



**Resistencia al cambio constitucional.
Contraste entre el control judicial al proceso de reforma constitucional previsto en la
Constitución estadounidense y colombiana.**

Pablo Del Toro Zuluaga

Artículo presentado para optar al título de abogado.

Asesor

Derzu Pérez Figueroa

Universidad de Antioquia
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Derecho
Medellín, Antioquia, Colombia
2024

Cita	(Del Toro Zuluaga, 2024)
Referencia	Del Toro Zuluaga, P. (2024). <i>Resistencia al cambio constitucional. Contraste entre el control judicial al proceso de reforma constitucional previsto en la Constitución estadounidense y colombiana</i> . [Trabajo de grado profesional].
Estilo APA 7 (2020)	Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia.



Biblioteca Carlos Gaviria Díaz

Repositorio Institucional: <http://bibliotecadigital.udea.edu.co>

Universidad de Antioquia - www.udea.edu.co

El contenido de esta obra corresponde al derecho de expresión de los autores y no compromete el pensamiento institucional de la Universidad de Antioquia ni desata su responsabilidad frente a terceros. Los autores asumen la responsabilidad por los derechos de autor y conexos.

Dedicatoria

A mis padres, de ellos todo y por ellos todo.

Contenido

Resumen	5
Abstract	5
Introducción	6
1. Constitución, reforma, control y objeciones: cambio y resistencia constitucional	7
1.1 La idea de constitución.....	7
1.2 Rigidez constitucional.	9
1.3 Límites al poder de reforma.	10
1.4 Legitimidad democrática de los órganos jurisdiccionales.	11
1.5 Sustantivismo vs procedimentalismo.....	12
2. Estados Unidos vs Colombia: aspectos comunes y divergentes	14
2.1 Reforma constitucional de la Constitución Política de Colombia de 1991.	15
2.2 Reforma constitucional de la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787.	15
2.3 Límites a la reforma constitucional en Estados Unidos.....	16
2.4 Límites a la reforma constitucional en Colombia.....	18
2.5 Control jurisdiccional al poder de reforma.	18
3. Conclusiones.	25
Referencias	30

Resumen

En el presente artículo se abordarán las problemáticas, en cuanto a reparos de legitimidad democrática, que pueden surgir alrededor del control jurisdiccional al poder de reforma constitucional, específicamente en el caso de la Corte Constitucional de Colombia. Para ello, inicialmente se avanzará en una conceptualización de los elementos que rodean la cuestión a tratar, esto es, el alcance de la constitución como teoría, la rigidez constitucional, el poder de reforma de la constitución, con sus procedimientos y límites, así como la categoría de la legitimidad democrática. Una vez dilucidados estos elementos conceptuales, se procederá a realizar un sucinto ejercicio de contraste entre lo que ocurre en el constitucionalismo estadounidense y colombiano a la hora de reformar la Constitución y su respectivo control jurisdiccional, para establecer los reparos que puedan realizarse al control judicial que ha realizado la Corte Constitucional colombiana al poder de reforma.

Palabras clave: Reforma constitucional, control jurisdiccional al poder de reforma, legitimidad democrática, teoría de la constitución, rigidez constitucional.

Abstract

In this article, the issues regarding concerns of democratic legitimacy surrounding judicial control over constitutional reform will be addressed, specifically in the case of the Constitutional Court of Colombia. For that, initially, there will be an exploration of the conceptualization few elements, such as the constitution as a theory, constitutional rigidity, the power of constitutional reform, including its procedures and limits, and the category of democratic legitimacy. Once these conceptual elements have been clarified, a contrast will be made between what occurs in United States of America and Colombian constitutionalism regarding constitutional reform and its respective judicial review, in order to establish the criticisms that can be made against the judicial review exercised by the Colombian Constitutional Court over the power of reform.

Keywords: Constitutional amendment, judicial review over the power of constitutional amendment, democratic legitimacy, theory of the constitution, constitutional rigidity.

Introducción

La constitución es una norma que reconoce derechos básicos para los individuos y diseña la estructura del Estado. La estabilidad de las instituciones jurídicas depende de que la constitución tenga vocación de permanencia. Sin embargo, la permanencia de la constitución no puede entenderse como inmodificabilidad de sus disposiciones. Si las sociedades sufren transformaciones, entonces sus normas constitucionales también. Quizá este hecho explica la existencia de procedimientos expresos de reforma en las constituciones contemporáneas. Una característica sobresaliente del cambio constitucional radica en la participación de órganos representativos y democráticos.

La posibilidad de reformar una constitución exige analizar cuáles son las restricciones, tanto implícitas como expresas, que debe tener el poder de reforma para equilibrar la estabilidad institucional y el cambio en sus normas fundamentales. Además, supone abordar qué límites deben recaer sobre los órganos de reforma para evitar cambios constitucionales que socaven el régimen democrático.

Así las cosas, en este artículo se exponen tres categorías fundamentalmente, que posteriormente permitirán realizar un ejercicio de contraste. De ahí que deban considerarse (i) los alcances que tiene la concepción de la constitución y sus variables configurativas, (ii) la teoría y el procedimiento de reforma constitucional y (iii) el entendimiento de la legitimidad democrática. En aras de lo anterior, se realizó una indagación dogmática de las categorías anteriormente señaladas, para su posterior síntesis y confrontación.

Posteriormente, se procederá con el ejercicio de contrastación entre el constitucionalismo colombiano y estadounidense, para el cual inicialmente, se describirán los procedimientos de reforma constitucional que traen consigo, tanto el texto constitucional estadounidense como el colombiano. Una vez realizado ese repaso, se procederá a dilucidar cómo ha sido la actuación de los órganos encargados de realizar el control jurisdiccional a dichos cambios constitucionales. Para lo cual fue de suma importancia un repaso por la jurisprudencia de los tribunales encargados de ese control, por lo que se realizaron las respectivas referencias a las decisiones, tanto de la Corte Suprema estadounidense, como de la Corte Constitucional colombiana, que realizaron control a la reforma, y permiten evidenciar la aplicación práctica de los conceptos analizados.

Este artículo presenta, entonces, la siguiente estructura. En el apartado inicial se hará una conceptualización de la teoría de la constitución, se pasará en el siguiente a explicitar lo relacionado con la reforma constitucional, sus límites y el control judicial que frente a ella se realiza. La construcción dogmática del artículo, finalizará con un avance de la concepción de la legitimidad democrática. Así, cuando se tenga el escenario conceptual establecido, en la parte final del artículo, se procederá con la contrastación entre los dos ordenamientos analizados, en cuanto a sus procedimientos de reforma y el control que a estos se realiza. Finalmente, se entregarán algunas conclusiones a partir de todo lo desarrollado.

1. Constitución, reforma, control y objeciones: cambio y resistencia constitucional

1.1 La idea de constitución

El concepto de constitución ha variado considerablemente con el paso de los años, desde los desarrollos americanos y de la revolución francesa, hasta el derrumbamiento con la Segunda Guerra Mundial de muchos de los preceptos sociales que se tenían. Gonzalo Ramírez Cleves (2005) estableció una clasificación de la idea de constitución a partir de las distintas posiciones dogmáticas positivistas del siglo XX, entre tres escuelas: positivismo estatal, positivismo jurídico y positivismo político.

Repasa Cleves (2005) sobre la escuela del positivismo estatal, que cuenta con Georg Jellinek como su principal referente, para quien la constitución funge como una autolimitación del Estado para someterse al derecho, para así cumplir con las funciones de organización y protección de derecho de los particulares, que trae consigo el propio texto. Con lo cual, añade el carácter de norma superior del ordenamiento jurídico.

