

Jueces y democracia: entre Ulises y los cantos de sirenas¹

Judges and democracy: between Ulysses and the mermaids' songs

Juízes e democracia: entre Ulisses e os cantos de sereias

Juges et démocratie: entre Ulysse et les chantes de sirènes

*Vicente F. Benítez R.*²

Resumen

El presente escrito analiza la legitimidad democrática de las decisiones de la Corte Constitucional colombiana en relación con el control de constitucionalidad sobre reformas constitucionales. Para lograr ese objetivo, se estudian las diversas aproximaciones que desde la filosofía política ha realizado la doctrina norteamericana, destacando que el concepto de democracia tendrá una incidencia fundamental sobre la posibilidad de que un juez declare inconstitucional una enmienda. Así, para una visión democrática sustancial, existen ciertos valores -sean explícitos

1 Este artículo es un producto del proyecto de investigación La Corte Constitucional y las reformas a la Constitución: de la incertidumbre a la razonabilidad (DER-42-2012), vinculado al grupo de investigación Justicia, Ámbito Público y Derechos Humanos, de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana.

2 Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá D.C.) y especialista en Derecho Sustantivo y Contencioso Constitucional de esa misma Universidad. Profesor de Derecho Constitucional e investigador de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana. El autor agradece los comentarios y sugerencias de los profesores Iván Garzón Vallejo y Gabriel Mora-Restrepo. Los errores que pueda tener este escrito son responsabilidad exclusiva del autor. Contacto: vicente.benitez@unisabana.edu.co

Este artículo fue recibido el día 11 de julio de 2012 y aprobado por el Consejo Editorial en el Acta de Reunión Ordinaria N°. 15 del 18 de septiembre de 2012.

o no- que no pueden ser modificados y que a su vez deben ser salvaguardados por el Tribunal Constitucional. Por el contrario, para una perspectiva democrática popular, la existencia de límites a las enmiendas, así como su defensa por parte un juez, coartan indebidamente la participación popular y la soberanía que reside en el pueblo. Finalmente, el artículo concluye con una propuesta de control constitucional que permite conciliar los valores sustanciales que identifican a un Estado constitucional, con la ampliación de espacios de participación democrática popular.

Palabras clave: Democracia, control judicial, reformas constitucionales, constitucionalismo popular, dificultad contramayoritaria.

Abstract

This paper analyzes the democratic legitimacy of the decisions of the Colombian Constitutional Court regarding the judicial review of constitutional amendments. To achieve this goal, the author studies different approaches from political philosophy in the American doctrine, noting that the concept of democracy will have a great impact on the possibility of unconstitutional amendments. Thus, for a democratic substantial approach, there are certain values, -implied or not-, that cannot be modified and which must be safeguarded by the Constitutional Court. By contrast, from a popular democratic perspective, the existence of limits to the amendments, and their defense by a judge, unduly restricts popular participation and people's sovereignty. Finally, the article concludes with a proposal for judicial review that reconciles the substantive values typical of a constitutional state, with the expansion of popular democratic spaces.

Keywords: Democracy, judicial review, popular constitutionalism, countermajoritarian difficulty.

Resumo

Este artigo analisa a legitimidade democrática das decisões da Corte Constitucional colombiana em relação à revisão judicial sobre as reformas constitucionais. Para atingir este objetivo, estudamos as várias abordagens que, desde a filosofia política, tem feito a doutrina norteamericana, lembrando que o conceito de democracia terá um impacto fundamental sobre a possibilidade de que um juiz declarou inconstitucional uma emenda. Assim, para uma visão democrática substancial, há certos valores, seja expressa ou não, que não podem ser modificados e que por sua vez devem ser salvaguardados pelo Tribunal Constitucional. Por outro lado, de uma perspectiva democrática e popular, a existência de limites sobre as alterações e sua defesa por um juiz, restringir indevidamente a participação popular e a soberania reside

no povo. Finalmente, o artigo conclui com uma proposta de controle constitucional que permita conciliar valores substanciais que identificam um estado constitucional, com a extensão de espaços populares para a participação democrática.

Palavras-chave: Democracia, controle judicial, reformas constitucionais, constitucionalismo popular, dificuldade contra majoritária.

Résumé

Le présent texte analyse la légitimité démocratique des décisions de la Cour Constitutionnelle colombienne relatives au contrôle de constitutionnalité sur les réformes constitutionnelles. Afin d'atteindre cet objectif, l'auteur étudiera les différentes approches réalisées depuis la philosophie politique par la doctrine nord américaine, en mettant en évidence que le concept de démocratie aura un impact fondamental sur la possibilité qu'aurait un juge de déclarer l'inconstitutionnalité de certains amendements. Ainsi, selon une vision démocratique substantielle, il existe certaines valeurs – explicites ou non – qui ne peuvent être modifiées et doivent être protégées par la Cour Constitutionnelle. Au contraire, selon une perspective démocratique populaire l'existence de limites aux amendements, ainsi que leur défense par le juge, restreignent excessivement la participation populaire et la souveraineté du peuple. Finalement, l'article fait une proposition d'un contrôle constitutionnel permettant de concilier les valeurs substantielles qui identifient un État constitutionnel avec l'expansion d'espaces de participation démocratique populaire.

Mots clefs: Démocratie, contrôle judiciaire, réformes constitutionnel, constitutionnalisme populaire, difficulté “contre-majoritaire”.

Sumario

Introducción. 1. La visión sustantiva de la Corte Constitucional. 2. Jueces constitucionales, reformas y democracia. 2.1. La democracia sustantiva: Ulises se ata. 2.2. La democracia procesal o popular: ¿el canto de las sirenas? 2.2.1. La democracia popular restringida. 2.2.2. La democracia popular radical. 3. La Corte Constitucional: entre Ulises y las sirenas. 4. Conclusiones. Referencias.

Introducción

Uno de los debates más profundos, y que recorre transversalmente el concepto y el desarrollo del control judicial de constitucionalidad, se refiere a la legitimidad democrática de los Tribunales Constitucionales, especialmente cuando anulan decisiones emanadas de órganos que en principio gozan de una mayor representatividad popular que los jueces—como los parlamentos cuando legislan o modifican la constitución—. Dicho de otro modo: si el fundamento último de una constitución que descansa en el principio de soberanía popular es el consentimiento de los gobernados, varios autores se preguntan las razones por las cuales unas decisiones vertidas en un texto constitucional redactado tiempo atrás por generaciones pasadas y protegido a su vez por unos jueces que no son elegidos directamente por el pueblo pueden frustrar las determinaciones de la generación actual (Gargarella, 1996, pp. 11, 12; Sánchez Cuenca, 2010, pp. 161-167; Ely, 1997, pp. 22-95). En pocas palabras, como dice Bickel (1986, pp. 16 y 18), los jueces son fuerzas *contramayoritarias* en el sistema democrático.

Ese debate, que ha sido particularmente prolijo en la teoría constitucional norteamericana, es pertinente si se examina el rol de la Corte Constitucional colombiana en aquellos eventos en los cuales se encarga de analizar la constitucionalidad de las reformas constitucionales. En efecto, a grandes

rasgos, en la doctrina de los Estados Unidos hay dos grandes escuelas que han tratado de resolver los interrogantes planteados anteriormente. Por una parte, existe un sector que defiende la existencia de ciertos valores esenciales para un Estado constitucional, que no pueden ser modificados ni siquiera por medio de una decisión súper-mayoritaria (como una enmienda). La defensa de esos valores esenciales está a cargo de un tribunal, en la medida en que es un órgano que no hace parte de esas mayorías parlamentarias que buscan precisamente enmendar la constitución y eliminar uno de sus valores esenciales. La razón por la cual deben primar esos valores esenciales frente a las decisiones democráticas (p.ej. una reforma) son varias: (i) estos valores son mecanismos mediante los cuales, el pueblo, en un momento de serenidad, se limita a sí mismo con la imposición de ciertos elementos inmodificables. El objetivo de esa determinación es crear diques efectivos en épocas posteriores en las que el pueblo pierda esa tranquilidad y piense en tomar decisiones erradas; (ii) existen ciertos bienes humanos básicos (como la dignidad humana) que no pueden ser negociados o alterados por medio de reformas constitucionales; (iii) esos elementos constitucionales esenciales son producto de la *Razón Pública*, en la cual los ciudadanos, libremente, aceptan que ciertos valores razonables no pueden ser modificados; y (iv) la democracia tiene ciertos presupuestos para que sea funcional (como la libertad de expresión) y, en esa medida, deben protegerse frente a determinaciones mayoritarias. En resumen, desde este punto de vista (que comparte implícitamente la Corte Constitucional colombiana) si un tribunal declara nula una enmienda, no frustra la voluntad mayoritaria, sino que la protege de sí misma. Para esta escuela, la democracia no se reduce a elecciones y votos, sino que tiene elementos *sustanciales* que prevalecen sobre esos elementos *procedimentales*.

