

**Matthias Herdegen (Alemania) \***

## **La reforma constitucional: criterios de justiciabilidad**

### **1. Los desafíos de un control judicial de reformas constitucionales**

#### ***1.1. Implicaciones de legitimidad***

El control de una Corte Constitucional llega a su apogeo cuando se dirige hacia una reforma de la Ley Fundamental. En esta función, también se maximiza para la jurisdicción constitucional el peligro de arriesgar su propia legitimidad —como el ambicioso de William Shakespeare que lanzándose al lomo del caballo cae al otro lado—, porque se enfrenta a un fortísimo poder desde una perspectiva democrática: el poder reformatorio de la Constitución.

El Consejo Constitucional de Francia, juzgando un referendo reformatorio, se refugió en la deferencia absoluta, la sumisión frente a lo que calificó como expresión de la soberanía del pueblo, actitud que hace recordar el jacobinismo de la revolución francesa.

Estamos, entonces, en un terreno espinoso donde hasta los ángeles pisan con temor. Pero este temor es un lujo que no se le permite al juez constitucional.

Desde una perspectiva tanto metajurídica como de una vista constitucional, influyen en concepto de la jurisdicción constitucional la visión del texto vigente como orden durable y la percepción del poder reformatorio.

---

\* Director del Instituto del Derecho Público y del Instituto de Derecho Internacional de la Universidad de Bonn. Profesor honorario de la Pontificia Universidad Javeriana y profesor visitante del Colegio Mayor del Rosario y de Uninorte; visitante, además, de la Escuela Global de Derecho en Nueva York y de la Sorbona de París. <herdegen@uni-bonn.de>.

### 1.2. *Percepción del orden vigente y su resistencia a cambios*

En el texto constitucional, el respeto por la Ley Fundamental —como orden durable y resistente a las coyunturas miopes del momento— compite con las necesidades de ajustar la obra constituyente a nuevos retos. Como dice el escritor colombiano Nicolás Gómez Dávila en sus *Escolios a un texto implícito*: “el tiempo modifica la topografía de nuestras convicciones”.

De manera bastante fresca, Thomas Jefferson hace un llamado a no quedarse petrificado por veneración a generaciones pasadas:

*Some men look at constitutions with sanctimonious reverence, and deem them like the ark of the covenant, too sacred to be touched. They ascribe to the men of the preceding age a wisdom more than human. [...] I knew that age well. [...] It was very like the present, but without the experience of the present. [...] Let us follow no such examples, nor weakly believe that one generation is not capable as an other of taking care of itself, and of ordering its own affairs.<sup>1</sup>*

Por otro lado, podemos fácilmente invertir esta admonición en una demanda a no ceder ante modas efímeras.

### 1.3. *Concepto de la jurisdicción constitucional*

Cada país y cada generación se forjan su propio concepto de la jurisdicción constitucional y sus relaciones con los poderes políticos a la luz del texto de la Constitución. En los países occidentales, con una fuerte Corte Constitucional, esas visiones cubren un panorama amplio de expectativas diferentes: desde la Corte Constitucional que actúa con mayor *self-restraint* frente a preferencias socioeconómicas corroboradas en mecanismos democráticos, o bien, al contrario, como tejedor activo de un corsé de valores constitucionales, hasta la Corte como taller de reparación de defectos.

A pesar de todas las divergencias, existen perspectivas comunes. Consideramos nuestras Cortes Constitucionales no como voz auténtica de la Constitución, sino como autoridad máxima en su interpretación, con libertad de ajustar su propia jurisprudencia a nuevas inspiraciones. Coincidimos en reconocer a la Corte Constitucional como último guardián de los derechos fundamentales y del balance entre los poderes públicos. Esta visión repercutirá en la jurisdicción sobre actos reformativos de la Constitución.

## 2. El control formal

### 2.1. *Un escrutinio estricto*

El control formal exige, por su naturaleza, un escrutinio estricto, porque se trata de verificar si el acto bajo examen judicial es o no expresión auténtica del

---

<sup>1</sup> T. Jefferson, carta a S. Kercheval (julio de 1816), en M. Peterson (ed.): *The Portable Thomas Jefferson*, 1975, pp. 558 ss.

poder reformativo. Ninguna consideración de legitimidad o de deferencia judicial frente al poder representativo o al mismo voto popular podría justificar un llamado *judicial self-restraint* en cuanto al procedimiento requerido por la ley Fundamental.

