

---

# *Petrificando la rama judicial en Colombia: autointerés judicial y control de constitucionalidad inapropiado de reformas constitucionales a la justicia*

## *The petrification of the judiciary in Colombia: Judicial self-interest and inappropriate judicial review of amendments to the judicial branch*

Vicente F. Benítez-R.\*

*This article analyzes the judicial review of constitutional amendments aimed at modifying the judiciary in Colombia. It holds that when the Supreme Court of Justice (under the previous Constitution) and the Constitutional Court (under the Constitution currently in force) have quashed acceptable amendments to the judiciary, they have probably exercised such a review in a self-interested way, that is, in a non-impartial manner. Building upon the notion of “inappropriate judicial review,” the article argues that this potential lack of impartiality deepens traditional objections associated with judicial review of amendments (like democratic, interpretive and petrification issues) and undermines courts’ credibility before public opinion, thus risking their independence. After diagnosing this constitutional pathology and showing it has spread to some other jurisdictions, this research suggests that judicial review of amendments should continue in place to neutralize abusive constitutional*

\* Profesor de Derecho Constitucional y Comparado, Universidad de La Sabana, Chía, Colombia. E-mail: [vicente.benitez@unisabana.edu.co](mailto:vicente.benitez@unisabana.edu.co). Agradezco los comentarios de Anamaría Quintana Cepeda, de Fabio Pulido y de los dos evaluadores anónimos.

*changes. Nevertheless, regarding reasonable amendments to the judicial branch, it proposes a set of institutional and behavioral alternatives that could help mitigate the difficulties that underly a judicial scrutiny of a constitutional amendment that impacts the judges in charge of such a scrutiny.*

Keywords: constitutional amendments, Constitutional Court of Colombia, judicial branch, judicial review, Supreme Court of Colombia.

*Este artículo estudia el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales que modifican la rama judicial en Colombia y sostiene que la Corte Suprema de Justicia (bajo la anterior Constitución) y la Corte Constitucional (bajo la vigente), al declarar la inconstitucionalidad de reformas al judicial aceptables pero que han impactado a esas dos instituciones, probablemente han actuado con autointerés, esto es, de forma parcializada. Con base en la idea de “control judicial inapropiado”, se argumenta que esta posible ausencia de imparcialidad profundiza problemas tradicionales del control de las reformas (problemas democráticos, interpretativos y de petrificación) y socava la credibilidad de las cortes ante la opinión pública, poniendo en riesgo su independencia. Luego de diagnosticar esta patología constitucional y de mostrar que se ha producido también en otras jurisdicciones, el artículo sugiere que el control de reformas al judicial debe continuar para evitar la implementación de cambios constitucionales abusivos. Sin embargo, frente a aquellas modificaciones razonables propone una serie de alternativas institucionales y de actitud que podrían mitigar las dificultades inherentes a un escrutinio judicial a las reformas constitucionales que afectan a los jueces que las controlan.*

Palabras clave: control de constitucionalidad, Corte Constitucional de Colombia, Corte Suprema de Colombia, rama judicial, reformas constitucionales.

## 1. Introducción

La doctrina del derecho constitucional comparado usualmente retrata a la Corte Constitucional de Colombia (en adelante CCC o la Corte) como un tribunal exitoso y muy fuerte que ha protegido la democracia constitucional, entre otros, por medio de su doctrina de la sustitución.<sup>1</sup> Es bien conocido el caso de la segunda reelección

<sup>1</sup> La doctrina colombiana de la sustitución constitucional establece que una reforma constitucional puede modificar, pero no sustituir o reemplazar la Constitución. Una reforma sustituye la Constitución totalmente cuando la deroga en su integridad, o parcialmente cuando elimina uno de los elementos implícitos de su esencia y que le dan su identidad. La CCC está a cargo de determinar si una reforma elimina uno de los elementos de la esencia de la Constitución y, por tanto, la sustituye. Ver, al respecto, Corte Constitucional [C.C.], 19 de octubre de 2005, Sentencia C-1040/05 (Colom.). Una crítica a su aplicación indiscriminada puede verse en Diego Moreno-Cruz, *El deber de la Corte de autocontrolar la constitucionalidad de sus actos de control por vicios de competencia*, en EL ESTADO CONSTITUCIONAL EN JAQUE. EL ESTADO CONSTITUCIONAL EN PERÍODOS DE TRANSICIÓN, 83 (Floralba Padrón & Magdalena Correa, eds., 2018) y en Milton Ramírez-Jiménez & Paulo Arboleda, *La sustitución de la constitución en Colombia: alcances y límites*, en EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EPISODIOS: ACERCA DEL CONTROL CONSTITUCIONAL COMO LÍMITE AL PODER, 159 (Milton Ramírez-Jiménez ed., 2020).

presidencial que le impidió al presidente de turno permanecer en el poder por más de dos periodos.<sup>2</sup> A pesar de que es innegable que la CCC efectivamente protegió la democracia con esta decisión, esta imagen de éxito institucional total puede ser una idealización. Como cualquier institución humana, la CCC es falible<sup>3</sup> e, incluso en el ámbito de su teoría de la sustitución, ha proferido sentencias muy cuestionables. Más concretamente, en el año 2016, la CCC declaró la inconstitucionalidad de dos apartados de una reforma constitucional dirigida a modificar la rama judicial de una manera razonable (*i.e.*, una reforma que no era abusiva, ni producía una erosión a la democracia), reforma que fue aprobada para, entre otras cosas, enfrentar la corrupción en la que se vio envuelta la Corte y su presidente de ese entonces.<sup>4</sup> Para muchos analistas, en estas sentencias la Corte empleó erróneamente la teoría de la sustitución, cerró indebidamente espacios democráticos de reforma constitucional necesarios para ajustar los arreglos institucionales y, simplemente, defendió el *statu quo* judicial de manera parcializada.<sup>5</sup>

El caso de la CCC no es aislado. La Corte Suprema de Justicia de Colombia (en adelante CSJ), predecesora de la CCC antes de 1991, también invalidó dos reformas constitucionales que, en principio, no constituían reformas abusivas y que modificaban la justicia en una dirección aceptable.<sup>6</sup> En otras jurisdicciones como en la India, Bangladesh o Argentina, jueces han anulado reformas constitucionales al judicial razonables y han sido criticadas desde la academia por adoptar una posición autointeressada cuyo objetivo es reafirmar una suerte de supremacía judicial sobre las otras ramas del poder.<sup>7</sup>

El control judicial de reformas constitucionales no abusivas a la rama judicial es un asunto muy relevante, pero que no ha recibido mayor atención por parte de la

<sup>2</sup> Sobre el éxito institucional de la CCC en general, ver Manuel J. Cepeda-Espinosa, *The Judicialization of Politics in Colombia: The Old and the New*, en *THE JUDICIALIZATION OF POLITICS IN LATIN AMERICA*, 67, 68 (Rachel Sieder *et al.* eds., 2005) (señalando que la Corte se ha convertido en un actor fundamental en el sistema político con una influencia permanente en este); David Landau, *Political Institutions and Judicial Role in Comparative Constitutional Law*, 51 *HARV. INT'L L. J.* 319, 339 (2010) (sosteniendo que la CCC es una de las más fuertes del mundo); Stephen Gardbaum, *What Makes for More Or Less Powerful Constitutional Courts*, 29 *DUKE J. COMP. & INT'L L.* 1, 7 (2018-2019) (resaltando el rol extraordinario que la Corte ha jugado en el proceso de paz gracias a su poder institucional). Sobre la correcta aplicación de la teoría de la sustitución en Colombia, véase a Rosalind Dixon & David Landau, *Transnational Constitutionalism and a Limited Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendment*, 13 *INT'L J. CONST. L.* 606 (2015); Samuel Issacharoff, *Courts as Guarantors of Democracy*, en *CONSTITUTIONALISM: OLD DILEMMAS, NEW INSIGHTS*, 123, 131-133 (Alejandro Linares-Cantillo *et al.* eds., 2021).

<sup>3</sup> Sobre la falibilidad de las constituciones, ver ALEXANDER HAMILTON, *THE FEDERALIST* No. 85, 439 (Ian Shapiro ed., 2009). Por su parte, la distinción entre definitividad e infalibilidad en el ámbito judicial fue célebremente desarrollada por H.L.A. HART, *EL CONCEPTO DE DERECHO* 176-83 (Genaro Carrió trad., 1998).

<sup>4</sup> Ver sección 2.2., *infra*.

<sup>5</sup> *Id.*

<sup>6</sup> Ver sección 2.1., *infra*.

<sup>7</sup> Ver sección 3.2., *infra*.

doctrina.<sup>8</sup> Además de los tradicionales reparos interpretativos, democráticos y de petrificación al escrutinio judicial de las reformas, el juez constitucional pierde su posición de tercero imparcial y, con ello, se puede afectar también su credibilidad institucional al presentarse como una institución intocable interesada en su mera preservación, como en efecto ocurrió en algunos de los casos que se estudian más adelante. Con todo, una ausencia total de supervisión judicial a las reformas también genera problemas porque puede ser aprovechada por gobernantes abusivos para proponer enmiendas cuyo propósito sea la neutralización y desmantelamiento de cualquier control judicial, como lo atestigua el caso de Hungría.<sup>9</sup>

En el marco de ese dilema sobre cómo controlar la constitucionalidad de las reformas no abusivas que modifican la rama judicial, este escrito presenta dos argumentos para poder resolverlo a la luz del caso de Colombia. Primero, y desde una perspectiva conceptual, se argumentará que categorías tradicionales que se usan para calificar normativamente ejercicios de control de constitucionalidad como exitosos o abusivos, no logran capturar hipótesis intermedias como la del control judicial autointeresado de reformas razonables a la judicatura. Por ello, se propondrá una tercera tipología que se denominará “control constitucional de reformas inapropiado” que es capaz de identificar casos como el que se plantea en este artículo. Esta identificación, a su vez, es fundamental para dar respuesta al dilema reseñado porque, a partir de ella, se puede concluir que el nivel de escrutinio judicial a reformas razonables que cambian la jurisdicción debe ser distinto al control de reformas abusivas que buscan minar la democracia constitucional.

Segundo, y desde un punto de vista práctico y de diseño constitucional, el artículo sugerirá una serie de alternativas institucionales y de conducta judicial que procuran conciliar la necesidad de una supervisión judicial que contenga impulsos abusivos instrumentalizados por la vía de la reforma a la judicatura, pero que, simultáneamente, permita la implementación de reformas legítimas a la rama judicial. Concretamente, se propondrá (i) la aplicación de un régimen de conflictos de interés y la designación de jueces *ad hoc*; (ii) la exigencia de supermayorías para declarar la inconstitucionalidad de reformas al judicial; y (iii) la apertura de la Corte al diálogo que se puede operacionalizar mediante teorías como la del desmembramiento constitucional y el ejercicio de un control más sensible a la necesidad humana de modificar las instituciones, entre ellas la rama judicial.

Para desarrollar estos dos argumentos, este documento está dividido en cuatro secciones. Primero, se examinarán cuatro sentencias de la CSJ y de la CCC para mostrar

<sup>8</sup> Aunque es cierto que la doctrina sobre el control de reformas constitucionales en Colombia se ha ampliado en términos generales, las reflexiones académicas sobre el control de constitucionalidad de reformas que alteran la rama judicial son aún muy escasas. Ver, sobre este punto, lo que dice Mario Cajas-Sarria, *Defending the Judiciary? Judicial Review of Constitutional Amendments on the Judiciary in Colombia*, en *COMPARATIVE CONSTITUTIONAL HISTORY*, 226, 238 (Francesco Biagi et al. eds., 2020). En un sentido similar, Abeyratne señala que casos de control de reformas al judicial en el sur de Asia exige estudios más prácticos que los que se han intentado hasta el momento. Rehan Abeyratne, *Giving Structure to the Basic Structure Doctrine*, 1 *INDIAN L. REV* 182, 188 (2017).

<sup>9</sup> Ver Gábor Halmai, *Unconstitutional Constitutional Amendments: Constitutional Courts as Guardians of the Constitution?*, 19 *CONSTELLATIONS* 182, 199 (2012).

una constante del constitucionalismo colombiano: varias de las más importantes reformas constitucionales a la rama judicial en Colombia han naufragado debido a una posible actitud autointeresada de las cortes. En esta primera parte se sostiene una hipótesis y es que los jueces a cargo del control de constitucionalidad han empleado inapropiadamente el control de las reformas como un arma para su mera preservación, es decir, independientemente de si las reformas analizadas afectaban o no valores constitucionales. Para soportar esa hipótesis, se recurre a una metodología dogmática (se compara la aplicación de la doctrina de la sustitución con el estándar de control previamente definido en el precedente constitucional) y sociológica (se examina la reacción de doctrinantes y de actores políticos frente a las decisiones del juez).