Por otro lado, para otra tradición de pensamiento en los Estados Unidos, las decisiones mayoritarias son consecuentes con el principio de soberanía popular en el cual se funda la Constitución de 1787 que dio origen al Estado norteamericano y, en ese orden, la nulidad de determinaciones democráticas

por parte de un juez es vista con recelo. En ese sentido, en las democracias constitucionales las reformas han sido concebidas como un mecanismo excepcional (Ackerman 1984, p. 1022) para resolver ciertas crisis por medio de vías institucionales (democráticas) o para tratar de poner a tono las normas constitucionales frente a la realidad, teniendo en cuenta que las constituciones, que son creadas por seres imperfectos, son imperfectas (Hamilton, 1994, pp. 375-378). En últimas, la reforma constitucional es un modo pacífico a través del cual –al menos teóricamente– ciertos grupos políticos o ciudadanos tratan de canalizar sus aspiraciones político-jurídicas de forma democrática y por los canales institucionales que la misma constitución ha dispuesto para su modificación. Así las cosas, una constitución que no pueda ser reformada por no tener cláusulas de reforma o estar petrificada, tiene dos grandes inconvenientes: (i) por una parte, desde el punto de vista político está llamada al fracaso porque, inevitablemente, las fuerzas políticas y sociales que no pueden ser canalizadas a través del derecho, buscarán otras vías extrajurídicas (vías de hecho) con el fin de modificar, corregir o actualizar el modelo constitucional existente (Ackerman, 1989, p. 470; Lowenstein, 1983, p. 192; Vanossi, 2002, pp. 254, 255); y (ii) no puede ser catalogada como una constitución verdaderamente democrática, puesto que aunque formalmente se exprese que la soberanía está en el pueblo, se impide su reforma mediante canales institucionales democráticos como el Congreso (Rawls, 1996, pp. 226, 227). A diferencia de la tesis *sustantiva*, esta tesis *procedimental* considera que las mayorías en un sistema realmente democrático tienen la posibilidad de modificar los valores constitucionales esenciales. Un escenario contrario supone entregar las decisiones básicas sobre el destino de un pueblo, a funcionarios no elegidos como los jueces.

A partir de lo anterior, en este artículo se analizará la discusión norteamericana sobre el papel del juez constitucional en un régimen democrático fundado en la soberanía popular, con el propósito de formular algunas propuestas al control de constitucionalidad sobre reformas constitucionales en Colombia, que sean más democráticas y que, simultáneamente,

permitan la protección de ciertos valores esenciales para cualquier Estado constitucional, aun frente a decisiones mayoritarias. Este análisis se justifica en la medida en que el asunto referente al control de constitucionalidad sobre reformas constitucionales en el país es abordado por la doctrina y la jurisprudencia desde una perspectiva jurídica centrada en categorías del derecho constitucional europeo continental, que deja de lado algunas aproximaciones jurídico-políticas que pueden ser fructíferas a la hora de valorar las decisiones de la Corte Constitucional sobre el particular (Ramírez Cleves, 2005; Morelli, 2005 y Corte Constitucional de Colombia, sentencias C-551/03, C-1200/03, C-970/04, C-1040/05, C-141/10 y C-574/11). En segundo lugar, el estudio propuesto en este escrito pretende poner de presente que la discusión sobre el control de constitucionalidad sobre reformas constitucionales tiene un trasfondo político insoslayable que tiene que ver con aspectos centrales para el derecho constitucional y para la filosofía política, tales como las diferentes concepciones de democracia que giran alrededor del tema referenciado, así como el papel del pueblo y de la Corte en el sistema constitucional de 1991.

La metodología utilizada en esta investigación es principalmente descriptiva, mediante la interpretación de textos de derecho comparado con los cuales se trató de realizar una aproximación teórica que diera cuenta de las causas de la existencia de los Tribunales Constitucionales, así como el papel que deben cumplir los jueces en una democracia constitucional. Por lo anterior, se recurrió a la doctrina nacional y extranjera que ha estudiado el problema, en forma analítica, crítica, descriptiva y valorativa. Así mismo, para el análisis de la jurisprudencia constitucional se ha apelado a estudios estáticos y dinámicos de la jurisprudencia constitucional (López, 2006). Para esto, se realizaron fichas jurisprudenciales en las cuales se identificaron los hechos, la regla, la *ratio decidendi* y la decisión. El análisis cubre toda la jurisprudencia de la Corte Constitucional hasta mayo de 2012 sobre control de constitucionalidad sobre reformas constitucionales por vicios de competencia. No sobra advertir que no todas las sentencias analizadas se

incluyen en este escrito, sino únicamente aquellos pronunciamientos que son hitos en la línea.

Para lograr el objetivo mencionado anteriormente, este artículo se dividirá en las siguientes cuatro partes. En primer lugar, se describirá brevemente cuál es la postura de la Corte Constitucional en relación con el control de constitucionalidad sobre las reformas constitucionales, haciendo énfasis en que la perspectiva de análisis de esa corporación se ha centrado, por regla general, en categorías jurídicas del derecho constitucional continental. Posteriormente, en una segunda parte –que es el núcleo de este escrito– se ofrecerá un panorama sobre esta misma discusión en el ámbito anglosajón, que, como se verá, presenta un enfoque totalmente distinto al europeo y va más allá de conceptos jurídicos en tanto aborda el problema desde argumentos políticos y filosóficos. En tercer lugar, se describirán los resultados de esta parte de la investigación: se relacionará el problema colombiano con las distintas posturas esbozadas en la segunda parte, haciendo notar que el problema del control de constitucionalidad sobre reformas trasciende el plano jurídico y que, en ese orden, existen ciertas aproximaciones distintas a las tradicionales, con las cuales se pueden encontrar elementos valiosos que enriquezcan la discusión, en algunos casos apoyando la postura de la Corte Constitucional y en otros exponiendo las sombras de su postura con el propósito de que sean reformuladas. Por último se ofrecerán algunas conclusiones.

1. La visión sustantiva de la Corte Constitucional

La Constitución de 1991 asignó el control de constitucionalidad sobre reformas constitucionales a la Corte Constitucional, como se desprende de los artículos 241 (numerales 1 y 2) y 379 de esa Carta. Recogiendo la

tradición histórica del país³, esas disposiciones establecen que el control de constitucionalidad sobre reformas constitucionales propuestas por medio de cualquiera de los mecanismos para la modificación formal de la Carta (acto legislativo, referendo y asamblea nacional constituyente) opera únicamente “por vicios de procedimiento en su formación”. Así las cosas, en diversos pronunciamientos la Corte Constitucional expresó que el control de constitucionalidad de actos reformativos de la Carta se circunscribía únicamente a la verificación de los trámites y procedimientos exigidos por la Constitución para su propia reforma (cfr. Corte Constitucional de Colombia, sentencias C-387 de 1997, C-222 de 1997, C-543 de 1998 y C-614 de 2002).