En contraposición a esta postura, menciona Cleves (2005) se encuentra la escuela del positivismo jurídico con Hans Kelsen como protagonista inicial, quien planteaba que se requería desligar al derecho de los fenómenos naturales, morales, políticos o sociológicos. Adicionalmente propone una distinción entre norma fundamental y constitución; siendo la primera aquella norma que no tiene un fundamento de validez en otra norma superior. Mientras que la constitución es entendida como el nivel más alto dentro de un ordenamiento jurídico en concreto, una vez exista la norma fundamental. Afirma Cleves (2005), siguiendo a Juan Antonio García Amado, que Kelsen

sintetizaba la discusión, definiendo a la norma fundamental como “aquella que establece que ‘hay que comportarse como la Constitución prescribe (p. 117)”.

Finalmente, enuncia Cleves (2005) que aparece la escuela del positivismo político, con Carl Schmitt a la cabeza, en la que se plantea la idea de constitución como aquella que contiene la decisión política fundamental a partir de la cual se decide la unidad política. Así, alguna norma positiva que se halle en la norma fundamental y no haga parte de la *decisión política fundamental* no debe ser considerado como constitución.

A partir de estas tres escuelas enunciadas, han surgido teorías integracionistas (Cleves, 2005) con Rudolf Smend o Hermann Heller y otras nombradas como correctoras, entre las que surge la constitución material de Costantino Mortati, quien plantea que a diferencia de Schmitt no debe considerarse la constitución como decisión ni como forma, sino que no debe dejarse de lado la esencia de la constitución que es el fin político, fungiendo como la primera fuente del derecho del Estado.

Ahora con la situación global de posguerra, surgieron, dos nuevas concepciones de la idea de constitución; el neopositivismo jurídico y el neopositivismo integrador. El neopositivismo jurídico parte de la posición kelseniana, pero con un traslado de la norma superior a la constitución, es decir, esta se fundamenta en sí misma, y se adicionan los elementos de supremacía -auténtico valor normativo de los preceptos constitucionales- y control de constitucionalidad -la interpretación judicial como forma de adecuar la constitución a las realidades (Cleves, 2005).

Mientras que el neopositivismo integrador, plantea que la constitución; (i) fija los principios rectores y regula los procedimientos para la unidad política y la delimitación de las tareas del Estado, (ii) contiene los procedimientos para la resolución de los conflictos y (iii) determina los principios del orden jurídico en su conjunto (Cleves, 2005). Adicionalmente, se constituyen los instrumentos que impidan la transgresión de aquello fijado por la constitución, porque “de poco serviría la proclamación política del principio de supremacía y el reconocimiento jurídico del concepto de rigidez, sin el establecimiento de los mecanismos sancionadores adecuados capaces de impedir su transgresión (de Vega, 1988, p. 41)”.

1.2 Rigidez constitucional.

Dentro de las categorías enunciadas –previamente- que subyacen a la idea de constitución, hay una que genera mayor interés para los efectos del problema acá analizado: la rigidez y flexibilidad de las constituciones. Siguiendo a Pedro de Vega (1988) el concepto de rigidez constitucional, puesto de presente por James Bryce, debe entenderse ligado al principio de ley superior, y exige que, con el fin de considerarse como norma superior, se requiere que para su modificación se cuente con un procedimiento más agravado y complejo que el seguido para la modificación o derogación de las leyes ordinarias.

La realidad de las constituciones actuales, en amplia mayoría rígidas¹, ha trasladado el debate entre rígidas y flexibles (de Vega, 1988), con lo cual, posiciones como la de Richard Albert (2017), quien realiza una clasificación gradual, resultan más interesantes bajo el escenario constitucional actual:

Es posible conceptualizar la rigidez en una escala gradual dependiendo del tipo de mayoría legislativa y/o popular requerida para consumir una enmienda de una disposición, ya sea de una ley o de la constitución. En su esencia, entonces, la rigidez es una medida de permanencia. (...) Pasemos a plantear una escala ascendente de permanencia de la rigidez que consiste en cinco grados separados: (1) nula rigidez legislativa; (2) rigidez legislativa; (3) rigidez constitucional ordinaria; (4) rigidez constitucional calificada; (5) rigidez constitucional indefinida (pp. 487-488).

Esta escala presentada va desde la flexibilidad total, es decir el mismo procedimiento de creación legislativa, hasta un escenario de irreformabilidad. Sin embargo, para el efecto de lo aquí desarrollado, generan interés las escalas 3 a 5, bajo las cuales se plantea la rigidez de la reforma constitucional. Así, plantea Albert (2017) que ésta puede entenderse como; una exigencia de seguir el proceso de enmienda dispuesto en la carta (3), o incluso existir disposiciones constitucionales que tengan un procedimiento más complejo que las otras (4), y finalmente, algunas que sea imposible reformar (5).

¹ Menciona de Vega, que deberían considerarse constituciones flexibles únicamente la inglesa, neozelandesa e israelí. de Vega, P. (1988).

1.3 Límites al poder de reforma.

Es una práctica común y reiterada en el constitucionalismo contemporáneo que los textos traigan consigo la posibilidad de que sus disposiciones sufran posteriores modificaciones, así las cosas, parece ser una idea pacífica para los constituyentes, modernos y contemporáneos, la necesidad de que la constitución no cuente con una inmodificabilidad absoluta. Llevándolos así a ocuparse de establecer criterios para que las modificaciones al texto original se realicen dentro del cauce constitucional.

Se han desarrollado clasificaciones con respecto a los límites al poder de reforma de muchos tipos, de Vega (1988) habló de límites; heterónomos -por fuera del texto constitucional- o autónomos; absolutos y relativos; explícitos e implícitos. Estos últimos han sido descritos por Guastini (2015), con algunas variaciones, así:

(i) Llamaremos límites expresos -o, mejor, textuales- a aquellos expresamente estatuidos por el mismo documento constitucional interpretado literalmente.

(...)

(ii) Llamaremos límites inexpressos a todos los demás. Excepto en el seno de los límites inexpressos conviene ulteriormente distinguir:

(a) Llamaremos límites implícitos a aquellos que se deducen del texto constitucional mediante otras -más controvertibles- técnicas de interpretación textual (interpretación extensiva, teleológica, sistemática, analógica, y otras).

(b) Llamaremos límites conceptuales -y por tanto necesarios, no contingentes- a aquellos que no pueden ser derivados del texto constitucional mediante las usuales técnicas de interpretación y/o integración, pero que se asume que derivan del concepto mismo de Constitución y/o enmienda constitucional, y por lo tanto son inherentes cualquier Constitución. (p. 2060)

Se ha desarrollado otra clasificación que reviste interés para el problema que acá se pretende dilucidar; la diferenciación entre límites formales y materiales (Albert, 2017). Las constituciones usualmente regulan los mecanismos de reforma de ellas mismas, establecen trámites legislativos, debates, iniciativas y demás. Esto es conocido como los límites formales, toda vez que establece

bajo que estructura procedimental debe realizarse la reforma constitucional. Adicionalmente, se pueden encontrar límites materiales, es decir, que se establezcan ciertas cuestiones sustanciales o categorías que trae consigo la constitución, que no pueden ser reformadas mediante los procesos de enmienda².

1.4 Legitimidad democrática de los órganos jurisdiccionales.

Ahora, una vez se estableció que las constituciones pueden ser más o menos rígidas y que por tanto hay variaciones en cuanto a las implicaciones de su reforma, y en consecuencia al control judicial que a ellas se realiza, merece la pena analizar una cuestión discutida y problemática, derivada de este escenario: la legitimidad democrática.

