

Vicente F. Benítez Rojas

CONSTITUCIÓN POPULAR, NO JUDICIAL

Una teoría democrática del control
de constitucionalidad de las reformas
a la Constitución en Colombia



Universidad de
La Sabana

EDITORIAL
TEMIS
OBRAS JURÍDICAS

CONSTITUCIÓN POPULAR,
NO JUDICIAL

Benítez Rojas, Vicente Fabián

Constitución popular, no judicial : una teoría democrática del control de constitucionalidad de las reformas a la constitución en Colombia / Vicente F. Benítez Rojas ; prologuista Iván Garzón Vallejo. -- Bogotá ; Editorial Temis, 2014.

232 páginas ; 23 cm.

Incluye bibliografía e índices.

ISBN 978-958-35-1005-2

1. Derecho constitucional 2. Reformas constitucionales - Colombia 3. Colombia - Constitución I. Garzón Vallejo, Iván,

1978- , prologuista II. Tít.

342.861 cd 21 ed.

A1439941

CEP-Banco de la República-Biblioteca Luis Ángel Arango

VICENTE F. BENÍTEZ ROJAS

CONSTITUCIÓN POPULAR, NO JUDICIAL

UNA TEORÍA DEMOCRÁTICA DEL CONTROL
DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS REFORMAS
A LA CONSTITUCIÓN EN COLOMBIA



Editorial Temis S. A.



Universidad de
La Sabana

Bogotá - Colombia
2014



ANTES QUE EL LIBRO CIENTÍFICO MUERA

El libro científico es un organismo que se basa en un delicado equilibrio. Los elevados costos iniciales (las horas de trabajo que requieren el autor, los redactores, los correctores, los ilustradores) solo se recuperan si las ventas alcanzan determinado número de ejemplares.

La fotocopia, en un primer momento, reduce las ventas y por este motivo contribuye al aumento del precio. En un segundo momento, elimina de raíz la posibilidad económica de producir nuevos libros, sobre todo científicos.

De conformidad con la ley colombiana, la fotocopia de un libro (o de parte de este) protegido por derecho de autor (copyright) es ilícita. Por consiguiente, toda fotocopia que burle la compra de un libro, es delito.

La fotocopia no solo es ilícita, sino que amenaza la supervivencia de un modo de transmitir la ciencia.

Quien fotocopia un libro, quien pone a disposición los medios para fotocopiar, quien de cualquier modo fomenta esta práctica, no solo se alza contra la ley, sino que particularmente se encuentra en la situación de quien recoge una flor de una especie protegida, y tal vez se dispone a coger la última flor de esa especie.

- © Vicente F. Benítez Rojas, 2014.
- © Universidad de La Sabana
Campus Universitario Puente del Común
Km. 21 Autopista Norte de Bogotá
Chía, Cundinamarca
www.unisabana.edu.co
correo elec.: publicaciones@unisabana.edu.co
- © Editorial Temis S. A., 2014.
Calle 17, núm. 68D-46, Bogotá.
www.editorialtemis.com
correo elec.: gerencia@editorialtemis.com

Hecho el depósito que exige la ley.
Impreso en Editorial Nomos S. A.
Carrera 39B, núm. 17-85, Bogotá.

ISBN 978-958-35-1005-2
2728 201400028700

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, sin la autorización escrita de los titulares del copyright, por medio de cualquier proceso, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático.

Esta edición y sus características gráficas son propiedad de Editorial Temis S. A.

AGRADECIMIENTOS

En mi caso, una sección de agradecimientos es muy corta e insuficiente para reconocer la generosidad de muchas personas que sin cuya colaboración y apoyo, no hubiese sido posible que este libro viera la luz. Digo esto porque, en primer lugar, en ocasiones las palabras no siempre dan cuenta del verdadero sentimiento de gratitud que tengo al momento de escribir estas líneas. Y, en segundo lugar, a esto se suma que debido al espacio tan corto que se proporciona para este efecto, se debe ser muy preciso con los agradecimientos personales e institucionales respectivos y, por tanto, se corre el riesgo de no reconocer adecuadamente a quienes de sobra lo merecen. En consecuencia, ofrezco las excusas del caso y debo decir que estas palabras no serán suficientes para agradecer a todas las personas que siempre han estado ahí.