Luego de mostrar este problema en Colombia, se estudiarán los retos particulares que supone el control de reformas al poder judicial, se expondrán las razones por las cuales conceptos tradicionales como control exitoso o control abusivo no logran dar cuenta de fenómenos de control inapropiado como el que ha ocurrido en Colombia y en otros lugares del mundo, y se propondrá la idea de “control de constitucionalidad inapropiado” para detectar este problema. Tercero, se explicarán las alternativas de diseño y de conducta judicial para armonizar la exigencia de controlar las reformas que pretendan subyugar a los jueces y la posibilidad de efectuar reformas razonables a la rama judicial. Por último, el artículo concluye con algunas reflexiones que invitan a ser cautos con ciertas doctrinas que otorgan un rol privilegiado a los jueces (como la del constitucionalismo transformador y la de la sustitución) y que idealizan a ciertas cortes (como la CCC).

## 2. Una patología constitucional en Colombia: la irreformabilidad de la rama judicial

La discusión sobre la existencia de una reforma constitucional inconstitucional en Colombia no es nueva. Bajo la Constitución anterior (1886), este debate inició en los años cincuenta del siglo XX. En 1978, la CSJ, que estaba a cargo en ese entonces del control constitucional, estudió la constitucionalidad de una reforma a la justicia y no solo estableció que tenía la competencia para declarar su inconstitucionalidad, sino que, por primera vez en la historia del derecho constitucional contemporáneo, anuló una reforma constitucional en su integridad por vicios de competencia.<sup>10</sup> Tres años después, la CSJ repetiría la fórmula: en 1981 invalidó una reforma constitucional que cambió aspectos fundamentales de la jurisdicción por vicios de procedimiento.<sup>11</sup>

Más de treinta años después, y ya con una nueva Constitución (1991), una situación semejante volvería a ocurrir. En el año 2016, la CCC profirió dos providencias por las cuales concluyó que dos importantes secciones de una reforma constitucional a la

<sup>10</sup> Corte Suprema de Justicia [C.S.J.], 5 de mayo de 1978, M.P: José Velasco, Gaceta Judicial [G.J.] (No. 2397) (Colom.).

<sup>11</sup> Corte Suprema de Justicia [C.S.J.], 3 de noviembre de 1981, M.P: Fernando Uribe, Gaceta Judicial [G.J.] (No. 2405) (Colom.).

justicia eran inconstitucionales.<sup>12</sup> Nuevamente se escucharon voces críticas desde el mundo de la política y la academia en relación con estas decisiones ya que se afirmaba que la Corte había actuado de forma interesada para proteger el establecimiento judicial frente a reformas perfectamente aceptables y que las cortes se opondrían a cualquier propuesta de cambio constitucional a la justicia.<sup>13</sup> Estas cuatro decisiones pueden leerse como una radiografía que muestra una suerte de patología constitucional: aquellas reformas que razonablemente reducen o transfieren los poderes de las Cortes Suprema y Constitucional, incluso si son compatibles con la Constitución, están llamadas al fracaso.

El argumento que se sostendrá en esta primera parte es que una de las razones detrás del fracaso es la posible presencia de un espíritu de cuerpo o gremialista al interior de la CSJ y la CCC en el que el objetivo del control de reformas a la justicia es, fundamentalmente, la preservación del estado de cosas judicial.<sup>14</sup> Para sustentar este argumento, se adoptarán dos perspectivas de legitimidad.<sup>15</sup> En primera instancia, y desde el punto de vista de la legitimidad jurídica (o dogmática), se mostrará que el juez constitucional en este tipo de decisiones no ha sido consistente con el estándar de control judicial definido en decisiones anteriores lo cual genera dudas razonables sobre su proceder estrictamente jurídico. Segundo, y desde la legitimidad sociológica, se expondrá la manera en la cual importantes actores jurídicos y políticos reaccionaron desfavorablemente a estas sentencias y adujeron que estos pronunciamientos se motivaron en el interés meramente gremialista o corporativista por parte de las cortes a cargo del control de constitucionalidad de las reformas que las afectaban.<sup>16</sup>

## 2.1. Las reformas constitucionales a la justicia bajo la Constitución de 1886: una Corte que le da la espalda a la realidad

Luego de la caída de la dictadura del General Gustavo Rojas en 1957, se reformó la justicia para, entre otros, aislar la jurisdicción y la CSJ de la indebida influencia de la política. El modelo judicial de aislamiento aprobado por esa reforma tenía tres pilares: (i) los magistrados de la CSJ tendrían un periodo vitalicio y conservarían el poder de controlar la constitucionalidad de las normas; (ii) estos mismos magistrados elegirían a sus sucesores (a esto se le llamó cooptación); y (iii) las decisiones sobre vacantes y promociones de los jueces ubicados en los niveles inferiores de la jurisdicción estarían a cargo de la CSJ.<sup>17</sup>

<sup>12</sup> Corte Constitucional [C.C.], 1 de junio de 2016, Sentencia C-285/16 (Colom.); Corte Constitucional [C.C.], 13 de julio de 2016, Sentencia C-373/16 (Colom.).

<sup>13</sup> Ver sección 2.2., *infra*.

<sup>14</sup> La expresión “espíritu de cuerpo” la usa Mario Cajas-Sarria, *Lessons from the History of Courts on the Review of Constitutional Amendments in Colombia*, en GLOBAL LEGAL HISTORY. A COMPARATIVE LAW PERSPECTIVE 87, 94 (Joshua C. Tate *et al.* eds., 2018).

<sup>15</sup> Ver, al respecto, Richard H. Fallon, *Legitimacy and the Constitution*, 118 HARV. L. REV. 1787 (2005).

<sup>16</sup> Este autointerés corporativista del judicial parece ser una constante del constitucionalismo latinoamericano. Ver Felipe Sáez-García, *The Nature of Judicial Reform in Latin America and Some Strategic Considerations*, 3 AM. U. INT'L L. REV. 1267, 1307-1314 (1997-1998).

<sup>17</sup> D. 251/1957, 9 de octubre de 1957, DIARIO OFICIAL [D.O.] art. 1. Ver también Cajas-Sarria, *supra* nota 14, en p. 94.

La resistencia de la CSJ a cualquier modificación de este arreglo y su simpatía en relación con aquellas reformas que aumentasen su poder, se haría patente en varias oportunidades. Desde la década de los cincuenta y hasta finales de los setenta, la CSJ había sostenido consistentemente que no tenía competencia para revisar la constitucionalidad de las reformas a la Constitución (aunque reconoció la posibilidad teórica de una reforma constitucional inconstitucional). La Corte usó estratégicamente esa falta de jurisdicción en dos tipos de reforma constitucional. Por una parte, respecto de aquellas reformas que no modificaban la justicia (esto es, que no afectaban a la CSJ) pero que eran respaldadas por actores importantes, la Corte arguyó que no tenía competencia para revisar enmiendas. De esta manera, la CSJ logró prevenir cualquier reacción adversa por parte de actores políticos que apoyaban estas reformas.<sup>18</sup>

Por otro lado, en 1971 la CSJ abordó la posible inconstitucionalidad de una reforma aprobada en 1968 que planteaba la creación de una Corte Constitucional a la cual se le transferiría el poder de control constitucional que tenía hasta ese momento la CSJ. Durante el trámite en el Congreso de esta reforma, la CSJ se opuso férreamente a la institución de una Corte Constitucional al argumentar que habría una violación a la independencia judicial.<sup>19</sup> La propuesta de una Corte Constitucional finalmente naufragó. Y por el contrario: los poderes de control judicial de la CSJ se incrementaron y, a la par, se aumentaron también muy drásticamente los poderes del presidente.<sup>20</sup> La tesis de la falta de competencia para supervisar las reformas constitucionales le fue útil en este caso a la Corte porque logró reforzar el *statu quo* judicial, aún a expensas de la creación una oficina presidencial “cuasiautointerés”.<sup>21</sup>

Tiempo después, en 1977 y con el auspicio del presidente Alfonso López-Michelsen, el Congreso aprobó una reforma que modificaba el modelo judicial de aislamiento por primera vez desde 1957. Uno de sus objetivos era el cambio de la cláusula de reforma constitucional contenida en el artículo 218 que establecía que “solo” el Congreso podía aprobar reformas constitucionales. Así, la reforma de 1977 estableció que el Congreso podía delegar su poder en una asamblea nacional constituyente elegida por el pueblo para modificar ciertos aspectos de la Constitución.<sup>22</sup> La idea era que la asamblea reformara, entre otros asuntos, la justicia. En concreto, se planteaba la reforma de dos de los tres pilares del modelo de aislamiento ya mencionados. Se pretendía, entre otros, introducir una Corte Constitucional a cargo del control constitucional y crear un Consejo Superior de la Judicatura con funciones de gobierno (reclutamiento y ascenso de jueces inferiores) y disciplinarias incluso frente a magistrados de la Suprema.<sup>23</sup> En resumen, la reforma buscaba alterar el *statu quo* judicial.

<sup>18</sup> I MARIO CAJAS-SARRIA, LA HISTORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. 1886-1991, 383 (2015).

<sup>19</sup> Jorge González-Jácome. ¿Para qué una Corte Constitucional en la Colombia de 1968? Reflexiones en torno a la tensión de los poderes públicos, en JUSTICIA CONSTITUCIONAL. EL ROL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN EL ESTADO CONTEMPORÁNEO 47, 59-60 (Ricardo Sanín-Restrepo, ed., 2006).

<sup>20</sup> Ver HERNANDO VALENCIA-VILLA, CARTAS DE BATALLA: UNA CRÍTICA DEL CONSTITUCIONALISMO COLOMBIANO 163-4, 166 (1987); HERNANDO YEPES-ARCILA, LA REFORMA CONSTITUCIONAL Y EL RÉGIMEN POLÍTICO COLOMBIANO 65, 380, 399-400 (1974).

<sup>21</sup> VALENCIA-VILLA, *supra* nota 20, en pp. 163-164.

<sup>22</sup> Acto Legislativo [A.L.] 2/1977, 23 de diciembre de 1977, DIARIO OFICIAL [D.O.]

<sup>23</sup> Cajas-Sarria, *supra* nota 8, en pp. 232-233.

A pesar de que la reforma no modificaba directamente la justicia, sino que delegaba esa función en una asamblea, desde el mismo comienzo de su trámite la CSJ adoptó una actitud defensiva dirigida a protegerse a sí misma. En una declaración impactante ante los medios de comunicación, el presidente de la CSJ rechazó la reforma porque, a su juicio, la creación de la Corte Constitucional y el Consejo de la Judicatura no se fundaba en razones sensatas y afectaría el poder de la Suprema.<sup>24</sup>

Gracias a la existencia de la acción pública de inconstitucionalidad, por la cual cualquier ciudadano puede demandar la constitucionalidad de las normas aprobadas por el Congreso, la CSJ conoció una petición para anular la reforma de López. Aprovechando un ambiente político propicio, en mayo de 1978 la CSJ modificó su precedente, sostuvo que sí tenía competencia para revisar la regularidad constitucional de una enmienda y concluyó que la reforma era inconstitucional con fundamento en dos razones. Primero, la Corte expresó que las reformas eran tipos especiales de leyes sometidas a control judicial. Segundo, y apoyándose en Carl Schmitt, aseguró que el Congreso no tenía la competencia para modificar la identidad política de la Constitución.<sup>25</sup> En tal sentido, delegar el poder constituyente que el constituyente originario le había delegado al Congreso, suponía un exceso de competencia que le permitiría al Congreso transformarse en órgano soberano al poder modificar los propios límites que le fijó el pueblo.<sup>26</sup>

El gobierno acató la sentencia y, debido a esto, esta reforma en principio razonable a la estructura de la justicia y *al statu quo* que apoyaba la Corte, se neutralizó. No obstante, en el aire quedó la sensación de que la CSJ había protegido sus propias prerrogativas sin considerar si quiera la reforma era constitucional o no.<sup>27</sup> En efecto, la enmienda no era manifiestamente irrazonable, no aumentaba el poder presidencial y simplemente pretendía convocar una asamblea democráticamente elegida que posiblemente introduciría órganos que existían desde hace tiempo en otras jurisdicciones.

Esa sensación se profundizó con el siguiente caso. El sucesor de López, Julio César Turbay, había tomado nota del fallo de 1978. En línea con su antecesor, consideraba que modificar la justicia era un imperativo, pero en lugar de una asamblea constituyente, Turbay presentó un proyecto de reforma que debía ser aprobado directamente por el Congreso siguiendo el precedente de 1978 que se acaba de examinar.

En ese sentido, el Congreso aprobó una reforma constitucional en 1979, reforma que alteraba de manera significativa el estado de cosas judicial. En esta enmienda se insistía en la necesidad de crear un Consejo Superior de la Judicatura encargado del gobierno

<sup>24</sup> Ver *Críticas a la reforma judicial*, EL TIEMPO (Bogotá), 19 de agosto de 1976, 8-A.