Para Waldron (2018), la legitimidad es: “la capacidad de un sistema político y jurídico de generar respaldo para la implementación de las leyes y políticas, incluso por parte de aquellos que se opusieron a estas por razones sustanciales (Waldron, 2018, p. 16)”. Acá nos centraremos en la legitimidad política de los órganos judiciales que controlan la reforma constitucional. Con lo cual, siguiendo la definición propuesta, nos referiremos a como están dadas las condiciones jurídico políticas para determinar si la revisión judicial de la enmienda cuenta respaldo, incluso de quienes se oponen a ella.

Este es un problema que no tiene solucionado el constitucionalismo contemporáneo. Lo anterior, en virtud de que no hay acuerdos significativos en cuanto al cuestionamiento de quién debe tener la última palabra sobre si un determinado cambio normativo se mantiene o no en una democracia.

² Al interior de esta clasificación podría realizarse una subdivisión; por un lado, cláusulas pétreas, es decir artículos concretos señalados como irreformables, estos generalmente son relativos a la forma de gobierno, estado o algunos derechos fundamentales. Véase como ejemplo el numeral tercero del artículo 79 de la Ley Fundamental Alemana: “*No está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecte la organización de la Federación en Länder, o el principio de la participación de los Länder en la legislación, o los principios enunciados en los artículos 1 y 20.* Adicionalmente, se puede encontrar una categoría usada comúnmente por la Corte Constitucional colombiana como principios identitarios o ejes axiales, que si bien no se derivan de un artículo en concreto de la constitución, interpretativamente se puede concluir que fue intención del constituyente impedir que las reformas los afectaran. Así, en sentencia C 579 de 2013 el Tribunal Constitucional planteó que para fungir algo como principio identitario, se requiere analizar: (i) los principios del bloque constitucionalidad, (ii) la doctrina constitucional y teoría política relacionada (iii) su desarrollo en el derecho comparado, y (iv) su tratamiento en la jurisprudencia constitucional. Concluyendo en sentencia C-285/16 “...son ejes axiales de la Constitución: la supremacía constitucional, la obligación del Estado de respetar, garantizar y proteger los derechos humanos, la existencia de un marco democrático participativo, el Estado social de Derecho, la autonomía e independencia judicial, la separación de poderes y el sistema de frenos y contrapesos, el sistema de carrera administrativa y la reserva de ley”.

Toda vez que, aun en el evento en que se tenga una consideración positiva del actuar de las altas cortes -que son las que usualmente realizan este control- o se perciba una decisión en concreto como deseable, la pregunta por la legitimidad de un órgano judicial que tiene la potencialidad de anular una decisión del Congreso, no se escapa de la discusión constitucional.

Ello, presenta total aplicación en los dos ordenamientos jurídicos acá analizados, dada la forma de selección de sus magistrados -no elegidos democráticamente ni con responsabilidad política directa- y la trascendencia de sus decisiones -posibilidad de anular una decisión tomada por el Congreso-. Teniendo en cuenta, adicionalmente, que ambos textos constitucionales son de carácter rígido, con lo cual una reforma requiere de un procedimiento más gravoso, y por tanto, podría decirse *más democrático*.

1.5 Sustantivismo vs procedimentalismo.

Para poder comprender cabalmente la legitimidad democrática de la revisión judicial, hay un paso previo, con el fin de llenar de sentido la expresión a considerar: debe inicialmente definirse la concepción que se tenga de la democracia. La cual, según Linares (2008), tiene dos variantes: sustantivismo y procedimentalismo. De las cuales, ante las insuficiencias que presentan ambas, han surgido posiciones mixtas.

Este debate ha sido satisfactoriamente resumido por Sebastián Linares (2008) quien plantea que el procedimentalismo radical propone que únicamente son democráticas las decisiones que se tomen a través de los mecanismos democráticos, toda vez que, ante los desacuerdos, la legitimidad debe surgir únicamente del procedimiento surtido por los órganos democráticamente elegidos. La crítica a esta teoría parte de la imposibilidad de llegar a consensos, esto es la existencia de posibles desacuerdos en todos los aspectos desarrollados en el debate democrático, incluso en materias concernientes a los derechos de las minorías.

Del otro lado, expone Linares (2008), se encuentra el sustantivismo radical, bajo el cual no importa quién ni cómo se tomen las decisiones, basta que estas cumplan con requisitos de justicia para considerarse legítimas. Posición que no se compadece con el hecho del pluralismo político ni las circunstancias de la política, ante la existencia constante de desacuerdos. Y además, desencadenaría en un estado de nula autoridad al no considerar legítima una decisión que bajo una determinada cosmovisión no es justa.

A consecuencia de dicho antagonismo surgen las teorías mixtas de legitimidad de las decisiones políticas- nombradas por Linares (2008)- como procedimentalismo débil y sustantivismo débil. Bajo las cuales no hay un rechazo absoluto de la perspectiva procedimental ni sustancial, pero sí hay una preferencia por una u otra.

El sustantivismo débil, cuenta como principal representante a Ronald Dworkin, para quien la democracia implica que se tomen decisiones en las cuales se trate a todos los individuos con igual consideración y respeto. Ese es el fundamento superior que se debe alcanzar con la práctica del Congreso, pero si este no lo hace, con otro órgano, por ejemplo: los jueces, toda vez que estos interpretan mejor los principios que el Congreso, sometido a cuestiones electorales y políticas que potencialmente debilitan el reconocimiento de los principios. Así: “no cabe objetar en nombre de la democracia la existencia de instituciones y procedimientos (v. gr. una constitución rígida y un modelo robusto de revisión constitucional) que conducen con mayor probabilidad a resultados justos (Linares, 2008, p. 36)”.

Mientras que en defensa del procedimentalismo débil, se encuentra la posición de Waldron, para quien:

La regla de las mayorías (expresada en elecciones y el procedimiento legislativo) es la única que, visto los desacuerdos, reconoce y toma en serio el derecho de todos y cada uno a que su voz cuente en pie de igualdad con la de cualquier otro (p. 37).

Ambas posiciones representadas acá por Waldron y Dworkin, dan la última palabra a un órgano distinto; el sustantivismo débil prefiere que esta la tengan los jueces, por su favorabilidad a aplicar principios constitucionales; mientras que el procedimentalismo débil considera que la última decisión debe estar en manos del Congreso o del pueblo mediante referendo (Linares, 2008). Como síntesis de la discusión, Bayón (2010) considera que: “la diferencia real entre las dos opciones no es sino la mayor o menor extensión del conjunto de derechos que se supone que deben ser concebidos como precondiciones de la democracia (p.16)”.

En ese mismo sentido, este autor español pone de presente la paradoja de las precondiciones de la democracia, es decir, el hecho de que una decisión mayoritaria no debería reconocerse como democrática si no se respetan unos prerequisites, pero entre más exigente sea la definición de esas

condiciones previas, más compleja será la toma de decisiones (Bayón, 2010). En virtud de lo anterior, el problema de la legitimidad democrática de la revisión judicial, que ha sido nombrada por otros autores también como dificultad contramayoritaria, parece solo ser posible de tratar si se toma como gradual.

De ahí que, según la presencia de una serie de factores, por ejemplo; los mecanismos de reforma, los efectos de las sentencias de constitucionalidad, los procedimientos de elección de los magistrados, las restricciones a la declaración de inconstitucionalidad, las facultades interpretativas del Congreso, el derecho de voz y participación en la revisión, las vías de acceso al tribunal constitucional, la cantidad de puntos de veto efectivos y variables de índole contextual (Linares, 2008).