En primera medida debo agradecer infinitamente a Dios que me ha bendecido durante toda mi vida y me ha permitido sortear con éxito los tropiezos de la vida de los cuales, sin duda, he aprendido para tratar de ser cada día una mejor persona.

Mi sincera gratitud se extiende también a mi casa, la Universidad de La Sabana, concretamente a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Este libro es una versión ajustada y corregida de la tesina que elaboré como estudiante de la Maestría en Derecho Constitucional de esta misma Universidad y como resultado de la investigación desarrollada en mi calidad de docente de tiempo completo de Derecho constitucional en esta Facultad. Concretamente, debo hacer un reconocimiento al señor Decano Dr. Álvaro Mendoza Ramírez, así como al señor Director de la Maestría en Derecho Constitucional, Dr. Gabriel Mora Restrepo, quienes hace ya tres años y medio abrieron las puertas de la Universidad a un profesor inexperto y novato. Especial gratitud al Dr. Mora Restrepo quien no solo ha confiado en mí como académico, sino también como amigo y como abogado y de quien he tratado de aprender lo que verdaderamente significa ser un Jurista. En el mismo sentido, agradezco sinceramente la labor mi Director de tesina de investigación en la Maestría, el Dr. Iván Garzón Vallejo quien con su dedicación, rigurosidad y gentileza, me aconsejó y auxilió en todos los momentos (fáciles y difíciles) de la investigación. Sin su orientación, nada de esto habría sido posible.

Así mismo, a mis amigos y colegas profesores de la Universidad de La Sabana con quienes tuve la valiosa oportunidad de discutir algunas de las ideas que aparecen a lo largo del libro. Específicamente a los profesores Jorge Oviedo Albán, José Julián Suárez Rodríguez, Ingrid Suárez Osma, Carlos Enrique Arévalo, María Carmelina Londoño, Rodrigo Pombo Cajiao, Juan Carlos Lancheros, Margarita Cárdenas, Juan Fernando Sánchez, Hernán Olano García y al Dr. José Rodríguez Iturbe. Igualmente, agradezco los oportunos comentarios y observaciones de amigos y profesores de otras universidades: a mi amiga Vanessa Suelst Cock, al Dr. Hernando Yepes Arcila, al Dr. Gustavo Zafra Roldán y a los integrantes del Grupo de Investigación en Derecho Público de mi alma máter, la Pontificia Universidad Javeriana. A mi gran amigo Julián Daniel González Escallón y al Dr. Manuel Quinche en la Universidad del Rosario, y al Dr. Gonzalo Ramírez Cleves en la Universidad Externado de Colombia. A mis estudiantes en la Universidad de La Sabana y de la Universidad Javeriana, especialmente a Luis Felipe Chisco, Juan Pablo Acosta, Johan Rojas y César Orjuela, y a mis compañeros y profesores de la Maestría en Derecho Constitucional. A mis amigos y colegas en la Procuraduría General de la Nación, especialmente a Andrés Balcázar González y a Diego Younes Medina quienes me han ayudado a repensar algunos aspectos constitucionales prácticos del libro.