<sup>25</sup> Una crítica al uso de Schmitt en el control de la reforma en Colombia puede verse en David Dyzenhaus & Alma Diamond, *The Resilient Constitution*, en CONSTITUTIONALISM: OLD DILEMMAS, NEW INSIGHTS, 277, 286-8 (Alejandro Linares-Cantillo et al. eds., 2021).

<sup>26</sup> Corte Suprema de Justicia, *supra* nota 10.

<sup>27</sup> Cajas-Sarria, *supra* nota 8, en p. 232; 2 MARIO CAJAS-SARRIA, LA HISTORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA 1886-1991, 211-212 (2015). Seis años después, el malestar continuaba. El Ministro de Gobierno y profesor de Derecho Constitucional Jaime Castro promovió un proyecto de reforma constitucional para crear una Corte Constitucional como respuesta a la sentencia de 1978 que, según Castro, cerró las vías de la reforma. Jaime Castro, *Exposición del Sr. Ministro de Gobierno, Dr. Jaime Castro*, en ASPECTOS DEL CONTROL CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA 113, 117-119 (Carlos Restrepo-Piedrahita ed., 1984).

de la rama judicial. Asimismo, eliminaba la naturaleza vitalicia de las magistraturas de la CSJ y modificaba su modo de elección al disponer que si bien sus integrantes llenarían sus propias vacantes, solo podrían hacerlo a partir de una lista de candidatos remitida por el Consejo de la Judicatura. Un aspecto problemático de la reforma era que la primera cohorte de este Consejo sería elegida por el presidente. Finalmente, no se creó una Corte Constitucional, pero se fortaleció la sala constitucional de la CSJ: a partir de la reforma, las decisiones de constitucionalidad de las normas las podría tomar la sala constitucional por sí sola, es decir, sin la intervención de las otras salas de la Corte.<sup>28</sup>

A diferencia de la reforma anterior, esta vez la mayoría de la clase política apoyó esta enmienda. No obstante, días antes de que la CSJ produjera su fallo, la prensa señaló que sus magistrados estaban divididos y que podrían declararla inconstitucional.<sup>29</sup> Turbay, de manera rápida, expidió un decreto que aumentaba las mayorías exigidas para que la Corte invalidara normas constitucionales.<sup>30</sup> Este decreto hizo que el apoyo de las élites políticas a la reforma se resquebrajara y, súbitamente, la CSJ tuvo algún oxígeno político.<sup>31</sup>

En su fallo de noviembre de 1981, la CSJ consideró que la reforma era inconstitucional con fundamento en un argumento poco convencional. Específicamente, se dijo que el trámite de la reforma había quebrantado requisitos menores de procedimiento establecidos, no en la Constitución, sino en los reglamentos internos del Congreso. En cuanto al decreto de Turbay, la Corte unánimemente encontró que era inconstitucional.<sup>32</sup>

Es posible decir que la CSJ actuó con independencia del gobierno, pero siguiendo a Dixon y Landau, su decisión representa un uso excesivo de la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales.<sup>33</sup> Es cierto que la elección del primer Consejo Superior de la Judicatura por parte del presidente era problemática porque, por esa vía, se podría cooptar la CSJ a través del envío de listas de candidatos afines al gobierno. Algo similar puede decirse del decreto abusivo de Turbay. Sin embargo, es bien cuestionable que esta situación ameritara la nulidad total de la reforma y, tal vez por ello, varios actores como el Congreso fueron reticentes con el cumplimiento del fallo.<sup>34</sup>

La impresión generalizada de los fallos de 1978 y 1981 es clara: la CSJ protegió sus poderes institucionales y su poder de gobierno en la rama judicial. La introducción de instituciones como una Corte Constitucional y un Consejo Superior de la Judicatura, así como la eliminación de periodos vitalicios para acercar a la CSJ y a la rama judicial

<sup>28</sup> A.L. 1/1979, 4 de diciembre de 1979, DIARIO OFICIAL [D.O.], arts. 45, 58, 61 y 63.c.

<sup>29</sup> *Corre peligro de hundirse la reforma constitucional*, El TIEMPO (Bogotá), 15 de octubre de 1981, 1.

<sup>30</sup> D. 3050/1981, noviembre 27, 1981, DIARIO OFICIAL [D.O.]

<sup>31</sup> Sobre la política judicial de la CSJ, ver Vicente F. Benítez-R. “With a Little Help from the People”: *Actio Popularis and the Politics of Judicial Review of Constitutional Amendments in Colombia 1955-90*, 19 INT’L J. CONST. L. 1020 (2021).

<sup>32</sup> Corte Suprema de Justicia, *supra* nota 10.

<sup>33</sup> Sobre los usos excesivos de esta doctrina, ver Dixon & Landau, *supra* nota 2, en pp. 627-628.

<sup>34</sup> La Cámara de Representantes se resistió al fallo. Ver *Senado volvió al viejo reglamento; la Cámara no*, El TIEMPO (Bogotá), 5 de noviembre de 1981, 15-A.

a la realidad del país, son propósitos aceptables en una democracia constitucional siempre que se mantenga la independencia de los jueces. Salvo la elección de Turbay de la primera generación de jueces del Consejo de la Judicatura, no hay evidencia de que las dos reformas, en su integridad, fueran manifiestamente abusivas o erosionaran la democracia. Varios constitucionalistas, por algunas décadas, criticaron a la CSJ bajo el argumento de que había cerrado las puertas para la modificación a la justicia mediante reformas y que, por su aislamiento, no tenía en cuenta las necesidades del país.<sup>35</sup> Esas sentencias, además, impidieron al país la modificación de la Constitución y de la rama judicial por las vías ordinarias de la reforma a finales de la década de los ochenta y lo forzaron a recurrir a medios extraconstitucionales. Estos cambios, eventualmente, darían origen a la Constitución de 1991 y a la creación de una Corte Constitucional y un Consejo Superior de la Judicatura.

## 2.2. Las reformas constitucionales a la justicia bajo la Constitución de 1991: el corporativismo judicial de la Corte Constitucional

Una de las razones por las cuales la asamblea nacional constituyente de 1990-1991 decidió crear una nueva Corte Constitucional fue, justamente, el deseo de dejar atrás el modelo judicial de aislamiento ya descrito.<sup>36</sup> Varios autores coinciden en afirmar que las sentencias de 1978 y 1981 explican parcialmente la necesidad popular de redactar una nueva Constitución y de diseñar una nueva organización de la justicia.<sup>37</sup> Esto se evidencia, entre otros, en el modo de selección de los magistrados de la nueva CCC. Según la Constitución de 1991, los nueve integrantes de esta Corte serán elegidos por periodos de ocho años por el Senado de la República, a partir de ternas de candidatos propuestas en partes iguales por el presidente, el Consejo de Estado y la CSJ.<sup>38</sup> Este mecanismo de selección busca cumplir varios principios: trata de asegurar la autonomía de la Corte al dividir la nominación y la elección entre varios órganos, mantener un perfil técnico de una buena parte de los magistrados al permitir la nominación de 2/3 partes de la CCC por parte de los dos altos tribunales ordinarios, y agrega una dosis de política al permitir que funcionarios democráticamente elegidos

<sup>35</sup> Ver Castro, *supra* nota 27; Jaime Vidal-Perdomo, *Exposición del Dr. Jaime Vidal Perdomo*, en ASPECTOS DEL CONTROL CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA 97, 103 (Carlos Restrepo-Piedrahíta ed., 1984). Para Restrepo-Piedrahíta, estas sentencias constituyen una “temeridad” puesto que la Corte “emprendió una [...] incursión en el escenario privativo del poder constituyente”. Carlos Restrepo-Piedrahíta, *Exposición del Dr. Carlos Restrepo Piedrahíta*, en ASPECTOS DEL CONTROL CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA 29, 30 (Carlos Restrepo-Piedrahíta ed., 1984).

<sup>36</sup> Ver Cepeda-Espinosa, *supra* nota 2, en p. 100; Rodrigo M. Nunes, *Ideational Origins of Progressive Judicial Activism: The Colombian Constitutional Court and the Right to Health*, 52 LATIN AMERICAN POLITICS AND SOCIETY 67, 80 (2010); Miguel Schor, *An Essay on the Emergence of Constitutional Courts: The Cases of Mexico and Colombia*, 16 IND. J. GLOBAL LEGAL STUD. 173, 186-7 (2009).

<sup>37</sup> Ver Manuel J. Cepeda-Espinosa, *Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court*, 3 WASH. U. GLOBAL STUD. L. REV. 529, 540 (2004); David Landau, *Constitutional Court of Colombia*, en MAX PLANCK ENCYCLOPEDIA OF COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW (Rainer Grote et al. eds., 2016) ¶ 5, disponible en <https://oxcon.oup.com/view/10.1093/law-mpeccol/law-mpeccol-e524?prd=MPECCOL> (con suscripción) (último acceso: 23 de agosto de 2022).

<sup>38</sup> CONSTITUCIÓN DE COLOMBIA [C.P.] 1991 art. 239.

como el presidente y los senadores nominen y elijan magistrados, respectivamente, cada ocho años.<sup>39</sup>

Pese a esta intención del constituyente de acercar la Corte a la realidad, este apartado mostrará que en el campo de las reformas a la Constitución referentes a la jurisdicción, algunos aspectos del modelo judicial de aislamiento aún persisten. La CCC, al parecer, heredó la actitud gremialista de la CSJ e ignorando la necesidad de acometer algunas modificaciones a la rama judicial, ha decidido declarar la inconstitucionalidad de algunos apartados de una reforma razonable que alteraba sus prerrogativas.<sup>40</sup> Los dos casos que se examinarán enseguida son también interesantes porque muestran un lado poco conocido de la CCC. La gran Corte Constitucional de Colombia, que admirablemente ha sido el único tribunal en el mundo desde el año 2000 que efectivamente impidió el proyecto reeleccionista del presidente de turno,<sup>41</sup> ha usado también inadecuadamente su teoría de la sustitución, posiblemente, para proteger el *statu quo* judicial. Este análisis, entonces, ofrece una visión más realista de una institución muy prestigiosa, pero que comete errores también.

Los dos casos se desenvuelven alrededor de una reforma constitucional aprobada en 2016 y auspiciada por el gobierno de ese entonces. Esta reforma suprimió, entre otras, dos instituciones de la rama judicial caracterizadas por su descrédito: la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y la Comisión de Acusaciones de la Cámara de Representantes.<sup>42</sup>

La primera institución, cuyos miembros son elegidos por las altas cortes (incluida la CCC), estaba a cargo del mantenimiento del correcto funcionamiento administrativo de la rama judicial. No obstante, ante la ineficiente administración operativa de la rama judicial, se afirmaba que la Sala Administrativa del Consejo de la Judicatura había fracasado y se requería un nuevo órgano. La reforma, por lo tanto, creaba un Consejo de Gobierno Judicial compuesto por los presidentes de tres altas cortes, un gerente de la rama judicial, representantes de los tribunales y juzgados inferiores y tres integrantes con dedicación exclusiva expertos en políticas públicas que serían elegidos por el mismo Consejo de Gobierno. La rama ejecutiva no tendría ninguna injerencia en este nuevo órgano, salvo el hecho de que algunos ministros o directores

<sup>39</sup> Sobre cómo el sistema de elección fomenta la autonomía de la Corte ver Landau, *supra* nota 2, en p. 340. En cuanto a cómo este promueve diversidad, ver Sebastián Rubiano-Galvis, *Corte Constitucional: entre la independencia judicial y la captura política*, en MAYORÍAS SIN DEMOCRACIA 84, 89 (Mauricio García-Villegas & Javier Eduardo-Revelo, eds., 2009).

<sup>40</sup> Las reformas constitucionales a las que se alude en este punto son modificaciones que impactan directamente a la CCC. Como relata Otero, después de 1991 ha habido otras reformas constitucionales a la rama judicial que no han afectado a la CCC y que, en general, han sido declaradas constitucionales. Ver Iván Otero-Suárez, *El control de constitucionalidad efectuado a la reforma del equilibrio de poderes y el reajuste institucional: una aproximación a la ilegitimidad que ostenta el Legislativo frente al Poder Judicial*, en EL ESTADO CONSTITUCIONAL EN JAQUE. APROXIMACIONES CRÍTICAS AL FENÓMENO CONSTITUCIONAL 337, 346-347 (Floralba Padrón & Magdalena Correa, eds., 2018).

<sup>41</sup> Mila Versteeg *et al.*, *The Law and Politics of Presidential Term Limit Evasion*, 120 COLUM. L. REV. 173, 178-179, 217, 231 (2020).