No obstante, a partir de la sentencia C-551 de 2003, la Corte Constitucional modificó la línea jurisprudencial en relación con el alcance del control, con base en dos argumentos. A partir del primero de ellos, que puede denominarse *literal*, ese Tribunal señaló que, de acuerdo con el artículo

3 De 1886 a 1978 la Corte Suprema de Justicia negó la posibilidad de ejercer algún tipo de control de constitucionalidad sobre reformas constitucionales, incluso por vicios de procedimiento en su formación, teniendo en cuenta que un poder constituido (la Corte) no podía controlar los actos del poder constituyente. Años más tarde, la Corte Suprema de Justicia variaría un poco esa postura al reconocer que como la Constitución de 1886 consagraba una serie de procedimientos que se debían cumplir para aprobar una reforma (que se asimilaban a los de la ley), esas disposiciones eran normas jurídicas en estricto sentido y, en consecuencia, ataban al poder constituyente derivado. Cfr. Auto de 28 de octubre de 1955, Gaceta Judicial Tomo LXXXI, págs. 362-363 y Auto del 30 de enero de 1956 Gaceta Judicial Tomo LXXXII, págs. 9-10. Para un análisis de esos autos véase a Uprimny L., 1957, pp. 24-29. Esa tesis sobre la no justiciabilidad de las reformas constitucionales (i.e. cuestiones políticas) es la postura actual de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos. Véase el fallo *Coleman v. Miller*, 307 U.S. 433 (1939), reiterado a su vez por gran parte de la doctrina norteamericana. Así mismo Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Sentencia del 5 de mayo de 1978. Gaceta Judicial 2397 y Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Sentencia del 3 de noviembre de 1981. Gaceta Judicial 2405. Un análisis de esas providencias puede verse en Ramírez Cleves, 2005, pp. 430-433.

374 y 380 de la Constitución, se distingue claramente entre la reforma y la derogación o creación de una Carta Política. En efecto, el artículo 374 establece que la Constitución podrá ser *reformada*. De allí se sigue entonces que existe la posibilidad de modificar la Carta, pero no de eliminarla, derogarla o sustituirla por una nueva por medio de los mecanismos previstos en la misma Constitución para su modificación formal. En segundo término, mediante un argumento *conceptual* que reitera el razonamiento textual, la Corte expresó que si bien el Congreso tiene poder constituyente, este es derivado por cuanto su autoridad proviene de la Constitución de 1991 creada a su vez por el pueblo soberano. Siendo esto así, el Congreso en su función de constituyente derivado tiene límites jurídicos, porque pensar lo contrario implicaría equiparar los conceptos de “constituyente primario” (soberano, ilimitado y radicado en el pueblo) con el término “constituyente secundario” (no soberano, limitado y radicado en un órgano constituido). En consecuencia, como el constituyente derivado no tiene las mismas atribuciones del originario, no puede crear un nuevo régimen constitucional.

Por estas dos razones la Corte concluyó que el análisis sobre la competencia del órgano reformador era un presupuesto previo al control de reformas por vicios de procedimiento en estricto sentido. En ese orden de ideas, el poder constituyente derivado podría modificar la Constitución, pero no crear un nuevo régimen constitucional mediante la sustitución de uno de los elementos esenciales o que le dan la identidad a la Constitución de 1991. Dicho de otra forma, el poder constituyente derivado tiene *competencia* para modificar la Constitución existente, pero no puede crear un nuevo régimen constitucional a través de la eliminación de uno de los elementos de la esencia de la Constitución de 1991. De esta sentencia se desprende el siguiente grupo de argumentos en los que se resumirá la postura actual de la Corte Constitucional⁴:

4 Un análisis completo hasta 2008 de la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional en relación con este punto puede verse en Cajas, 2004, 2007 y 2008.

a) Los vicios de competencia pueden ser analizados por la Corte Constitucional en la medida en que se proyectan tanto en asuntos materiales como en asuntos de procedimiento (cfr. Corte Constitucional de Colombia, sentencias C-551/03 y C-303/10).

b) En el análisis de los vicios de competencia, la Corte analiza si el constituyente derivado simplemente reformó o sustituyó la Constitución, mediante la creación de un régimen constitucional al eliminar uno de los elementos esenciales o de la identidad de la Constitución. Como la competencia para crear una nueva Constitución es del pueblo o constituyente primario, el Congreso excede su competencia si sustituye la Constitución (ver entre otras, Corte Constitucional de Colombia, sentencias C-970/04 y C-1040/05).

c) El análisis de sustitución no es un control de fondo. En esa medida, la reforma tiene la misma jerarquía que la Constitución que pretende modificar (cfr. Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-1200/03). Por esta razón, la Constitución no es superior a la reforma porque, de ser así, muchas de las reformas constitucionales serían inconstitucionales, pues en mayor o en menor medida contrarían la Constitución al pretender modificarla.

d) Para determinar si ha habido una sustitución, la Corte Constitucional ha creado un juicio o test de sustitución compuesto por tres pasos (ver entre otras, Corte Constitucional de Colombia, sentencias C-970/04, C-971/04, C-1040/05, C-588/09 y C-141/10):

- i) En primer lugar, el intérprete debe construir una premisa mayor, que se extrae de una interpretación sistemática de varios artículos de la Constitución. En otros términos, la Constitución contiene una esencia o elementos definitorios; si son modificados, la Carta de 1991 dejaría de ser lo que es (sustitución). A través de este primer paso se busca definir cuál es ese límite material implícito

inmodificable por el Congreso. Como no se trata de hacer un análisis de fondo, el límite material o el elemento esencial no puede extraerse de un solo artículo (no petrificar cláusulas).

- ii) El segundo paso del juicio se denomina 'premisa menor' y se identifica con el texto de la reforma sobre la cual versa el control de constitucionalidad. En esta etapa se analiza el alcance de la reforma.
- iii) Por último, el intérprete debe concluir. Este ejercicio consiste en comparar la premisa mayor con la menor y si estas son incompatibles, la reforma estaría sustituyendo uno de los ejes centrales de la Constitución.

e) El juicio de sustitución debe aplicarse a todos los mecanismos de reforma constitucional, incluida la Asamblea Nacional Constituyente convocada por medio de los procedimientos establecidos en el artículo 376 de la Constitución⁵.

f) Siguiendo a Carl Schmitt, en la sentencia C-588 de 2009 se dice que una sustitución puede tomar varias formas: quebrantamiento, destrucción o suspensión de la Constitución.

5 En la sentencia C-141 de 2010, dice la Corte: "(...) todos los mecanismos de reforma, aún [sic] los que contemplan como parte de su trámite 'la consulta a la ciudadanía', son manifestaciones del poder constituyente derivado, pues, conforme lo afirmó, el acto legislativo, el referendo y la asamblea constituyente son 'mecanismos de reforma constitucional' y 'no duda la Corte que en tales eventos se está frente al ejercicio de un poder derivado y, por lo mismo, limitado por la propia Constitución". No obstante en la sentencia C-574 de 2011 esa Corporación afirmó: "(...) la única posibilidad para hacer una transformación total de la Carta Política es a través de la Convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente del artículo 376 de la C.P., '(...) siempre que sea convocada expresamente para proferir una nueva Carta(...)'".

Nótese que los argumentos que ofrece la Corte Constitucional son básicamente jurídicos: poder constituyente originario, derivado, y la interpretación textual de los artículos 374 a 380. De hecho, gran parte de la doctrina que se cita en apoyo se refiere a autores muy conocidos del derecho constitucional, que son interpretados por la Corte desde una perspectiva jurídica (ver entre otras, Corte Constitucional de Colombia, sentencias C-551/03, nota al pie 14 y 15; C-588/09, nota al pie 50 a 56; C-574/11, nota al pie 121).

No obstante, son muy pocas las referencias a la legitimidad política y democrática de la Corte para efectuar dicho análisis (cfr. Corte Constitucional de Colombia, sentencias C-141/10, nota al pie 72 y C-574/11, nota al pie 175), a pesar de que se trata de un tema que va más allá de la Constitución. Como dice Tribe (1983, p. 441), los asuntos que se relacionan con la enmienda de la Constitución no pueden ser jurídicos, sino metaconstitucionales, en tanto que el objeto de análisis es la misma Constitución. Si esto fuera así, no existiría un parámetro normativo externo y superior a la Constitución y, por lo tanto, el razonamiento estrictamente jurídico ofrece algunas posibilidades (como lo ha demostrado la Corte) pero no es suficiente para dar cuenta del problema.

En ese orden de ideas, la postura estrictamente jurídica de la Corte, en la cual existe una alta protección de ciertos valores *sustantivos* frente a las reformas constitucionales, deja de lado que Colombia es un régimen democrático, cuya existencia se debe al principio de soberanía popular, en el cual quien decide en última instancia las cuestiones constitucionales, es el pueblo. Por lo tanto, se pierde de vista que existe la posibilidad de que algunos funcionarios no elegidos democráticamente (jueces) puedan dejar sin efecto decisiones que tienen un mayor contenido democrático, como un referendo que pretenda modificar la Constitución.