Un reconocimiento particular debo hacer a quienes, desde que era estudiante y durante el comienzo de mi carrera profesional, me inculcaron el amor por la investigación y por el Derecho: a mi amigo y maestro Jorge González Jácome y al Dr. Darío Laguado Monsalve. Así mismo, no puedo dejar de agradecer a dos grandes amigos y profesores, que siguieron de cerca el desarrollo de este proyecto: al Dr. Diego López Medina, de la Universidad de Los Andes, quien fue uno de los jurados de mi tesina de Maestría, así como par académico de este libro, por su generosidad y humildad y por haber considerado mi nombre para trabajar junto a él en un proyecto editorial hace algunos años. Igualmente, debo reconocer la labor del Dr. Rodrigo González Quintero, de la Universidad Sergio Arboleda, quien paciente y rigurosamente, comentó y corrigió algunas partes de este texto, en su calidad de par evaluador de este libro. A él también, no sólo por considerarme su amigo y por haberme enseñado mucho sobre el derecho constitucional norteamericano, sino también por haber sido mi guía en algunas de las decisiones más difíciles de mi vida académica y profesional.

Agradezco también a la señora Directora de Publicaciones Científicas de la Universidad de La Sabana, Elsa Cristina Robayo Cruz por su paciencia y amabilidad y a la Editorial Temis. A María Angélica Larotta por su invaluable apoyo administrativo durante mi paso por la Universidad.

Finalmente, y no menos importante, le doy gracias a mi familia: a mis padres, a mis hermanos y a mis dos abuelitas por su amor, cariño, apoyo y por la paciencia que demostraron durante estos dos años en los que no pudimos compartir como hubiese querido. A mi hermano David Felipe que me ayudó desde Konstanz en Alemania, con la traducción de algunos textos y con la información que me aportaron algunos de sus profesores, así como a mi amigo Germán González que hizo lo propio desde los Estados Unidos. A mi querida Anamaría, por su amor, ternura y por quererme: *porque sin ti, yo no sería.*

PRÓLOGO

Es grato encontrar trabajos académicos que trasciendan la acostumbrada glosa jurisprudencial o la mera recopilación doctrinal. La monografía *Constitución popular, no judicial. Una teoría democrática del control de constitucionalidad de las reformas a la Constitución en Colombia*, escrita por Vicente Benítez contiene esta característica, pues diagnostica con acierto un problema de nuestro diseño y praxis institucional, y formula una sugerente propuesta.

Destacaré tres cualidades del texto, que dan cuenta de su originalidad y pertinencia para el debate público y académico sobre estas materias.

Primero, *un enfoque que pone en diálogo el derecho constitucional con la filosofía política*.

Muchas razones se podrían aducir para reconocer la importancia de este dueto disciplinar. La más importante es que todos los problemas constitucionales son problemas políticos. El autor lo entiende así, y por ello no ha rehuído las discusiones de naturaleza teórico-política que trae consigo la cuestión de las reformas constitucionales. No por ello el lector debe esperar una extensa exposición de las escuelas y doctrinas iusfilosóficas y teórico políticas que subyacen a los problemas abordados, toda vez que ello implicaría pedirle al autor más de lo que explícitamente anuncia que ofrecerá.

Al formular problemas teórico-políticos, el trabajo recoge la herencia más auténtica de la filosofía política en Occidente: servir de marco de interpretación de los problemas políticos, institucionales y sociales que deben enfrentar las comunidades políticas, planteando implícita o explícitamente la que, a juicio de LEO STRAUSS es la pregunta central de la filosofía política: ¿cuál es el mejor régimen político?¹.

Con ello, VICENTE BENÍTEZ nos ofrece una valiosa lección: el estudio dogmático de la jurisprudencia no debe ser una mera compilación temática ni una glosa erudita de los aspectos que interesan al investigador, sino un estudio serio y profundo acerca de los problemas que tales fuentes ponen de presente.

Segundo, *la utilización de una perspectiva comparada como marco referencial*.

¹ Cfr. IVÁN GARZÓN VALLEJO, “Leo Strauss y la recuperación de la racionalidad política clásica”, en *Dikaion* núm. 18 (2009), págs. 297-314.

Desde 1991 ha hecho carrera entre nosotros la idea de que la competencia en el Derecho Constitucional se mide por la versatilidad que tenga el investigador o el operador jurídico en el manejo de la jurisprudencia, la cual, en la práctica, ha pasado de ser fuente auxiliar a *fuentes principalísima* en nuestro ordenamiento jurídico.