Se entiende que cada control formal exige un examen riguroso de los requisitos que la Constitución estipula en términos explícitos.

## **2.2. Elementos del debido proceso**

La problemática del control formal va más allá de los requisitos explícitos. Más bien, se trata de clarificar si la Constitución en términos implícitos consagra elementos de un debido proceso de la misma reforma constitucional.

Estos elementos del debido proceso tienen varias fuentes en nuestras constituciones:

- el principio democrático exige que la formación de la voluntad política se haga libre de presiones o incentivos manipulatorios;
- los derechos políticos del ciudadano igualmente se oponen a la distorsión de la voluntad en los órganos representativos;
- la separación de los poderes impide que la rama ejecutiva se apodere del poder legislativo y la convierta en un brazo extendido del gobierno.

Es obvio que en la postulación del debido proceso las normas sustantivas de la Constitución irradian ciertos estándares sobre los requisitos formales.

En el caso de la reforma en pro de la reelección del presidente, toda la parafernalia en manos del mandatario en ejercicio repercute en el propio proceso de modificar la Constitución, si la reforma intenta beneficiar al mandatario en ejercicio. Por otro lado, no sería pertinente argumentar con meras presunciones para fundamentar vicios allegados. Estos aspectos hacen parte de la dimensión formal de una reforma constitucional. Harían parte de un escrutinio formal si la reforma aprobada refleja de manera auténtica la voluntad del poder reformativo. Dependerá de este escrutinio si tal reforma es plenamente vigente y si, quizás, exige una interpretación restrictiva de conformidad con la Constitución (limitando sus efectos en el tiempo). Corresponde al analista cuidarse de cualquier conclusión rápida.

## **3. El control sustantivo: la Corte Constitucional como guardián de un núcleo intocable del orden constitucional**

En máximo grado se desempeña una Corte Constitucional como vigilante sobre la Constitución cuando controla actos reformativos de la Constitución. Un escrutinio de fondo entra en conflicto con los principios elementales de cada democracia. Por esta razón, tanto el reclamo de tal control sustantivo como el ejercicio de tal poder

excepcional requieren de una altísima dosis de prudencia. Además, requieren mucha diligencia en su justificación argumentativa para protegerse contra sospechas de exceder su mandato constitucional frente a mayorías calificadas o frente a un referendo como expresión directa de la voluntad del pueblo.

Por su carácter excepcional y algo misterioso, el escrutinio de fondo siempre fascinó tanto a la doctrina constitucional y a la clase política en aquellos países con una fuerte jurisdicción constitucional, donde se concibe el poder reformativo como poder constitucionalmente limitado. En términos políticos, es la última esperanza de una minoría derrotada que se considera exponente de un principio básico de la Ley Fundamental que una reforma amenace.

En Colombia, el debate sobre la reelección inmediata del primer mandatario y la constitucionalidad de esta reforma alimentaron una controversia sobre la existencia de un núcleo intocable de la Constitución y su defensa por la Corte Constitucional.

El concepto de una especie de *tabú* constitucional, es decir, de núcleo de principios sacrosantos dentro de un ordenamiento constitucional, remonta a la doctrina constitucional de Alemania bajo la llamada Constitución de Weimar (1919). Se consideró que ciertos principios identificadores del orden constitucional que expresan sus grandes ideas directrices no se pueden sacrificar por mera reforma de la Constitución, mientras la misma Constitución sigue en vigencia.<sup>2</sup>

Según ese concepto, tal desfiguración acabaría con la Constitución como orden consistente, le robaría casi su razón de ser. En consecuencia, una Constitución republicana no permitiría el establecimiento de una monarquía hereditaria. Una Constitución federal excluiría la eliminación de los estados federados en pro de un sistema centralista, mediante reforma constitucional. Una Constitución que garantice plenamente la neutralidad espiritual del Estado no podría cambiarse para establecer una iglesia del Estado. Afectará el núcleo de una Constitución la eliminación o erosión de derechos fundamentales imprescindibles para un orden pluralista. Será también precario el intento de acabar con la Corte Constitucional o de cortar radicalmente la protección judicial del ciudadano.