2. Jueces constitucionales, reformas y democracia

De acuerdo con la Corte Constitucional, quien podría sustituir o crear un nuevo régimen constitucional es el mismo pueblo, toda vez que, según el artículo 3 de la Constitución, es el soberano (ver entre otras, Corte Constitucional de Colombia, sentencias C-551/03, C-970/04 y C-1040/05). Aunque no se ofrecen razones adicionales para llegar a esa conclusión, salvo el artículo constitucional, se podría decir que el pueblo es quien tiene la última palabra sobre las decisiones políticas y jurídicas del país en la medida en que el régimen político es democrático (Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-141/10, consideración número 6.2.1 y 6.2.1.2.1). Como bien lo anota la doctrina (Sánchez Cuenca, 2010, p. 121; George, 2001, p. 315 y Gargarella, 1996, pp. 120, 121 y 123) una de las principales características de un régimen democrático es el autogobierno: a los ciudadanos, dada su dignidad intrínseca, se les reconoce la capacidad de tomar las riendas de su destino y decidir acerca de los temas que les conciernen. Ahora, como no es posible que exista unanimidad en todos los asuntos sometidos a la consideración ciudadana, se establece entonces que será la mayoría la que tome las decisiones (Elster, 2001, p. 33). Bajo esa regla democrática surgió precisamente la Constitución de 1991, por medio de la participación activa del pueblo en la decisión de convocar a una Asamblea Nacional Constituyente y de elegir a sus integrantes. A su vez, esa Carta consagró una serie de reglas –como los derechos o la creación de la Corte Constitucional– que limita el margen de decisión de los órganos constituidos y del pueblo mismo, teniendo en cuenta que si se desea modificar una de esas reglas por las vías institucionales previstas en la Carta, se deberán seguir ciertas prescripciones procedimentales y de competencia a partir de la sentencia C-551 de 2003.

De lo anterior surgen dos problemas que están en el corazón del derecho constitucional de nuestro tiempo:

(i) El primero ha sido bautizado por la doctrina como el problema intertemporal o intergeneracional y se resume en dos preguntas: ¿Por qué si

se desea modificar la Constitución se deben respetar sus reglas de cambio? (Gargarella, 1996, pp. 54 y 55; Holmes, 2001, pp. 221-247). Si el soberano es el pueblo y mediante una decisión mayoritaria se desea modificar toda la Constitución, ¿por qué el pueblo de hoy debe estar atado a las restricciones que el pueblo de hace veinte años decidió imponerle a las generaciones futuras que no dieron su consentimiento expreso?

(ii) El segundo se refiere a la dificultad contramayoritaria esbozada por Bickel (1986, pp. 16-18): si se dice que la Constitución de 1991 es democrática, ¿por qué las decisiones de órganos elegidos democráticamente pueden ser invalidadas por jueces no elegidos por el pueblo? ¿Por qué una reforma constitucional tramitada de acuerdo con las mayorías requeridas por la Constitución puede ser declarada inconstitucional por un tribunal, a pesar de haber sido aprobada por órganos representativos (acto legislativo) y/o a través de mecanismos de participación democrática (referendo y asamblea nacional constituyente)? ¿Por qué el juez, que es un funcionario no elegido democráticamente y que está alejado del pueblo, puede identificar los elementos esenciales de la Constitución de 1991 redactada por este? ¿No sería más razonable que el pueblo mismo o un órgano más cercano a este fuera el encargado de determinar esos elementos?

La respuesta a esos dos problemas tendrá una incidencia central en el asunto relacionado con el control de la reforma constitucional. En efecto, de acuerdo con la noción que se adopte sobre el término *democracia*, se puede decir si la actuación de la Corte en estos casos es legítima o no. Así por ejemplo, si se adopta una visión democrática *sustantiva* (como la de la Corte), la respuesta será que existen ciertos elementos mínimos en la Constitución que atan al pueblo de hoy y que no pueden ser eliminados ni siquiera con una reforma. La defensa de esos elementos esenciales estará a cargo del Tribunal Constitucional. Por otra parte, una visión democrática *procedimental o popular* diría que si verdaderamente estamos en presencia de un régimen fundado en la democracia, no deben existir limitaciones al poder de enmienda y, en

consecuencia, el Tribunal Constitucional no podría realizar un control de constitucionalidad sobre la reforma constitucional, aun si el mismo pueblo ha definido ciertos límites procesales o sustanciales explícitos.

2.1 La democracia sustantiva: Ulises se ata

La idea central de esta escuela puede resumirse así: si bien es cierto que las decisiones de las mayorías son primordiales en una democracia, no es menos cierto que para que esta funcione se requiere una serie de elementos mínimos que deben estar sustraídos a la voluntad popular (Uprimny R., 2001, pp. 166-169; Ferrajoli, 2009, pp. 23-25; Dworkin, 2007a, pp. 37 y 209-233). Siguiendo de cerca la idea de Elster (1989, pp. 67, 150 y 159; 2002, pp. 15, 16, 119, 122 y 123), así como en la mitología griega Ulises se autolimitó (o precomprometió) atándose al mástil mayor de su embarcación y ordenando a sus subalternos que no lo desataran ante el canto de las sirenas, el pueblo –y sus representantes–, en una Constitución, se restringe a sí mismo y a sus descendientes, eliminando ciertas opciones que podrían tomar libremente si no existiera esa restricción (cláusulas pétreas) o aumentando los costes o requisitos para la reforma de la Constitución (rigidez constitucional). Bajo esta tesis, se afirma que “a veces menos es más”, como ocurrió en el caso de Ulises (Elster, 2002, p.15 y Holmes 2001, pp.247-249).

A primera vista parecería ser que esas restricciones son antidemocráticas porque se ata injustificadamente al pueblo, cercenando buena parte del autogobierno en el cual está fundada la democracia que a su vez sustenta la Constitución. No obstante, la respuesta frecuente que se da a este tipo de objeción es que la democracia no puede entenderse como el poder omnímodo de las mayorías (Gargarella, 1996, p.122). Por el contrario, existe una serie de elementos que posibilitan la democracia y sin los cuales esta podría anularse a sí misma o dejar de ser funcional. Así por ejemplo, los derechos a la libertad de expresión, la separación de poderes, las votaciones

periódicas o la protección a la oposición (minorías) son requisitos previos sin los cuales sería impensable una democracia. Por lo tanto, si bien la democracia se identifica con las reglas de la mayoría, existen ciertas ataduras con las cuales se impide que los sucesores de la generación redactora de la Constitución destruyan al pueblo del futuro. Ahora bien, esas restricciones deben observarse desde una postura optimista: así como las reglas de la gramática son restricciones que permiten la buena comunicación, las restricciones constitucionales son reglas capacitadoras en lugar de reglas incapacitadoras, esto es, son elementos que permiten el adecuado funcionamiento de la democracia y que contienen opciones liberadoras (Holmes, 2002, p. 248). Además de servir como presupuesto a las democracias, esas restricciones generan cierto tipo de estabilidad que, en últimas, son diques que contienen las decisiones equivocadas de una mayoría en un momento de efervescencia o pasión (Elster, 1989, p. 150).

En los Estados Unidos varios autores acogen esta postura en relación con las enmiendas constitucionales. Si se dice que una enmienda es una decisión democrática, la misma deberá respetar ciertos mínimos sin los cuales se anularía el mismo autogobierno. El autor más prominente de esta escuela es John Rawls (1996, p. 214) para quien existen ciertos elementos constitucionales esenciales que posibilitan la idea de una razón pública: “las verdades llanas de aceptación generalmente aceptadas, o disponibles, en general, para todos los ciudadanos” (Rawls, 1996, p. 214). Para este autor los elementos constitucionales esenciales serían ciertas instituciones democráticas (como las ramas del poder o la regla de la mayoría) y las libertades básicas (Rawls, 1996, pp. 216-219). En todo caso, esos elementos solo podrían ser modificados si su objetivo es corregir defectos institucionales (en el caso del primer elemento esencial) o aumentar la protección de los derechos de las personas –una suerte de progresividad– (Rawls, 1996, pp. 226-227). Años más tarde, Rawls reformularía algunos aspectos de su teoría, en la medida en que si bien acepta que existen ciertas esencias constitucionales que son necesarias para la formación de una razón pública con elementos razonables,

señala así mismo que esos elementos esenciales deben “ser justificables ante los ciudadanos” (Rawls, 2002, pp. 129-130). De lo anterior se sigue que hay un relajamiento *judicial* frente a la idea de las esencias constitucionales por dos vías: a diferencia de lo señalado en *Liberalismo Político*, Rawls no establece explícitamente que la Corte Suprema de Justicia es quien debe tener la última palabra para definir y defender los elementos esenciales. Por el contrario, este autor expresa que la determinación de las esencias constitucionales es una labor propia de la ciudadanía por medio de argumentos razonables, verdades a disposición de todos y razones públicamente aceptables. Como se observa, estas limitantes para la construcción de los elementos constitucionales esenciales son aplicables a los cambios constitucionales, pero no así frente a los casos de la legislación ordinaria en los cuales las Cortes podrían tener una injerencia mayor que en las enmiendas (Rawls, 2002, pp. 131 y 132).