Ciertamente, el dominio de la jurisprudencia constitucional es una importante herramienta para el ejercicio y el estudio del derecho vigente. Sin embargo, a esta solvencia en las fuentes jurisprudenciales, el texto introduce un componente de estudio cada vez más relevante en tiempos de globalización del derecho y las ciencias sociales: la metodología del derecho comparado. Ésta no es utilizada únicamente como un recurso erudito, sino sobre todo, como la forma de indagar en tradiciones constitucionales venerables —como la estadounidense y la alemana— las claves hermenéuticas del problema local planteado, en procura de los argumentos que justifiquen una reingeniería institucional y la introducción de correctivos en la praxis constitucional.

En un contexto político en el que recurrentemente se someten a escrutinio público las inconvenientes propuestas de convocar una nueva Asamblea Nacional Constituyente, el estudio de estas tradiciones constitucionales, caracterizadas por su seriedad, perdurabilidad y amplio debate teórico entre los académicos y ciudadanos —lo que no soslaya sus deficiencias—, la perspectiva comparada nos ofrece buenos argumentos para discutir y revisar las instituciones de nuestra Carta de 1991. El realismo que le aporta la teoría política es el antídoto para que BENÍTEZ no incurra en el error común entre nosotros de exaltar o denigrar por principio tales tradiciones, poniéndolas como representación de todos los bienes (o males) constitucionales y políticos.

Tercero, *la compatibilización del estudio crítico de la jurisprudencia sobre las reformas constitucionales con una propuesta que permitiría superar su insuficiencia y poner de relieve la trascendencia institucional de un asunto soslayado por la dogmática nacional.*

El texto describe cómo los criterios que la Corte Constitucional ha empleado para examinar las reformas a la Constitución han sido insuficientes, incoherentes y poco consistentes en términos conceptuales e institucionales. Ello lo lleva a formular una sugerente propuesta en la que no solo los jueces constitucionales restringirían su examen a aquellos aspectos en los cuales haya realmente una pretensión de sustituir la Constitución —con lo cual se evitaría la banalización de dicho argumento—, que respeten la taxatividad de los límites materiales y, de este modo, custodien los elementos realmente esenciales de nuestra forma política.

Para que dicha propuesta sea materializable, se precisa una reingeniería institucional en la que la Corte Constitucional se inhiba de ejercer un control

de aquellas decisiones populares que, como el referendo o la Constituyente, estarían dotadas de una perentoria legitimación ciudadana.

De este modo, partiendo de la base de que la democracia es el autogobierno de los ciudadanos, la propuesta del trabajo *Constitución popular; no judicial. Una teoría democrática del control de constitucionalidad de las reformas a la Constitución en Colombia* es un oportuno llamado para que los jueces constitucionales se tomen la democracia en serio.

IVÁN GARZÓN VALLEJO
Bogotá, 21 de octubre de 2013

ÍNDICE GENERAL

| | PÁG. |
|-----------------------|------|
| Agradecimientos | VII |
| Prólogo..... | XI |

INTRODUCCIÓN

| | |
|---|---|
| 1. La reforma a la Constitución en cuatro casos | 1 |
| 2. Presentación del problema y plan de trabajo | 3 |

CAPÍTULO I

LA CONSTITUCIÓN “A LA CARTA”

| | |
|---|----|
| 1. Introducción | 11 |
| 2. El control de constitucionalidad sobre reformas constitucionales en Colombia..... | 12 |
| A) La reforma constitucional en la Constitución de 1991: “aquí el pueblo gobierna” | 12 |
| B) El control de constitucionalidad de reformas: de la autorrestricción al activismo judicial | 16 |
| C) Los riesgos de la nueva tesis: la defensa de la Corte y de la doctrina | 24 |
| D) Los peligros persisten: la dificultad jurídica y el reparo supercontramayoritario | 27 |
| a) El problema jurídico | 28 |
| b) El reparo político | 38 |
| 3. ¿Más democracia y menos liberalismo? O ¿menos democracia y más liberalismo?..... | 42 |
| A) La democracia sustancial | 44 |
| B) La democracia popular | 46 |
| C) La democracia deliberativa | 49 |
| 4. Recapitulación..... | 51 |