Así, según como varíen en una y otra democracia estos nueve elementos, habrá mayor o menor legitimidad democrática de la revisión judicial. Si bien, hay unos puntos problemáticos, cuestión que será expuesta más adelante, la enunciación presentada sí trae consigo elementos interesantes: hay que recordar que los dos ordenamientos jurídicos acá estudiados cuentan con constituciones rígidas, jueces no elegidos democráticamente, sentencias con efectos *erga omnes*, decisiones sobre constitucionalidad de reformas sometidas mayorías absolutas, no calificadas ni unánimes. Todos estos factores inciden en que sea sumamente cuestionada la revisión judicial de las reformas adelantadas por sus respectivos cuerpos legislativos, aumentando así la objeción democrática.

2. Estados Unidos vs Colombia: aspectos comunes y divergentes

En el siguiente título del artículo, se pasará a enunciar cómo es el procedimiento para la reforma, o enmienda, de la constitución en los ordenamientos jurídicos que previamente se enunciaron iban a ser analizados. De ahí, habrán dos apartados dedicados a los límites con los que se enfrenta el legislativo, toda vez que es el órgano con mayor incidencia, y frecuencia, en los cambios constitucionales. Finalmente, se detallará como ha sido el control frente a estas modificaciones constitucionales que ha realizado cada Alta Corte. Las particularidades de cada constitución, evidencias algunas circunstancias que suceden en igual término y otras que se diferencian, lo cual será de importancia en el último título de las conclusiones del artículo.

2.1 Reforma constitucional de la Constitución Política de Colombia de 1991.

Según lo dispuesto en el Título XIII de la Carta son tres las opciones de reforma; la primera de ellas es vía (i) Acto Legislativo en el Congreso de la República. Bien sea por intermedio de diez miembros de dicha Corporación, el veinte por ciento de los concejales o diputados (el treinta por ciento de los concejales o diputados³) o un grupo de ciudadanos que alcance el cinco por ciento del censo electoral, se podrán presentar proyectos de reforma a la constitución. Su trámite se adelantará en el Congreso. La segunda de ellas es la (ii) Asamblea Nacional Constituyente, la cual requiere de una ley de convocatoria aprobada por la mayoría de los miembros de ambas cámaras, en la cual se dispone a que en votación popular se decida si se convocará a una Asamblea Nacional Constituyente. Finalmente, vía (iii) referendo, el cual previa iniciativa del gobierno o ciudadana - con el cinco por ciento del censo electoral, o del treinta por ciento de los concejales y diputados-, pasa al Congreso para que, por medio de ley aprobada por ambas cámaras, someta a referendo una reforma constitucional. La cual, so pena de no ser aprobada, requiere el voto afirmativo de los votantes, que deben superar la cuarta parte del censo electoral.⁴

2.2 Reforma constitucional de la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787.

Para establecer modificaciones en la constitución estadounidense de 1787, debe remitirse a su artículo V, el cual indica las dos vías para ello; bien sea por propuesta presentada por dos tercios de los miembros de las cámaras que componen al Congreso, Cámara de Representantes y Senado; o por solicitud de las legislaturas de dos tercios de los Estados, se convocará a una convención encargada de la proposición de la enmienda.

³ La Corte Constitucional se ocupó, en Sentencia C-180 de 1994, de analizar esa contradicción entre los artículos 375 (que en efecto habla del 20%) y 155 (que alude al 30%) y concluyó que rige esta última cifra. El argumento central es que, si se exige el 30% para un proyecto de Ley, con mayor razón debe regir ese porcentaje para un proyecto de Acto Legislativo

⁴ Con ocasión del proceso de paz surtido entre el Gobierno Nacional de Colombia y la guerrilla de las FARC-EP, se promulgó el Acto Legislativo 01 de 2016, por medio del cual se pretendía implementar el mencionado acuerdo, en este se introdujo un nuevo procedimiento de reforma a la Constitución de 1991, bajo el cual los proyectos de ley y de actos legislativo relacionados con la implementación del acuerdo serían de iniciativa exclusiva del gobierno, de trámite preferencial, con primer debate en sesión conjunta de las comisiones constitucionales permanentes y segundo debate en plenaria de cada una de las cámaras, con una sola vuelta de cuatro debates y un tránsito de ocho días entre una cámara y otra. La Corte Constitucional controló la mencionada reforma bajo las sentencias C – 699 de 2016 y C – 332 de 2017., en las cuales se declaró la inconstitucionalidad de dos reglas que pretendía introducir, la votación en bloque de los proyectos y que su modificación requiera el aval del gobierno nacional.

Sin embargo, en ambos supuestos el proceso previsto para la firmeza de la reforma no se agota allí, en el entendido de que para dotar de validez la enmienda se exige, adicionalmente, de una ratificación. La cual, a su vez, también puede realizarse mediante legislaturas de las tres cuartas partes de los Estados, o por medio de convenciones reunidas en tres cuartos de los mismos. Es el Congreso el encargado de decidir cuál de estas dos alternativas para la ratificación procederá en cada enmienda.

En este punto, resulta necesario realizar una precisión, toda vez que existen variaciones importantes entre el escenario de reforma de la constitución federal con respecto a las de cada uno de los estados que conforman la federación. Así, en la jurisprudencia de las Cortes estatales se ha establecido una diferenciación entre enmiendas y revisiones constitucionales, así:

Uno de los contrastes prominentes entre la Constitución federal y las constituciones de los Estados en general, es que en los textos de estas últimas, se permite la reforma mediante dos figuras distintas – bien por su trámite y bien por su contenido – que son la enmienda y la revisión (...) existe revisión cuando se enmienda más de una sección de la Constitución” (p. 829); en ese orden de ideas, la palabra enmienda “se refiere a un artículo [o] sección,” mientras que la palabra revisión “a todo el instrumento (...)” (González Cuervo & Fajardo, 2015, pp. 200-201)

Es importante establecer, desde este momento la diferencia previamente enunciada entre la constitución federal y las constituciones estatales, en el entendido que esta tiene incidencia en la naturaleza y cantidad de reformas, y por tanto, en el control jurisdiccional a la que cada una de ellas se somete. Dejando por sentado, adicionalmente, que el objeto del presente texto se limita al ámbito federal, pese a que tangencialmente se hará alguna otra mención a lo acontecido en los tribunales estatales.

2.3 Límites a la reforma constitucional en Estados Unidos.

Para conocer las limitaciones con las que cuentan los poderes facultados para reformar la constitución americana, de remitirse a su artículo V, el cual trae consigo el trámite para que pueda realizarse una enmienda. Siendo este el principal factor limitante, toda vez que no puede existir una

reforma constitucional que no tenga en cuenta el procedimiento allí establecido, y al que ya se hizo mención en el apartado anterior.

Adicionalmente, en el artículo V se ponen de presente dos límites adicionales, en este se consagra:

A condición de que antes del año de mil ochocientos ocho no podrá hacerse ninguna enmienda que modifique en cualquier forma las cláusulas primera y cuarta de la sección novena del artículo primero y de que a ningún Estado se le privará, sin su consentimiento, de la igualdad de voto en el Senado (Estados Unidos de América. Convención Constitucional, 1787).

Así las cosas, el constituyente configuró dos límites de carácter expreso, según la clasificación presentada en líneas precedentes; uno de ellos temporal, es decir, imposibilidad de reformar antes de 1808 las cláusulas primera y cuarta de la sección novena del artículo primero; y el otro de orden material, al no poder plantearse una enmienda que prive a uno de los Estados de voto en el Senado, sin su consentimiento.

Con ello, es el artículo V constitucional el único límite que tiene el poder de reforma en el ordenamiento jurídico estadounidense, tanto de orden procedimental o formal; se establecen los órganos facultados, las mayorías requeridas, el trámite para ello (propuesta y ratificación) y en su momento, el límite temporal; como material; no puede haber una reforma que prive de la igualdad de voto de un Estado en el Senado, sin su consentimiento.