En un sentido similar, Walther F. Murphy (1979 pp. 756-759; 1987 pp. 12, 18 y 1995, pp. 179 y 180) y Samuel Freeman (1992, pp.12-15, 41, 42) expresan que un presupuesto de la teoría de la democracia es que exista libertad, vale decir, consentimiento por parte del pueblo para redactar una Constitución. Si ese elemento no está presente (por ejemplo, mediante una reforma que elimine el derecho a la libertad) la democracia quedaría destruida y por esa razón Murphy, en múltiples escritos, expresa que si hay un conflicto entre la democracia (entendida como regla de la mayoría) y el constitucionalismo (entendido como la protección de ciertos derechos de las personas), este último debe prevalecer. Finalmente, la escuela del derecho natural de los Estados Unidos también acoge parcialmente esta idea aunque con un fundamento distinto. Para Robert P. George (2001, pp. 315-321; en un sentido similar, ver a Walker, 1990, pp. 11, 14 y 61-64) la democracia es un mecanismo valioso para tomar decisiones, pero esa regla de la mayoría no es un fin en sí mismo, sino un instrumento. En ese orden, por medio de reglas mayoritarias pueden tomarse muchas decisiones pero hay algunas de ellas que están fuera de su alcance porque constituyen elementos básicos del ser humano que no están sometidos a discusión y que han existido por siempre (como la dignidad de

las personas). Así las cosas, una decisión “democrática” que sea contraria a ciertos bienes humanos básicos indisponibles será una decisión contraria a la ley moral y por eso injusta (Finnis, 2000, pp. 113-125). Y como se tiene dicho desde los clásicos, una ley injusta no es ley (en un sentido coincidente, véase a Santo Tomás de Aquino, 1989, pp. 753 y 754)⁶.

En resumen, bajo este enfoque sustantivo el pueblo se autolimita mediante la eliminación de algunas decisiones futuras que busquen destruir los valores constitucionales que posibilitan la democracia misma y que estructuran un régimen constitucional. Siendo esto así, el juez está lejos de ser una fuerza contramayoritaria, y en contraste, es un actor que con sus decisiones sirve de custodio a la idea misma de democracia. En efecto, el juez constitucional será el guardián de la democracia, que a su turno pasará a ser un parámetro supraconstitucional (o metaconstitucional en términos de Tribe), en conjunto con algunos principios que son presupuestos ineludibles para el adecuado funcionamiento de la misma (como las votaciones y el derecho a la libertad de expresión entre otros). Ahora bien, así la Constitución no consagre explícitamente esos elementos que posibilitan la democracia como límites al poder de reforma, es deber del juez anular cualquier acto –incluida una reforma– que los desfigure y esa actuación no sería contramayoritaria por cuanto indirectamente se salvaguarda el fundamento que posibilita hablar de soberanía popular: la democracia.

2.2 La democracia procesal o popular: ¿el canto de las sirenas?

La idea detrás de esta visión radica en que la expresión *democracia constitucional* es un oxímoron (Holmes, 2001, p. 219) porque si el pueblo es

6 En este punto se aclara que la forma tradicional de citar a los autores clásicos difiere de las exigencias de la APA. Para evitar confusiones, la referencia a Santo Tomás de Aquino se encuentra en la Parte I-II de su Suma Teológica, Cuestión 96, artículo 6.

soberano, no es posible que puedan interponerse límites a las decisiones mayoritarias y mucho menos a una enmienda constitucional. Si el creador de la Carta es el pueblo, quien debe tener la última palabra en relación con sus alcances es él mismo y no un Tribunal Constitucional que no es elegido democráticamente (Tushnet, 1999, p. 6). De igual forma, si el soberano es el pueblo de hoy, este puede modificar la Constitución como a bien tenga sin conocer límites procedimentales o de fondo. En síntesis, la democracia bajo esta perspectiva puede catalogarse como un procedimiento con el cual la mayoría, de forma libre y con una deliberación suficiente, toma ciertas decisiones cuyo control no puede estar (y si lo está debe existir una fuerte restricción) en manos de un órgano no elegido democráticamente (juez) que decide con fundamento en ciertas reglas redactadas por una generación pasada que no puede atar a la presente.

Esta perspectiva, aplicada al tema de las reformas, indicaría que el juez constitucional (i) no podría realizar ningún tipo de control sobre las reformas; o (ii) el control debe ser muy débil. Siguiendo en parte la clasificación sugerida por Gargarella (1996), la primera postura se denominará *democracia popular radical* y la segunda *democracia popular restringida*.

2.2.1 La democracia popular restringida

Como se dijo antes, esta postura democrática indica que en principio las decisiones tomadas democráticamente deben prevalecer sobre las decisiones de órganos no elegidos por el pueblo. Sin embargo, el juez constitucional no sale de la escena totalmente, sino que su papel deja de ser protagónico.

Dos de los autores que representan con mayor fuerza esta postura en el ámbito norteamericano son Alexander Bickel (1986) y su discípulo John Hart Ely (1997). Para ambos, existe una dificultad contramayoritaria en el ejercicio del control judicial de constitucionalidad, en la medida en que (i) las decisiones del juez no pueden ser reversadas por órganos democráticos;

(ii) no existe un control político sobre los jueces debido a que sus decisiones no tienen ninguna consecuencia electoral (por ejemplo no reelegirlos); y (iii) a pesar de que una enmienda puede dejar sin efectos una decisión del juez que ejerce el control de constitucionalidad, en los Estados Unidos el artículo V de la Constitución impone una serie de cargas procesales que hacen muy compleja la revisión de la Constitución. Para el caso colombiano, además, una reforma a la Constitución que pretenda modificar una tesis de la Corte Constitucional tiene control de constitucionalidad por parte de esta misma Corporación, con lo cual en este evento puede hablarse de una dificultad hipercontramayoritaria que cierra el cambio al sistema jurídico positivo (Albert, 2009, p. 43).

Para solucionar esta dificultad, Bickel (1986, pp. 24-27, 54, 69 y 239) propone dos herramientas cuyo objetivo es lograr la moderación judicial. En primer lugar, plantea que los jueces deben decidir únicamente aquellas cuestiones que se refieren a principios perdurables por oposición a temas menores relacionados con conveniencias o mayorías pasajeras que son del resorte del Congreso. Para lograr ese objetivo, en segundo lugar, los jueces deben adoptar una serie de virtudes pasivas tales como decidir no decidir (inhibirse) porque por ejemplo no se tiene la competencia o se trata de cuestiones políticas (no justiciables). Por su parte, Ely (1997, pp. 98-107 y 119-124) con una postura similar expresa que el juez no debe ocuparse de valores sustantivos, sino meramente procedimentales. En ese sentido, para diluir la dificultad contramayoritaria, el juez debe garantizar que se respeten las reglas de juego procedimentales que permiten hablar de una decisión verdaderamente democrática, tales como las votaciones, las mayorías, la existencia de deliberaciones y ciertos derechos. De este modo, para que una decisión sea catalogada como genuinamente democrática, deben respetarse algunos elementos mínimos que la hacen posible. De acuerdo con Ely, estos elementos son el respeto por las minorías y el despeje de los canales de cambio: cuando un juez invalida una decisión que no cumple con los rituales procesales exigidos, no está contraviniendo una decisión

democrática porque simplemente esta no existió. Por lo tanto, el juez debe ser una suerte de árbitro que interviene únicamente cuando los participantes del juego han violado una regla que permite el mismo.