CAPÍTULO II

LA DEMOCRACIA EN SERIO:
EL CASO NORTEAMERICANO

| | PÁG. |
|--|------|
| 1. Introducción | 53 |
| 2. El pueblo es el soberano, los constituidos sus sirvientes | 56 |
| 3. “Una Constitución es lo que estamos reformando”: el difícil proceso | 59 |
| A) El procedimiento de enmienda: un balance entre lo federal y lo federado | 59 |
| B) Los límites procesales a la reforma | 60 |
| 4. El verdadero campo de batalla: ¿límites materiales al poder de enmienda? | 64 |
| A) Límites materiales explícitos: la defensa del federalismo..... | 67 |
| B) Inexistencia de cláusulas pétreas: la lógica formal cede ante el pueblo | 69 |
| C) Democracia de valores, democracia popular o democracia de discusión: el problema de los límites materiales implícitos | 71 |
| a) La democracia no todo lo puede: los fundacionalistas | 73 |
| b) El pueblo es el soberano, no así los jueces: los monistas y los dualistas | 89 |
| 5. Conclusiones parciales..... | 109 |

CAPÍTULO III

LAS MAYORÍAS PUEDEN EQUIVOCARSE
(PERO NO SIEMPRE):
LA LEY FUNDAMENTAL DE BONN

| | |
|---|-----|
| 1. Introducción | 113 |
| 2. Alemania, un pueblo que se ata a sí mismo: la Ley Fundamental de Bonn | 117 |
| A) La debacle de la República de Weimar | 118 |
| B) Un orden objetivo de valores: la Ley Fundamental | 123 |
| a) Los orígenes de la Ley Fundamental | 124 |
| b) “La Constitución de los Derechos”..... | 125 |
| c) Las reformas en la Ley Fundamental..... | 127 |
| d) El Tribunal Constitucional Federal | 129 |
| 3. La defensa democrática de los principios y valores | 132 |
| A) La reconstrucción alemana: el regreso al derecho natural y a los límites implícitos a las mayorías | 136 |

| | PÁG. |
|---|------|
| B) La caída de la Cortina de Hierro y la integración europea..... | 146 |
| C) Los derechos en tiempos de inseguridad: la ratificación del Tribunal como órgano constituido sometido a la Ley Fundamental..... | 151 |
| 4. El juez constitucional alemán: Ulises se ata, pero no se estrangula | 157 |

CAPÍTULO IV

MENOS DESCONFIANZA, MÁS DEMOCRACIA:
AL RESCATE DEL ESPÍRITU DE LA CONSTITUCIÓN

| | |
|--|-----|
| 1. Breve recapitulación | 165 |
| 2. Entre la Constitución y el pueblo no puede interponerse ni una senten- cia judicial. Acerca de una precisión teórica previa..... | 170 |
| 3. El control popular de constitucionalidad de reformas constitucionales | 178 |
| A) La Corte debe atarse | 179 |
| B) El pueblo debe “atar” a la Corte: “el documento de un lego, no el contrato de un abogado” | 184 |
| 4. Reflexión final | 188 |
| Bibliografía | 193 |
| Índice de autores | 211 |

