueblo v. Tribunal de Distrito*, 70 DPR 678, 681 (1949) (citas omitidas).

<sup>95</sup> *Córdova v. Cámara de Representantes*, 171 DPR 789, 824-25 (2007) (Rodríguez Rodríguez, opinión de conformidad).

<sup>96</sup> JOSÉ J. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, DERECHO CONSTITUCIONAL DE PUERTO RICO Y RELACIONES CONSTITUCIONALES CON LOS ESTADOS UNIDOS: CASOS Y MATERIALES 11 (2010).

<sup>97</sup> *Id.* en la pág. 246 (citando a *Romero Barceló v. Hernández Agosto*, 115 DPR 368, 380 (1984)).

<sup>98</sup> CONST. PR art. III, § 1.

<sup>99</sup> Roberts & Chemerinsky, *supra* nota 38, en la pág. 1784.

prácticamente sin efecto, inhabilitándose a una rama gubernamental de cumplir con su deber ministerial.<sup>100</sup>

Así también, nuestra Constitución, como la estadounidense, adopta una noción de democracia representativa según la cual el poder legislativo debe reflejar la voluntad del Pueblo manifestada a través de su voto por quienes ocupan los escaños legislativos.<sup>101</sup> La sección 4 del artículo IV establece que la Asamblea Legislativa será elegida en elecciones generales que “se celebrarán cada cuatro años”.<sup>102</sup> Esto implica que el asunto de los mandatos temporales abordado por Eule también está presente en el ordenamiento constitucional de Puerto Rico. En la medida en que el mandato del legislador se circunscribe a los cuatro años para los cuales fue elegido, este no debería poder “extender su influencia más allá de esos términos” haciendo uso de un *legislative entrenchment*.<sup>103</sup> De permitirse el *entrenchment*, el deseo de un cambio político manifestado periódicamente en las urnas podría carecer de consecuencias ante todo un ordenamiento *entrenched*. Esto vulneraría la confianza que los constituyentes depositaron en el poder legislativo, la cual descansaba en que el mismo estaría sujeto a la “revisión de su mandato por las masas populares”.<sup>104</sup>

Una importante diferencia debe señalarse en cuanto a la aplicabilidad en Puerto Rico del impedimento al *legislative entrenchment* por razón de alterar el

100 *Id.*

101 Véase el comentario del delegado Trías Monge en 3 DIARIO DE SESIONES DE LA CONVENCION CONSTITUYENTE 1832 (1952), afirmando que “el sistema que se está estructurando en esta constitución, es uno básicamente de democracia representativa”. Así también lo entendía el delegado García Méndez al decir que:

[T]odos hablamos de democracia, desde luego, porque creemos que, en términos generales, se vive un sistema democrático de vida . . . Pero las democracias son aquéllas en donde el voto es directo, como era en Atenas. El sistema americano, desde la fundación de Estados Unidos —después de las cláusulas de confederación y luego de la Constitución, es un sistema representativo.

2 DIARIO DE SESIONES DE LA CONVENCION CONSTITUYENTE 1043 (1952).

102 CONST. PR art. VI, § 4.

103 Eule, *supra* nota 38, en la pág. 404 (traducción suplida).

104 2 DIARIO DE SESIONES DE LA CONVENCION CONSTITUYENTE 828 (1952). En medio de la discusión sobre la facultad legislativa para crear, consolidar y reorganizar departamentos, el delegado Negrón López sostuvo:

[S]i de algún poder no hay que tener temor alguno, de los tres poderes del Estado, de que pueda incurrir en excesos en el ejercicio de las prerrogativas que constitucionalmente se le confieran es del poder legislativo. Porque es el que está más cerca del pueblo. Porque es el que está pulsando los cambios de opinión. Porque es el que está sometido cada cuatro años en cada uno de sus integrantes; a revisión de su mandato por las masas populares y no hay peligro alguno de que pueda violentar la encomienda o la franquicia envuelta en el mandato.

*Id.* Véase además ESCUELA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE LA UNIVERSIDAD DE PUERTO RICO, LA NUEVA CONSTITUCIÓN DE PUERTO RICO 447 (2005) [en adelante LA NUEVA CONSTITUCIÓN], donde se señala que “[e]l remedio más adecuado, en caso de deficiencia legislativa, es el que brindan las elecciones cada cierto tiempo”.

procedimiento legislativo. Como bien señalan Roberts y Chemerinsky, el *legislative entrenchment* en su modalidad procesal, contraviene la *rulemaking clause* en la Constitución federal.<sup>105</sup> Dado que a nivel federal solo se establece que los proyectos de ley deberán “pasar” por cada uno de los cuerpos legislativos,<sup>106</sup> la reglamentación interna de cada cuerpo puede determinar el procedimiento mediante el cual esto sucede. Aunque la sección 9 del artículo III de la Constitución de Puerto Rico establece una especie de *rulemaking clause*,<sup>107</sup> esta es superada en lo que aquí concierne por la sección 19. Esta última sección establece que los proyectos de ley serán aprobados en los cuerpos legislativos “por una mayoría del número total de los miembros”,<sup>108</sup> lo que podría interpretarse como el procedimiento de aprobación de leyes exclusivamente concebido por los constituyentes. En ese sentido, la pretensión de que una ley futura solo pueda ser aprobada o derogada, por ejemplo, por una supermayoría, más que infringir los poderes de reglamentación interna de los cuerpos legislativos (*rulemaking clause*), chocaría directamente con la sección 19 de la Constitución de Puerto Rico y el procedimiento dispuesto por esta para pasar legislación.

Por último, cabe mencionar el argumento en cuanto a que el *legislative entrenchment* infringe los procedimientos establecidos en la Constitución de Puerto Rico para poder enmendar la misma. La sección 1 del artículo VII requiere el voto de dos terceras partes de los integrantes de cada cuerpo legislativo y el aval del electorado por referéndum para enmendar la Constitución.<sup>109</sup> Como señaló el delegado Trías Monge en la Convención Constituyente, este proceso de enmiendas buscaba proteger la estabilidad del sistema de gobierno instituido y sus respectivos derechos del proceso político ordinario.<sup>110</sup> Si se concede que no tan solo la Constitución supera los poderes legislativos, sino que también podrían hacerlo *legislative entrenchments*, el efecto concreto sería que ciertas leyes podrían elevarse a rango constitucional sin atravesar el procedimiento adecuado. Como ya se mencionó, esto podría ser una forma de esquivar la rigidez del procedimiento dispuesto, obteniendo, no obstante, resultados similares.<sup>111</sup>

## ii. Jurisprudencia

Como ya anticipamos, las expresiones del Tribunal Supremo de Puerto Rico que conocemos sobre este tema son apenas dos. Ambas son muy limitadas y en

---

<sup>105</sup> Roberts & Chemerinsky, *supra* nota 38, en la pág. 1789.

<sup>106</sup> U.S. CONST. art. I, § 7, cl. 2 (traducción suplida).

<sup>107</sup> “Cada cámara será el único juez de la capacidad legal de sus miembros, de la validez de las actas y del escrutinio de su elección; elegirá sus funcionarios, adoptará las reglas propias de cuerpos legislativos para sus procedimientos y gobierno interno . . .”. CONST. PR art. III, § 9.

<sup>108</sup> *Id.* § 19.

<sup>109</sup> *Id.* art. VII, § 1.

<sup>110</sup> 3 DIARIO DE SESIONES DE LA CONVENCION CONSTITUYENTE 1829 (1952).

<sup>111</sup> Roberts & Chemerinsky, *supra* nota 38, en la pág. 1787.

ninguna queda claro la base jurídica de la prohibición al *legislative entrenchment*. La primera, incluso, surge previo al establecimiento de la Constitución del Estado Libre Asociado, por lo que las cláusulas mencionadas en la parte anterior no hubiesen podido justificar el impedimento de una legislatura obligar a otra. Nos referimos a *Pueblo v. Tribunal de Distrito*, donde el acusado reclamaba que una enmienda a una ley penal debía aplicarle retroactivamente ante la falta de una cláusula de reserva en la misma.<sup>112</sup> El fiscal, sin embargo, acudió a una disposición del Código Político que establecía que la derogación de leyes no tendría el efecto de eximir de penas a quienes las hubiesen violado durante su vigencia, a no ser que el legislador así lo hubiese dispuesto expresamente. El acusado sostenía que la aplicación del Código Político por encima de la enmienda más reciente a la ley en cuestión implicaba una limitación por parte de una legislatura previa a los poderes de una posterior. Ante este argumento, el Tribunal reconoce la validez del principio *anti-entrenchment* aludido por el acusado, pero niega su pertinencia al caso. Las expresiones escuetas del Tribunal sobre el *entrenchment* fueron las siguientes: “[c]onvenimos con el acusado en que una legislatura no puede restringir o limitar su poder ni el de futuras legislaturas para aprobar, enmendar o derogar leyes. Pero el artículo 44 del Código Político no tiene ese alcance”.<sup>113</sup>

La segunda expresión del Tribunal en torno al *entrenchment* se dio recientemente, en *Córdova*.<sup>114</sup> Allí la controversia versó sobre si el Tribunal podía obligar a la legislatura a iniciar un proceso para enmendar la Constitución ante los resultados de un referéndum consultivo aprobado previamente. La opinión mayoritaria se negó a obligar a la legislatura a iniciar el proceso de enmienda constitucional, tomando en cuenta lo que dispone la Constitución al respecto en su artículo VII, confiriéndole esa facultad a la Asamblea Legislativa exclusivamente.<sup>115</sup> Desde la perspectiva de la juez Rodríguez Rodríguez, quien coincidió con el resultado de la mayoría, obligar a la legislatura a llevar a cabo la acción peticionada no solo era contrario al procedimiento de enmienda constitucional, sino que suponía también un modo de *legislative entrenchment*. Esto, debido a que quien había aprobado el referéndum consultivo había sido la Decimocuarta Asamblea Legislativa de Puerto Rico, mientras que a quien se le exigía traducirla en un procedimiento formal de enmienda constitucional era a la Decimoquinta. De ahí que la Juez sostuviera que “una legislatura no tiene la facultad de compeler a otra a iniciar un proceso de enmienda a la Constitución”.<sup>116</sup>

En *Pueblo v. Tribunal de Distrito*, el Tribunal solo cita jurisprudencia federal. En cuanto a fuentes legales, aunque no lo hizo, solo podría haber citado los poderes legislativos contemplados en la *Ley Jones*,<sup>117</sup> dado que la Constitución aún

---

112 *Pueblo v. Tribunal de Distrito*, 70 DPR 678, 679-80 (1949).

113 *Id.* en las págs. 681-82 (citas omitidas).

114 *Córdova v. Cámara de Representantes*, 171 DPR 789 (2007).

115 *Id.* en la pág. 803.

116 *Id.* en la pág. 825.

117 *Jones-Shafroth Act*, Pub. L. No. 64-368, 39 Stat. 951 (1917).

no existía. En *Córdoba*, la juez Rodríguez Rodríguez no deja claro en dónde cree que radica la prohibición a que una legislatura obligue a otra. Si bien señala que tiene que ver con la facultad constitucional de la legislatura para “proponer, estudiar y aprobar leyes”,<sup>118</sup> a la vez cita la sección 17 del artículo III de la Constitución, que aborda el procedimiento más bien protocolar que debe atravesar la aprobación de una ley.<sup>119</sup> Nos parece cuestionable que sea de dicha cláusula de donde más claramente se desprenda el poder de la Asamblea Legislativa de aprobar leyes. Ante la carencia de discusión histórica o académica al respecto, nos vemos obligados a proponer que las cláusulas constitucionales con las que más fuertemente chocarían los distintos tipos de *legislative entrenchments* en Puerto Rico se encuentran en las secciones 1 (delegando el poder legislativo al Senado y la Cámara de Representantes), 3 (limitando la elección de los legisladores a cuatrienios) y 19 (estableciendo el procedimiento específico para aprobar leyes) del artículo III. Nos parece que de estas cláusulas podría interpretarse la intención constitucional de prohibir la mayoría de los tipos de *entrenchments* de legislación ordinaria antes aludidos. Será objeto de discusión en la próxima parte cuál tipo de *entrenchment* entendemos que no necesariamente debe interpretarse como prohibido por nuestra Constitución.