<sup>42</sup> A.L. 2/2015, 1 de julio de 2015, DIARIO OFICIAL [D.O.] arts. 5, 7, 8, 15, 16, 17, 18, 26.

de departamentos administrativos podrían “participar” en reuniones sobre temas específicos.<sup>43</sup>

Por su parte, la Comisión de Acusaciones de la Cámara de Representantes tiene la competencia de investigar la posible comisión de conductas delictivas o disciplinarias cometidas por altos funcionarios (como los magistrados de la CCC) y, si hubiese mérito, solicitar al pleno de la Cámara su acusación formal ante el Senado para que inicie la etapa de juzgamiento. La inoperancia de esta Comisión y la consecuente impunidad ante la ausencia de investigaciones serias ha llevado a que la llamen la “Comisión de Absoluciones”.<sup>44</sup> Así, la reforma creaba una Comisión de Aforados integrada por cinco expertos elegidos por el Congreso de listas de candidatos propuestas por el nuevo Consejo de Gobierno Judicial.<sup>45</sup>

En medio del trámite de aprobación de la reforma, estalló un escándalo de corrupción que involucraba al presidente de la CCC. De acuerdo con la denuncia, el magistrado Jorge Pretelt habría recibido dinero a cambio de impulsar la selección, en el seno de la Corte, de una acción de tutela cuyo resultado en las instancias había sido adverso a los intereses de una empresa.<sup>46</sup> No solo el prestigio del cual había gozado la CCC entre la opinión pública se evaporó,<sup>47</sup> sino que por primera y tal vez única vez, congresistas afines al gobierno de Juan Manuel Santos y a su opositor el expresidente Álvaro Uribe unieron fuerzas para aprobar una reforma que, se estimaba, ayudaría a limpiar la rama judicial de corrupción.

En ese contexto, la CCC tuvo que decidir dos demandas que pedían la inconstitucionalidad de las dos instituciones mencionadas.<sup>48</sup> Con fundamento en la teoría de la sustitución creada por la misma CCC en 2003 —y que establece que una reforma constitucional que elimine elementos esenciales de la Constitución no puede ser aprobada por el Congreso— los demandantes indicaron que la introducción de estas dos instituciones destruía el principio esencial de autonomía judicial. En dos fallos que sorprendieron a muchos (incluso a simpatizantes de la Corte), la CCC acogió las pretensiones de los demandantes.<sup>49</sup>

<sup>43</sup> *Id.* art. 15.

<sup>44</sup> MANUEL QUINCHE, DERECHO CONSTITUCIONAL COLOMBIANO, 580 (2020). De acuerdo con la Revista *Semana*, entre 1991 y 2015 la Cámara de Representantes no había formulado una sola acusación. Ver *Fidupetrol y Jorge Pretelt: un proceso sin precedentes*, SEMANA (Bogotá) (27 de agosto de 2015), <http://www.semana.com/nacion/articulo/fidupetrol-y-jorge-pretelt-un-proceso-sin-precedentes/491357> (último acceso: 23 de agosto de 2022).

<sup>45</sup> A.L. 2/2015, *supra* nota 42, en art. 8.

<sup>46</sup> Ver *El día a día del peor escándalo que afronta la Corte Constitucional*, EL TIEMPO (Bogotá) (20 de marzo de 2015), <http://www.eltiempo.com/politica/justicia/escandalo-corte-constitucional-cronologia-de-los-hechos/15434275> (último acceso: 23 de agosto de 2022).

<sup>47</sup> Ver *Encuesta Gallup Junio 2020* (Junio 2020), diapositiva 94, <https://www.valoraanalitik.com/wp-content/uploads/2020/06/Resultados-Poll-137.pdf> (último acceso: 18 de diciembre de 2021). Un análisis sobre la relación entre el aumento de percepción de corrupción en la opinión pública y la disminución en el índice de favorabilidad de la CCC puede verse en Sandra Botero, *Confianza, apoyo a la democracia y corrupción: una mirada a la Corte Constitucional en la opinión pública colombiana*, 4 *LATIN AMERICAN LAW REVIEW* 25 (2020).

<sup>48</sup> Cabe señalar que la CCC conoció otros aspectos de esta reforma no referidos a la rama judicial en otras sentencias.

<sup>49</sup> Corte Constitucional, *supra* nota 12.

En cuanto al Consejo de Gobierno Judicial, la Corte expresó que su creación eliminaba el principio esencial del autogobierno judicial. En resumen, la mayoría de la Corte consideró que este principio se subvertía porque (i) el hecho de que muchos de los integrantes de este Consejo no fueran permanentes y que representaran intereses de tribunales y juzgados, hacía que las decisiones del Consejo se tomaran con fundamento en intereses sectoriales en lugar de los intereses de la rama judicial considerada como un todo; y (ii) el contenido de la participación de los miembros del ejecutivo era muy vaga y podría interferir con la autonomía del Consejo de Gobierno. Solo el magistrado Alejandro Linares salvó su voto y explícitamente recordó las sentencias de 1978 y 1981 al advertir que ha habido una suerte resistencia histórica de la rama judicial en Colombia a su propia modificación, resistencia que se evidenciaba en esta sentencia.

El segundo caso tiene que ver con la Comisión de Aforados. En este, la Corte argumentó que el carácter técnico de dicha Comisión implicaba que sus decisiones estarían solamente guiadas por criterios técnico-jurídicos y, por consiguiente, se eliminaba cualquier tipo de consideración política referente a si era conveniente o no efectuar una acusación de un alto funcionario (como los magistrados de la CCC) ante el Senado. La Corte añadió que dado que los altos funcionarios a quienes se investiga son responsables ante la Nación, solo un órgano que represente a la Nación —como la Comisión de Acusaciones de la Cámara— y con la capacidad de realizar juicios de conveniencia política (no solo jurídicos), puede desarrollar esta tarea de investigación y acusación de altos funcionarios sin afectar la autonomía judicial. Como la Comisión de Aforados no puede realizar ese juicio de conveniencia política a la hora de determinar si investiga a un alto funcionario del Estado, se suprime el pilar esencial de la autonomía judicial.

Estos dos pronunciamientos son muy semejantes a los producidos por la CSJ en los setenta y ochenta. Y, en tal sentido, es razonable afirmar que la CCC aplicó inadecuadamente la teoría de la sustitución para proteger sus intereses. Desde una orilla dogmática/jurídica, puede decirse que esta decisión no goza de legitimidad jurídica en tanto que la Corte empleó un estándar de revisión excesivamente riguroso y que, a su vez, contradecía su jurisprudencia anterior, así como buena parte del consenso doctrinal acerca del tipo de control que debe hacerse en estos casos. En efecto, la CCC, desde la sentencia C-551 de 2003 (que instituyó la teoría de la sustitución), había afirmado consistentemente que no cualquier afectación o restricción a uno de los elementos esenciales de la Constitución es suficiente para declarar la inconstitucionalidad de una reforma. Según la Corte, para invalidar una reforma se requería que dicho cambio eliminara, destruyera, o cambiara un elemento de la esencia de la Constitución por uno radicalmente opuesto.<sup>50</sup>

Este escrutinio minimalista (que Roznai ha denominado como el “estándar del abandono fundamental” y que es compartido por la doctrina como un modo de

<sup>50</sup> Ver, por ejemplo, Corte Constitucional, *supra* nota 1.

conciliar la tensión entre democracia y constitucionalismo)<sup>51</sup> se dejó atrás sin ningún argumento en los dos casos referidos. Como han advertido varios autores, si bien el modo en el que la reforma garantizaba el principio de autonomía judicial no era perfecto, este no destruyó este principio esencial de la Constitución. La creación de un Consejo de Gobierno Judicial y de una Comisión de Aforados era una forma válida (de varias) de estructurar la autonomía de la rama judicial y su anulación refleja una concepción de la Corte demasiado estrecha de la autonomía judicial y demasiado amplia de la teoría de la sustitución.<sup>52</sup> Esta inconsistencia en el manejo de su precedente, a su vez, siembra dudas sobre si el control ejercido en estos dos casos estuvo motivado solamente por consideraciones jurídicas.

Ahora bien, desde una dimensión sociológica, las opiniones académicas frente a estas dos providencias dejan ver un consenso en el sentido en que la Corte actuó para proteger sus intereses.<sup>53</sup> Varios académicos expresaron que la Corte petrificó ciertos aspectos de la rama judicial (como el órgano responsable de su administración y la persecución penal de poca intensidad de los magistrados de la Corte) y trivializó el juicio de sustitución.<sup>54</sup> En efecto, si bien las secciones de la reforma declaradas como inconstitucionales estaban lejos de ser perfectas, esta no era razón suficiente para su anulación. Como bien observan varios analistas, la Corte realizó un examen de conveniencia (no de constitucionalidad) y, como la reforma no era conveniente a la luz de sus intereses, decidió bloquearla.<sup>55</sup>

<sup>51</sup> Ver, entre otros, YANIV ROZNAI, REFORMAS CONSTITUCIONALES INCONSTITUCIONALES: LOS LÍMITES AL PODER DE REFORMA, 374-377 (2020); Gonzalo Ramírez-Cleves, *La inconstitucionalidad de las reformas constitucionales en Colombia*, 2 PALABRA 288, 322 (2020); Carlos Bernal-Pulido, *Unconstitutional Constitutional Amendments in the Case Study of Colombia: An Analysis of the Justification and Meaning of the Constitutional Replacement Doctrine*, 11 INT'L J. CONST. L. 339, 356-357 (2013); VICENTE F. BENÍTEZ-R., CONSTITUCIÓN POPULAR, NO JUDICIAL: UNA TEORÍA DEMOCRÁTICA DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN EN COLOMBIA, 180-181 (2014).

<sup>52</sup> Ver César Rodríguez-Garavito, *La concepción de la Corte Constitucional es demasiado estrecha*, DEJUSTICIA (14 de julio de 2016), <http://www.dejusticia.org/#!/actividad/3121> (último acceso: 23 de agosto de 2022).

<sup>53</sup> Académicos que tradicionalmente han sido aliados de la CCC (como Rodrigo Uprimny, César Rodríguez y Mauricio García-Villegas), así como ONG dedicadas a estudios judiciales (como DeJusticia y Corporación Excelencia en la Justicia) criticaron la decisión. Estas opiniones están documentadas en reportes de prensa que se encuentran en el archivo del autor. Así mismo, según Mejía, con un estándar tan alto como el que exige la Corte, lo único que podría modificarse sería el nombre del Consejo Superior de la Judicatura. Andrés Mejía, *¿El Consejo Superior de la Judicatura como pilar fundamental de la constitución? A propósito del principio de autogobierno judicial referido en la sentencia C-285 de 2016*, 9 CES DERECHO 73, 89-90 (2018).

<sup>54</sup> Ver respectivamente: Alejandro Ramelli, *Luces y sombras del ejercicio del test de sustitución en Colombia*, 48 REVISTA DERECHO DEL ESTADO 31, 40 (2021) y Rodrigo Uprimny, *Corte, "fast track" y paz*, LA SILLA VACÍA (28 de mayo de 2017), <https://www.lasillavacia.com/la-silla-vacia/opinion/articulos-columna/corte,-%E2%80%9Cfast-track%E2%80%9D-y-paz/> (último acceso: 18 de diciembre de 2021).

<sup>55</sup> Cajas-Sarria, *supra* nota 8, en p. 242; Otero-Suárez, *supra* nota 40, en p. 374.

El establecimiento político también criticó muy fuertemente estos dos fallos.<sup>56</sup> Congresistas pertenecientes a la inmensa mayoría del espectro político cuestionaron que la CCC hubiese reducido su poder de reforma de esa manera, acusaron a las cortes de no querer reformarse a pesar de los problemas graves de operación ineficiente e impunidad que afrontaba la jurisdicción y varios sugirieron que era necesario convocar una asamblea nacional constituyente para modificar la justicia.<sup>57</sup> Aunque esta propuesta nunca se cristalizó, esta ha sido una de las pocas ocasiones en las que se ha intentado desafiar una sentencia de la CCC directamente.

### 3. Control de constitucionalidad inapropiado de las reformas a la jurisdicción

#### 3.1. Los retos que supone el control judicial de reformas constitucionales a la rama judicial

De estos cuatro pronunciamientos judiciales se deriva un primer cuestionamiento: ¿por qué el control de constitucionalidad de reformas que impactan al juez constitucional implica retos especiales? La respuesta a esta pregunta es doble. Primero que todo, los problemas interpretativos, democráticos y de petrificación que caracterizan al control judicial de la reforma por la posible infracción de elementos esenciales implícitos se dramatizan. La doctrina del derecho constitucional comparado ha discutido con rigurosidad estos tres problemas. El problema interpretativo consiste en que la determinación de los elementos que harían parte de la esencia de la constitución es una actividad que no está lo suficientemente reglada por el derecho y, por esto, el juez tendría una amplísima discrecionalidad para identificarlos.<sup>58</sup> Por su lado, el problema democrático radica en que, al declarar la inconstitucionalidad de una reforma, los jueces (usualmente funcionarios no elegidos democráticamente) podrían

<sup>56</sup> Estas críticas se encuentran documentadas en múltiples reportes de prensa. Solo para ilustrar, en un editorial de uno de los diarios más prominentes del país se aseguró que a los magistrados de la Corte “no les gustó que la reforma [...] hubiera afectado su privilegiado régimen”. Editorial, *Desequilibrio de poderes*, El TIEMPO (3 de julio de 2016), <http://www.eltiempo.com/opinion/editorial/desequilibrio-de-poderes-editorial-el-tiempo-3-de-julio-de-2016/16635667> (último acceso: 23 de agosto de 2022). Por su parte, al rechazar el fallo, varios columnistas usaron expresiones como “un judicial intocable”, “totalitarismo judicial” o “La Corte Constitucional y su arrogancia institucional”. Columnas en el archivo del autor.