Por último, Ackerman y Amar también proponen una teoría de la moderación judicial para solucionar la dificultad contramayoritaria. Estos dos autores (con algunas leves diferencias entre sí) proponen que las decisiones democráticas deben verse de dos formas: no todas las decisiones democráticas son iguales y por eso su tratamiento no debe ser el mismo. Así por ejemplo, debido a la rigidez constitucional, una enmienda requiere unas mayorías mucho más amplias que una ley ordinaria y, en consecuencia, no es posible equiparar el contenido democrático de los dos actos jurídicos. Si esto es así, puede hablarse de *momentos de política constitucional*, los cuales se caracterizan por ser eventos de “alta conciencia política del pueblo” y porque quien se pronuncia directamente es este por medio de mecanismos excepcionales y extraordinarios como las enmiendas (Ackerman, 1984, p.1022). Por oposición, existen momentos de *normalidad política* en los cuales quien actúa no es el pueblo, sino sus representantes. Esta última hipótesis es ordinaria, casi que permanente. En ese sentido, el juez constitucional solo podría pronunciarse sobre aquellas decisiones surgidas en momentos de normalidad política y le estaría vedado entrar a conocer decisiones tomadas en momentos de política constitucional (Ackerman, 1989, pp. 469, 470 y 497). Con esto se resuelve la dificultad contramayoritaria de la siguiente forma: si el juez anula una determinación ordinaria (como una ley) por ir en contra de la Constitución, su sentencia no es una fuerza antidemocrática, sino que, por el contrario, está privilegiando la voluntad del pueblo vertida en la Constitución, en contra de la voluntad de algunos “representantes” cuyas decisiones no necesariamente coinciden con el sentir popular (Amar, 1988, p. 1082; Gargarella 1996, pp. 51 y 52; Dworkin, 2007b, pp. 135-157; Hamilton, 1994, Fed. LXXVIII y Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos *Marbury v. Madison*). En otras palabras, cuando el juez aplica la Constitución e inaplica una norma inferior que es

inconstitucional, no está imponiendo su criterio personal sobre la decisión del Congreso, sino que, con fundamento en un parámetro objetivo, legítimo y externo al intérprete (la Constitución creada por el pueblo soberano) decide proteger la voluntad popular cristalizada en la Constitución. Por su parte, al abstenerse de conocer judicialmente sobre la constitucionalidad de las enmiendas (momento de política constitucional extraordinario), el juez respeta la voluntad popular, teniendo en cuenta que las reformas son expresión directa del pueblo mismo.

Volviendo al ejemplo de Elster, se podría señalar que si bien existen ciertas ataduras, estas no son tan fuertes como lo sostienen las posturas sustantivas. Como corolario de lo anterior, seguir los cantos de las sirenas (representados por una decisión popular mayoritaria) no siempre desemboca en resultados nefastos para el sistema político y por esa razón, en esos casos, no deben imponerse autolimitaciones, puesto que no siempre se afectan las muy pocas esencias constitucionales que existen. No obstante, cuando la decisión popular (i) suponga la eliminación de ciertos elementos ultra-mínimos, o (ii) no sea verdaderamente una expresión del pueblo, el juez constitucional deberá intervenir en esas situaciones excepcionales.

2.2.2 La democracia popular radical

A diferencia de la democracia popular restringida, esta forma de ver la democracia considera que el juez no debe desarrollar ningún rol en la escena democrática. Los principales representantes del radicalismo democrático popular son autores que se inscriben en la escuela norteamericana del constitucionalismo popular⁷. Para esta corriente los jueces han arrebatado la constitución de las manos del pueblo, quien debería ser el intérprete autorizado de la misma, teniendo en cuenta que fue su creador. Desde el

7 Algunas aproximaciones al constitucionalismo popular hecha por autores colombianos puede verse entre otros en González (2011), Guardiola (2006) y Sanín (2006).

punto de vista histórico, algunos autores como Kramer (2004) sostienen que desde los acontecimientos que dieron origen a la Constitución de 1787 y desde las razones que sustentan la famosa sentencia *Marbury v. Madison*, no se deduce que sea lógico u obvio que los jueces deban tener la última palabra. Si esto es así, otros autores como Tushnet o Parker, expresan que la última autoridad sobre los desacuerdos que surjan de la interpretación y aplicación de la constitución debe ser el pueblo mismo. Para el primero, el *judicial review* es un experimento fallido que debe eliminarse mediante una enmienda (Tushnet, 1999). Ni siquiera los presupuestos de la democracia que defiende por ejemplo Ely deben ser protegidos por el juez, debido a que (i) no existen mayores restricciones formales o jurídicas a esos presupuestos (derecho al voto o a la libertad de expresión); y (ii) existen formas no judiciales de proteger a las minorías. Así por ejemplo, en contextos bipartidistas como el norteamericano, las minorías tienen un poder de decisión considerable en el Congreso porque terminan inclinando la balanza hacia un lado o el otro (Tushnet, 1999, pp. 157-159). De hecho, sostiene que las minorías han obtenido sus triunfos más grandes en el Congreso y no en la Corte Suprema.

Por su parte Parker sostiene que existe una falsa premisa según la cual la energía política del pueblo es defectuosa y peligrosa frente a la de las élites (2011, pp. 135-138, 155, 156 y 164-166). Por esa razón, se han cerrado espacios democráticos injustificadamente porque el supuesto común (equivocado según Parker) es pensar que la mayoría equivale a una turba enardecida que va a aplastar las minorías. Para remediar esa situación, propone que existan verdaderos espacios de diálogo para que el pueblo o sus representantes tomen sus decisiones de forma razonada. El Estado deberá intervenir únicamente cuando esa voluntad mayoritaria sea manipulada (Parker, 2011, pp. 170 y 173-175).

De lo anterior se deduce que la voluntad política del pueblo de hoy es suficiente para determinar cuáles son las opciones políticas y constitucionales

que más le conviene. De esta forma, no deben existir ataduras a la voluntad popular y si las hay, el soberano mismo puede modificarlas como a bien tenga, aceptando que su *energía política* no es defectuosa.

3. La Corte Constitucional: entre Ulises y las sirenas

Una de las principales defensas que tiene el control judicial de constitucionalidad *de las leyes* tanto en una visión democrática sustancial como en una visión popular restringida radica en que la anulación de una ley contraria a la constitución es una manifestación democrática en tanto lo único que hace el juez es salvaguardar la voluntad del pueblo cristalizada en la máxima norma. Aunque buena parte de la doctrina ha puesto en entredicho ese postulado porque la interpretación y aplicación de la constitución no es tan obvia, sino que está marcada por muy diversos factores que inciden en el juez (Gargarella, 1996; Ely, 1997 y Mora-Restrepo, 2009), lo cierto es que esa razón no aplica en relación con el control de constitucionalidad sobre reformas constitucionales, al menos por vicios de competencia.

En efecto, el control de constitucionalidad sobre reformas constitucionales por vicios estrictos de forma en Colombia encuentra su justificación democrática en que esas reglas o autolimitaciones formales para enmendar la Carta están previamente definidas por un actor (el pueblo) externo e independiente al juez constitucional. En ese sentido, la Corte se acoge a un parámetro objetivo que en principio no puede eliminar autónomamente y que ha sido elaborado democráticamente.

El problema contramayoritario se hace sentir con mucha más fuerza en el denominado control de constitucionalidad por vicios de competencia, en el que, como ya se analizó, la Corte trata de identificar si el poder constituyente derivado excedió sus atribuciones al sustituir (y no meramente reformar) la Constitución: se trata según Richard Albert de una dificultad

supercontramayoritaria (2009, p. 43). El meollo del asunto radica en que al declarar inconstitucional una “reforma” por sustituir la Constitución al eliminar uno de los elementos esenciales que la misma Corte identifica en la premisa mayor del juicio de sustitución, ese Tribunal está creando el parámetro objetivo externo, esto es, la restricción o compromiso que debería ser creada democráticamente por el pueblo⁸. Para ubicar la situación en el buen ejemplo que utiliza Elster, las amarras que inmovilizan a Ulises no las crea él mismo voluntariamente, sino un tercero que ata al pueblo sin preguntar o conocer los posibles beneficios que esa decisión pueda traer. De conformidad con lo anterior, al declarar inconstitucionales ciertas reformas constitucionales –que en principio tienen la misma jerarquía que la Constitución que pretende reformar como lo ha sostenido la Corte (sentencia C-1200/03)– por contrariar un elemento esencial implícito, se está diseñando un parámetro supraconstitucional que no tiene ningún referente democrático. Esa premisa mayor solo puede ser *deducida* con una interpretación sistemática por la Corte Constitucional y no por el pueblo, que no estaría capacitado por las vías institucionales de reforma para identificar cuáles son los elementos esenciales de *su Constitución*, lo cual es un argumento que Gargarella (1996, pp. 48-51) y el constitucionalismo popular describen con buena apreciación como *elitista*. Por esa razón, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos ha rechazado el *judicial review* sobre enmiendas constitucionales al tratarse de una cuestión política sobre la cual no existe ningún referente normativo externo al intérprete –entre otras, porque la Constitución es suprema– que le permita definir de forma jurídica el asunto sometido a su consideración (véase el caso de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, *Coleman v. Miller*).