#### IV. SYMMETRIC ENTRENCHMENT POR REFERÉNDUM

Hasta este punto hemos visto que las propuestas de políticas públicas a largo plazo no suelen concretarse por la falta de concertación *política* capaz de trascender cuatrienios electorales. Al examinar, como alternativa, que la vigencia de una política pública se logre mediante vinculación *jurídica*, nos topamos con que ciertos principios constitucionales prohíben que a nivel legislativo se ponga en vigor una ley que limite las facultades de futuras legislaturas. Según han discutido juristas estadounidenses, las cláusulas constitucionales que establecen los poderes legislativos, su reglamentación interna y límites temporales, prohíben el *entrenchment* a nivel federal. Aunque la discusión al respecto en Puerto Rico es sustancialmente menor, nos parece que la prohibición puede derivarse de cláusulas análogas que establecen los poderes legislativos a nivel estatal y sus mandatos temporales. A diferencia de la *rulemaking clause* en Estados Unidos, las disposiciones constitucionales puertorriqueñas sobre el procedimiento de aproba-

---

118 *Id.*

119 La sección 17 del artículo III dispone que:

Ningún proyecto de ley se convertirá en ley a menos que se imprima, se lea, se remita a comisión y ésta lo devuelva con un informe escrito; pero la cámara correspondiente podrá descargar a la comisión del estudio e informe de cualquier proyecto y proceder a la consideración del mismo. Las cámaras llevarán libros de actas donde harán constar lo relativo al trámite de los proyectos y las votaciones emitidas a favor y en contra de los mismos. Se dará publicidad a los procedimientos legislativos en un diario de sesiones, en la forma que se determine por ley.

CONST. PR art. III, § 17.

ción de leyes son más detalladas. Esto implica que un *entrenchment* procesal podría también estar en conflicto directo con el procedimiento constitucionalmente establecido para aprobar leyes, en vez de solamente con el poder de determinar las normas a través de las cuales se aprueban las leyes, como sería a nivel federal. Por último, la pretensión de aprobar una ley que no pueda ser derogada podría suponer una burla al proceso de enmienda dispuesto en ambas constituciones, aunque esto dependerá de lo que la ley en sí busque establecer.

A continuación, hemos de considerar la posibilidad de un modo de *entrenchment* que no infrinja las disposiciones o principios constitucionales ya discutidos. De los tipos de *entrenchment* mencionados, coincidimos en que, en principio, los absolutos, transitorios y condicionales son inconstitucionales. Una legislatura que haga uso de su poder actual para limitar el poder de legislaturas futuras estaría partiendo de la premisa de que el apoyo con el que cuenta al momento de aprobar una medida puede disminuir eventualmente, razón por la cual pretende encontrar un mecanismo que mantenga vigente la ley cuando eso suceda. Resulta problemático que se quiera obviar lo que ese cambio de perspectiva del legislador supondría en términos de representación política. Por tal razón, limitar o condicionar por legislación ordinaria el poder que unos funcionarios electos están supuestos a ejercer no solo sería inconstitucional, sino que quebrantaría el principio de democracia representativa de nuestro sistema político. Este, sin embargo, no nos parece que sería el caso de una ley que vincule a una legislatura futura, no en términos sustantivos, sino en cuanto al proceso que debe llevarse a cabo para enmendar o derogar dicha ley. Como se verá más adelante, un *entrenchment* procesal por supermayoría, además de presentar un problema estrictamente constitucional de procedimiento legislativo,<sup>120</sup> podría implicar la limitación en términos prácticos del poder legislativo de un cuerpo electo que ha recibido un mandato popular reciente. No sería lo mismo si el *entrenchment* se diera al aprobar una ley mediante el procedimiento constitucional establecido, sometiéndola a referéndum y, mediante ese acto, exigiéndole a legislaturas futuras que para enmendarla o derogarla la tengan que llevar a referéndum. Al requerir un procedimiento igual para alterar dicha ley, se estaría haciendo uso de un mecanismo que, además de estar presente en la Constitución en otros contextos, implicaría una participación democrática mayor a la que de ordinario se requiere para aprobar una ley. La pregunta sería si esto es suficiente para reconocer la validez del *symmetric entrenchment* por referéndum en nuestro ordenamiento.

#### A. Justificación teórica

La idea básica del sistema democrático, heredada de pensadores como Montesquieu, Rousseau y Locke, supone el establecimiento de un régimen “en el cual

---

120 La Constitución de Puerto Rico solo requiere la “mayoría del número total de los miembros” de la legislatura para la aprobación de leyes. *Id.* § 19.

la comunidad, por mayoría, ejerce el poder político fundamental".<sup>121</sup> Tanto la Revolución Francesa como la Estadounidense se basaron en esta noción del poder político, aunque los documentos constitutivos de estas naciones no utilizaron el concepto de *democracia* en sí. El lenguaje adoptado fue más bien uno de derechos inalienables de libertad e igualdad, según los cuales no había razón para que un hombre, por designio de la naturaleza o la divinidad, tuviera mayor derecho a dominar que otro.<sup>122</sup> En ese sentido, se trataba de adoptar un sistema de gobierno en el que hubiera igualdad, al menos formalmente hablando,<sup>123</sup> de participación en las decisiones más importantes de la vida en sociedad. La Constitución de Puerto Rico también se basa en esta noción en tanto pretendía establecer como principio gubernamental el "consentimiento de los gobernados".<sup>124</sup> Pero nuestra ley suprema va más allá que su contraparte federal e incorpora el concepto de *democracia* en su preámbulo, definiéndolo como aquel sistema en que "la voluntad del pueblo es la fuente del poder público".<sup>125</sup>

Debe reconocerse que por más abarcadoras que aparenten ser las disposiciones del preámbulo de la Constitución, los constituyentes tenían una idea bastante limitada de lo que "voluntad del pueblo" significaría en términos concretos en el quehacer político. Queda claro del Diario de Sesiones que el sistema estructurado en Puerto Rico fue uno de *democracia representativa*, según el cual la participación del ciudadano en las decisiones políticas se ejercería mediante el "derecho al sufragio y a una representación libre en los organismos y en las posiciones donde se hacen las decisiones que afectan a la comunidad".<sup>126</sup> En décadas recientes ha habido una tendencia mundial hacia la profundización de la democracia a través de la incorporación de mecanismos de democracia participativa o democracia directa.<sup>127</sup> Dado que la Asamblea Constituyente rechazó expresamente esos modelos de democracia, la posibilidad de adoptar mecanismos similares en Puerto Rico no puede evadir la necesidad de enmendar nuestra Constitución,

---

121 LYNN-DARRELL BENDER, PERSPECTIVAS POLÍTICAS 46 (2007).

122 *Id.* en la pág. 47.

123 Véase Efrén Rivera Ramos, *La igualdad: Una visión plural*, 69 REV. JUR. UPR 1, 11-14 (2000).

124 4 DIARIO DE SESIONES DE LA CONVENCION CONSTITUYENTE 2556 (1952). También se expresó que el:

Objetivo central de todo este proceso constitucional es la organización de nuestra vida política sobre cimientos puramente democráticos. El cuerpo político que creamos ha de ser de naturaleza enteramente democrática. El principio de gobierno por consentimiento de los gobernados habrá de regir no sólo nuestra vida interna sino también los términos de nuestros nexos con los Estados Unidos de América.

*Id.*

125 CONST. PR pmbi.

126 4 DIARIO DE SESIONES DE LA CONVENCION CONSTITUYENTE 2490 (1952) (voto explicativo del delegado García Méndez).

127 Véase THE UNITED NATIONS DEMOCRACY FUND, 2014 STATE OF PARTICIPATORY DEMOCRACY REPORT (2014), <https://stateofparticipatorydemocracy.files.wordpress.com/2013/09/spdr14.pdf>.

como ya se ha sugerido.<sup>128</sup> No obstante, cabe preguntarse si dentro del esquema constitucional vigente es posible que en algunas ocasiones exista mayor representatividad democrática que en otras y, además, si es deseable que esa mayor representatividad suponga consecuencias jurídicas distintas. En términos del tema objeto de este artículo, nos proponemos primero determinar si, al menos en términos teóricos, es razonable plantear que una ley aprobada mediante *legislative entrenchment* por referéndum sea considerada más representativa que una aprobada mediante el procedimiento legislativo ordinario.

Para responder a estas interrogantes resulta apropiado aludir a la noción de democracia dual planteada por reconocidos constitucionalistas. El proponente principal de esta idea ha sido Bruce Ackerman,<sup>129</sup> aunque para facilitar la comprensión de sus planteamientos haremos referencia a conceptos utilizados por él y otros autores que luego han elaborado sus ideas. La noción dualista intenta complejizar el tipo de decisiones que se toman en un sistema democrático. En términos de legitimidad política, ¿debe interpretarse de forma similar una ley aprobada por una legislatura sin prácticamente ninguna discusión pública al respecto frente a una que fue objeto de amplia deliberación y movilización pública a su favor? ¿Daría igual en Estados Unidos una ley, por ejemplo, de tránsito que una ley de derechos civiles aprobada en la década de los sesenta? Desde la perspectiva de una democracia dual, la ley aprobada luego de una amplia deliberación pública, como sería la *Ley de derechos civiles de 1964*,<sup>130</sup> debe gozar de mayor legitimidad. La idea central es que la democracia tiene dos dimensiones, en las cuales se producen distintos tipos de decisiones.<sup>131</sup> Una primera dimensión es la democracia común y corriente ejercida por aquellos que salen airoso en procedimientos electorales y diariamente toman decisiones gubernamentales.<sup>132</sup> Las decisiones producto de esta dimensión democrática podrían catalogarse como *leyes ordinarias*. La segunda dimensión de la democracia está constituida por momentos menos frecuentes, pero de mayor participación política.<sup>133</sup> Según los dualistas, estos momentos producen decisiones de mayor legitimidad dado que en ellas ha participado el Pueblo mismo en condiciones especiales, no solo sus representantes.<sup>134</sup> En esta segunda dimensión se producen *leyes fundamentales*.<sup>135</sup>

<sup>128</sup> Véase Montañez Miranda, *supra* nota 1. Véase también Wilda Rodríguez, *Una nueva Constitución*, 80 GRADOS (19 de septiembre de 2014), <http://www.8ograd.net/una-nueva-constitucion> (última visita 14 de noviembre de 2014).

<sup>129</sup> Bruce Ackerman, *Constitutional Politics/Constitutional Law*, 99 YALE L.J. 453 (1989).

<sup>130</sup> Civil Rights Act of 1964, Pub. L. No. 88-352, 78 Stat. 241.

<sup>131</sup> La categorización en términos de dimensiones es propia del profesor Colón Ríos. JOEL COLÓN RÍOS, *WEAK CONSTITUTIONALISM: DEMOCRATIC LEGITIMACY AND THE QUESTION OF CONSTITUENT POWER* 36 (2012).

<sup>132</sup> A esa primera dimensión Ackerman le llama *normal politics*. Ackerman, *supra* nota 129, en la pág. 461.

<sup>133</sup> Ackerman se refiere a la segunda dimensión como *constitutional politics*. *Id.* en la pág. 462.

<sup>134</sup> *Id.* en la pág. 461.