<sup>57</sup> Juan Esteban Lewin, *La Muerte de la Comisión de Aforados le da Vida a la Constituyente*, *La Silla Vacía* (14 de julio de 2016), <https://www.lasillavacia.com/historias/silla-nacional/la-muerte-de-la-comision-de-aforados-le-da-vida-a-la-constituyente> (último acceso: 16 de septiembre de 2022).

<sup>58</sup> Algunos sostienen que el estándar con el cual se determina la corrección constitucional de una reforma, tiene una naturaleza metaconstitucional. Ver Ulrich Preuss, *The Implications Of “Eternity Clauses”: The German Experience*, 44 ISR. L. REV. 429, 448 (2011). Leopoldo Uprimny-Rosenfeld, *¿Puede una reforma de la constitución ser inconstitucional?* 174 REVISTA DE LA ACADEMIA COLOMBIANA DE JURISPRUDENCIA 16, 23 (1957); Carlo Fusaro & Dawn Oliver, *Towards a Theory of Constitutional Change*, en HOW CONSTITUTIONS CHANGE. A COMPARATIVE STUDY 405, 428 (Carlo Fusaro & Dawn Oliver eds., 2011); Laurence Tribe, *A Constitution We Are Amending: In Defense of a Restrained Judicial Role*, 97 HARV. L. REV. 433, 441 (nota 36) (1983-1984).

imponer su voluntad sobre las mayorías o el pueblo mismo.<sup>59</sup> Como consecuencia de estos dos problemas, se pueden petrificar aquellos apartados de la constitución que han sido judicialmente interpretados. Luego de leer la definición de la famosa dificultad contramayoritaria acuñada por Bickel, la única posibilidad de disolverla (al menos teóricamente) sería a través de una reforma que dejase sin efectos decisiones judiciales anteriores.<sup>60</sup> No obstante, el control de constitucionalidad de reformas cierra esta posibilidad porque, en palabras de Albert, se crea una dificultad supercontramayoritaria:<sup>61</sup> ni quiera una reforma constitucional podría dejar sin efectos decisiones de las cortes.<sup>62</sup>

Estos reparos se profundizan si la reforma cuya constitucionalidad se analiza afecta a la corte encargada del control. En los casos anteriores, se vio cómo varios actores manifestaron que la CSJ y la CCC, en momentos distintos, se comportaron como tribunales interesados en mantener su propio poder (no en la defensa de la Constitución) y que habían petrificado la regulación constitucional de ciertos aspectos de la rama judicial. Esta afirmación, justamente, deja entrever que casi cualquier análisis acerca del control de una reforma al judicial que termine en su anulación, va a partir de la base de que los jueces no fueron imparciales a la hora de derivar los elementos esenciales con los cuales se anularon las reformas, impusieron su particular visión de cómo debe estructurarse la judicatura sobre otra igualmente aceptable y petrificaron los aspectos de la Constitución que les convenía. En otros términos, el control a la reforma judicial intensifica las sospechas jurídicas, democráticas y de petrificación que se ciernen sobre un juez que examina una enmienda con criterios indeterminados.<sup>63</sup>

La profundización de estas dificultades da lugar a un segundo problema y es que puede producir el vaciamiento de la legitimidad sociológica de la cual depende el poder de muchas cortes contemporáneas.<sup>64</sup> Como Bassok ha analizado convincentemente, las cortes en la actualidad luchan por mantener su buena imagen o aceptación entre la opinión pública.<sup>65</sup> Por eso, sus contactos con los medios de comunicación se han intensificado al punto que algunas cortes han creado canales de comunicación

<sup>59</sup> El problema de una corte imponiendo su interpretación de la constitución sobre aquella que hacen supermayorías o el pueblo mismo ha sido diagnosticado por Richard Albert en *Constitutional Amendment and Dismemberment*, 43 YALE J. INT'L L. 1 (2018).

<sup>60</sup> ALEXANDER BICKEL, *THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS* 16, 21 (1986). Sobre la "función de prevalencia" que tienen las reformas sobre interpretaciones judiciales, ver Rosalind Dixon, *Constitutional amendment rules: a comparative perspective*, en *COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW* 96, 98-99 (Tom Ginsburg & Rosalind Dixon eds., 2011).

<sup>61</sup> Richard Albert, *Nonconstitutional Amendments*, 22 CAN. J. L. & JURISPRUDENCE 5, 43 (2009).

<sup>62</sup> Antes de la creación de la teoría de la sustitución en 2003, varias reformas habían revertido decisiones de la CCC. Ver Cepeda-Espinosa, *supra* nota 37, en p. 691.

<sup>63</sup> Un buen análisis desde la filosofía del derecho sobre este punto puede verse en Catalina Torres-Artunduaga & Santiago García-Jaramillo, *Democratizing the Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendments: The Puzzle of Amending the Judiciary Branch*, 14 INT'L CONST. L.J. 1 (2020).

<sup>64</sup> La aceptabilidad de una sentencia se incrementa cuando se percibe que el juez aplica una regla que él mismo no creó, y se erosiona cuando sucede lo contrario. El problema interpretativo hace que la primera percepción se diluya y, con esto, se afecta la aceptabilidad de los fallos. Ver, al respecto, Lon Fuller & Kenneth Winston, *The Forms and Limits of Adjudication*, 92 HARV. L. REV. 353, 393 (1978-1979).

<sup>65</sup> Or Bassok, *The Schmitelsen Court: The Question of Legitimacy*, 21 GERMAN L.J. 131, 143 (2020).

propios.<sup>66</sup> Y esta lucha por la legitimidad sociológica tiene sentido. Diversos estudios han demostrado que este respaldo público es una herramienta con la que cuentan las cortes para mantener su independencia y para asegurar el cumplimiento de decisiones que incomodan a los poderosos.<sup>67</sup> Una corte que no es vista como una institución imparcial, sino como un tribunal interesado en conservar a toda costa sus poderes, diluye este apoyo difuso o público y, con esto, pone en riesgo su autonomía y la debida implementación de sus sentencias.<sup>68</sup> En resumen, un control de reformas al judicial socava una de las pocas herramientas en manos de las cortes para controlar funcionarios inherentemente más poderosos: su credibilidad.

Estos retos específicos no solo se han presentado en Colombia, sino que parecen estar expandiéndose a otros lugares del mundo. Sin embargo, y como se examinará en la siguiente subsección, categorías tradicionales del control de constitucionalidad no permiten dar cuenta de esos retos de manera adecuada. Y sin un diagnóstico adecuado, el hallazgo de posibles soluciones será una empresa muy complicada.

### 3.2. La insuficiencia de las categorías estándar para detectar un problema en aparente expansión

Como se mencionó en la introducción a este escrito, los problemas que envuelve un potencial control autointerés de constitucionalidad de reformas que cambian al judicial de manera aceptable no son una anomalía constitucional exclusiva de Colombia. Son problemas que también enfrentan otras jurisdicciones. A partir del modelo de representación propuesto por David Law,<sup>69</sup> esta sección pretende presentar una muestra de tres casos representativos que dan cuenta de una posible expansión global de estos problemas y que revelan una constante: jueces que controlan la constitucionalidad de reformas que modifican sus atribuciones de una forma contraria a sus intereses (pero no necesariamente a la constitución) tienden a invalidarlas. Además de esto, la escogencia de casos y decisiones se fundamenta en la necesidad de ir más allá de las jurisdicciones y sentencias judiciales que usualmente se comparan por la doctrina, necesidad que ha sido destacada por varios comparativistas.<sup>70</sup>

En el primer caso, la Corte Suprema de la India en 2016 declaró la inconstitucionalidad de la reforma 99 a la Constitución por violar la independencia

<sup>66</sup> Ver DAVID TARAS (ed.), *JUSTICES AND JOURNALISTS. THE GLOBAL PERSPECTIVE* (2017).

<sup>67</sup> JEFFREY STATON, *JUDICIAL POWER AND STRATEGIC COMMUNICATION IN MEXICO* (2010); GEORG VANBERG, *THE POLITICS OF CONSTITUTIONAL REVIEW IN GERMANY* (2004).

<sup>68</sup> La imparcialidad, entendida como una de las fuentes de credibilidad judicial, ha sido analizada en detalle por muchos autores. Algunos de ellos son Clifford James Carrubba, *A Model of the Endogenous Development of Judicial Institutions in Federal and International Systems*, 71 *J. POLITICAL SCIENCE* 55, 66 (2009); Gregory Caldeira & James Gibson, *The Etiology of Public Support for the Supreme Court*, 36 *AM. J. POL. SCI.* 635, 659 (1992); Alec Stone Sweet, *Judicialization and the Construction of Governance*, 32 *COMP. POL. STUD.* 147, 155-157 (1999).

<sup>69</sup> El método de la representación, de alguna manera, enfrenta exitosamente algunas de las falencias de los demás modos contemporáneos para realizar derecho constitucional comparado. Ver David Law, *Introduction: Pedagogy and Conceptualization of the Field*, en *CONSTITUTIONALISM IN CONTEXT* 3, 17-18 (David Law ed., 2022).

<sup>70</sup> Ver, al respecto, Law, *supra* nota 69, en pp. 11-12, 17; RAN HIRSCHL, *TOWARDS JURISTOCRACY: THE ORIGINS AND CONSEQUENCES OF THE NEW CONSTITUTIONALISM*, 7 (2004).

judicial que es un aspecto de la estructura básica de la Constitución de 1950.<sup>71</sup> Esta reforma disponía que la elección de los jueces ya no se realizaría únicamente por parte de la Corte Suprema, sino por una Comisión Nacional de Nombramientos compuesta por el presidente de la Corte Suprema, dos jueces de esa misma Corte, el Ministro de Derecho y Justicia y dos personas eminentes. Como señala Abeyratne, la idea detrás de la reforma era ampliar los espacios de deliberación en el nombramiento de jueces.<sup>72</sup> Sin embargo, este mismo autor destaca que no puede entenderse cómo un procedimiento más deliberativo, que no afecta la independencia del juez y que responde al espíritu original de la Constitución, puede implicar una violación a su estructura básica.<sup>73</sup> A su juicio, esta sentencia no tiene apoyo constitucional ni empírico (*i.e.*, en el derecho comparado) y es, por tanto, una afirmación de la primacía de la Corte Suprema sobre las otras ramas del poder.<sup>74</sup> Esta crítica acerca de la primacía de la Corte sobre los otros poderes, de cierto modo, engloba los retos interpretativos, democráticos y de petrificación que se abordaron atrás.

En Bangladesh ocurrió algo semejante. La reforma 16 a la Constitución de ese país reformó el procedimiento de remoción de los jueces. En concreto, la reforma 16 aprobada en 2014 (i) derogó una modificación constitucional aprobada en 1979 que cambió el proceso original de remoción de los jueces; e (ii) instauró de nuevo el modelo de remoción establecido en la norma original de la Constitución de Bangladesh de 1972 y que establece que los jueces serán separados de su cargo si se cuenta con el consentimiento del ejecutivo y de 2/3 partes del Parlamento. La Corte Suprema de Bangladesh (División de Apelaciones), consideró en 2017 que la reforma 16 era contraria a la Constitución puesto que se afectaba la independencia judicial.<sup>75</sup> Hoque critica una decisión previa de esta Corte en el mismo sentido de la siguiente manera y pone sobre la mesa, una vez más, los problemas interpretativos, democráticos y de petrificación: para este autor, la Corte realizó un análisis de conveniencia sobre el mejor diseño para garantizar la independencia de las cortes, anuló materialmente una norma original de la Constitución aprobada por el pueblo y adelantó un control judicial orientado por el autointerés.<sup>76</sup>

En tercer lugar, la Corte Suprema de Argentina, en el conocido caso Fayt, examinó una sección de una reforma a la jurisdicción que establecía que los magistrados de esa Corte debían retirarse (salvo que fueran nominados nuevamente por el Presidente de la República) una vez cumplieran setenta y cinco años. Esta modificación se aprobó en el marco de un paquete de reformas producto de un amplio consenso político

<sup>71</sup> Supreme Court Advocates-on-Record Association v. Union of India, (2016) 4 SCC 1 (India).

<sup>72</sup> Abeyratne, *supra* nota 8, en pp. 188-189.

<sup>73</sup> *Id.*

<sup>74</sup> Rehan Abeyratne, *Upholding Judicial Supremacy in India: The NJAC Judgment in Comparative Perspective*, 49 GEO. WASH. INT'L L. REV. 569, 613 (2016-2017).

<sup>75</sup> Bangladesh v. Asaduzzaman Siddiqui, Civil Appeal No. 6 of 2017, (AD) (Sinha, C.J.) (Bangl.)