8 Uno de los integrantes de la Corte Constitucional que de forma más vehemente ha salvado el voto sobre la tesis de los vicios de competencia es el Magistrado Humberto Sierra Porto que en diversas oportunidades ha sostenido que la fijación de la premisa mayor es un acto político que no está sujeto a control jurídico alguno. (Salvamento de voto del Magistrado Humberto Sierra en las sentencias C-1040/05, C-588/09 y C-141/10).

Lo anterior no quiere decir que, para garantizar la democracia, el pueblo no pueda atarse una mano eliminando de la discusión ciertos elementos centrales en cualquier democracia constitucional (como ciertos derechos o instituciones que posibilitan la democracia y garantizan la dignidad de las personas). Lo podría hacer. Pero existen formas más democráticas para lograrlo. Recurriendo a las categorías de límites al poder de reforma que ofrece la teoría constitucional (Ramírez Cleves, 2005, pp. 339-342 y De Vega García, 1985, pp. 240-243) resultan ser más democráticas las cláusulas pétreas o límites expresos materiales. Se trataría de restricciones que quedan fuera del vaivén político diario (como la dignidad de la persona) y que además serían definidas democráticamente por parte del pueblo de forma expresa. De este modo, si la Corte Constitucional en esa hipótesis declara inexecutable una reforma por violación de uno de esos elementos esenciales expresos, no estaría eludiendo la voluntad democrática, sino garantizándola al hacer valer las restricciones que el mismo pueblo impuso. Así, se logra conciliar las dos posturas democráticas: por un lado, se preservan ciertos elementos constitucionales esenciales y, por el otro, estos se definen democráticamente por el pueblo en la constitución.

Por esa razón, cierta parte de la doctrina estima que en Alemania, el Tribunal Constitucional Federal, a partir de la década de los setenta del siglo xx con el *Klass Case* (Tribunal Constitucional Federal de Alemania, 30, 1, Diciembre de 1970) abandonó definitivamente la teoría de un control de constitucionalidad por vicios de fondo implícitos y actualmente el control versa únicamente sobre las cláusulas de eternidad o límites expresos contenidos en el artículo 79.3 de la Ley Fundamental de Bonn (Kemal, 2008, pp. 52-63 y 84-88). Ahora bien, esta propuesta, aunque limita de cierta forma las decisiones democráticas, no es inalterable. Como lo afirma Elster (2002, p. 117) las restricciones constitucionales no son ataduras en estricto sentido porque, en todo caso, el pueblo puede en cualquier momento, por medio de vías jurídicas o extrajurídicas, modificar su constitución. Si es el soberano, puede hacerlo.

Conclusiones

A lo largo de este escrito se ha intentado ofrecer una visión teórica alternativa a la ofrecida por la Corte Constitucional en relación con el control de constitucionalidad sobre reformas constitucionales. Esa perspectiva, que aborda el problema desde diferentes visiones de la democracia constitucional, ha sido particularmente importante en la teoría constitucional y política norteamericana, pero infortunadamente no ha incidido en problemas locales que podrían ser resueltos o al menos estudiados con esa óptica. Precisamente, en uno de los salvamentos de voto a la sentencia C-588 de 2009 uno de los magistrados se preguntaba por qué la Corte resolvió el problema de una presunta sustitución del acto legislativo 1 de 2008 con fundamento casi que único en la *Teoría de la Constitución* de Carl Schmitt (Salvamento de voto a la sentencia C-588/09 del magistrado Jorge Pretelt).

Por otro lado, es preciso decir que si se desea atar a Ulises, esas restricciones no pueden ser tan fuertes que lleven a estrangularlo, o tan laxas que no le impidan abstenerse de seguir a las sirenas, es decir, que no sean verdaderas restricciones. Esa misma idea puede aplicarse al derecho constitucional en Colombia. En cuanto a lo primero, podría ocurrir que la Corte Constitucional sea muy inflexible con ciertas reformas que se estiman necesarias por parte del pueblo, al identificar en la premisa mayor restricciones o límites implícitos muy severos al poder de reforma. Si esto ocurriese, se estarían bloqueando los canales del cambio político por parte del árbitro que debe mantenerlos despejados y se aumentaría el carácter rígido de la Carta de forma desproporcionada, alejando así la Constitución del pueblo. Cabe recordar que precisamente esa razón fue esgrimida como uno de los principales motivos por parte del movimiento estudiantil que dio origen a la Constitución de 1991 y que posteriormente fue avalada en control de constitucionalidad por la Corte Suprema de Justicia. En efecto, se decía que el artículo 218 de la Constitución de 1886 –luego de la reforma plebiscitaria

de 1957—, al monopolizar el poder de reforma exclusivamente en cabeza del Congreso, había bloqueado el cambio constitucional democrático que era necesario para lograr la paz (Dugas, 2001, p. 815; Carrillo, 2011, pp. xvii, xviii, 3-6; y Corte Suprema de Justicia de Colombia, sentencia de la Sala Plena del 9 de noviembre de 1990). Es por esa razón que algunos autores, así como la misma Corte Constitucional, definen a la Constitución de 1991 y al régimen político colombiano como participativo y democrático —artículos 1 y 3 de la Constitución— (Quinche, 2011 y Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-141/10).

En segundo lugar, las ataduras no pueden ser tan suaves, de tal suerte que cualquier reforma que busque modificar la Carta desfigure ciertos elementos que resultan esenciales para cualquier democracia constitucional (la democracia no todo lo puede). Por esa razón, las autorrestricciones constitucionales pueden ser convenientes en ciertos eventos (Sánchez Cuenca, 2010, pp. 156-159) y si el pueblo decide modificarlas, es crucial que la Corte sea muy rígida con los límites procedimentales, de tal modo que se garantice una verdadera deliberación de los involucrados. Por ese motivo, debe ser especialmente rígida con ciertos elementos procesales que permiten una verdadera deliberación y debe permitir que las limitaciones materiales sean definidas por el mismo pueblo. A esto se pueden sumar otras variables como (i) las virtudes pasivas en términos de Bickel o el minimalismo judicial según Sunstein: si la reforma se declara inconstitucional por vicios de procedimiento, no es necesario que el juez se desgaste aplicando el juicio de sustitución (esa estrategia fue utilizada en la sentencia C-816/04); (ii) la cultura constitucional (Häberle, 2003) por parte del pueblo para que verdaderamente conozca la magnitud e importancia de las reformas constitucionales, con el objeto de que los requisitos procedimentales de las enmiendas sean verdaderos espacios de participación popular; y (iii) un compromiso por parte del ejecutivo y del Congreso para evitar reformas innecesarias que diluyan la importancia de las constituciones como normas de cierre.

En síntesis, la tensión entre democracia y constitucionalismo, como dice Elster (2002, p. 192), debe ser resuelta mediante un equilibrio, para que los constituyentes eviten crear un pacto suicida al imponer restricciones muy fuertes que llevarán a la Constitución al fracaso y simultáneamente deben evitar una laxitud tan amplia harían que “ésta pierda su eficacia como mecanismo para evitar el suicidio”.