De ahí que no haya lugar a plantear que la constitución de 1787 cuente con límites inexpresos, como lo ha concluido la jurisprudencia de la Corte Suprema: “Por su parte, el Tribunal Supremo ha rechazado o ignorado los argumentos de aquellos que han puesto en duda la validez de algunos preceptos constitucionales al considerar que violaban ciertas cláusulas implícitas de intangibilidad” (Pascucci de Ponte, 2004, pág. 10).

2.4 Límites a la reforma constitucional en Colombia.

Otro de los elementos que resulta necesario establecer previamente, es la existencia de un rasgo común entre los procedimientos de reforma colombiano y estadounidense: el papel protagónico del Congreso en todo el trámite que lleva a la creación de las enmiendas. Sin embargo, como se verá a continuación, ese protagonismo del poder legislativo para que se efectúen las reformas constitucionales, no implica que este sea ilimitado. Efectivamente existen límites previstos en ambos textos a la hora de modificar el articulado constitucional. La Constitución política de Colombia, en su artículo 379 dispone: “Los Actos Legislativos, la convocatoria a referendo, la consulta popular o el acto de convocación de la Asamblea Constituyente, sólo podrán ser declarados inconstitucionales cuando se violen los requisitos establecidos en este título”.

A su vez, el artículo 241 superior dispone: “La acción pública contra estos actos sólo procederá dentro del año siguiente a su promulgación, con observancia de lo dispuesto en el artículo 241 numeral 2”.

Ahora bien, el numeral segundo del artículo 241 al cual hace referencia el segundo inciso previamente referido indica que le compete a la Corte Constitucional decidir sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación. Lo anterior, en consonancia con el numeral primero de ese mismo artículo, que señala que adicionalmente el Tribunal Constitucional conocerá de las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.

Así las cosas, el constituyente de 1991, expresamente, determinó que el control a la reforma de los preceptos constitucionales se limitaría a los vicios de forma que se presentaran en su formación. Sin embargo, jurisprudencialmente se amplió la interpretación del articulado previamente referido, como será puesto de presente en líneas subsiguientes.

2.5 Control jurisdiccional al poder de reforma.

Sin lugar a dudas una de las funciones de mayor trascendencia atribuida actualmente a los órganos judiciales, es la relacionada con el control de las diversas disposiciones normativas.

Entendiéndose esta como la potestad que tienen, por lo general, altas cortes, para determinar si una norma se adecúa, bien sea con la constitución, en cumplimiento del mandato de supremacía constitucional, o con el resto del ordenamiento jurídico.

Acá se obviará ingresar en la clasificación normativa que pueda tener el control judicial, es decir; rogado, de oficio, previo, posterior, automático y demás, toda vez que no guardan relación con lo que se quiere plantear. Sin embargo, hay una clasificación, que resulta más relevante para el fondo del asunto que ocupa estas líneas. Menciona Waldron (2018) que bajo un sistema de control fuerte “una sentencia en contra de la medida legislativa enjuiciada la hace inoperable (p. 12)”.

Por su parte en un sistema de control débil:

(...) la corte profiere una suerte de declaración de incompatibilidad entre un artículo de la constitución y la legislación analizada. Esta declaración puede producir efectos políticos muy serios y, en ocasiones, incluso efectos institucionales profundos, pero la disposición legislativa problemática no se vuelve inoperable. La declaración simplemente advierte sobre la inconstitucionalidad de la norma, y permite que el parlamento o los ministros que lo controlan tomen alguna decisión al respecto. El legislativo —elegido y responsable ante el pueblo— conserva su capacidad de operación y mantiene su competencia de modificar la norma positiva, aunque ejerce esta atribución por cuenta de una declaración de incompatibilidad y de una forma relativamente limitada por la decisión de la corte. (Waldron, 2018, p. 12)

Esta clasificación conceptual, sobre la que se volverá más adelante, debe analizarse en contraste con lo que ha ocurrido en la práctica, tanto en la Corte colombiana como en la estadounidense. Esta última, ha presentado una línea estable de deferencia (González, 2015) a la labor del legislativo ante las modificaciones constitucionales, en las que ha omitido cuestionar la constitucionalidad de las reformas tramitadas en el Congreso, por considerar los asuntos que a estas rodean *cuestión política* (González, 2021). En ese sentido, ha planteado el Tribunal que hay asuntos que deben limitarse a la deliberación de los órganos democráticos y que éstos no deben ser justiciables.

González (2015) referenció la sentencia *Coleman vs Miller* de 1939, en la cual llegó a manos del Tribunal la problemática de en qué tiempo debían ser ratificadas las enmiendas constitucionales, en esa oportunidad, el Tribunal omitió establecer un criterio, planteando que:

La Corte Suprema rechaza la posibilidad de suplantar al poder legislativo en sus funciones respecto de enmiendas constitucionales, y lo hace acudiendo a la doctrina de cuestión política, la corporación dirá que el razonamiento del caso Dillon apoyaba el poder del Congreso para fijar el tiempo razonable para la ratificación de enmiendas, sin que implicara que “cuando el Congreso no haya ejercitado dicho poder. La Corte ha de asumir la responsabilidad de decidir lo que es un tiempo razonable y determinar así la validez de la ratificación. (p. 452)

Y luego hace una serie de afirmaciones que justifican la abstención judicial en la materia; sostiene que el tema del tiempo razonable implica “la evaluación de gran variedad de condiciones políticas, sociales y económicas relevantes ajenas a la evidencia apropiada en tribunales, que resultaría en una extensión extravagante de autoridad judicial [...] al decidir la validez de una enmienda (p. 453-454)”. Entonces, la judicatura no es competente dado que “la consideración de éstas condiciones pertenece a los poderes políticos, [...] pues son esencialmente políticas y no justiciables (p. 454)”. Y resulta claro que “la decisión del Congreso respecto a si una enmienda fue adoptada entro del tiempo razonable no estaría sujeta a revisión judicial (p. 454)”. Y la abstención de los tribunales se justifica porque cuestiones políticas y no justiciables son todas aquellas “cuya finalidad de acción pertenece a poderes políticos, que además carecen de criterios satisfactorios para ser determinados judicialmente (p. 454). (González & Fajardo, 2015, pp. 194-195)”.

Lo anterior ha llevado a que ninguna de las 27 enmiendas que en los 236 años de vigencia de la constitución estadounidense haya sido declarada como inconstitucional y en consecuencia anulada, por parte de la Corte Suprema. Contrario a lo sucedido en el escenario estatal, en el cual los distintos tribunales han realizado un auténtico ejercicio de control, tanto formal como material a las enmiendas y revisiones constitucionales⁵.

⁵ En su texto: “*El control judicial de las reformas constitucionales impulsadas y aprobadas en los estados de Estados Unidos mediante mecanismos de democracia directa*”, González Cadenas, Diego. (2021). El control judicial de las reformas constitucionales impulsadas y aprobadas en los estados de Estados Unidos mediante mecanismos de

Por su parte, la experiencia colombiana ha presentado un escenario diametralmente opuesto al de la Corte Suprema estadounidense, más cercano a lo que ha ocurrido en los tribunales estatales. Desde su creación en el año 1992 hasta el día de hoy, la posición de la Corte Constitucional colombiana con respecto al control que ella misma realiza a la reforma, ha sufrido variaciones interpretativas. En su primera década de labor, el Tribunal dejó sentada su posición de conocer acciones públicas de inconstitucionalidad en contra de los actos reformatorios de la constitución que trascendieran de los elementos netamente formales, considerando que:

El artículo 241 numeral 2o. de la Carta es categórico en establecer que el control que con anterioridad al pronunciamiento popular debe la Corte Constitucional ejercer, tiene por único objeto examinar la constitucionalidad del acto de convocatoria del referendo para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación. No puede entonces la Corte, so pena de contrariar la Constitución, ejercer un control previo y de contenido respecto del texto mismo que se somete a referendo. Respecto de los actos reformatorios de la Constitución, la Corporación únicamente puede ejercerlo por vicios de procedimiento en su formación, y mediando acción pública ciudadana conforme al artículo 241-1 CP (Colombia. Corte Constitucional, 1994).