<sup>76</sup> Ridwanul Hoque, *Can the Court Invalidate an Original Provision of the Constitution?* 2 UAPJLP 13, 15-24 (2016). Sin embargo, véase, en contrario, a Po Jen Yap & Rehan Abeyratne, *Judicial Self-dealing and Unconstitutional Constitutional Amendments in South Asia*, 19 INT'L J. CONST. L. 127 (2021). Aunque Yap y Abeyratne señalan que el caso de Bangladesh puede defenderse a la luz de la historia de interferencias del ejecutivo en el poder judicial, concluyen, de cualquier modo, que "es claro que [la Corte] tenía un interés institucional en el asunto". *Id.*, 138 (traducción propia).

que procuraba enfrentar el desprestigio de la justicia.<sup>77</sup> Pese a esto, la Corte anuló la reforma con apoyo en dos argumentos. Primero, la Corte señaló que la convención que redactó la reforma fue más allá de la agenda de temas que definió el Congreso como susceptibles de ser reformados. En segundo lugar, esta reforma se inscribe formalmente en un artículo sobre los poderes presidenciales pero, para la Corte, esta facultad de remoción es extraña a sus atribuciones.<sup>78</sup> Para Sabsay, la Corte utilizó un nivel de escrutinio mucho más severo que el que había usado en otras reformas recientes promovidas por el presidente Menem y esto es una muestra de corporativismo judicial.<sup>79</sup> Asimismo, varios académicos y sectores de la opinión pública censuraron que los integrantes de la Corte no se declararan impedidos en una decisión que los iba a afectar (y que, eventualmente, los benefició).<sup>80</sup> Una vez más, estas críticas apuntan a los problemas interpretativos, democráticos y de petrificación.<sup>81</sup>

Además de estos tres retos, los pronunciamientos de las cortes de Colombia y de sus pares de la India, Bangladesh y Argentina tienen un común denominador. Si se los compara con decisiones que se caracterizan como exitosas —como la sentencia que impidió un nuevo periodo para el expresidente Uribe o la que limitó el poder de reforma abusivo de la primer ministra Indira Gandhi—,<sup>82</sup> son fallos que no protegieron ningún valor de orden constitucional. Aunque formalmente las cortes de Colombia, India, Bangladesh y Argentina argumentaron que buscaban defender la independencia judicial, es muy probable que hayan salvaguardado de forma parcializada el *statu quo* que les beneficiaba.

La conservación de este posible autointerés ante la modificación de reformas aceptables no solo desvirtúa la labor judicial (en la cual debe existir un tercero imparcial, esto es, no parte) y cierra la puerta a cambios legítimamente aprobados, sino también instrumentaliza la teoría de las reformas constitucionales inconstitucionales. En ese sentido, se ha dicho que la posibilidad de que un tribunal anule una reforma constitucional se fundamenta en la protección de la obra del constituyente originario ante su potencial subversión por parte del delegado.<sup>83</sup> En los fallos que este escrito ha explorado, tal protección no existe. En los casos de Colombia y Argentina, la inconstitucionalidad de nuevas instituciones o reglas razonablemente diseñadas (y que permitirían la consecución de objetivos legítimos de política constitucional) por el mero hecho de afectar intereses consolidados de quien decide el control de

<sup>77</sup> Daniel Sabsay, *El control de constitucionalidad de la reforma constitucional en un fallo de la Corte Suprema de Justicia Argentina*, 3 ANUARIO IBEROAMERICANO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL 427, 431-433 (1999).

<sup>78</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN], 19 de agosto de 1999, “Fayt, Carlos c/ Estado Nación”, Fallos 322:1616 (Arg.).

<sup>79</sup> Sabsay, *supra* nota 77, en pp. 439-443.

<sup>80</sup> *Id.* pp. 438-439.

<sup>81</sup> Este precedente fue modificado en 2017 por Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN], 28 de marzo de 2017, “Schiffirin, Leopoldo Héctor c/ Poder Ejecutivo Nacional”, Fallos 340:257 (Arg.).

<sup>82</sup> En el derecho constitucional comparado se estima que ciertos controles son exitosos o adecuados porque, por ejemplo, al proteger valores clave para la democracia constitucional (como la igualdad, la alternancia en el poder y los límites al poder ejecutivo), impiden la implementación de una reforma constitucional cuyo objeto o efecto es la erosión democrática. Ver, por ejemplo, los casos de las cortes de Suráfrica, India y Colombia en Issacharoff, *supra*, nota 2.

<sup>83</sup> Ver ROZNAI, *supra* nota 51, en pp. 224-229, 357.

constitucionalidad, no puede interpretarse como una defensa de la voluntad popular. Aún más: en algunos otros eventos las cortes han impedido la cristalización de la voluntad del constituyente originario al declarar como inconstitucionales reformas que restablecían normas constitucionales originales (como en Bangladesh), proyectos constitucionales de quien redactó la constitución (como en India) o acuerdos muy amplios de reconciliación política (como en Argentina).

Ahora bien, como este tipo de control parcializado no es exitoso ¿quiere decir ello entonces que puede catalogarse como una forma de control de constitucionalidad abusivo? La respuesta es: no necesariamente. El control judicial abusivo ha sido definido como aquel que “intencionalmente socava el núcleo esencial de la democracia electoral”.<sup>84</sup> Un ejemplo de este tipo de control lo ofrecen las sentencias proferidas por el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia y por la Corte Suprema de Justicia de Honduras en las que, con fundamento en una manipulación de la Convención Americana de Derechos Humanos, concluyeron que las normas constitucionales que prohibían la reelección presidencial quebrantaban los derechos de los gobernantes de turno y, con esto, erosionaban la libre competencia electoral por la presidencia.<sup>85</sup>

Por oposición, mantener en su lugar un diseño constitucional desgastado, ineficiente o desactualizado, no siempre supone la intención, por parte de las cortes, de perjudicar la democracia electoral y sus garantías mínimas como los derechos y la posibilidad de realizar periódicamente elecciones libres y competitivas. Se trata, posiblemente, de un interés corporativo o gremial (tal vez egoísta) que las cortes quieren defender a toda costa y, para ello, doctrinas como la de la sustitución o la estructura básica son útiles. De lo anterior se sigue que conceptos tradicionales (como escrutinio judicial exitoso o abusivo), no son capaces de capturar el tipo de sentencias y que están a medio camino entre un control exitoso y uno abusivo. Así, el argumento que se desarrollará a partir de este momento es que en la medida en que estas categorías de análisis son insuficientes, una mejor forma de diagnosticar el problema es por medio de lo que se designará como “control de constitucionalidad inapropiado”.

### 3.3. Control de constitucionalidad inapropiado: valores constitucionales como la pauta para diagnosticar esta patología

El control de constitucionalidad de reformas constitucionales es una herramienta que, como cualquier instrumento, puede usarse para muy diversos fines. Como se vio en

<sup>84</sup> Rosalind Dixon & David Landau, *Abusive Judicial Review: Courts Against Democracy*, 53 U.C. DAVIS L. REV. 1313, 1322 (2020). Traducción propia. Este control abusivo usualmente se contrapone a un control exitoso como el de la CCC en el caso de la segunda reelección presidencial. *Id.* pp. 1353-1354.

<sup>85</sup> Ver David Landau *et al.*, *Term Limits and the Unconstitutional Constitutional Amendment Doctrine Lessons from Latin America*, en *THE POLITICS OF PRESIDENTIAL TERM LIMITS* 53 (Alexander Baturo & Robert Elgie, eds., 2019). Recientemente la Corte Interamericana de Derechos Humanos concluyó que estas interpretaciones son incompatibles con la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Ver La figura de la reelección presidencial indefinida en Sistemas Presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Interpretación y alcance de los artículos 1, 23, 24 y 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, XX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 3.d de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y de la Carta Democrática Interamericana), Opinión Consultiva OC-28/21, Corte IDH (ser. A) No. 28 (7 de junio de 2021).

la subsección anterior, la posibilidad de un escrutinio judicial de las reformas puede salvar una democracia o destruirla. Como ha advertido Landau, una de las deficiencias de teorías como la de la sustitución o similares, es que se trasplantan de país a país sin ningún tipo de contenido normativo o compromiso teleológico.<sup>86</sup> Este argumento ha sido demostrado empíricamente por Hein en el contexto europeo: la mayoría de las veces en las que las cortes en Europa han analizado reformas constitucionales de 1945 a 2016, sus sentencias no han protegido valores democráticos.<sup>87</sup> En Latinoamérica, por su lado, varias cortes como las de Bolivia, Honduras, Nicaragua, Ecuador y Venezuela han instrumentalizado este control para destruir la democracia y complacer al gobernante.<sup>88</sup>

La inyección de valores que las cortes deben proteger con este control puede ayudar a ajustar el lente de análisis. Los valores juegan un papel central en las definiciones tradicionales de control de constitucionalidad exitoso y abusivo como ya se vio (con el primero se salva la democracia, con el segundo se destruye).<sup>89</sup> Diversos estudios, en ese sentido, han argumentado que uno de los criterios para medir el rendimiento de una institución como una corte es, justamente, la capacidad que tiene para alcanzar ciertos fines o valores que se consideran deseables.<sup>90</sup> Estas ideas aplicadas a la noción de un control de constitucionalidad de reformas al judicial, diría que es inadecuada cualquier forma de supervisión judicial de reformas que no persiga (que es distinto a salvar o erosionar) ningún valor constitucionalmente admisible.<sup>91</sup> Una consecuencia de esto es que un control judicial que parte del autointerés (esto es, de un interés distinto a la defensa de la constitución), aunque no necesariamente desmantela el núcleo de la democracia electoral, es una restricción indebida a la expresión democrática operacionalizada mediante una reforma.

Dicho esto, el interrogante que surge es cómo identificar esos valores que se deben perseguir por medio del control de reformas. Esta pregunta es muy compleja, pero si se atiende al núcleo esencial de la democracia constitucional (garantía de derechos,

<sup>86</sup> David Landau, *Presidential Term Limits in Latin America: A Critical Analysis of the Migration of the Unconstitutional Constitutional Amendment Doctrine*, 12 L. & ETHICS HUM. RTS. 225, 247 (2018).

<sup>87</sup> Michael Hein, *The Least Dangerous Branch?: Constitutional Review of Constitutional Amendments in Europe*, en COURTS, POLITICS AND CONSTITUTIONAL LAW. JUDICIALIZATION OF POLITICS AND POLITICIZATION OF THE JUDICIARY 187, 189, 202-203 (Martin Belov ed., 2020).

<sup>88</sup> Landau et al., *supra* nota 85, en pp. 61-62.

<sup>89</sup> Como advierte Bernal-Pulido, la idea de constitución no puede ser valorativamente neutra: “no puede existir constitución sin constitucionalismo”, vale decir, sin la presencia de ciertos elementos como Estado de derecho, separación de poderes y derechos. Carlos Bernal-Pulido, *Prescindamos del poder constituyente en la creación constitucional. Los límites conceptuales del poder para reemplazar o reformar una constitución*, 22 ANUARIO IBEROAMERICANO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL 59, 75-78 (2018).

<sup>90</sup> Yuval Shany, *Assessing the Effectiveness of International Courts: A Goal-based Approach*, 106 AM. J. INT'L L. 225 (2012); Sergio Verdugo, *Birth and Decay of the Chilean Constitutional Tribunal (1970-1973): The Irony of a Wrong Electoral Prediction*, 15 INT'L J. CONST. L. 469, 469-470 (2017); DANIEL BRINKS ET AL., UNDERSTANDING INSTITUTIONAL WEAKNESS. POWER AND DESIGN IN LATIN AMERICAN INSTITUTIONS (2019).

<sup>91</sup> No perseguir valores constitucionales puede tener como efecto, en algunos casos, una infracción a principios constitucionales (como sucedería con la afectación de la expresión de la voluntad democrática vertida en una reforma razonable que se declara inconstitucional). Sin embargo, esta omisión en la consecución de ciertos fines valiosos no busca destruirlos frontalmente o de manera intencional.

separación de poderes, estado de derecho y democracia)<sup>92</sup> y sus manifestaciones concretas en cada realidad (por ejemplo, en Latinoamérica, el problema de la desigualdad ha llevado a una garantía judicial más fuerte que en Europa de los derechos sociales), se pueden discernir estos valores.<sup>93</sup> En el contexto de Colombia, este análisis de dos pasos señalaría, primero, que uno de los principios generales indispensables en cualquier democracia constitucional es el control del poder público (separación de poderes y estado de derecho). Segundo, en la realidad colombiana este principio tomaría la forma de control sobre el hiperpresidencialismo que ha caracterizado al poder ejecutivo en Colombia.<sup>94</sup> Estas dos ideas aplicadas a las sentencias de Colombia, llevarían a la conclusión de que pese a que las reformas examinadas en los cuatro casos fueron promovidas por el presidente, en términos generales no existían razones para creer que incrementarían su poder. Por esa razón, si bien las providencias de la Corte Suprema y la Corte Constitucional no afectaron directamente valores constitucionales, su intervención tampoco tenía como objetivo protegerlos.