INTRODUCCIÓN

1. LA REFORMA A LA CONSTITUCIÓN EN CUATRO CASOS

El 9 de junio de 1868 se enmendó la Constitución de Estados Unidos por decimocuarta vez para prohibir la esclavitud, que años antes había obtenido el aval por la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos en el conocido caso *Dred Scott v. Sandford*¹ al declarar que una persona sí podía ser propiedad de otra. En la historia constitucional norteamericana, este proceso mediante el cual una enmienda deja sin efectos una postura jurisprudencial se ha dado en otras tres oportunidades². La posibilidad de que una enmienda pueda sobreponerse a una interpretación jurisprudencial obedece a tres motivos principales: en primer lugar, se parte del presupuesto según el cual la enmienda es el último recurso con el que cuenta el pueblo para modificar la Constitución por medios pacíficos. En segundo término, la palabra final sobre las decisiones más importantes de un Estado democrático —vertidas generalmente en una Constitución—, permanece en quien la redactó y no en un órgano constituido como una Corte o el Presidente. Finalmente, ningún órgano constituido (ni siquiera la Corte Suprema de Justicia) puede controlar la enmienda a la Constitución (menos aun si es para dejar sin efecto alguno las propias tesis jurisprudenciales de la Corte) porque, de lo contrario, el juez tendría un interés directo y particular en las resultas del proceso.

En 1974 la Corte Suprema de Justicia de la India en el caso *Kesavananda Bharati v. State of Kerala*³, precisó su línea jurisprudencial iniciada en 1967 en el sentido de advertir que la Constitución de 1950 tiene

¹ Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos de América, sent. de 6 marzo 1857. 60 U.S. 393, 1857.

² Cfr. AKHIL AMAR, *America's Constitution: A Biography*, Nueva York, Random House, 2006, págs. 332, 405-409, 446 y 597. En el segundo capítulo, se hará una referencia más específica de estos tres casos adicionales.

³ Corte Suprema de Justicia, de la India, sent. de 24 abril 1973. AIR 1973 SC 1461. Disponible en <http://judis.nic.in/supremecourt/imgs1.aspx?filename=29981> Fecha de consulta: 13 diciembre 2012.

una “estructura básica” implícita que no puede ser eliminada ni siquiera mediante de una reforma constitucional. En ese orden de ideas, ese Tribunal podía declarar inconstitucionales aquellas reformas aprobadas por el Parlamento que suprimieran los elementos básicos implícitos que son determinados por el juez. Años más tarde, en 1976, se propuso una reforma constitucional para evitar que la Corte continuara con esa tesis, es decir, con el análisis de la estructura básica. Esa reforma fue declarada inconstitucional en 1980 en el caso *Minerva Mills v. Union of India*⁴ en la medida en que, según la Corte, uno de los elementos que compone la estructura básica de la Constitución de la India es la posibilidad de que un juez controle la constitucionalidad de una enmienda que puede llegar a violar elementos implícitos.

En 1995 se reformó el artículo 147 de la Constitución de Nicaragua y se dispuso que no podría ser elegido nuevamente Presidente de la República quien hubiese ejercido la presidencia por más de dos períodos. Ante la negativa del Consejo Supremo Electoral de permitir la inscripción como candidato de una persona que había ejercido la presidencia en más de dos períodos, se interpuso un amparo en el que se solicitaba que se inaplicara el nuevo artículo 147 por violar principios fundamentales de la Constitución de Nicaragua como el de igualdad, soberanía popular y el derecho a elegir y ser elegido, acción decidida el 30 de septiembre de 2010 por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua⁵. En esa providencia el Alto Tribunal estimó que el artículo 147 constitucional debía ser *inaplicado con efecto erga omnes*, en la medida que constituye una discriminación porque viola el principio de igualdad (art. 27), en tanto que, según esa disposición, “todos” son iguales ante la ley y por eso gozan de los mismos derechos políticos. Así, según ese Tribunal, el artículo 147 de la Constitución resulta ser inconstitucional por violación de otras normas constitucionales.

En 1991 se expide una nueva Constitución para la República de Colombia que a la postre derogarí la centenaria Carta de 1886. Una de las principales motivaciones para el cambio de Constitución era que el texto de 1886 en su artículo 218 (reformado en 1957) confería el poder de reforma únicamente al Congreso de la República. Ese monopolio resultaba ser altamente problemático en un contexto en el cual la ciudadanía

⁴ Corte Suprema de Justicia de la India, sent. de 31 julio 1980. AIR 1980 SC 1789. Disponible en <http://judis.nic.in/supremecourt/imgs1.aspx?filename=4488> Fecha de consulta: 13 diciembre 2012.