Esta categorización podría suponer que el quehacer político ordinario (primera dimensión) se vea limitado por leyes fundamentales aprobadas en procesos de mayor participación democrática (segunda dimensión). La pregunta sería si tal limitación debe considerarse antidemocrática con respecto a la primera dimensión.<sup>136</sup> No debe interpretarse así pues, como señala Ackerman, los funcionarios públicos no pueden confundir ambas dimensiones y presumir “that an ordinary electoral victory has given them a mandate to overturn considered judgments previously reached by the People”.<sup>137</sup> Así dicho, el reto de una democracia concebida de forma dualista consiste en determinar cómo protege las decisiones *fundamentales* tomadas por el Pueblo en momentos de amplia deliberación y movilización pública de aquellas tomadas por los funcionarios electos en el desarrollo ordinario de la representación política.<sup>138</sup> En definitiva, de lo que se trata es de desmontar la idea de que una decisión legislativa es legítima por el mero hecho de haber sido aprobada por funcionarios que han sido debidamente electos en un procedimiento democrático. Esto dado que, como cuestión de realidad política, no debe equipararse el grado de democracia que goza una ley aprobada por funcionarios electos para ejercer un mandato general, *vis-à-vis* aquel con el que cuenta una ley o decisión particular de política pública alcanzada con el favor del Pueblo en un proceso participativo extraordinario. Según los dualistas, esta última debe entenderse como una ley de mayor jerarquía (*higher law*), y quien quiera revertir una ley de esa índole debe procurar un apoyo popular similar al que esta tuvo al momento de aprobarse.<sup>139</sup>

Concebir la democracia desde esta perspectiva resulta particularmente pertinente cuando una victoria electoral se pretende asumir como una especie de “cheque en blanco” que el Pueblo firma a favor de unos representantes por determinado tiempo.<sup>140</sup> Como bien se ha planteado, la elección de un candidato o de un partido político responde a una diversidad de motivaciones que no necesariamente consisten en un endoso total y específico al programa de gobierno de determinado partido.<sup>141</sup> Ciertamente, la elección de un gobierno supone la dele-

---

<sup>135</sup> COLÓN RÍOS, *supra* nota 131. Debe aclararse la diferencia que Colón Ríos traza entre lo que él llama una “segunda dimensión de la democracia” y lo que Ackerman llama *constitutional politics*. Puesto que Ackerman no establece en qué consiste exactamente el apoyo del Pueblo en un momento de *constitutional politics*, Colón Ríos define la segunda dimensión de la democracia como una caracterizada por mecanismos específicos de participación ciudadana como asambleas ciudadanas, referéndums, iniciativas populares, entre otros. *Id.* en las págs. 39-40.

<sup>136</sup> Ackerman, *supra* nota 129, en la pág. 463.

<sup>137</sup> *Id.* en las págs. 461-62.

<sup>138</sup> *Id.* en la pág. 462.

<sup>139</sup> *Id.* en la pág. 461.

<sup>140</sup> Ángel Israel Rivera, *Las políticas públicas del nuevo gobierno*, 80 GRADOS (8 de febrero de 2013), <http://www.8ogradados.net/el-proceso-democratico-y-las-politicas-publicas-del-nuevo-gobierno> (última visita 14 de noviembre de 2014).

<sup>141</sup> Luis José Torres, *Cumplirle al país*, 80 GRADOS (18 de enero de 2013), <http://www.8ogradados.net/cumplirle-al-pais> (última visita 14 de noviembre de 2014).

gación de un poder a unos funcionarios para llevar a cabo facultades políticas, mas no implica que el Pueblo no se ha expresado antes y no puede expresarse luego por medios que puedan interpretarse como más legítimos y democráticos que cualquier acción que puedan llevar a cabo los funcionarios electos por sí solos. El carácter democrático de una decisión no solo radica en la facultad de los funcionarios que la toman sino, como sugiere Habermas, en que las personas posiblemente afectadas por la decisión hayan estado de acuerdo con la misma tras un proceso racional y deliberativo.<sup>142</sup> Desde una noción dualista de la democracia, no puede interpretarse que “la voluntad del pueblo” canalizada a través del quehacer ordinario de los funcionarios electos sea comparable a aquella en la que el mismo Pueblo se ha expresado en un procedimiento amplio y extraordinario de participación política. Es por eso que entendemos que puede haber decisiones que, aunque hayan sido producidas por un mismo ente legislativo, sean más o menos representativas que otras.

La diferencia en cuanto a la representatividad que caracteriza ciertas leyes puede darse tanto por los distintos grados de participación pública que ha habido al exterior del procedimiento legislativo, como por la existencia de distintos tipos de procedimientos legislativos, unos más representativos que otros. Sin embargo, la valoración desigual de las leyes producto de una democracia dual presenta un problema práctico en términos de que, dada la cantidad de leyes que rigen en un ordenamiento, sería difícil establecer un estándar para distinguir cuál fue el procedimiento mediante el cual se aprobó una de estas y cuán democrática y representativa es.<sup>143</sup> Por eso entendemos que deben identificarse los procedimientos a través de los cuales ciertas leyes puedan distinguirse entre más o menos democráticas, siendo uno de estos aquel por el que aquí optamos, entendiéndose el *symmetric entrenchment* por referéndum. A diferencia de otros *entrenchments* que han sido catalogados como *democracy negating* por limitar las facultades de legislaturas posteriores, este tipo de *entrenchment*, al requerir el consentimiento del Pueblo en referéndum, ha sido considerado como *democracy sustaining*.<sup>144</sup> A continuación, explicamos este procedimiento en detalle, teniendo en mente el principio democrático y de consentimiento de los gobernados en el cual se basa nuestro sistema gubernamental.<sup>145</sup>

### B. Definición y requisitos

Una vez aceptamos la premisa de que determinadas leyes pueden y deben gozar de mayor jerarquía (*higher law*) si fueron aprobadas mediante un proceso

<sup>142</sup> Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms: An Author's Reflections*, en LLOYD'S INTRODUCTION TO JURISPRUDENCE 797 (Freeman ed., 2007).

<sup>143</sup> McGinnis y Rappaport mencionan esta dificultad refiriéndose al caso en que un mismo ordenamiento permitiera distintos tipos de *entrenchment*. McGinnis & Rappaport, *supra* nota 36, en la pág. 439.

<sup>144</sup> Anupam Chander, *supra* nota 66, en la pág. 471.

<sup>145</sup> 4 DIARIO DE SESIONES DE LA CONVENCION CONSTITUYENTE 2556 (1952).

extraordinario, además del proceso legislativo ordinario, es necesario preguntarnos qué implicaciones tendría obtener esa mayor jerarquía. ¿En qué medida trascendería la ya discutida prohibición al *legislative entrenchment*? ¿Acaso implicaría que una legislatura podría, en determinadas circunstancias, estar vinculada *jurídicamente* a cumplir con un proceso pautado por una *legislatura anterior*? El principio de *symmetric entrenchment*, mediante el cual una legislatura vincula a otra en la medida en que ella misma se obligó a seguir determinado proceso, parece ser la alternativa para lograr que en nuestro ordenamiento ciertas leyes pesen más que otras si siguieron un proceso de mayor participación democrática al momento de ser aprobadas. Por lo tanto, en esta sección discutiremos de dónde surge y en qué consiste el *symmetric entrenchment*, mientras que en la siguiente abordaremos si este mecanismo debe permitirse en nuestro ordenamiento jurídico. Dos modalidades de *symmetric entrenchment* recibirán atención especial: (1) el obtenido con supermayoría, y (2) el obtenido mediante referéndum. Primero, discutiremos el *symmetric entrenchment* de supermayoría, debido a que fue el primero propuesto y dio paso a esta nueva teoría de *entrenchment*. No obstante, por entender que en términos normativos presenta los mismos problemas que el *legislative entrenchment* ordinario, estaremos defendiendo la postura de que el *symmetric entrenchment* por referéndum, además de ser *ideal*, debido a que implica una mayor participación democrática, es también el único tipo de *entrenchment* que debe considerarse válido en nuestro ordenamiento jurídico.

La prohibición al *legislative entrenchment*, como ya discutimos, además de tener base en la historia y en distintas cláusulas de la Constitución federal, también encuentra apoyo en el sentido común y fuertes consideraciones normativas. No tendría sentido que determinada legislatura (L1) pueda exigir a una legislatura posterior (L2) alcanzar determinado apoyo (por ejemplo, unanimidad) si la misma L1 no ha seguido el proceso que le exige a la L2. Sin embargo, a pesar de contar con un amplio apoyo en la academia, Posner y Vermeule no solamente señalan que la prohibición al *entrenchment* carece de fundamento constitucional, sino que en términos normativos se justifica que una legislatura pueda obligar a una legislatura posterior a acatarse a determinado proceso e incluso limitarla de forma absoluta.<sup>146</sup>

Este planteamiento extremo ha sido criticado por destacados juristas norteamericanos, entre los que se encuentran John O. McGinnis y Michael B. Rappaport. Estos, además de defender la validez del principio *anti-entrenchment* y refutar los planteamientos de Posner y Vermeule, proponen una nueva teoría de *entrenchment*.<sup>147</sup> Su teoría consiste en que un *entrenchment* debe ser simétrico para ser deseable, es decir, “[s]ymmetric entrenchments are those that employ the same voting rule to govern the enactment of the entrenched measure as

---

<sup>146</sup> Posner & Vermeule, *supra* nota 35, en la pág. 1666.

<sup>147</sup> McGinnis & Rappaport, *supra* nota 36, en la pág. 388.

would be required to repeal it”.<sup>148</sup> Al mencionar el *voting rule*, se refieren a que, si la L1 aprobó determinada ley con *x* cantidad de votos, la L2 también debe obtener *x* cantidad de votos para poder derogar o enmendar sustancialmente la ley. Aquí el *symmetric entrenchment* implicaría que la L1 puede obligar a la L2 a obtener *x* cantidad de votos siempre y cuando ella misma haya obtenido *x* cantidad de votos. Requerir simetría evitaría, en cierta medida, que existan *entrenchments* perjudiciales.<sup>149</sup> Además, plantean que “[a] symmetry requirement will therefore increase the quality of legislation that is entrenched in rough proportion to the extent that it is entrenched. The more entrenched a provision is, the more likely that it will be beneficial”.<sup>150</sup> No dan razones de por qué necesariamente resultaría beneficioso, sin embargo, entendemos que el planteamiento va dirigido a que, en la medida en que una ley logra mayor aprobación por los legisladores, se presume que representa a una mayor cantidad de personas y de sectores.

No obstante, también señalan que sería problemático, en cierta manera incluso antidemocrático, que hubiera distintas leyes vinculantes con distintas reglas de votación (lo que llaman *entrenchment variable*).<sup>151</sup> Sería difícil de manejar un ordenamiento en donde algunas leyes requieran 60%, otras 80% y otras incluso unanimidad, para que la L2 pueda enmendarlas o derogarlas. Por lo tanto, proponen que haya un mecanismo fijo de *entrenchment* y que solo se permita vincular por supermayoría (dos terceras partes del número de legisladores de ambos cuerpos legislativos). En síntesis, los autores argumentan que una legislatura puede obligar a otra posterior a tener que obtener una supermayoría de sus miembros para enmendar o derogar determinada ley si ella misma cumplió con ese requisito de supermayoría al aprobarla. Los autores justifican este tipo de *entrenchment* por supermayoría porque, según ellos, “measures enacted under a supermajority rule are of higher quality than those enacted under majority rule”.<sup>152</sup> Como ejemplo de *symmetric entrenchment* por supermayoría, los autores mencionan las enmiendas a la Constitución federal, ya que para enmendar la misma se requiere exactamente el mismo proceso que fue necesario para su aprobación; obtener dos terceras partes de los votos de ambas cámaras.<sup>153</sup>

Los autores argumentan que un *symmetric entrenchment* por supermayoría implica la creación de leyes de mayor calidad, lo que lo hace preferible al *entrenchment* asimétrico. Aunque estamos de acuerdo con el segundo planteamiento, entendemos que el primero no necesariamente es cierto y que un *entrenchment* por supermayoría podría presentar los mismos problemas normativos que presenta el *legislative entrenchment* ordinario. Sobre este asunto, se ha planteado que:

---

148 *Id.* en la pág. 417.