Posteriormente en 1997 sostuvo: “El control de la constitucionalidad de los actos legislativos se limita, entonces, a la constatación de que se hayan cumplido a cabalidad todos los pasos del procedimiento agravado previsto para estas hipótesis en las normas superiores” (Colombia. Corte Constitucional, 1997).

En esa misma línea, al año siguiente, conociendo la demanda en contra del Acto Legislativo No. 1 del 16 diciembre de 1997, concluía la Corte:

A la Corte Constitucional se le ha asignado el control de los Actos Legislativos, pero únicamente por vicios de procedimiento en su formación (art. 241-1 C.P.), es decir, por violación del trámite exigido para su aprobación por la Constitución y el Reglamento del

democracia directa. Universitat de València. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, ISSN 1138-4824, n.º 25, 2 (julio - diciembre), págs. 457-484. doi: 10.18042/cepc/aijc.25.14, el profesor Diego González Cadenas hace una recapitulación de cómo los tribunales de los distintos estados han hecho un vasto control de elementos sustanciales y procedimentales de las modificaciones a sus constituciones.

Congreso. El control constitucional recae entonces sobre el procedimiento de reforma y no sobre el contenido material del acto reformativo.

En ejercicio de dicha función la Corte debe proceder de manera estricta y rigurosa en el examen de los trámites estatuidos (sic) por el Constituyente y la ley orgánica para esa clase de actos, con el objeto de verificar su validez formal.” (Colombia. Corte Constitucional, 1998).

Sin embargo, a partir de la Sentencia C – 551 de 2003, la interpretación del marco de competencia para la Corte, a la hora de controlar los vicios de procedimiento, se amplió⁶. En esa providencia, el Alto Tribunal conoció de la constitucionalidad de la Ley 796 de 2003 que pretendía convocar a un referendo y someter a consideración del pueblo un proyecto de Reforma Constitucional. La importancia de esa sentencia, más allá de lo decidido en esa oportunidad, es que fue la entrada al ordenamiento jurídico colombiano de una interpretación disímil del control judicial al poder de reforma, siendo el cimiento para que, con posterioridad se surtieran en sede constitucional revisiones judiciales de la Corte hoy conocidas como juicio de sustitución o de intangibilidad.

El marco conceptual utilizado por la Corte en la sentencia mencionada tiene una gran importancia para el objeto de análisis del presente texto. Allí, el Tribunal concluyó, con respecto a la categoría de la competencia, que:

La competencia es un presupuesto ineludible del procedimiento, a tal punto que el procedimiento está siempre viciado si el órgano que dicta un acto jurídico carece de competencia, por más de que su actuación, en lo que al trámite se refiere, haya sido impecable.” (Colombia. Corte Constitucional, 2003).

Otro de los esfuerzos argumentales del Tribunal Constitucional en esa sentencia, fue el relacionado con la diferenciación entre poder constituyente primario y derivado y las facultades con las que cuenta cada uno:

⁶ Con posterioridad a esa providencia, la Corte estableció una línea estable al respecto: C – 1200 de 2003, C 572, 816, 970 y 971 de 2004, C – 1040 de 2005, C – 588 de 2009, C – 141 de 2010, C – 395 de 2011, C – 1056 de 2012, entre otras. Al respecto véase el texto: González Cuervo, M.; Fajardo, L. A. (2015). La sustitución de la constitución: un análisis teórico jurisprudencial y comparado. *Revista de Derecho*, (43), 85-116.

“Este poder constituyente originario no está entonces sujeto a límites jurídicos, y comporta, por encima de todo, un ejercicio pleno del poder político de los asociados (...) {mientras que el derivado} se trata de un poder establecido por la Constitución, y que se ejerce bajo las condiciones fijadas por ella misma.” (Colombia. Corte Constitucional, 2003).

Partiendo entonces de la concepción de la competencia como un presupuesto del procedimiento y de la imposibilidad de los poderes derivados reformadores, en tanto poderes constituidos y no constituyentes, la Corte, en palabras de Pulido (2018), configuró cuatro premisas; (i) la competencia para controlar el respeto del procedimiento implica también que pueda controlarse que el órgano reformador sea competente; (ii) la competencia para reformar no implica competencia para sustituir; (iii) la Corte Constitucional es competente para determinar que un acto reformatorio efectivamente esté reformando y no sustituyendo; (iv) solo un análisis del contenido de la reforma permite determinar si se está ante una reforma o una sustitución.

Las unión de estas cuatro premisas, implica, en el razonamiento que realiza la Corte Constitucional, que esta al tener la facultad para verificar si se presentó una sustitución a la constitución pueda, entonces, controlar el acto reformatorio. Dando el paso al juicio de sustitución, el cual fue definido por la propia Corporación, posteriormente, así:

La sustitución, entonces, es un remplazo de la Constitución en términos materiales e implica franca oposición entre lo nuevo y lo anterior, en la medida en que, so pretexto de la reforma, la Constitución es transformada en otra “completamente distinta” que, por ejemplo, sirva de base a una forma de organización política opuesta, como cuando se cambia la república por la monarquía, la democracia por la dictadura o el estado de derecho por el totalitarismo” (Colombia. Corte Constitucional, 2011).

Pese a lo contraintuitivo que pudiese llegar a parecer, la Corte ha sido enfática al afirmar que, por medio del juicio de sustitución no se realiza un control material de las reformas a la Carta:

Para establecer si hay o no sustitución, es necesario tener en cuenta los principios y valores vertebrales de la Carta, así como aquellos que surgen del bloque de constitucionalidad, no

para revisar el contenido mismo de la reforma mediante la comparación de un artículo del texto reformativo con una regla, norma o principio constitucional, sino para determinar si los principios estructurales anteriores y los introducidos, son opuestos o integralmente diferentes, al punto que resulten incompatibles (Colombia. Corte Constitucional, 2011).

Afirmando, en ese sentido que:

[El] juicio de sustitución es la valoración del ejercicio del poder de reforma, de modo tal que el cotejo material que se realiza entre el precepto objeto de control y el elemento fundamental de la Constitución es tan solo instrumental y funcional al objetivo general de determinar si el constituyente se excedió en el ejercicio de sus competencias; en el control material, por el contrario, este cotejo constituye el objeto mismo de la intervención judicial. (Colombia. Corte Constitucional, 2016).