⁵ Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, sent. 6 de 30 septiembre 2010.

consideraba necesario un cambio de Constitución. Ante el cierre de las vías jurídicas, la creación de la nueva Carta Política se hizo recurriendo a un mecanismo informal (no regulado): Asamblea Nacional Constituyente. La convocatoria a esta asamblea fue declarada constitucional por la Corte Suprema de Justicia porque, en su sentir, se trataba de una expresión democrática del poder constituyente primario que no tiene límites⁶. Para impedir que una situación de bloqueo se repitiese, la Constitución de 1991 estableció múltiples mecanismos de participación popular. En desarrollo de esta idea, los mecanismos de reforma constitucional se ampliaron y, en consecuencia, al tradicional acto legislativo tramitado y aprobado por el Congreso, se añadieron dos modalidades de cambio constitucional en las cuales la ciudadanía tiene una participación directa (referendo y Asamblea nacional constituyente). Por último, en el año 2003⁷ la Corte Constitucional de Colombia determinó que ninguno de los tres mecanismos de reforma constitucional puede eliminar elementos de la esencia de la Constitución, elementos que a su turno son definidos por el propio Tribunal Constitucional⁸. En aplicación de esta nueva tesis, esa Corporación señaló en 2005 que una sola reelección presidencial no elimina elementos esenciales de la Carta, pero cinco años después dijo que la posibilidad de dos períodos adicionales para el Presidente sí lo hacía, a pesar de que no se le otorgaban nuevas funciones⁹.

2. PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA Y PLAN DE TRABAJO

Los cuatro casos que se acaban de reseñar comparten una problemática común que se puede resumir con la siguiente pregunta: ¿quién tiene la última palabra en asuntos constitucionales en un Estado *constitucional y democrático*? En otros términos, se trata de definir la suerte de la clásica tensión entre democracia y constitucionalismo. Como señala RAWLS, la

⁶ Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala Plena, sent. de 9 noviembre 1990, núm. 138, exp. 2214 (351-E). MM. PP. Hernando Gómez Otálora y Fabio Morón Díaz.

⁷ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-551 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

⁸ Como se verá después, esta postura tendría un pequeño matiz en la sentencia C-1040 de 2005. M.M. P.P. Manuel José Cepeda, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy, Humberto Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas.

⁹ Comparar la sentencia C-1040 de 2005. MM. PP. Manuel José Cepeda, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy, Humberto Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas, con la sentencia C-141 de 2010 M. P. Humberto Sierra Porto.

democracia es un mecanismo de toma de decisiones valioso pues otorga un igual trato (principio de igual participación) a todas las personas, permitiéndole a la ciudadanía opinar y decidir sobre su destino¹⁰. El meollo del asunto radica en que por medio de esas determinaciones democráticas existe la posibilidad de sustraer del poder decisorio de la misma mayoría, ciertos principios que se consideran esenciales (p. ej. los derechos) y esas limitaciones —que usualmente se incluyen en las constituciones— implican una restricción necesaria al principio de igual participación en tanto que se busca salvaguardar algunos derechos muy importantes para un Estado constitucional (principio de defensa de los derechos)¹¹.

Este problema se hace sentir con una fuerza especial en lo referente a las reformas constitucionales. En efecto, uno de los paradigmas del Estado constitucional de la segunda posguerra es la rigidez de las constituciones, lo cual significa que sus modificaciones formales deben ser aprobadas con mayorías más amplias que las exigidas para una ley ordinaria¹². Por lo tanto, se trata de decisiones que en principio son más democráticas por ser extraordinarias¹³. No obstante, al momento de tomar esa decisión supermayoritaria —por ejemplo al redactar una nueva Constitución— se excluyen para el futuro ciertas opciones que no pueden ser escogidas ni siquiera por esa mayoría especial. En los términos de la Teoría de la Constitución, cuando el constituyente primario redacta un texto constitucional, limita el poder de reforma mediante diversas restricciones¹⁴. Así por ejemplo, (i) en el caso colombiano, la Carta de 1991 consagra una serie de limitaciones de orden formal para la reforma (límites formales

¹⁰ Cfr. JOHN RAWLS, *Teoría de la justicia*, trad. de María Dolores González, México, Fondo de Cultura Económica, 1993, pág. 258.