149 *Id.*

150 *Id.* en la pág. 418.

151 *Id.* en la pág. 439.

152 *Id.* en la pág. 418 (énfasis suplido).

153 *Id.*

Although . . . supermajority rules for constitution-making and amendment have distinct advantages over majority rules, their account understates the costs of supermajority rules on future generations, particularly under circumstances in which the prior generation of politically empowered actors was less inclusive than the present. The issue is not the good faith or *accuracy* of the first group's judgment, but their limited experiences, knowledge, and imagination.<sup>154</sup>

Un ejemplo hipotético de un *symmetric entrenchment* por supermayoría que podría resultar perjudicial sería una ley aprobada en los años 1980s que limitara el matrimonio a la unión entre un hombre y una mujer. Digamos que al aprobarse con una supermayoría, la ley sostenía que, para ser derogada, la próxima legislatura tendría que contar *también* con una supermayoría. Para el año 2014, se desarrolla una mayor aceptación del matrimonio homosexual, aunque solo es apoyado por un 62% de los legisladores, mas no por el 66% requerido para lograr alcanzar una supermayoría. En este caso, veríamos una situación en la que la generación de 1980 vincula a la de 2014, a pesar de que en la época actual quienes prefieren prohibir el matrimonio homosexual son solo un 38% de los legisladores (y, en teoría, de sus representados). Por esto, entendemos que, en términos de política pública, esta modalidad de *symmetric entrenchment*, al igual que el *legislative entrenchment* en general, supondría menos democracia (*democracy negating*). Así también, en términos estrictamente jurídicos, cabe mencionar que las cláusulas de la Constitución federal que prohíben el *legislative entrenchment* impedirían de igual forma el *symmetric entrenchment* por supermayoría, particularmente la *rulemaking clause*.<sup>155</sup> Al mismo resultado llegaría el Tribunal Supremo de Puerto Rico si se le preguntara la constitucionalidad de esta modalidad, debido a que la sección 19 del artículo III de la Constitución reconoce que un proyecto se convierte en ley cuando obtiene una *mayoría* del número total de sus miembros.<sup>156</sup> Por lo tanto, la Constitución descarta que se requiera supermayoría para promulgar una ley. Por esto concluimos que el *symmetric entrenchment* por supermayoría, tanto en términos jurídicos como normativos, no tiene cabida en nuestro ordenamiento.

Una vez descartado el *symmetric entrenchment* por supermayoría, ¿nos corresponde rechazar del todo la teoría de *entrenchment* propuesta por McGinnis y Rappaport? Entendemos que no. A pesar de que los autores no contemplan esta modalidad, entendemos que el *symmetric entrenchment* por referéndum es legítimo, tanto en términos de política pública como en términos jurídicos. Esta modalidad consistiría en lo siguiente: la L<sub>1</sub>, además de llevar a cabo el proceso legislativo ordinario, incurre en un proceso adicional —un referéndum— con la intención de obligar a la L<sub>2</sub> a seguir el mismo proceso que ella (L<sub>1</sub>) incurrió. Siguiendo el ejemplo del color de las calles, esto significaría que una vez la L<sub>1</sub> deci-

---

<sup>154</sup> Vicki C. Jackson, *Multi-Valenced Constitutional Interpretation and Constitutional Comparisons: An Essay in Honor of Mark Tushnet*, 26 QUINNIPIAC L. REV. 599, 610 n.29 (2008).

<sup>155</sup> Roberts & Chemerinsky, *supra* nota 38, en la pág. 1778 n.14.

<sup>156</sup> CONST. PR art. III, § 19.

da que pintarlas de color azul es un asunto de gran interés público, podría determinar que la mejor manera de garantizar la vigencia de esa ley es realizar un referéndum y requerirle a la L2 que, para cambiar o derogar la ley del color azul en las calles, tenga que hacer lo mismo. De manera que la obligación de la futura legislatura se debe a que la ley por la cual está vinculada es una *ley superior*, por haber contado con el aval del Pueblo, y no puede alterarse por el procedimiento ordinario. A nuestro modo de ver, la obligación que tendrá la próxima legislatura con el Pueblo no será solamente moral o política, sino que estará *jurídicamente* vinculada a someter a referéndum un proyecto para pintar las carreteras de rojo.

Esta modalidad ha sido defendida por el constitucionalista australiano Jeffrey Goldsworthy, quien modifica la teoría de *symmetric entrenchment* de McGinnis y Rappaport para que el proceso adicional sea, en vez de una supermayoría, un referéndum.<sup>157</sup> Luego de discutir la validez del principio *anti-entrenchment* Goldsworthy añade que:

[T]he outcome should be very different if the statute imposing the referendum requirement were itself put to a referendum and approved by a majority of voters—in other words, if it complied with the principle of symmetric entrenchment. That would add greatly to the case in favor of it being held legally binding. First, there is more likely to be a consensus among legislators that the will of the electorate should be respected, and another referendum required in order to amend or repeal the statute. Secondly, it is also more likely that the judges would regard enforcing the requirement as morally justified, because obtaining the approval of the voters in order to impose the requirement overcomes the principled objection just mentioned. If a referendum requirement is enacted with the approval of a majority of voters in a referendum, a future Parliament could then be said to be bound, not by an earlier will of no higher authority than its own will, but by an earlier will that does have such a higher authority—the expressed will of the people.<sup>158</sup>

Por otro lado, dos décadas antes de que Goldsworthy utilizara los términos de *symmetric entrenchment* junto al requisito de referéndum, ya el profesor Anupam Chander había defendido esa idea, aunque sin hacer alusión al término luego acuñado por McGinnis y Rappaport.<sup>159</sup> Chander sostiene que una ley *entrenched* por referéndum que exija a los futuros parlamentos obtener el consentimiento de la mayoría antes de ser enmendada o derogada “would merely require that the democratic process be employed to ascertain whether the People do in fact support the contrary legislation”.<sup>160</sup> Para el autor, la justificación de llevar determinada ley a referéndum, en su caso una Carta de Derechos, radica en que,

---

<sup>157</sup> Jeffrey Goldsworthy, *Parliamentary Sovereignty and Constitutional Change in the United Kingdom*, en *SOVEREIGNTY AND THE LAW: DOMESTIC, EUROPEAN AND INTERNATIONAL PERSPECTIVES* 50, 67 (Richard Rawlings et al. eds., 2013).

<sup>158</sup> *Id.*

<sup>159</sup> Chander, *supra* nota 66, en la pág. 471.

<sup>160</sup> *Id.*

utilizando el análisis dualista de Ackerman, “[t]he demands of democracy and the need for judicial enforcement counsel that such higher law be made by the People”.<sup>161</sup>

¿Sería conveniente, en términos de política pública, un *symmetric entrenchment* por referéndum? Volvamos al ejemplo del matrimonio homosexual en los 1980s y en el 2014. Digamos que, en el 1980, la L1 pasó una ley, con el voto de la mayoría de sus miembros, que limitó el matrimonio a aquel contraído entre un hombre y una mujer. La L1 entendió que el asunto era tan importante que llevó la ley a referéndum e incluyó en la medida un artículo señalando que, para que la misma fuera enmendada o derogada, la L2 tendría que llevarlo también a referéndum. Si en el 2014 las posturas han cambiado y la L2 quiere derogarla, lo que tiene que hacer, luego de seguir el proceso legislativo ordinario, es confirmar con el Pueblo que en efecto las posturas de la población sobre el matrimonio homosexual han cambiado. Independientemente del resultado del referéndum, entendemos que en términos de política pública es defendible y legítima esta modalidad de *symmetric entrenchment*, no solo porque al final es la voluntad del Pueblo la que se cumple, sino porque se generaría un espacio de discusión pública y participación democrática inexistente en la actualidad. Por esto coincidimos con Chander en que este tipo de *entrenchment* sería “entirely consistent with democratic principles; it would be a *democracy-sustaining entrenchment*”.<sup>162</sup>

Antes de movernos a la próxima sección, donde se discutirá la validez jurídica del *symmetric entrenchment* por referéndum en nuestro ordenamiento jurídico, debemos antes plantearnos cómo este se podría llevar a cabo en Puerto Rico. Para que este *entrenchment* sea válido entendemos que se deben cumplir con cuatro requisitos: (1) mencionar en el proyecto de ley que su intención es obligar a aquella legislatura que quiera enmendar o derogar la ley a someterse al mismo procedimiento, (2) aprobarse por una mayoría de los legisladores de ambas cámaras; (3) obtener la firma del gobernador o anular su veto con la aprobación de dos terceras partes de ambas cámaras, y (4) ser ratificado por la mayoría de los electores en un referéndum. Sobre el primer requisito es importante destacar el problema del *self-entrenchment*.<sup>163</sup> Este problema implica lo siguiente: la L1 en su proyecto de ley tiene un artículo (art. 5) que establece que determinados artículos (arts. 1-4) no pueden ser enmendados a menos que se sometan al procedimiento legislativo ordinario y a referéndum. ¿Qué pasaría entonces con el artículo 5 si una legislatura decide revocarlo por mayoría simple? La realidad es que

---

<sup>161</sup> *Id.* en la pág. 480 (énfasis suplido).

<sup>162</sup> *Id.* en la pág. 471. Aunque las críticas que puedan presentar minorías a este mecanismo serán atendidas en la conclusión, entendemos necesario aclarar que el consentimiento democrático puede en ocasiones estar en fricción con derechos sustantivos, como el de igual protección de las leyes, el derecho a la intimidad o el debido proceso de ley. Por lo tanto, cuando se utilice el *symmetric entrenchment* por referéndum para limitar derechos constitucionales o perjudicar a minorías, le corresponde a la Rama Judicial y al Tribunal Supremo adjudicar la constitucionalidad de estas medidas.

<sup>163</sup> Goldsworthy, *supra* nota 157, en la pág. 62. Véase también Eule, *supra* nota 38, en la pág. 406 n.122.

podría hacerlo, ya que el mismo no está protegido por lo que se conoce como *double-entrenchment*.<sup>164</sup> Por lo tanto, el problema que se presenta es si el artículo 5 puede vincularse a sí mismo (*entrench itself*),<sup>165</sup> o sea, si el artículo 5 puede decir que “cualquier enmienda a este o cualquier otro artículo de la ley requerirá ser sometida al procedimiento legislativo ordinario y a referéndum”. Sobre esto, Goldsworthy plantea que es posible argumentar que, sometiéndola a referéndum, se podría autovincular (*self-entrench*) la ley completa.<sup>166</sup> Por otro lado, los requisitos dos y tres son necesarios para cumplir con la sección 19 del artículo III de nuestra Constitución.<sup>167</sup> Finalmente, para cumplir con el cuarto requisito es necesario que la ley incluya un artículo estableciendo, por ejemplo, que para que la misma entre en vigor deberá, luego de ser aprobada por mayoría en ambas cámaras y recibir la firma del gobernador, someterse a referéndum y ser ratificada por la mayoría de los electores.

Habiendo definido el *symmetric entrenchment*, analizado qué factores normativos favorecen la modalidad de referéndum sobre la de supermayoría y señalado qué requisitos debería seguir en Puerto Rico, nos corresponde discutir en la próxima sección si este mecanismo tendría cabida en nuestro ordenamiento constitucional.

### C. Validez constitucional

No hay impedimento constitucional a que una legislatura requiera, mediante disposición expresa, que un proyecto de ley enviado al gobernador para recibir su firma, sea luego sometido a referéndum y solo se convierta en ley si es aprobado por el electorado.<sup>168</sup> Este procedimiento cumple con lo que dispone la

<sup>164</sup> Eule, *supra* nota 38, en la pág. 406 n.122.

<sup>165</sup> *Id.*

<sup>166</sup> Goldsworthy, *supra* nota 157, en la pág. 66.