Como se enunció previamente, la categoría jurisprudencial de sustitución no fue la única traída consigo por la Corte Constitucional. A esta se la han ido sumando otras manifestaciones conceptuales que limitan la actividad del constituyente derivado. En la sentencia C-579 de 2013 la Sala Plena de esa Corporación precisó sobre cada uno de estos fenómenos:

(...) **reforma** hace referencia a la modificación expresa de los textos constitucionales. La reforma es diferente a la **mutación**, la cual se presenta cuando hay una transformación en la configuración del poder político, sin que dicha transformación se registre en el texto constitucional. Otro fenómeno ligado es el de la **destrucción**, el cual “(...) se produce cuando se suprime la Constitución existente y esa supresión está acompañada de la del poder constituyente en que la Carta se basaba”. La **supresión** de la Constitución se diferencia de la destrucción en que se conserva el poder constituyente en el que la constitución suprimida se basa, lo que produce resquebrajamiento de la continuidad jurídica; el poder constituyente adopta entonces una nueva constitución en la que actúa como constituyente originario. Otro fenómeno importante es el **quebrantamiento** de la Constitución, el cual hace alusión a la “(...) la violación de prescripciones constitucionales ‘para uno o varios casos determinados, pero a título excepcional, es decir, bajo el supuesto de que las prescripciones

quebrantadas, siguen inalterables en lo demás, y, por lo tanto, no son ni suprimidas permanentemente, ni colocadas temporalmente fuera de vigor”. Finalmente, la Corte se ha referido a la **suspensión** de la Constitución, que se produce “(...) cuando ‘una o varias prescripciones son provisionalmente puestas fuera de vigor’”; esta situación puede o no estar prevista en la Constitución.

De otro lado, la **sustitución** consiste en **(i)** el reemplazo de la Constitución -o de alguno de sus ejes definitorios- por un modelo constitucional diferente, **(ii)** en ejercicio del poder de reforma (...)” (Colombia. Corte Constitucional, 2013).

3. Conclusiones.

En las líneas precedentes se abordaron los lineamientos de un problema que fue analizado bajo la perspectiva de dos ordenamientos jurídicos diferentes: los reparos relacionados con la legitimidad democrática del control judicial a la reforma que se ha desarrollado en el constitucionalismo colombiano y estadounidense. Lo cual requirió, inicialmente, un repaso conceptual por las diversas categorías inmiscuidas en la cuestión a tratar, desde el entendimiento mismo de la constitución hasta las posiciones de la legitimidad democrática de los órganos judiciales.

Posteriormente, se pasó a dilucidar el proceso de reforma a sus disposiciones previsto por ambos textos, presentar los límites a los cuales está expuesto este poder de reforma, exponer como es el control que frente a este ha realizado su respectivo tribunal y finalmente, contrastar todo eso con los cuestionamientos de la legitimidad democrática.

Se pudo exponer, entonces, que hay similitudes entre los ordenamientos jurídicos colombiano y estadounidense, esto es, constituciones rígidas, posibilidad de revisión judicial de las reformas a la constitución con decisiones *erga omnes*, magistrados que conforman estos tribunales sin representación ni responsabilidad política. Sin embargo, el repaso de la labor de sus respectivos cuerpos legislativos y la jurisprudencia de sus tribunales constitucionales, puso de presente importantes diferencias: la constitución federal estadounidense de 1787 ha presentado 27

enmiendas⁷, la totalidad de ellas superando la revisión de la Corte Suprema; mientras que la constitución colombiana de 1991 ha presentado 57 actos legislativos⁸.

Es evidente entonces el reformismo que ha caracterizado al constitucionalismo colombiano, que en 32 años de vigencia de la Carta ya ha presentado más del doble de reformas que la estadounidense con sus 236 años de historia. Con lo cual, la respuesta de cada tribunal ha sido radicalmente distinta. Mientras que la Corte Suprema ha mantenido la vigencia de cada una de las enmiendas que ha estudiado, mostrando deferencia por lo que ha decidido el Congreso y omitiendo entrar en discusiones que, bajo su criterio, no le competen por ser elementos pertenecientes a la *cuestión política*, y por tanto no justiciables, es decir, ajenas a la revisión judicial; la Corte Constitucional colombiana sí se ha encargado de declarar la inconstitucionalidad de algunas reformas e incluso ha ingresado en debates con considerables cargas ideológicas.

Se deriva entonces, una primera conclusión: la cantidad de las reformas, su variedad y los aspectos a los que ellas se refieren, parecen ser fuentes generadoras de un control judicial más extenso, más *fuerte*. Lo anterior se ve reflejado bajo dos vertientes; tanto en el actuar deferente de la Corte Suprema federal, la cual se ha visto expuesta a poco reformismo y una constitución de un articulado corto; como en el de la Corte Constitucional colombiana e incluso de las cortes de los distintos estados de la federación norteamericana. Estos tribunales se han enfrentado a modificaciones constitucionales de mayor intensidad, lo cual puede haberlos tendido a revisar la constitucionalidad por cuestiones de forma y de fondo.

A partir de este escenario empírico, resulta interesante trasladar la discusión al marco dogmático antes descrito. Así, bajo una perspectiva gradual de la legitimidad democrática -la única que parece tener posibilidades plausibles de existencia en las presentes democracias-, se podría decir que el control fuerte que ha realizado la Corte Constitucional Colombiana se encamina a una respuesta negativa a la hora del cuestionamiento de si se superan o no las objeciones democráticas, expuestas antes.

Este Tribunal (jueces sin representatividad ni responsabilidad política), interpretativamente ha tomado decisiones que sacan del ordenamiento jurídico (control fuerte – palabra final) un acto legislativo (constitución rígida – procedimiento más gravoso). Lo ha hecho, para alguna parte de

⁷ El *U.S. National Archives and Records Administration* tiene el reporte de las enmiendas que se le han realizado a la Constitución de 1787.

⁸ El *Sistema Único de Información Normativa* del Ministerio de Justicia y del Derecho, presenta el reporte de los diferentes Actos Legislativos que se han presentado en contra de la Constitución Política de 1991.

la comunidad jurídica, excediendo la competencia que le otorgó el constituyente de 1991. Esto, al realizar, para muchos, un análisis que ha trascendido al de los vicios de procedimiento en la formación de las reformas constitucionales.

En ese contexto, se desarrollaron, como quedó expuesto en el acápite anterior, líneas jurisprudenciales, ya actualmente estables, de juicios de sustitución o de intangibilidad de la constitución. En virtud de los cuales ha afirmado la Corte que, el Congreso se ha extralimitado en su competencia para reformar la constitución y ha pretendido sustituirla. Toda vez que, pese a que en la constitución de 1991 no se establecieron cláusulas pétreas o de inmodificabilidad, bajo la jurisprudencia de la Corte se estableció que hay algunos elementos, por ejemplo, la separación de poderes, la democracia participativa, la garantía de los derechos fundamentales y el Estado Social de Derecho, que no pueden ser reformados.

Con lo cual, el tribunal constitucional ha tomado decisiones de una trascendencia considerable, con respecto a cuestiones problemáticas y debatidas en escenarios de representatividad. Con el agravante de que existe una duda, muy razonable normativamente, sobre su competencia para ello.

En este punto, valga mencionar un aspecto que ha sido reiterado en la práctica política colombiana del siglo XXI, y es que los distintos presidentes, con la cercanía del Congreso, han utilizado las reformas constitucionales para llevar a cabo y fortalecer sus planes de gobierno e intenciones de manejo del país. De todo esto, se desprende, entonces, una segunda conclusión: así como parece que el Congreso, y los gobiernos colombianos, han sido desproporcionados a la hora de promover y sancionar reformas a la Constitución, la respuesta de la Corte también lo ha sido. Toda vez que, bajo la premisa de controlar vicios de procedimiento en la formación de las reformas constitucionales, se ha inmiscuido en discusiones con respecto a la materia, al fondo, de las disposiciones que revisa.

En ese sentido, las teorías contextuales, a partir de las cuales se puede establecer una defensa del actuar de la Corte por considerar la democracia colombiana como inestable; o a la sociedad como desigual, pobre y analfabeta; o fracturada por guerra (Linares 2008), si bien en principio podrían llegar a resultar interesantes, o cuando menos, considerables con cierta seriedad, presentan importantes carencias constitutivas que la hacen tambalear. Ello, toda vez que no parece razonable que en una sociedad con esas características (democracias inestables, sociedades

desiguales, pobres y analfabetas), aparezcan unos magistrados totalmente abstraídos de esa realidad y dotados de una brillantez que les permita decidir siempre de la manera más acertada.