¹¹ *Ibidem*, págs. 258-259.

¹² Es lo que se conoce como rigidez. Al respecto véase el libro de JAMES BRYCE, *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962. Así, por ejemplo, el art. 79 de la Ley Fundamental de Bonn exige más requisitos para su reforma que los necesarios para la aprobación de una ley ordinaria. Eso mismo puede verse en el artículo V de la Constitución de Estados Unidos.

¹³ Cfr. BRUCE ACKERMAN, “The Storrs Lectures: Discovering the Constitution” en *The Yale Law Journal* 93, 6 (mayo, 1984), pág. 1022. Este artículo fue incorporado luego a su libro, *We the people. Foundations*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 1991.

¹⁴ Al respecto véase a PEDRO DE VEGA en la introducción al libro de GONZALO RAMÍREZ CLEVES, *Límites de la reforma constitucional en Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, págs. 17-24. A lo largo del texto el profesor RAMÍREZ CLEVES trata de perfilar esos límites a la reforma de la Constitución.

expresos al poder de reforma); y (ii) la Ley Fundamental de Bonn, en la famosa cláusula de eternidad (art. 79.3), prohíbe la eliminación de varios elementos como el federalismo, la dignidad humana y los derechos fundamentales.

En resumen, se puede afirmar que existe una relación inversamente proporcional entre el principio de participación y el principio de protección de las libertades o derechos: a mayor número de cuestiones inderogables por la mayoría, menor será el ámbito de decisión democrática al existir más “cotos vedados” y, viceversa, a menor cantidad de temas “indecidibles” por la mayoría, el campo de acción de ésta se incrementa¹⁵.

Ahora bien, lo anterior no se puede reducir a un mero problema de técnica o de prevalencia porque la protección de ambos principios es razonable. Tanto el principio de participación como el principio de protección de ciertas libertades tienen fundamentaciones claras: el primero de ellos parte de la base de que los Estados son democráticos y existen por la voluntad de las personas. Así mismo, se dice que la democracia es un mecanismo para tomar decisiones que tiene un valor sustancial (es intrínsecamente valioso) porque reconoce la dignidad de la ciudadanía al suponer que esta es racional (y razonable) y puede tomar las riendas de su propio destino por medio de la deliberación. Por otro lado, la protección de ciertas libertades se fundamenta en que hay elementos intocables que son presupuestos de la misma democracia (como, por ejemplo, el derecho a la libertad de opinión) y, en consecuencia, no pueden ser eliminados por una decisión mayoritaria, porque significaría la negación misma de la democracia. A su vez, estos elementos esenciales no pueden ser custodiados por la mayoría que eventualmente los puede suprimir, sino por un tercero imparcial.

El quid del asunto, como bien señalan RAWLS y BAYÓN, es de grado, esto es, hasta dónde debe llegar el alcance del principio de participación frente al de protección de las libertades, de tal modo que no se anulen entre sí¹⁶. Nuevamente, se trata de determinar el alcance de la expresión Estado *democrático* (soberanía popular) y *constitucional* (protección judicial de ciertos derechos aun frente a las mayorías).

¹⁵ Cfr. JOHN RAWLS, *op. cit.*, pág. 259 y JUAN CARLOS BAYÓN, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en MIGUEL CARBONELL y LEONARDO GARCÍA (Eds.), *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, pág. 423.

¹⁶ JOHN RAWLS, *op. cit.*, págs. 264-265 y JUAN CARLOS BAYÓN, *op. cit.*, págs. 452 y 473.