<sup>167</sup> Esta sección indica que:

Cualquier proyecto de ley que sea aprobado por una mayoría del número total de los miembros que componen cada cámara se someterá al Gobernador y se convertirá en ley si éste lo firma o si no lo devuelve con sus objeciones a la cámara de origen dentro de diez días (exceptuando los domingos) contados a partir de la fecha en que lo hubiese recibido. Cuando el Gobernador devuelva un proyecto, la cámara que lo reciba consignará las objeciones del Gobernador en el libro de actas y ambas cámaras podrán reconsiderar el proyecto, que de ser aprobado por dos terceras partes del número total de los miembros que componen cada una de ellas, se convertirá en ley.

CONST. PR art. III, § 19.

<sup>168</sup> El requisito de un referéndum para la ratificación de una ley no es extraño a la historia constitucional de Puerto Rico. Nuestra Constitución lo contempla en el contexto de los municipios al establecer que “[n]inguna ley para suprimir o consolidar municipios tendrá efectividad hasta que sea ratificada, en referéndum, por la mayoría de los electores capacitados que participen en el mismo en cada uno de los municipios a suprimirse o consolidarse”. *Id.* art. VI, § 1. Debemos recordar también de nuestra historia política con los Estados Unidos que, bajo una teoría de consentimiento, el Congreso requirió que la *Ley 600* fuera sometida a referéndum para, una vez aprobada por los votantes,

Constitución para la aprobación de leyes, dado que la ley se estaría llevando a referéndum luego de recibir el visto bueno de la Asamblea Legislativa y el gobernador.<sup>169</sup> Así también, y a diferencia de los hechos en *Córdova*,<sup>170</sup> en el escenario que estamos proponiendo el referéndum no sería meramente consultivo, sino que tendría el efecto de poner en vigor una ley. Por esta razón, una ley que se apruebe utilizando este mecanismo tendría mayor popularidad que una aprobada mediante el procedimiento ordinario. Esto, porque se trata de una ley que, además de ser avalada por los representantes del Pueblo, fue favorecida por el Pueblo mismo en votación directa. Si la ley sigue contando con el respaldo popular y, eventualmente, un cambio en la composición de los cuerpos legislativos desembocara en la intención de derogarla, tales cuerpos de seguro enfrentarían un dilema político.<sup>171</sup> El mecanismo legislativo adoptado por la legislatura previa podría haberse constituido en un precedente político que haya generado en el Pueblo la expectativa de que cualquier cambio en torno al asunto contemplado en la ley aprobada requeriría su respaldo.

Estipulada esta limitación de índole político, cabe cuestionarse si podría existir, además, un impedimento jurídico a la acción pretendida por la legislatura posterior. En otras palabras, aun si una futura legislatura estuviera dispuesta a asumir el costo político de derogar o enmendar mediante el procedimiento ordinario la ley aprobada en referéndum por el Pueblo, ¿estaría facultada en términos legales para hacerlo o podrían presentarse argumentos jurídicos en su contra? ¿Tendría cabida en nuestro ordenamiento el *symmetric entrenchment* por referéndum como mecanismo a través del cual una legislatura podría verse legalmente obligada por lo aprobado por el Pueblo a instancias de una legislatura previa? Para atender estas interrogantes hemos de remitirnos a las bases constitucionales cuyo choque con el *legislative entrenchment* en general ya discutimos. Nos corresponde analizar si las principales justificaciones para negar su cabida en nuestro ordenamiento serían igual de aplicables en el caso de un *symmetric entrenchment* por referéndum.

---

entrar en vigor. Fue en virtud de esta que se encaminó el proceso para crear la propia Constitución. JOSÉ TRÍAS MONGE, PUERTO RICO: LAS PENAS DE LA COLONIA MÁS ANTIGUA 140-41 (2007).

**169** CONST. PR art. III, § 19. Por eso, no cabe hablar de que la legislatura estaría de alguna manera relevándose de sus funciones legislativas o “evadiendo responsabilidad”, ROBERT LUCE, LEGISLATIVE PRINCIPLES 601 (1930), pues llegado el referéndum ella misma habría demostrado interés en aprobar la legislación, y tan solo recurre al referéndum como forma de legitimar ese interés y vincular simétricamente a legislaturas posteriores en el proceso.

**170** Véase discusión previa en torno a *Córdova v. Cámara de Representantes*, 171 DPR 789 (2007). Nótese que en este caso se trataba de una consulta que solo pretendía medir el apoyo del Pueblo en cuanto a que se enmendara la Constitución, lo que requeriría posteriormente una resolución concurrente de ambas cámaras y un referéndum especial. CONST. PR art. VII, § 1.

**171** Algo similar sugieren Daryl Levinson y Benjamin Sachs, al plantear que no se requiere un *entrenchment* jurídico para que los entes políticos tengan ante sí “some special *constraint* on ordinary or expected processes of political change”. Daryl Levinson & Benjamin Sachs, *supra* nota 27, en la pág. 4.

La *vesting clause*<sup>172</sup> no es suficiente para declarar inconstitucional el *symmetric entrenchment* por referéndum. Ciertamente, el poder legislativo de la Asamblea Legislativa podría verse coartado en el caso de que una ley pretenda ser aprobada sin posibilidad alguna de revocación, como sucedería si se pretendiera validar un *entrenchment* absoluto.<sup>173</sup> Sin embargo, en un *symmetric entrenchment* por referéndum, que según las categorías previamente mencionadas consistiría en un *entrenchment* de tipo procesal,<sup>174</sup> la legislatura posterior no estaría impedida en sí de revocar o enmendar la ley heredada por otra legislatura. Más bien, estaría compelida a hacerlo mediante el mismo procedimiento legislativo que dicha ley atravesó al ser aprobada. En ese sentido, la legislatura posterior tendría las mismas facultades sustantivas de la legislatura anterior de aprobar, enmendar o derogar leyes. Si bien el requisito procesal del referéndum puede interpretarse como una limitación indirecta al poder legislativo, el hecho de que este haya sido aprobado por el Pueblo lo hace cónsono con los principios democráticos de la Constitución. Es decir, el Pueblo mismo al aprobar el *entrenchment* sería consciente de que el poder de la legislatura que luego elija estará sujeto a ese proceso. Puesta a un lado la cláusula del poder legislativo, pasan a ser las cláusulas relacionadas a los mandatos temporales y al procedimiento de aprobación de leyes las que mayor consideración ameritan.

Como ya se señaló, la preocupación relacionada a los mandatos temporales tiene que ver con reducir el poder decisional de las generaciones futuras mediante un *entrenchment*.<sup>175</sup> Este es el caso de una ley *entrenched* en términos absolutos o requiriendo supermayoría para su enmienda o derogación, lo que podría dejar sin efecto las facultades de una legislatura elegida recientemente, en representación del Pueblo, de atender los asuntos que considere pertinentes.<sup>176</sup> Aquí, como bien sostienen Roberts y Chemerinsky, “the concern is the freedom of the second legislature to do what is needed for the country at the later time”.<sup>177</sup> Sin embargo, en un *symmetric entrenchment* por referéndum la segunda legislatura tiene el mismo poder decisional de siempre para actuar sobre la ley en cuestión, de considerarlo necesario.<sup>178</sup> El requisito adicional del referéndum solo garanti-

172 CONST. PR art. III, § 1.

173 A diferencia de Posner & Vermeule, *supra* nota 35, en las págs. 1674-80, nosotros reconocemos que un *entrenchment* absoluto sería contrario a los poderes legislativos conferidos en la *vesting clause* de la Constitución estadounidense y puertorriqueña.

174 Anupam Chander se refiere a los *entrenchments* procesales como aquellos de *manner and form*. Chander, *supra* nota 66, en la pág. 462.

175 Como explica Eule, un *entrenchment* “removes the decision-making power from those with the greatest knowledge [and] it invites circumvention or open defiance when changed conditions make the immutable commands unwise or perilous”. Eule, *supra* nota 38, en la pág. 389.

176 Este es el llamado *dead hand problem* que mencionan McGinnis y Rappaport. McGinnis & Rappaport, *supra* nota 36, en la pág. 427.

177 Roberts & Chemerinsky, *supra* nota 38, en la pág. 1778 n.14.

178 Aunque McGinnis y Rappaport entienden que todos los *symmetric entrenchments* conceden suficiente oportunidad a las futuras generaciones de enmendar o derogar leyes, McGinnis & Rappa-

zaría que la alteración a esa ley sea en efecto representativa de un cambio valorativo en la voluntad actual del Pueblo y no un asunto más sobre el cual la legislatura podría estar decidiendo a nombre del Pueblo a pesar de su oposición. La preocupación de Eule de que un *entrenchment* limite la voluntad posterior del Pueblo de actuar sobre un determinado asunto no se justifica cuando dicho *entrenchment* precisamente asegura que esa voluntad sea tomada en cuenta mediante referéndum. De nuevo, en un sistema democrático en el que “la voluntad del pueblo es la fuente del poder público”,<sup>179</sup> una legislatura que aduzca contar con el favor de dicho Pueblo no debe hallar problemático tener que someter una ley que fue aprobada por referéndum al mismo procedimiento para enmendarla o derogarla.

Por otra parte, el argumento previamente mencionado sobre la prohibición implícita al *entrenchment*, debido a los procedimientos de enmienda constitucional dispuestos, no nos parece aplicable al tipo de *entrenchment* aquí propuesto. Es cierto que la Constitución en sí misma es el único *entrenchment* permitido por nuestro ordenamiento en términos de que coloca ciertos asuntos fuera del alcance de los poderes gubernamentales, no permitiendo su alteración mediante leyes ordinarias.<sup>180</sup> Sin embargo, y como explica Eule, “it does not follow that any enactment that has some entrenching impact on future legislatures must necessarily be regarded as an amendment”.<sup>181</sup> Para este autor, un *legislative entrenchment* supondría un tipo de enmienda constitucional solo si le prohíbe a la legislatura llevar a cabo una acción a la cual la Constitución le da derecho.<sup>182</sup> Aunque un *entrenchment absoluto* estaría restándole poder legislativo a la legislatura y, así, prohibiéndole llevar a cabo una acción a la cual la Constitución le da derecho, ese no es el caso del *symmetric entrenchment* por referéndum. En este tipo de *entrenchment*, la legislatura sigue estando facultada para, si así lo considera pertinente, ejercer sus poderes y actuar sobre la ley en cuestión con una mayoría de votos en ambos cuerpos legislativos, aunque sujeta al resultado del referéndum. No se trataría, pues, de una enmienda constitucional en la medida en que la ley *entrenched* permanece al alcance de la mayoría legislativa y no requiere una supermayoría para ser enmendada.

---

port, *supra* nota 36, en la pág. 427, nosotros, sin embargo, limitamos esta apreciación a los *symmetric entrenchments* por referéndum.

179 CONST. PR. pmbi. Sobre el preámbulo de la Constitución de Estados Unidos, Eule comenta que:

The Preamble’s opening phrase, “We the people”, was not merely flashy prose. Rather it was evidence of a revolution that achieved far more than merely shifting the situs of the governing legislature. The legislators had become the servant of the electorate, not its master. The people were to be the source of all power: the legislators were merely designated agents.

Eule, *supra* nota 38, en la pág. 396.

180 Roberts & Chemerinsky, *supra* nota 38, en las págs. 1786-87.

181 Eule, *supra* nota 38, en la pág. 399.

182 *Id.* en la pág. 400.