Adicionalmente, el fundamento de la predilección de la revisión judicial, que avala a que esta tenga la última palabra en una democracia, toda vez que los jueces deciden mejor que los órganos democráticos, en el entendido de que estos sí tienen en cuenta los principios, también configura una duda supremamente amplia, si se considera que las mismas razones políticas o ideológicas que pueden llevar a dudar de los parlamentarios, pueden llevar a dudar de los jueces. Produciéndose entonces un escenario bajo el cual no sea confiable la defensa de la revisión judicial bajo una tesis contextual.

Ahora bien, bajo el entendimiento de la constitución, según la cual esta se encarga de fijar los principios rectores, regular los procedimientos para la unidad política y la delimitación de las tareas del Estado, establecer los procedimientos para la resolución de los conflictos (Cleves, 2005), el actuar del tribunal colombiano habría de recibir otro cuestionamiento. Como quedó expuesto, la erogación de funciones no previstas por la Constitución, bajo la práctica de la interpretación judicial, desborda el cauce constitucional que conforma el propio texto. La constitución se encarga de delimitar las funciones de los órganos que conforman al propio Estado, lo cual, efectivamente hizo el texto de 1991. De ahí que, desbordar lo previsto por la constitución misma iría en desmedro del concepto básico de constitución, situación no admisible para un tribunal que está encaminado a ser su protector y garante.

La tensión entre constitucionalismo y democracia está lejos de ser resuelta, incluso parece una realidad con la cual se debe convivir. Si bien puede razonablemente llegarse a consensos en cuanto a que deben establecerse unos límites a la hora de toma de decisiones democráticas que influyan en cómo debe vivirse, no se ve tan fácil quien debe ser el encargado de definir esos límites.

Sin embargo, esto no implica que no puedan realizarse esfuerzos, por parte de la propia Corte, para disminuir un poco la problemática. La legitimidad democrática, entendida como se quiera, bien con prevalencia de los asuntos sustanciales o los procedimentales, está claro que requiere de los dos, es decir, decisiones con ciertos grados de *justicia* y con procedimientos plurales, de mayorías y públicos. Así las cosas, podría ayudar a mitigar un poco los reparos democráticos el hecho de que la Corte en sus sentencias se limitara al ejercicio de sus funciones en los términos de la propia carta: controlar las reformas a la constitución por vicios de procedimiento en su formación, toda vez que esa fue la intención del constituyente originario.

No es este el escenario para analizar los reparos democráticos que se le pueda realizar al legislativo colombiano, que dicho sea de paso pueden ser considerables, sin embargo, no puede pretender una sociedad democrática que un actuar desproporcionado de un poder público, sea rivalizado con otro actuar desproporcionado de otra de sus ramas.

Si se tiene en cuenta la jurisprudencia que ha establecido la Corporación al respecto del control a la reforma, todo pareciera indicar que continuará la interpretación que la ha llevado a concluir que ésta tiene competencia para analizar vicios como el de la competencia, para predicar del Congreso la imposibilidad de llevar a cabos ciertas reformas a la Constitución. Por tanto, podría beneficiarse, en términos de disminuir la objeción democrática, en dedicar un acápite al problema de la legitimidad democrática, es decir, que el Tribunal se encargue de explicitar por qué una reforma a la constitución aprobada por el órgano que representa al pueblo no se compadece con la constitución misma, y por tanto debería salir de ordenamiento jurídico.

Entonces, quedó en evidencia que la Corte Constitucional colombiana ha actuado de una manera desproporcionada a la hora de realizar la revisión judicial a la reforma constitucional, mostrando una diferencia sustancial con la deferencia que ha evidenciado la Corte Suprema estadounidense a la reforma del parlamento americano. Adicionalmente, se pudo ver que ese actuar puede ser consecuencia de; la diferencia en los textos constitucionales, el norteamericano muy corto y concreto, el colombiano más extenso; y la diferencia, en términos de cantidad y trascendencia de las reformas adelantadas por los cuerpos legislativos de cada país, que evidencia un reformismo mucho más cuantioso en Colombia.

La legitimidad democrática entendida bajo absolutos de que sí existe o no, es en la práctica imposible, a ella se puede llegar gradualmente. Le corresponde, entonces, a la Corte actuar, en los términos de la constitución misma y con las mayores garantías de justicia y publicidad posible en sus decisiones para que disminuyan los reproches democráticos que se establecen en contra de su función de controlar la reforma de la constitución.

Referencias

- Albert, R. (2017). Formas y función de la enmienda constitucional. (RCamarena González, Trad.). Universidad Externado de Colombia.
- Bayón, J. C. (2010). Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo. En: Carbonell, M. (Coord.); García, L. (Coord.), El canon neoconstitucional (pp. 285-355). España. Trotta.
- Bernal Pulido, C. (2018). Derechos, cambio constitucional y teoría jurídica. Escritos de derecho constitucional y teoría del derecho. Serie intermedia de teoría y filosofía n.º 20 (1st ed.). Universidad Externado de Colombia.
- Colombia. Corte Constitucional, Sala Plena. (1994). Sentencia C-180 de 1994. M. P. Hernando Herrera Vergara.
- Colombia. Corte Constitucional, Sala Plena. (1997). Sentencia C-387 de 1997. M. P. Fabio Morón Díaz.
- Colombia. Corte Constitucional, Sala Plena. (1998). Sentencia C-543 de 1998. M. P. Carlos Gaviria Díaz.
- Colombia. Corte Constitucional, Sala Plena. (2003). Sentencia C-551 de 2003. M. P. Eduardo Montealegre Lynett.
- Colombia. Corte Constitucional, Sala Plena. (2011, julio 28). Sentencia C-574 de 2011. M. P. Juan Carlos Henao Pérez.
- Colombia. Corte Constitucional, Sala Plena. (2013). Sentencia C-579 de 2013. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Colombia. Corte Constitucional, Sala Plena. (2016). Sentencia C-285 de 2016. M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.
- Colombia. Presidencia de la República. (1991). Constitución Política de Colombia. Presidencia de la República.
- De Vega, P. (1988). La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente. Tecnos.
- González Cuervo, M.; Fajardo, L. A. (2015). La sustitución de la constitución: un análisis teórico jurisprudencial y comparado. *Revista de Derecho*, (43), 85-116. Recuperado de: <https://repository.usergioarboleda.edu.co/bitstream/handle/11232/886/Sustituci%C3%B3n%20de%20la%20constituci%C3%B3n.pdf?sequence=2&isAllowed=y>

Estados Unidos de América. (1787). Constitución de los Estados Unidos. Convención Constitucional.

Guastini, R. (2015). La interpretación de la Constitución. En J. L. Fabra Zamora, *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho* (págs. 2011-2086). Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.

González Cadenas, D. (2021). El control judicial de las reformas constitucionales impulsadas y aprobadas en los estados de Estados Unidos mediante mecanismos de democracia directa. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 25(2), 457-484. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.25.14>

Linares, S. (2008). *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Marcial Pons.

Ramírez Cleves, G. A. (2005). Límites de la reforma constitucional en Colombia. El concepto de Constitución como fundamento de la restricción. Universidad Externado de Colombia.

Pascucci de Ponte, E. (2004). Introducción a la reforma de la constitución de los Estados Unidos de América. *Saberes Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*. Volumen 2.

Waldron, J. (2018). Control de constitucionalidad y legitimidad política. *Díkaion*, 27(1), 7–28. doi: [10.5294/dika.2018.27.1.1](https://doi.org/10.5294/dika.2018.27.1.1)