La identificación de este tipo de control inapropiado es importante por la siguiente razón: reconocer que pueden existir reformas aceptables a la rama judicial y que se contraponen a reformas abusivas que pretenden dismantelar la democracia constitucional, les permite a las cortes ajustar su prisma de análisis. Se ha dicho que en casos de populismo o de reformas abusivas al judicial, los jueces deberían ser muy rigurosos en su escrutinio por todo lo que se juega, en términos constitucionales, con esas enmiendas.<sup>95</sup> Sin embargo, no es justificable aplicar un control tan exigente en situaciones en las cuales se reforma la jurisdicción de manera aceptable. Los contextos son diferentes y el contexto debe ayudarle al juez a calibrar la intensidad de su vigilancia constitucional.<sup>96</sup>

En todo caso, dado que el juez que realiza el control tiene un interés directo en el resultado del proceso y este control supone una serie de retos particulares (ver apartado 3.1.), la supervisión judicial de enmiendas a la judicatura debe ajustarse en vista de esos retos especiales. Luego de haber diagnosticado la patología, a continuación se estudian algunos posibles tratamientos.

<sup>92</sup> Aunque definir una democracia constitucional es ciertamente complejo, los elementos definicionales que se proponen se extraen a partir varias aproximaciones como las siguientes: ANDRÁS SAJÓ & RENÁTA ÚTIZ, *THE CONSTITUTION OF FREEDOM: AN INTRODUCTION TO LEGAL CONSTITUTIONALISM* 13 (2017); Wilfrid Waluchow, *Constitutionalism*, *THE STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY* (Edward N. Zalta ed., 2017), <https://plato.stanford.edu/entries/constitutionalism/> (último acceso: 23 de agosto de 2022) y JACOB WEINRIB, *DIMENSIONS OF DIGNITY. THE THEORY AND PRACTICE OF MODERN CONSTITUTIONAL LAW* 141-7 (2016).

<sup>93</sup> Sobre cómo los valores constitucionales pueden adoptar muy diversas especificaciones en el campo del control judicial de la reforma, ver Mark Tushnet, *Peasants with Pitchforks, and Toilers with Twitter: Constitutional Revolutions and the Constituent Power*, 13 *INT'L J. CONST. L.* 639, 641 (2015); Dixon & Landau, *supra* nota 2, en pp. 623, 634.

<sup>94</sup> El control de constitucionalidad de reformas en Colombia se justifica a menudo bajo el argumento de que es un mecanismo para limitar el poder e influencia del presidente en las reformas que aprueba el Congreso. Ver SAMUEL ISSACHAROFF, *FRAGILE DEMOCRACIES: CONTESTED POWER IN THE ERA OF CONSTITUTIONAL COURTS* 147-151 (2015); Bernal-Pulido, *supra* nota 51, en pp. 351-352.

<sup>95</sup> Yaniv Roznai & Tamar Hostovsky Brandes, *Democratic Erosion, Populist Constitutionalism, and the Unconstitutional Constitutional Amendments Doctrine*, 14 *L. & ETHICS HUM. RTS.* 19, 28-9 (2020).

<sup>96</sup> El estudio del control judicial a la reforma debe ser, cada vez, más contextual. Ver Abeyratne, *supra* nota 8, en p. 189; Torres-Artunduaga & García-Jaramillo, *supra* nota 63, en p. 30-2.

## 4. Algunos posibles tratamientos: hacia un control sensible a los contextos

Las soluciones que se proponen a continuación son alternativas preliminares que toman como punto de referencia la importancia de proteger la Constitución frente a reformas abusivas y, a la vez, la necesidad de permitir aquellas reformas al judicial aceptables en una democracia constitucional, así los jueces estén en desacuerdo con ellas.<sup>97</sup> Son preliminares porque los estudios en el campo del control de constitucionalidad de las reformas a la jurisdicción aún son muy escasos como se dijo en la introducción y, por esto, estas alternativas constituyen uno de los primeros acercamientos a la cuestión en Colombia, alternativas que podrían, de algún modo, dar alguna luz a este problema en aparente expansión global.

Para presentar estas propuestas, lo primero que se debe decir es que el blanco al que deben apuntar los jueces en Colombia a la hora de evaluar la corrección constitucional de enmiendas a la rama judicial es el de un control exitoso (un control que proteja y haga avanzar los valores de la Constitución, en especial la separación de poderes y el estado de derecho vía la limitación del poder presidencial). Al mismo tiempo, deben evitarse modalidades de control abusivo o inapropiado (controles que erosionan la democracia o que simplemente no persiguen ningún fin constitucionalmente valioso). La teoría de la sustitución no puede ser un recipiente vacío. La idea de un control exitoso (y la exclusión de controles abusivos o inapropiados) llena de contenido esta doctrina. Un control de conveniencia política de una reforma que no erosiona la democracia, como el que adelantó la CSJ o la CCC, no está permitido puesto que no persigue la consecución de valores constitucionales.

Ahora, acertar en el blanco y dejar de lado controles inapropiados no es fácil debido a la existencia de dos obstáculos. El primero tiene que ver con que la intención de una corte de evitar ser juez y parte, puede llevarla a aplicar un control en exceso deferente que no prevenga la implementación de reformas cuyo fin sea dismantelar los controles al poder desde la judicatura. El segundo es que la tentación de proteger los propios poderes del juez ante cualquier cambio constitucional (incluso aceptable) puede ser irresistible.

Para sortear estos obstáculos, son importantes los contextos. Como afirman Roznai, Albert y Bernal, reformas cuya aprobación cuente con un alto grado de participación democrática y que suponen que se ha dialogado a fondo sobre las problemáticas que estas buscan atender, deberían tener un control menos fuerte que reformas aprobadas

<sup>97</sup> Una reforma abusiva es aquella que hace que un Estado sea significativamente menos democrático que lo que era antes de la aprobación de la reforma. Ver, sobre este punto a David Landau, *Abusive Constitutionalism*, 47 U.C.D. L. REV. 189, 195 (2013-2014). Por su parte, una reforma constitucional aceptable es aquella que no es abusiva, esto es, que no socava el núcleo de la democracia y que una persona razonable podría aceptar como un cambio consistente con la estructura constitucional. Véase, en ese sentido, la distinción entre reforma y desmembramiento propuesta por RICHARD ALBERT, *CONSTITUTIONAL AMENDMENTS: MAKING, BREAKING, AND CHANGING CONSTITUTIONS* (2019).

con poca deliberación y en escenarios populistas.<sup>98</sup> Así, en un contexto no abusivo en el que después de debates en el Congreso se evidencia que hay una necesidad de reformar la jurisdicción por su aislamiento de la realidad o porque es ineficiente y permite la impunidad, es razonable suponer que los cambios a la rama judicial probablemente no estarán destinados a destruir la Constitución. Por ello, un control muy severo no se justifica.

Una vez el juez ha definido que está ante un contexto democrático, lo que sigue es determinar cómo debería realizarse ese control menos severo. Un primer paso fundamental, es que el juez debe verificar superficialmente el contenido de la reforma y si encuentra que esta puede impactar su función judicial, debería reconocer explícitamente la existencia de un conflicto de interés y proceder al nombramiento de jueces *ad hoc*. El régimen de conflicto de intereses ha sido muy bien desarrollado en el campo del arbitraje internacional y allí se usa un estándar relativamente riguroso que puede ser aplicable a este escenario: un juez debe proyectar una apariencia de imparcialidad, independientemente de si considera que no existe un conflicto de interés que pueda afectar su decisión en el caso concreto.<sup>99</sup> Este criterio objetivo (*i.e.*, cómo terceros perciben al juez) si bien es exigente, es fundamental para solventar el problema de la credibilidad que se anunció en la subsección 3.1. en tanto que la percepción de imparcialidad por parte de la opinión pública es una de las fuentes de la confianza que la ciudadanía deposita en las cortes y que es esencial para mantener su autonomía. Esto significa que una vez el juez encuentre que la reforma a controlar afecta su institución, debe saber que no va a parecer imparcial y, por lo tanto, debería apartarse inmediatamente.

Esto no implica, sin embargo, que la reforma no deba juzgarse. Solo puede hacerlo un tercero imparcial: alguien experto en derecho constitucional pero que no haya sido juez de la misma institución que pretende reformarse, ni que practique el derecho ante esta. Este tipo de restricciones no existen actualmente en el sistema de conjuces vigente en Colombia<sup>100</sup> y buscan, por un lado, evitar el espíritu de cuerpo por parte de personas cuya cultura puede estar vinculada a la defensa a ultranza de la rama judicial y, por el otro, impedir la participación personas que puedan tener un interés posterior en casos que se ventilan ante Corte y que, en algún punto, puedan buscar congraciarse con sus integrantes.

Esta opción de nombrar jueces *ad hoc* es la que de mejor manera garantiza la imagen de imparcialidad y solventa los problemas interpretativos, democráticos y de petrificación. Separar al juez que simultáneamente es una parte, elimina casi que cualquier duda de autointerés. Pero es posible que esta propuesta no se acoja. En esa hipótesis, una propuesta alternativa que permitiría a la Corte proyectar algún grado de imparcialidad (menor en todo caso que en la propuesta anterior) es la exigencia de supermayorías para decidir. Exigir una mayoría alta calificada de votos, o incluso

<sup>98</sup> ROZNAI, *supra* nota 51, en pp. 370-379; Albert, *supra* nota 59, en pp. 67-71; Bernal-Pulido, *supra* nota 51, en p. 357. Una propuesta alternativa a la de Bernal puede encontrarse en Ramírez-Cleves, *supra* nota 51.

<sup>99</sup> Ver INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION, GUIDELINES ON CONFLICTS OF INTEREST IN INTERNATIONAL ARBITRATION, Estándar General 2(b) y explicación del Estándar General 2, nota b (2014).

<sup>100</sup> Ver, por ejemplo L. 270/1996, 7 de marzo de 1996, DIARIO OFICIAL [D.O.] art. 61.

unanimidad para declarar la inconstitucionalidad de una reforma que afecta a la misma CCC, envía el mensaje de que la enmienda era tan claramente inconstitucional, que aún jueces con desacuerdos profundos sobre concepciones de lo justo llegaron a la misma conclusión sobre su nulidad. Esta afirmación permite sugerir que el motivo no fue el autointerés, sino una genuina preocupación por proteger la Constitución.<sup>101</sup>

Finalmente, una última salida (que no es incompatible con las dos anteriores) tiene que ver con el diálogo. En concreto, un verdadero diálogo en el que la CCC esté abierta a la persuasión y a cambiar su postura de inconstitucionalidad frente a una reforma al judicial, debe partir de la base de que en una democracia se debe permitir una transformación radical de la Constitución o un desmembramiento constitucional incluso por medios institucionales, si ese cambio viene precedido de una muy robusta deliberación y si guarda semejanza con el momento constituyente original.<sup>102</sup> Como bien explica Lalík, una corte constitucional debe ser consciente de que su labor de proteger la identidad de la constitución ante reformas que la destruyan no comprende la facultad de impedir la posibilidad de un cambio constitucional extremo. Una corte puede aumentar los costos de un desmembramiento, pero no prohibirlo.<sup>103</sup>

Luego de que la Corte haya aceptado la posibilidad de desmembramiento por los cauces institucionales, el siguiente paso es pensar en la forma que pueden tomar esos canales. Como demuestra el reciente caso de la Corte Constitucional de Eslovaquia, un tribunal puede participar activamente en el diseño de esas instituciones que permitirían un desmembramiento. Por ejemplo, en ese país europeo la Corte Constitucional invalidó una reforma constitucional que autorizaba el uso de los organismos de inteligencia para crear los reportes de aptitud de jueces actuales y futuros, reportes que podrían llevar a la remoción de jueces actuales o a la negativa de nombrar algún candidato. Sin embargo, la Corte eslovaca dio un paso más y después de reconocer que el pueblo en algún momento podría estar de acuerdo con una reforma de esa índole (o en desacuerdo con la Corte), observó que la ciudadanía podría, por cuenta de un referendo con participación robusta, revertir su dictamen.<sup>104</sup>

Se podría decir que la CCC ha tomado una ruta similar cuando, en varias de sus sentencias, ha dicho que una asamblea nacional constituyente convocada para

<sup>101</sup> Ver Jeremy Waldron, *Control de constitucionalidad y legitimidad política*, 27 ΔΙΚΑΙΟΝ 7, 24-25 (2018); Cristóbal Caviedes, *A Core Case for Supermajority Rules in Constitutional Adjudication*, (INT'L J. CONST. L., en prensa, 2021), [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3919335](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3919335) (último acceso: 23 de agosto de 2022); Albert, *supra* nota 59, en pp. 71-73. Un posible contraargumento frente a esta alternativa es que la CCC no hubiese logrado las mayorías para declarar la inconstitucionalidad de la segunda reelección puesto que solo cinco magistrados consideraron que esta reforma sustituía la Constitución. Aunque este es un buen punto, se debe decir que esta reforma se anuló también por vicios de procedimiento gracias a los votos de una supermayoría de jueces de la Corte. Además, esta propuesta de las supermayorías se restringe al control de reformas a la rama judicial.