El mejor argumento para cuestionar la validez de un *symmetric entrenchment* por referéndum tendría que derivarse de la ya mencionada sección 19 del artículo III de la Constitución. Como bien es sabido, en esa sección se encuentran los únicos dos procedimientos de aprobación de leyes contemplados por nuestra Constitución. El principal consiste en que los dos cuerpos legislativos aprueben por mayoría un proyecto de ley y lo envíen al gobernador para su firma, requiriendo que este último en efecto lo firme o lo devuelva con objeciones a la Legislatura, luego de diez días de haberlo recibido.<sup>183</sup> El otro procedimiento consiste en que, de recibir la legislatura oportunamente el proyecto de ley con las objeciones del gobernador, opte por aprobarlo sin la firma del gobernador si tanto la Cámara de Representantes como el Senado cuentan con el voto de dos terceras partes de sus miembros para así hacerlo. Desde una perspectiva puramente formalista,<sup>184</sup> podría señalarse que el *symmetric entrenchment* por referéndum es inconstitucional en la medida en que le impone a una legislatura posterior un procedimiento distinto al dispuesto en la Constitución para aprobar leyes. El planteamiento sería que, si bien una legislatura puede, *motu proprio*, condicionar la aprobación de una ley al resultado que esta obtenga en un referéndum, esto no la faculta para imponerle ese requisito, que la Constitución no contempla, a futuras legislaturas.

La alteración a los procedimientos exclusivos establecidos en la Constitución para la aprobación de leyes ha sido atendida por la Corte Suprema de Estados Unidos en casos emblemáticos como *I.N.S. v. Chadha*<sup>185</sup> y *Clinton v. City of New York*.<sup>186</sup> En ambos casos, la Corte realizó una interpretación formalista<sup>187</sup> al negar la validez de procedimientos alternos para aprobar legislación. Un análisis excesivamente amplio derivado de estos casos llevaría a interpretar cualquier alteración al procedimiento legislativo de la forma que señala el juez Breyer en su opi-

183 CONST. PR art. III, § 19.

184 Para una discusión sobre las metodologías formalistas y funcionalistas en la adjudicación de casos sobre separación de poderes, véase William N. Eskridge, *Relationships Between Formalism and Functionalism in Separation of Powers Cases*, 22 HARV. J. L. & PUB. POL'Y 21 (1998).

185 *I.N.S. v. Chadha*, 462 U.S. 919 (1983).

186 *Clinton v. City of N.Y.*, 524 U.S. 417 (1998).

187 Stephen Breyer opina que:

The most important feature of that decision, in my view, is that its holding that the veto is unconstitutional does not turn upon any fact concerning the veto's origin, its purposes, or its balance of power effects. Rather, *the decision appears formal*; it is based upon the language of the Constitution, upon its structural dictates, not upon the function of the veto.

Stephen Breyer, *The Legislative Veto After Chadha*, 72 GEO. L.J. 785, 790 (1984) (énfasis suplido). José Trías Monge, por otra parte, nos ofrece una crítica de la lógica formal para adjudicar controversias:

El método lógico debe emplearse también con conciencia de la total inadecuación de la lógica formal, con su silogística, su deduccionismo estéril, para la solución de los problemas jurídicos. El destronamiento de la lógica formal del alto sitial que ocupó en ocasiones por muy largo tiempo ha ocurrido tanto en el mundo civilista como en el del derecho común angloamericano.

JOSÉ TRÍAS MONGE, *TEORÍAS DE ADJUDICACIÓN* 414 (2000).

nión disidente en *Clinton*: “Major Premise: The Constitution sets forth an exclusive method for enacting, repealing, or amending laws. Minor Premise: The Act authorizes the President to ‘repea[l] or amen[d]’ laws in a different way . . . . Conclusion: The Act is inconsistent with the Constitution”.<sup>188</sup> Analizado bajo esta lógica en extremo formalista, el *entrenchment* por referéndum sería inconstitucional. Sin embargo, como ya mencionamos, los precedentes federales en materia de separación de poderes no obligan en nuestra jurisdicción.<sup>189</sup> De esta manera, el Tribunal Supremo de Puerto Rico estaría en posición de adoptar una postura distinta si entendiera que el caso ante sí amerita un estándar distinto. A nuestro modo de ver, un *symmetric entrenchment* por referéndum sería un buen ejemplo de una alteración al procedimiento legislativo que ameritaría una interpretación distinta a la de *Chadha* y *Clinton*.

Debe recordarse que, tanto en *Chadha* como en *Clinton*, la Corte Suprema desaprueba mecanismos de veto que buscaban acortar el procedimiento legislativo. En *Chadha*, se le quería conferir a cualquiera de los dos cuerpos legislativos, Cámara de Representantes o Senado, la facultad de por sí solo vetar una determinación administrativa hecha en virtud de un poder delegado al ejecutivo.<sup>190</sup> En *Clinton*, por su parte, se le quería conferir al presidente la facultad de descontar partidas incluidas en la legislación presupuestaria aprobada por el Congreso sin que la alteración a esta requiriera que la medida regresara a los cuerpos legislativos.<sup>191</sup> Es decir, que la preocupación en ambos casos parece ser la aprobación de un mecanismo que propicia el *shortcutting* legislativo, dado que, como señala la Corte en *Chadha*, la Constitución de Estados Unidos “rank[s] other values higher than efficiency”.<sup>192</sup> La pregunta entonces planteada por Eule es si la eficiencia del procedimiento legislativo, en vez de facilitarse como en *Clinton* y en *Chadha*, podría sacrificarse a través de un mecanismo que lo extienda.<sup>193</sup> Este sería el caso del *legislative entrenchment* por referéndum, el cual requeriría más de lo dispuesto en la Constitución de Puerto Rico para aprobar legislación. ¿Sería este uno de los métodos “noveles” para aprobar legislación que, según el juez Breyer,

---

188 *Clinton*, 524 U.S. en la pág. 474.

189 ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *supra* nota 96, en la pág. 246.

190 *Chadha*, 462 U.S. en la pág. 919.

191 Aunque este asunto no sería objeto de debate en Puerto Rico, dado que nuestra Constitución estableció diáfananamente el veto de partidas, el análisis del Tribunal resulta útil para considerar el posible derrotero del *symmetric entrenchment* por referéndum. Véase CONST. PR art. III, § 20.

192 Eule, *supra* nota 38, en la pág. 402 (*citando a Chadha*, 462 U.S. en la pág. 958 n.23 (1983)). Véase también *Bowsher v. Synar*, 478 U.S. 714, 778 n.1 (1986) (Blackmun, *opinion disidente*) (señalando que la Corte Suprema de Estados Unidos “made clear in *Chadha* that the bicameralism and presentation requirements prevented Congress from *itself* exercising legislative power through some kind of procedural shortcut, such as the one-House veto challenged in that case”). En cuanto a *Clinton*, el *shortcut* del procedimiento legislativo consistía en que se hubiese autorizado al presidente a legislar sobre una partida presupuestaria sin la participación del Congreso. “If this Act were valid, it would authorize the President to create a law whose text was not voted on by either House or presented to the President for signature”. *Clinton*, 524 U.S. en la pág. 419.

193 Eule, *supra* nota 38, en la pág. 402.

deberían permitirse siempre y cuando no violen la separación de poderes ni las libertades de los ciudadanos?<sup>194</sup>

Puede concederse que este mecanismo supone una variación al proceso exclusivo dispuesto en la sección 19 para la aprobación de leyes. Mas lo determinante sería si esto contraviene los fines de dicha sección o si se trata de un procedimiento cónsono con el propósito de la misma y de la Constitución en general. Del historial constitucional puertorriqueño es evidente que nuestros fundadores entendían que el rol de la legislatura en la aprobación de las leyes era imprescindible. Además del factor representativo, opinaban que el proceso legislativo, a través de la deliberación, permitía considerar con detenimiento los proyectos de ley y armonizarlos con el resto del ordenamiento jurídico del País.<sup>195</sup> El hecho de que tildaran los métodos de democracia directa como “muy inferiores a los del gobierno representativo” se refería a la posibilidad de que se impulsaran leyes que no necesariamente contaran con el apoyo de los representantes electos.<sup>196</sup> Su preocupación no estaba en que el electorado participara de la creación de leyes, sino en que lo hiciera de forma esporádica y sin la conveniencia del proceso legislativo.<sup>197</sup> El *entrenchment* por referéndum es compatible con este trasfondo constitucional, toda vez que mantiene la aprobación, enmienda y derogación de proyectos en poder de la Asamblea Legislativa. Es válido, además, porque la participación del Pueblo mediante referéndum se da, a diferencia de *Chadha* y *Clinton*, sin saltar ningún paso del proceso establecido por la Constitución.

Debe también recordarse, como bien hacen McGinnis y Rappaport, que las constituciones suelen contener en sí mismas la idea del *symmetric entrenchment*.<sup>198</sup> Nótese que los procedimientos para aprobar y enmendar tanto la constitución como las leyes de Puerto Rico son simétricos. Enmendar la Constitución requiere el mismo procedimiento que requirió ratificarla;<sup>199</sup> enmendar una ley requiere el mismo procedimiento que requirió aprobarla.<sup>200</sup> En ese sentido, los constituyentes se encargaron de que la misma dificultad supuesta en la aprobación de un estatuto fuera la que se requiriera para enmendarlo, debido al nivel de consenso democrático supuesto en el mismo. Por eso resulta legítimo y acorde a los principios democráticos de nuestra Constitución, que una ley que, a través de un *entrenchment* por referéndum, cuente con un mayor grado de con-

194 *Clinton*, 524 U.S. en las págs. 496-97 (Breyer, opinión disidente) (traducción suplida).

195 LA NUEVA CONSTITUCIÓN, *supra* nota 104, en la pág. 446 (*citando a LUCE*, *supra* nota 169, en las págs. 589-92).

196 JOSÉ TRÍAS MONGE, III HISTORIA CONSTITUCIONAL DE PUERTO RICO 168 (1982).

197 LA NUEVA CONSTITUCIÓN, *supra* nota 104, en la pág. 446. La mayoría de los constituyentes percibía, además, que los métodos de democracia directa podrían ser utilizados por grupos de interés creados para la “paralización de programas de renovación social”. TRÍAS MONGE, *supra* nota 196, en la pág. 168.

198 McGinnis & Rappaport, *supra* nota 36, en la pág. 427.

199 CONST. PR art. VII, § 1.

200 *Id.* art. III, § 19.

senso democrático al momento de su aprobación exija lo mismo para su enmienda o derogación.<sup>201</sup> No deben tomarse livianamente las aspiraciones del preámbulo de la Constitución en cuanto a un “sistema democrático” en el que se garantice la “libre participación del ciudadano en las decisiones colectivas”, más aún si la propia legislatura ha propiciado esa participación en un procedimiento que no infringe lo dispuesto en el resto de la Constitución.<sup>202</sup>

## V. REVISIÓN JUDICIAL

Uno de los temas sobre los que más se reclama la deseabilidad de una política pública a largo plazo es la educación.<sup>203</sup> Actualmente, existe un movimiento multisectorial a favor de un Plan Decenal de Educación que permita *despolitizar* o *despartidizar* la política educativa, aspecto medular del desarrollo social del País.<sup>204</sup> Dado que la educación es uno de los asuntos principales en la discusión pública, la posible implementación de una propuesta de esta índole genera las fricciones políticas previamente esbozadas. Entiéndase que, por ser un tema tan medular, los políticos y sus respectivos partidos buscan sacarle punta electoral a corto plazo. Además, está presente el interés económico en un presupuesto billonario sobre el cual nadie quiere perder control.<sup>205</sup> Así también, ante la expectativa de que la ley que establezca este plan esté en efecto vigente por diez años, se ha resaltado que su aprobación no necesariamente logre ese resultado por la prohibición al *legislative entrenchment*.<sup>206</sup>

Con tal de analizar la viabilidad del *symmetric entrenchment* por referéndum en nuestro sistema jurídico, supongamos que las trabas políticas descritas anteriormente han sido superadas y que una administración gubernamental recién-

---

201 McGinnis & Rappaport, *supra* nota 36, en la pág. 429.

202 CONST. PR pmbi.

203 Véase, por ejemplo, Marcia Rivera, *El estrés nuestro de cada día y la educación en Puerto Rico*, 80 GRADOS (29 de agosto de 2014), <http://www.80grados.net/el-estres-nuestro-de-cada-dia-y-la-educacion-en-puerto-rico> (última visita 14 de noviembre de 2014). “En la refundación del aparato gubernamental que debemos diseñar, proponer y cabildear, debemos movernos hacia la creación de un sistema educativo con autonomía operativa que pueda formular e instrumentar políticas de largo plazo, como se hace en otros países”. *Id.*

204 P. de la C. 1032 de 16 de abril de 2013, 1ra Ses. Ord., 17ma Asam. Leg. “[E]l plan decenal de educación responderá al reclamo de los ciudadanos y ciudadanas para que *descentralice, desburocratice y despartidice* el sistema de educación”. *Id.* en la pág. 4.