Referencias

- Ackerman, B. (1984). The Storrs Lectures: Discovering the Constitution. *The Yale Law Journal*, 93(6), 1013-1072.
- Ackerman, B. (1989). Constitutional Politics/Constitutional Law. *The Yale Law Journal*, 99(3), 453-547.
- Albert, R. (2009). Nonconstitutional Amendments. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 22(5), 5-47.
- Amar, A. (1988). Philadelphia Revisited: Amending the Constitution Outside Article V. *The University of Chicago Law Review*, 55(4), 1043-1104.
- Bickel, A. (1986). *The least dangerous branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven: Yale University Press.
- Cajas, M. (2004). La reforma constitucional. Límites de la Corte al Congreso. *Revista Precedente, Anuario Jurídico*, 13-48.
- Cajas, M. (2007). Acerca de la interpretación en el control de las reformas constitucionales. *Revista Dikaion*, 21(16), 31-47.
- Cajas, M. (2008). *El control judicial a la reforma constitucional. Colombia 1910-2007*. Cali: Universidad Icesi.
- Carrillo, F. (2011). *Constitucionalizar la democracia social. El proceso constituyente de 1991 y América Latina*. Bogotá: Editorial Temis.
- Corte Constitucional de Colombia.(2003a). Sentencia C-1200.
- Corte Constitucional de Colombia. (2003b).Sentencia C-551.
- Corte Constitucional de Colombia.(2004a). Sentencia C-816.
- Corte Constitucional de Colombia.(2004b). Sentencia C-970.
- Corte Constitucional de Colombia.(2004c). Sentencia C-971.
- Corte Constitucional de Colombia.(2005). Sentencia C-1040.
- Corte Constitucional de Colombia.(2009). Sentencia C-588.
- Corte Constitucional de Colombia.(2010a). Sentencia C-141.
- Corte Constitucional de Colombia.(2010b). Sentencia C-303.

- Corte Constitucional de Colombia.(2011). Sentencia C-574.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala Plena. (1978). Sentencia del 5 de mayo de 1978. Gaceta Judicial 2397
- Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala Plena. (1981). Sentencia del 3 de noviembre de 1981. Gaceta Judicial 2405
- Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala Plena. (1990). Sentencia del 9 de noviembre de 1990, 138. Expediente número 2214 (351-E).
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. (1955). Auto del 28 de octubre de 1955, Gaceta Judicial, Tomo LXXXI.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia.(1956). Auto del 30 de enero de 1956, Gaceta Judicial, Tomo LXXXII.
- Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos.*Coleman v. Miller*, 307 U.S. 433; 59 S. Ct. 972; 83 L. Ed. 1385; 1939 U.S. LEXIS 1066; 1 Lab. Cas. (CCH) P17,046; 122 A.L.R. 695.
- Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137; 2 L. Ed. 60; 1803 U.S. LEXIS 352; 1 Cranch 137.
- De Vega, P. (1985). *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid: Editorial Tecnos.
- Dugas, J. (2001). The Origin, Impact and Demise of the 1989-1990 Colombian Student Movement: Insights from Social Movement Theory. *Journal of Latin American Studies*, 33(4), 807-837.
- Dworkin R. (2007a). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- Dworkin R. (2007b). *La justicia con toga*. Madrid: Marcial Pons.
- Elster, J. (1989). *Ulises y las sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Elster, J. (2001). Introducción. *Constitucionalismo y democracia*. México: Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública y Fondo de Cultura Económica, 33-48.
- Elster, J. (2002). *Ulises desatado Estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones*. Barcelona: Gedisa.
- Ely, J.H. (1997). *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*. Trad. Magdalena Holguín. Bogotá: Siglo del hombre Editores y Universidad de Los Andes.
- Ferrajoli, L. (2009). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta.
- Finnis, John. (2000). *Ley natural y derechos naturales*. Buenos Aires: AbeledoPerrot.
- Freeman, S. (1992). Original meaning, Democratic Interpretation, and the Constitution. *Philosophy & Public Affairs*, 21(1), 3-42.
- Gargarella, R. (1996). *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel.
- George, R.P. (2001). Justice, Legitimacy and Allegiance: "The End of Democracy?" Symposium Revisited. *Constitutional Politics. Essays on Constitution Making, Maintenance, and Change*. Princeton: Princeton University Press, 314-327.
- González, J. (2011). *Constitucionalismo popular. Estudio preliminar*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores,

- Universidad de Los Andes y Pontificia Universidad Javeriana, 11-60.
- Guardiola, O. (2006). Famous Last Words: Constitucionalismo Popular y el Lugar de la Verdad en Política y Derecho. En Sanín, R. (Coord.) *Justicia Constitucional. El Rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo*. Bogotá: Legis y Pontificia Universidad Javeriana, 166-208.
- Häberle, P. (2003). *El estado constitucional*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Hamilton, A., Madison, J., y Jay, J. (1994). *El Federalista*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Holmes, S. (2001). El precompromiso y la paradoja de la democracia. En Elster J. y Slagstad R. (Eds.). *Constitucionalismo y democracia*. México: Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública y Fondo de Cultura Económica, 217-262.
- Kemal, G. (2008). *Judicial Review of Constitutional amendments. A comparative Study*. Bursa: Ekin Press.
- Klass Case (BverfGE, 30, 1, 15 de diciembre de 1970). (1977). *Comparative Constitutional Law. Cases and Commentaries*. Nueva York: St. Martin's Press, 659-666.
- Kramer, L. (2004). *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*. Nueva York: Oxford University Press.
- López, D. (2006). *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis y Universidad de Los Andes.
- Lowenstein, K. (1983). *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel.
- Mora Restrepo, G. (2009). *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces*. Buenos Aires: Marcial Pons.
- Morelli, S. (2006). Algunas consideraciones sobre el tratamiento del poder de reforma constitucional en la sentencia C-551 de 2003. Celis, J. (Coord. Editorial). *Reforma de la Constitución y control de constitucionalidad*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 445-500.
- Murphy, W. (1979). An ordering of Constitutional Values. *Southern California Law Review*, 53, 703-760.
- Murphy, W. (1987). Slaughter-House, Civil Rights and the Limits on Constitutional Change. *American Journal of Jurisprudence*, 32(1), 1-22.
- Murphy, W. (1995). Merlin's memory: The Past and Future Imperfect of the Once and Future Policy. En Levinson, S. (Ed.). *Responding to imperfection. The theory and practice of constitutional amendment*. Princeton: Princeton University Press, 163-190.
- Parker, R. (2011). Aquí el pueblo gobierna. Un manifiesto populista constitucional. *Constitucionalismo Popular*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de Los Andes y Pontificia Universidad Javeriana, 97-191.
- Quinche, M. (2011). *Derecho constitucional colombiano. De la Carta de 1991 y sus reformas*. Bogotá: Doctrina y Ley.
- Ramírez Cleves, G. (2005). *Límites de la reforma constitucional en Colombia. El concepto de Constitución como fundamento de la restricción*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Rawls, J. (1996). *Liberalismo político*. Bogotá: Fondo de Cultura Económica.
- Rawls, J. (2002). *La justicia como equidad. Una reformulación*. Barcelona: Paidós.
- Salvamento de voto a la Sentencia C-1040/05 del magistrado Humberto Sierra Porto.
- Salvamento de voto a la Sentencia C-141/10 del magistrado Humberto Sierra Porto.
- Salvamento de voto a la Sentencia C-588/09 del magistrado Humberto Sierra Porto.
- Salvamento de voto a la Sentencia C-588/09 del magistrado Jorge Pretelt.

- Sánchez Cuenca, I. (2010). *Más democracia, menos liberalismo*. Madrid: Katz.
- Sanín, R. (2006). En nombre del pueblo. Destruyendo a Marbury v. Madison. *Revista Criterio Jurídico*, 6, 61-92.
- Tomás de Aquino. (1989). *Suma de Teología*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos.
- Tribe, L. (1983). A Constitution We Are Amending: In Defense of a Restrained Judicial Role. *Harvard Law Review*, 97(2), 433-445.
- Tushnet, M. (1999). *Taking the Constitution away from the courts*. Princeton: Princeton University Press.
- Uprimny, L (1957). ¿Puede una reforma de la Constitución ser inconstitucional? *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, (174), 16-37.
- Uprimny, R. (2001). Legitimidad y conveniencia de un control de constitucionalidad a la economía. *Revista de Derecho Público*, (12), 145-183.
- Vanossi, J. (2002). *Estudios de teoría constitucional*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Walker, G. (1990). *Moral Foundations of Constitutional Thought. Current Problems*. Princeton: Princeton University Press.