<sup>102</sup> Albert, *supra* nota 59, en pp. 52, 57-60; Torres-Artunduaga & García-Jaramillo, *supra* nota 63, en pp. 37-41.

<sup>103</sup> Tomáš Lalík, *The Slovak Constitutional Court on Unconstitutional Constitutional Amendment* (PL. ÚS 21/2014), 16 EUR. CONST. LAW REV. 328, 337 (2020).

<sup>104</sup> *Id.*, p. 338.

sustituir la Constitución es el único camino para desmembrarla.<sup>105</sup> Aunque esto es importante porque se reconoce que la Constitución puede transformarse radicalmente por medio de la misma institucionalidad, existen tres diferencias frente a Eslovaquia que hacen que la apariencia de parcialidad no se disipe. Para comenzar, la Corte nunca ha advertido de esta posibilidad de desmembramiento en relación con casos en los cuales ha examinado reformas a la judicatura. Esta posibilidad ha sido un *dictum* reiterado en casos referentes a enmiendas sobre materias diferentes al judicial e incluso en algunos otros pronunciamientos, ha incurrido en una contradicción al asegurar que ni siquiera una asamblea de este estilo podría sustituir la Constitución.<sup>106</sup> Segundo, los costos de convocar una asamblea nacional constituyente para desmembrar la Constitución parecen ser prohibitivos y esto hace que el diálogo entre el pueblo (que actúa por los mecanismos de participación ciudadana) y la Corte sea una ilusión. Como refiere Albert, el titular del poder constituyente cambia con el tiempo y, en ese sentido, la CCC podría reducir las exigencias para desmembrar la Constitución en aquellos eventos en los que las élites y el pueblo acepten la legitimidad de un desmembramiento que ha operado por un mecanismo menos oneroso que el de la asamblea.<sup>107</sup>

Tercero, en un gesto que reconoce que el juez no tiene el monopolio de la interpretación constitucional, la Corte eslovaca acepta que pueden existir interpretaciones populares alternativas a las suyas en el contexto del control a la reforma. La CCC, por oposición, no ha adoptado una postura explícita en esa línea. Para resolver los problemas interpretativos, democráticos, de petrificación y de credibilidad, la CCC debería reconocer que sus sentencias sobre reformas al judicial son una interpretación (de varias admisibles de la Constitución) y que están sujetas al diálogo constitucional. Y que, en todo caso, la última palabra en este diálogo la tiene la ciudadanía que puede dejar sin efectos sus decisiones sobre reformas a la jurisdicción. De hecho, este diálogo entre los poderes constituidos y el pueblo ya lo permite la Constitución de Colombia. El artículo 377 de la Constitución establece que el pueblo, por referendo, podrá derogar una reforma constitucional aprobada por el Congreso sobre los derechos, los mecanismos de participación popular o sobre las mismas atribuciones del Congreso. Varios autores consideran que esta es una forma popular de control de constitucionalidad ciudadano sobre el constituyente derivado mediante la cual el pueblo impone su interpretación constitucional sobre la voluntad de los congresistas.<sup>108</sup>

Si el pueblo tiene esa facultad en relación con sus representantes, cabe pensar también en interpretaciones populares que tengan la capacidad, en un escenario de diálogo, de sobreponerse en escenarios excepcionales a las lecturas judiciales de la Constitución.

<sup>105</sup> Corte Constitucional, *supra* nota 1; Corte Constitucional [C.C.], 22 de julio de 2011, Sentencia C-574/11 (Colom.).

<sup>106</sup> Corte Constitucional [C.C.], 7 de octubre de 2004, Sentencia C-970/04 (Colom.); Corte Constitucional [C.C.], 14 de marzo de 2007, Sentencia C-180/07 (Colom.).

<sup>107</sup> Albert, *supra* nota 59, en p. 59.

<sup>108</sup> Ver, por ejemplo, Santiago García-Jaramillo & Francisco Gnecco-Estrada, *La teoría de la sustitución: de la protección de la supremacía e integridad de la constitución, a la aniquilación de la titularidad del poder de reforma constitucional en el órgano legislativo*, 133 VNIVERSITAS 59, 85-89 (2016); BENÍTEZ-R., *supra* nota 51, en pp. 185-186.

De esta manera, la antigua tensión entre democracia y constitucionalismo, al menos en el campo de la reforma a la judicatura, podría morigerarse al permitirle a la Corte proferir una interpretación autorizada y vinculante (a diferencia de la propuesta de Albert),<sup>109</sup> pero sujeta a discusión y muy circunstancialmente a revisión si así lo decide la ciudadanía.

## 5. Conclusiones

Este escrito ha tratado de mostrar una patología que ha persistido alrededor de cuarenta años en la justicia constitucional de Colombia y que, al parecer, es un fenómeno que se ha extendido a otros Estados. Se trata de un posible control autointeresado de reformas constitucionales razonables a la jurisdicción, control que da lugar a una serie de retos. Estos retos, a su vez, pueden resumirse en que con este tipo de escrutinio, el criterio de distinción que existe (al menos formalmente) entre la forma de operación de la judicatura y la de las ramas elegidas popularmente, se desvanece. Como algunos han advertido, los principios constitucionales admiten diversidad de concreciones<sup>110</sup> y cuando el juez deja de lado una de esas especificaciones razonables porque afecta sus poderes (vale decir, adelanta un control de conveniencia política), al público le es difícil diferenciar esa decisión del juez de una determinación de naturaleza eminentemente política que, perfectamente, podría haberse tomado por el legislativo o por el ejecutivo. Cuando el juez pierde esta imagen de imparcialidad o de tercero desinteresado que resuelve una disputa entre dos partes, se erosiona su legitimidad sociológica y, con esto, se lesiona una de las fuentes de la independencia de los tribunales: su credibilidad ante la opinión.<sup>111</sup>

Este texto también ha propuesto una serie de alternativas preliminares para superar la enfermedad. Todas ellas pasan por recuperar esa imagen de imparcialidad que ha sido clave y que explica en buena medida, por ejemplo, el éxito de la CCC que en décadas anteriores recibió el respaldo popular que le permitió enfrentar agresiones de los otros poderes.<sup>112</sup> Se debe reconocer, en todo caso, que la iniciación y eventual implementación de estas opciones institucionales dependen en gran medida de la voluntad de la CCC. No obstante, un primer paso en esta dirección es poner sobre la mesa este debate y eso es lo que ha intentado hacer este artículo con el diagnóstico y los potenciales tratamientos.

Ahora, del análisis que motiva este artículo, se pueden extraer dos reflexiones finales que invitan a ser más críticos y a continuar una naciente discusión que sea menos

<sup>109</sup> Para Albert, las cortes no deberían poder invalidar reformas. Sus decisiones deberían ser consultivas. Albert, *supra* nota 59, en p. 72.

<sup>110</sup> Tushnet, *supra* nota 93, en p. 641; Hoque, *supra* nota 76, en p. 27; Torres-Artunduaga & García-Jaramillo, *supra* nota 63, en p. 32.

<sup>111</sup> El control autointeresado de constitucionalidad de reformas, en último término, resulta en una paradoja porque no consigue el autointerés que la misma corte pretende alcanzar: si bien en el corto plazo la corte defiende su posición institucional, en el mediano o largo plazo se afecta su credibilidad y, con esto, su autonomía.

<sup>112</sup> David Landau & Rosalind Dixon, *Constitutional Non-Transformation? Socioeconomic Rights beyond the Poor*, en *THE FUTURE OF ECONOMIC AND SOCIAL RIGHTS* 110, 110-34 (Katharine G. Young, ed., 2019).

“autocelebratoria” con figuras e instituciones que se asumen consolidadas como el control judicial de las reformas constitucionales y la CCC.<sup>113</sup> La primera de ellas tiene que ver con la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales. El mero hecho de que una corte —incluso independiente— tenga en sus manos la potestad de anular un cambio formal a la constitución, no garantiza que el control de la corte va a ser exitoso. Dicho de otra manera, los análisis contemporáneos de rendimiento judicial muchas veces se centran en el grado de autonomía del cual goza una corte y si esta puede hacer frente a decisiones emanadas de los órganos elegidos democráticamente (con teorías como la de la sustitución).<sup>114</sup>

Este análisis es importante, pero insuficiente. Es insuficiente porque, como se vio, una corte independiente (como la CSJ y la CCC) con herramientas doctrinales para vigilar la obra del constituyente derivado (como un control de competencia, uno de forma y la teoría de la sustitución), pueden dejar de perseguir valores centrales para una democracia por cuenta de un control inapropiado. En cortes que operan en democracias constitucionales (*i.e.*, regímenes que no son valorativamente neutros), el rendimiento de las cortes debe medirse también mediante una brújula normativa. Este escrito avanza en esa dirección y sugiere que doctrinas como la de las reformas constitucionales inconstitucionales son simplemente construcciones que pueden ser llenadas con diferentes valores y que, por ello, el lente con el cual se mide el desempeño de las cortes debería admitir ingredientes normativos como los que se han usado en este artículo para sugerir una definición de control inapropiado. De cualquier forma, un debate pendiente tiene que ver con la manifestación concreta que adquieren elementos normativos de la democracia constitucional en casos distintos a Colombia y al control judicial a la reforma a la rama judicial.

El segundo punto se relaciona con teorías como la del constitucionalismo transformador. Esta aproximación al derecho constitucional latinoamericano tiene una serie de preocupaciones normativas como son enfrentar la desigualdad y fortalecer las instituciones.<sup>115</sup> El constitucionalismo transformador busca enfrentar estas preocupaciones por medio de una agenda jurídica transformadora y se fundamenta en (pero también se diferencia de la) influyente propuesta de Klare sobre constitucionalismo transformador en Suráfrica a propósito de la transición democrática luego de la caída del *apartheid*.<sup>116</sup> En este contexto teórico, uno de los elementos diferenciadores del constitucionalismo transformador latinoamericano radica en el rol fundamental que juegan los jueces en la transformación de la sociedad

<sup>113</sup> La caracterización del discurso del derecho constitucional en Colombia como *autocelebratorio* es de Roberto Gargarella, *Reivindicando a Jeremy Waldron: Waldron en Colombia*, SEMINARIO DE TEORÍA CONSTITUCIONAL Y FILOSOFÍA POLÍTICA (25 de julio de 2017), <https://seminariogargarella.blogspot.com/2017/07/reivindicando-jeremy-waldron-waldron-en.html> (último acceso: 23 de agosto de 2022).

<sup>114</sup> Una de las medidas que se usan para evaluar el nivel de autonomía es determinar si la corte en cuestión anula medidas gubernamentales y legislativas. Diana Kapizewski & Matthew Taylor, *Doing Courts Justice? Studying Judicial Politics in Latin America*, 6 PERSPECT. POLITICS 741, 749 (2008).

<sup>115</sup> Ver Armin von Bogdandy *et al.*, *Ius Constitutionale Commune en América Latina: A Regional Approach to Transformative Constitutionalism*, en TRANSFORMATIVE CONSTITUTIONALISM IN LATIN AMERICA: THE EMERGENCE OF A NEW IUS COMMUNE 3, 10 (Armin von Bogdandy *et al.* eds., 2017).

<sup>116</sup> Karl Klare, *Legal Culture and Transformative Constitutionalism*, 14 S. AFR. J. ON HUM. RTS. 146 (1998).

—en línea con las dos preocupaciones normativas mencionadas— por medio de sus decisiones judiciales.<sup>117</sup>

Uno de los cuestionamientos que se puede hacer a esta doctrina y que se deriva de las discusiones que esta investigación ha sugerido, es que este concepto pareciera partir de una premisa según la cual la adjudicación judicial en la región sería un proceso siempre en ascenso y en evolución en el cual una judicatura comprometida ayudaría a transformar la realidad, día tras día, en una dirección más igualitaria y respetuosa del Estado de derecho.<sup>118</sup> Sin embargo, el caso de Colombia demuestra que incluso tribunales que han sido tradicionalmente caracterizados como poderosos o exitosos, también erran y de manera grave. Reconocer esta falibilidad y, tal vez, depositar una confianza más realista en las cortes, puede ayudar a ajustar las expectativas relativamente amplias que se tiene de ellas.

<sup>117</sup> von Bogdandy *et. al.*, *supra* nota 115, en p. 6.

<sup>118</sup> Algunas críticas y dudas en una línea similar son desarrolladas por Alberto Coddou Mc Manus, *A Critical Account of Ius Constitutionale Commune in Latin America: An Intellectual Map of Contemporary Latin American Constitutionalism*, 11 GLOBCON. 110 (2022).