205 Se ha dicho que el Departamento de Educación, con un presupuesto aproximado de \$3,500 millones, es visto por los políticos como “un inmenso banco de dinero”. Benjamín Torres Gotay, *La máquina de hacer dinero*, EL NUEVO DÍA (31 de agosto de 2014), <http://www.elnuevodia.com/blog-la-maquina-de-hacer-dinero-1844862.html> (última visita 14 de noviembre de 2014).

206 En su ponencia sobre el plan decenal de educación en la Cámara de Representantes el pasado Secretario de Justicia sostuvo que, puesto que una legislatura no puede obligar a otra, “pudiera una Asamblea Legislativa derogar el plan decenal, si finalmente se aprueba”. Manuel Ernesto Rivera, *Justicia: Plan decenal educación es “inconstitucional”, según propuesto*, NOTICEL (19 de septiembre de 2013), <http://noticel.com/noticia/148330/justicia-plan-decenal-educacion-es-inconstitucional-segun-propuesto.html> (última visita 14 de noviembre de 2014).

temente electa presenta un proyecto de ley para establecer un plan decenal de educación<sup>207</sup> que incluye los siguientes artículos:

Artículo X: Para que el Plan Decenal de Educación aquí establecido entre en vigor, deberá, luego de ser aprobado por ambas cámaras y recibir la firma del gobernador, someterse a referéndum y ser ratificado por la mayoría de los electores que voten sobre el particular.

Artículo Y: Este o cualquier otro artículo de esta ley solo podrá ser enmendado o derogado mediante referéndum, previa aprobación de ambas cámaras y la firma del gobernador.

Luego de una amplia discusión pública, la mayoría de ambos cuerpos legislativos aprueba la ley, el gobernador la firma y la mayoría del electorado la favorece en referéndum. De esta manera, la ley entra en vigor y el Plan Decenal de Educación comienza a implementarse. Sin embargo, al llegar las elecciones al cabo de unos años, la administración que promovió el plan pierde y una nueva administración, al asumir el poder, se propone reformar el sistema educativo. La nueva administración aprueba una ley que, a la vez que deroga el Plan Decenal, establece una política educativa distinta. Por entender que una legislatura no puede obligar a otra y que, por lo tanto, el *symmetric entrenchment* por referéndum era inválido, dicha ley se aprueba a través del procedimiento legislativo ordinario. Similar a *Córdova*,<sup>208</sup> un grupo de ciudadanos presenta un auto de *mandamus* contra la Cámara de Representantes, el Senado y el Gobernador de Puerto Rico, exigiéndoles el cumplimiento con la *Ley del plan decenal de educación*, la cual requería ser sometida a referéndum antes de ser derogada o enmendada.

Con este escenario hipotético, procedamos a explorar las tres conclusiones principales a las que podría llegar el Tribunal. En primer lugar, el Tribunal podría disponer del caso a base de la doctrina de cuestión política. Según esta doctrina, un tribunal no debe asumir jurisdicción sobre una controversia cuando: (1) un asunto “ha sido asignado textualmente por la Constitución a otra rama del Gobierno”; (2) “no existan criterios de decisión susceptibles de descubrirse y administrarse por los tribunales”, o (3) conviene la abstención judicial “por consideraciones derivadas de la prudencia”.<sup>209</sup> Haciendo uso de los criterios (1) y (3), el Tribunal podría plantear que, al igual que en *Córdova*, “si las actuaciones del Poder Legislativo están en el marco constitucional y corresponden exclusivamente a sus poderes delegados, debemos ser deferentes y restringir nuestra in-

---

<sup>207</sup> Debemos aclarar que el mencionado P. de la C. 1032 no es un proyecto que crea un plan educativo en sí, sino que más bien regula el proceso a través del cual ese plan debe crearse. Para efectos de nuestro análisis, partimos de la premisa de que el plan educativo como tal ya existe y ha sido presentado como proyecto de ley.

<sup>208</sup> *Córdova v. Cámara de Representantes*, 171 DPR 789 (2007).

<sup>209</sup> *Noriega v. Hernández Colón*, 135 DPR 406, 422 (1994).

tervención en lo que respecta a ese asunto”.<sup>210</sup> Desde esta perspectiva, el Tribunal plantearía que el poder de aprobar leyes fue delegado por la Constitución a la Asamblea Legislativa y al gobernador, y en la medida en que esos poderes no hayan sido ejercidos de forma contraria a la Constitución, tanto por el gobierno previo como el actual, el Tribunal no tiene por qué intervenir. Nótese que, de esta manera, el Tribunal no estaría adentrándose en la constitucionalidad o inconstitucionalidad del *symmetric entrenchment* por referéndum, sino que se limitaría a no encontrar justiciable el asunto.<sup>211</sup> Sin embargo, dado que en nuestros hechos la nueva administración gubernamental no se concibe vinculada por el referéndum, la determinación de la controversia como no justiciable por cuestión política sería, en términos concretos, igual a una declaración de inconstitucionalidad.<sup>212</sup> A fin de cuentas, la intención del Pueblo en el referéndum de vincular a la legislatura posterior habría carecido de efecto alguno sobre la nueva administración.

No obstante, una diferencia importante entre declararlo no justiciable, en vez de inconstitucional, sería que quedaría la puerta abierta para permitir el *symmetric entrenchment* por referéndum en nuestro ordenamiento jurídico. En ese sentido, por tratarse de una cuestión política, futuras administraciones gubernamentales podrían decidir utilizarlo dejándose obligar por administraciones previas y, por supuesto, obligando a futuras mediante leyes sometidas a referéndum. Otra diferencia significativa de declararlo no justiciable sería que los cuerpos políticos no se relevarían de su responsabilidad como intérpretes de la Constitución y, dado que el Tribunal dejaría la controversia en sus manos, cargarían ellos, no el Tribunal, con el peso de la posible crítica ciudadana a sus decisiones. Así, la abstención judicial encuentra cierta validez en lo antipático que resultaría para el menos democrático de los cuerpos gubernamentales adjudicar una controversia tan revestida de participación democrática.<sup>213</sup>

---

<sup>210</sup> Córdova, 171 DPR en la pág. 801.

<sup>211</sup> Posner & Vermeule, *supra* nota 35, en la pág. 1670.

<sup>212</sup> “[T]he non-justiciability position, as a practical matter, is often equivalent to a position that rejects entrenchment”. Stewart E. Sterk, *Retrenchment on entrenchment*, 71 GEO. WASH. L. REV. 231, 233 (2003).

<sup>213</sup> Webber nos indica que:

[T]here is something disingenuous in the argument that decisions should be made by courts because of the defects in participation in the democratic organs of government when it is precisely the antimajoritarian nature of the courts that is their most notable (and lauded) feature. There may be reason to confer certain decisions on the courts, but we should be clear that by doing so we are restricting the range of participants, not extending it. If we care about the principles that justify democratic institutions —self-government; equality in the fashioning of a public voice— we must continue to care about the democratic elements of the state.

Jeremy Webber, *Democratic Decision Making as the First Principle of Contemporary Constitutionalism*, en *THE LEAST EXAMINED BRANCH: THE ROLE OF LEGISLATURES IN THE CONSTITUTIONAL STATE* 425 (Richard W. Bauman & Tsvi Kahana eds., 2006).

En segundo lugar, el Tribunal podría hallar justiciable la controversia si entiende que la primera legislatura excedió “su autoridad constitucional”, lo que ameritaría la intervención de los tribunales como “intérpretes finales de los contornos de la Constitución”.<sup>214</sup> Al asumir jurisdicción sobre el caso bajo estos fundamentos, la inclinación sería a declarar inconstitucional el *symmetric entrenchment* por referéndum dispuesto en la *Ley del plan decenal de educación* y, por lo tanto, negar el *mandamus* solicitado por los ciudadanos. Como ya discutimos, el argumento que más persuadiría al Tribunal en esta dirección sería la sección 19 del artículo III de nuestra Constitución, donde se establece el procedimiento de aprobación de leyes. Desde esta perspectiva, un referéndum legislativo no puede alterar el poder general de la legislatura para aprobar leyes mediante el proceso establecido en la Constitución. La sección de la ley que pretendía hacer eso con respecto a la próxima legislatura sería declarada inconstitucional, pues para aprobar una ley no puede requerírsele a la Asamblea Legislativa nada más que lo dispuesto en la Constitución.

Para fundamentar su posición, el Tribunal tendría casos análogos a nivel federal en los que la *presentment clause* ha sido interpretado restrictivamente.<sup>215</sup> Ya se mencionó *I.N.S. v. Chadha*, en donde la Corte Suprema de Estados Unidos sostiene que el poder legislativo debe ejercerse según el “single, finely wrought and exhaustively considered procedure” que establece la Constitución.<sup>216</sup> Así lo reitera en el también mencionado caso de *Clinton*. De hacer esto el Tribunal, se trataría de una lectura sumamente rígida de la misma disposición constitucional en Puerto Rico, la cual impediría que se alterara el proceso legislativo, aun con el aval del Pueblo. Sobre esto último, el Tribunal podría plantear que el mecanismo enmienda la Constitución y que, por más que el referéndum haya sido aprobado por el mismo Pueblo que aprobó la Constitución, no es cualquier participación del Pueblo la que puede alterar disposiciones constitucionales, sino aquella establecida para lograr ese cometido. De ahí que se requiera una enmienda constitucional que viabilice los *symmetric entrenchments* por referéndum para que los mismos tengan el efecto pretendido por los ciudadanos y la legislatura previa.<sup>217</sup> Sobre las enmiendas constitucionales, el Tribunal ha dicho previamente que son parte de “un procedimiento lo suficientemente rígido como para impartirle estabilidad a la Constitución y distinguirla de leyes ordinarias”.<sup>218</sup>

En tercer lugar, cabe la posibilidad de que el Tribunal declare constitucional la *Ley del plan decenal de educación*, incluyendo la cláusula del *symmetric entrenchment* por referéndum. Para esto, el Tribunal habría de sostener que al momento de aprobarse la ley esta cumplió con todas las salvaguardas que el ordenamiento constitucional estableció para garantizar un proceso legislativo cuidado-

<sup>214</sup> *Silva v. Hernández*, 118 DPR 45, 55 (1986).

<sup>215</sup> *Clinton v. City of New York*, 524 U.S. 417 (1998); *I.N.S. v. Chadha*, 462 U.S. 919 (1983).

<sup>216</sup> *Chadha*, 462 U.S. en la pág. 921.

<sup>217</sup> CONST. PR. art. VII, § 1.

<sup>218</sup> *Córdova v. Cámara de Representantes*, 171 DPR 789, 802 (2007).

so, incluyendo la deliberación en los cuerpos legislativos<sup>219</sup> y la firma del gobernador.<sup>220</sup> El referéndum sería entendido como un elemento que, aunque la Constitución no lo requiera, no es contrario a la misma. Para esto sería importante reconocer que nuestra Constitución, a diferencia de la federal, es de poderes generales y no enumerados,<sup>221</sup> por lo que la legislatura tiene mayores facultades para implementar propuestas que, como ésta, no violan sino que promueven principios constitucionales. El hecho de que la Constitución parta en sí de una noción de *symmetric entrenchment* en términos de los procedimientos para aprobar leyes y enmiendas constitucionales, haría razonable que una vez se adopte una ley por referéndum se requiera simetría para enmendarla o derogarla. Según este razonamiento, procedería el *mandamus* contra la nueva administración para que cumpla con la *Ley del plan decenal de educación* y su respectivo requerimiento de someter a referéndum cualquier cambio a la misma.

El Tribunal podría, además, adoptar un criterio sustantivo en cuanto a que el derecho a la educación en juego es uno de rango constitucional, lo que amerita cierta protección de los tribunales para garantizar el disfrute de tal derecho por parte de la ciudadanía. Si el referéndum legislativo formó parte de un esfuerzo de la legislatura para, con el aval del Pueblo, hacer efectivo el derecho constitucional a la educación, el Tribunal podría conmovirse aún más a dificultar que el proceso de legislación ordinario desplace por sí solo lo alcanzado mediante referéndum en un procedimiento más democrático. Podría incluso cualificar la *Ley del plan decenal de educación* como una de naturaleza “cuasi-constitucional”, en la medida que reconoce “derechos y prerrogativas de naturaleza muy básica”,<sup>222</sup> y fue aprobada mediante un proceso de mayor participación democrática. De esta manera, vemos que el Tribunal Supremo de Puerto Rico podría elegir declarar constitucional la ley y hacer cumplir determinada política pública respaldada por el Pueblo.

## CONCLUSIÓN

En este artículo hemos querido establecer dos planteamientos principales: (1) que, como regla general, el *legislative entrenchment* está prohibido en nuestro ordenamiento por ser contrario a cláusulas y principios democráticos de la Cons-

---

219 LA NUEVA CONSTITUCIÓN, *supra* nota 104, en la pág. 446. Véase además ABNER J. MIKVA & ERIC LANE, AN INTRODUCTION TO STATUTORY INTERPRETATION AND THE LEGISLATIVE PROCESS 69 (1997), planteando que “[deliberativeness] defines those structures and steps of the legislative process . . . that slow legislative decision making and distance it from the passions and immediacy of the prevailing desires of individual legislators and of various constituencies”.

220 Según Hamilton, el veto ejecutivo cumple la función de “salutary check upon the legislative body, calculated to guard the community against the effects of faction, precipitancy, or of any impulse unfriendly to the public good, which may happen to influence a majority of that body”. HAMILTON *ET AL.*, *supra* nota 49, en la pág. 422.

221 ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *supra* nota 96.

222 Efrén Rivera Ramos, *Derecho Constitucional*, 78 REV. JUR. UPR 625, 635 (2009).

titución, y (2) que, por el contrario, el *symmetric entrenchment* por referéndum es cónsono con los principios democráticos de nuestro ordenamiento constitucional, por lo que debe considerarse válido. De esta manera, una legislatura podría estar vinculada a una ley previa si la misma es de jerarquía superior por haber sido aprobada a través de un procedimiento más democrático que el ordinario. El *symmetric entrenchment* por referéndum lograría revestir la ley de esa mayor jerarquía al incluir la participación del Pueblo en las decisiones colectivas mediante un procedimiento afín a la Constitución. Por esto consideramos que este mecanismo legislativo debe utilizarse para viabilizar políticas públicas medulares para el País que ameriten una visión e implementación a largo plazo. Una vez estas sean respaldadas por el Pueblo en referéndum, además de entrar en vigor, no podrán ser enmendadas ni derogadas sin su consentimiento. Sobre esto es importante hacer unos comentarios adicionales en cuanto a posibles críticas que podría enfrentar el *symmetric entrenchment* por referéndum y algunas recomendaciones para aminorarlas.

De las críticas que podría recibir el mecanismo legislativo defendido a lo largo de este artículo, destacaremos tres de ellas que entendemos son de particular importancia: (1) su carácter impráctico, (2) el abuso para el cual podría prestarse, y (3) el riesgo de que sea utilizado para limitar derechos constitucionales o perjudicar a minorías. La primera crítica estaría relacionada a lo impráctico que podría resultar el requisito de que, además de cumplir con el procedimiento legislativo ordinario, haya que someter ciertas leyes a referéndum. El *symmetric entrenchment* por referéndum, a la luz de este cuestionamiento, podría resultar demasiado oneroso en la medida en que complica el procedimiento legislativo y encarece en términos económicos la manera de efectuarlo. Para atender este asunto, entendemos pertinente mencionar lo útil que resultaría actualizar nuestro sistema electoral de acuerdo a los desarrollos tecnológicos de la época. Es evidente que sistemas electrónicos de votación permitirían democratizar y agilizar cada vez más los procesos políticos.<sup>223</sup> Mientras más rápido el País se mueva en esta dirección,<sup>224</sup> menos complicado y costoso será llevar a cabo referéndums como el aquí propuesto. A nuestro modo de ver, estos desarrollos tecnológicos garantizarían la factibilidad del mecanismo aquí defendido.

La segunda crítica a la incorporación de este mecanismo de referéndum a nivel legislativo estaría basada en un cuestionamiento a la deseabilidad de que referéndums sean convocados frecuentemente en torno a múltiples asuntos. La preocupación aquí sería similar a la que destacan McGinnis y Rappaport al discutir el *entrenchment* variable. Es decir, de someterse múltiples leyes a referéndum podría eventualmente surgir un desconocimiento generalizado sobre cuáles me-

---

<sup>223</sup> Véase JOHN O. MCGINNIS, *ACCELERATING DEMOCRACY: TRANSFORMING GOVERNANCE THROUGH TECHNOLOGY* (2012).

<sup>224</sup> Rebecca Banuchi, *Legislatura aprueba proyecto que da paso al escrutinio electrónico*, EL NUEVO DÍA (20 de octubre de 2014), <http://www.elnuevodia.com/legislaturaapruebaproyectoquedapasoalescrutinioelectronico-1876797.html> (última visita 14 de noviembre de 2014).

didadas han sido *entrenched* por referéndum y cuáles no.<sup>225</sup> Reconociendo esta posibilidad, nos parece que el uso del *symmetric entrenchment* por referéndum debe utilizarse solo en el contexto de medidas legislativas de gran envergadura, ya sea porque atienden problemas sociales apremiantes o promueven el disfrute de derechos constitucionales fundamentales.<sup>226</sup> Es importante que así sea pues, de lo contrario, un abuso del mecanismo podría reducir la discusión pública y participación ciudadana sobre los temas objeto de referéndum, minimizando así la singularidad de estas leyes y la justificación de su jerarquía jurídica.

Otra crítica que podría acarrear el intento de viabilizar mecanismos de participación ciudadana a través de referéndums estaría basada en la preocupación de que estos sirvan para perjudicar minorías o limitar, en cierta medida, derechos constitucionales. Además de reiterar nuestra recomendación de que este mecanismo se utilice para promover derechos constitucionales, no para limitarlos, entendemos necesario destacar lo siguiente. Por un lado, debe reconocerse que, por el mero hecho de ser aprobado mediante un *proceso* de referéndum, el *contenido* de una ley que perjudique a alguna minoría o menoscabe un derecho constitucional no estaría libre de revisión judicial. Esto se debe a que nuestra Constitución exige aprobación de dos terceras partes de ambos cuerpos legislativos, además de ratificación mediante referéndum, para enmendar la Constitución.<sup>227</sup> El mecanismo legislativo que aquí se ha presentado no puede utilizar como subterfugio el hecho de que sea aprobado por referéndum para eludir el proceso de enmienda delimitado en nuestra Constitución. Al no tratarse de una enmienda, la validez constitucional de su contenido será examinada por el Tribunal Supremo como intérprete final de nuestra Constitución. De esta manera, si una ley ratificada mediante referéndum resultase perjudicial para un sector minoritario, el Tribunal podría declararla inconstitucional por violar la igual protección de las leyes o el debido proceso de ley en su modalidad sustantiva.

Por otro lado, no debe menospreciarse la capacidad del Pueblo de participar en este tipo de procesos y distinguir medidas populistas de aquellas que verdaderamente puedan atender problemáticas sociales importantes y mejorar la cultura política local. Como prueba de esto, solo habría que recordar los resultados del referéndum de agosto de 2012, en torno a la fianza y la reforma legislativa.<sup>228</sup> El resultado de ambos referéndums evidenció una clara “conciencia ciudadana inclinada a no permitir la reducción de los derechos constitucionales”.<sup>229</sup> Nos parece que estos procesos de deliberación pública y participativa precisamente permiten que el Pueblo se eduque y profundice sobre asuntos que usualmente dele-

---

225 McGinnis & Rappaport, *supra* nota 36, en la pág. 439.

226 Un plan decenal de educación, por ejemplo, podría garantizar el derecho a la educación reconocido en nuestra Carta de Derechos. CONST. PR art. II, § 5.

227 CONST. PR art. VII, § 1.

228 Marcia Rivera, *Tras el referéndum... ¿qué vamos a hacer?*, 80 GRADOS (24 de agosto de 2012), <http://www.8ogradados.net/tras-el-referendum-que-vamos-a-hacer> (última visita 14 de noviembre de 2014).

229 Rivera, *supra* nota 30.

ga en los representantes políticos. Es así que asume mayor conciencia como para responder en la negativa si entiende que el referéndum en controversia podría perjudicar a minorías o limitar derechos constitucionales.

Finalmente, desde nuestro lugar como estudiantes y operadores del Derecho en el sentido más cándido y modesto, insistimos en que un *symmetric entrenchment* por referéndum, más allá de lo que pueda determinar el Tribunal, debe hallar cabida en nuestro ordenamiento jurídico. Al asumir esta posición, coincidimos con el profesor Hiram Meléndez Juarbe cuando señala que:

Los derechos constitucionales se definen sobre la marcha. No se congelan en un papel y su evolución no queda monopolizada por jueces, legisladores o gobernadores. La cultura política, nuestra actitud como pueblo ante estos derechos en el discurso público y nuestra práctica dan sentido a nuestras garantías constitucionales y establecen pauta para los operadores del derecho. Así, la interpretación que hagamos del alcance de estos derechos (lo que decimos, lo que practicamos) puede servir de contexto (y brindar contenido) a las garantías formales en la Constitución. Por eso es esencial que nos sintamos autores y dueños del régimen constitucional, de sus instituciones y de la gestión pública en general, desde la cotidianidad.<sup>230</sup>

Al interpretar nuestro texto constitucional, reconocemos las justificaciones tras la prohibición general del *legislative entrenchment*. Sin embargo, rechazamos que las garantías constitucionales que esa prohibición busca proteger sean vulneradas por el *symmetric entrenchment* por referéndum, lo que nos hace considerarlo jurídicamente válido. Mas el temor a equivocarnos en nuestro análisis nos lleva a cuestionar cuán legítimo puede ser un ordenamiento que niegue la validez de un mecanismo apoyado por la mayoría de sus ciudadanos y en pro de “un entorno político más democrático”.<sup>231</sup> Darle sentido a la Constitución en nuestro contexto social implica pensar en alternativas como el *symmetric entrenchment* por referéndum. Estas, aunque no estén libres de cuestionamientos, servirían para garantizar la “libre participación del ciudadano en las decisiones colectivas”.<sup>232</sup> Así no solo serán los representantes políticos quienes decidan si determinada política pública debe permanecer o ser revertida, sino el Pueblo mismo con su voto. Si bien el País requerirá de otros espacios de participación para alcanzar el tipo de sociedad democrática a la que nosotros aspiramos, concebimos el *symmetric entrenchment* por referéndum como un cambio mínimo posible dentro del Estado de Derecho vigente.

---

<sup>230</sup> Hiram Meléndez Juarbe, *La voz constitucional y una perspectiva crítica*, 80 GRADOS (17 de agosto de 2012), <http://www.80grados.net/la-voz-constitucional-y-una-perspectiva-critica> (última visita 14 de noviembre de 2014).

<sup>231</sup> *Id.*

<sup>232</sup> CONST. PR pmbi.