Si nos remontamos a la historia de Alemania, el destino de la Constitución de Weimar (que no limitó en términos explícitos reformas depravadoras) nefastamente ratificó la advertencia de entregar la esencia del orden constitucional contra el libre juego de mayorías calificadas siempre y cuando se cumplieran los requisitos formales. Tan pronto como el régimen nacionalsocialista llegó al poder, persuadió al Parlamento de otorgar, mediante una ley reformativa,<sup>3</sup> el poder legislativo al gobierno nacional. Así, el gobierno logró autoautorizarse a través de sus propias leyes. No existía una

---

<sup>2</sup> Carl Schmitt: *Verfassungslehre*, 1928, pp. 102 ss.

<sup>3</sup> Técnicamente se trató de un cambio implícito de la Constitución de Weimar, es decir, la ley se autorizó en el procedimiento necesario para una reforma, sin modificar el texto de la Constitución. Tal cambio implícito se consideró permisible en la época.

fuerte jurisdicción constitucional dispuesta a controlar la vigencia de tal ruptura con la separación de poderes. La constitución de Weimar se convirtió en una cáscara dentro de la cual se estableció el Tercer Reich. De esta manera expiró la primera Constitución democrática de Alemania, que jamás fue derogada formalmente.

La Ley Fundamental de Alemania de 1949 reaccionó ante ese trauma histórico con una norma que prohíbe la derogación de ciertos principios elementales como el respeto a la dignidad humana, los derechos humanos “inviolables e inalienables”, el principio del Estado social de derecho, la división de poderes y la estructura federal (artículo 79, § 3).

Hasta hoy, hay pocas constituciones con similares cláusulas de intocabilidad. Bajo constituciones que desconocen tal norma protectora, cualquier control sustantivo se fundamentará en una construcción precaria, basada en un mandato implícito para defender el núcleo intocable.

La justificación de tal mandato implícito crece en su valor argumentativo con la evidencia de que una reforma depravará el patrimonio común del Estado democrático de derecho. La historia del constitucionalismo alemán también enseña que falta mantener las proporciones y cuidarse de establecer paralelos entre reformas controvertidas dentro de un sistema durablemente democrático, por un lado, y pasos hacia la dictadura, por el otro.

En Alemania, la jurisprudencia de la Corte Constitucional convirtió la “cláusula de intocabilidad” de la Ley Fundamental en una base para un control bastante extenso de actos reformativos de la Constitución. Así, la Corte alemana afirma que tanto el poder constituyente original, como el poder reformativo “no pueden desconocer exigencias elementales de justicia”, en particular la prohibición de la arbitrariedad.<sup>4</sup> Esta jurisprudencia abre el camino para un papel activista de la Corte frente a reformas de la Constitución. Hace parte de este papel activista la posible interpretación de leyes reformativas de conformidad con la Constitución y a la luz de su núcleo intocable.<sup>5</sup>

En Colombia, sólo mirando la letra de la Carta de 1991, un observador cándido concluirá que el control de la Corte Constitucional es muy fragmentario. La Constitución colombiana de 1991 limita, en el artículo 241, el control de actos reformativos a “vicios de procedimiento”. Esta limitación del escrutinio de la Corte Constitucional no es un argumento concluyente contra la existencia de un núcleo de principios intocables, pero sí es un argumento fuerte contra su defensa por la Corte. Por otro lado, se podría sustentar que una modificación depravadora, que manifiestamente atentara contra los fundamentos del Estado democrático de derecho, saldría del poder reformativo y se convertiría en la usurpación del poder constituyente en el pleno sentido original.

---

<sup>4</sup> Corte Federal Constitucional, colección de decisiones, t. 84, 90 (121).

<sup>5</sup> Corte Federal Constitucional, colección de decisiones, t. 30,1 (17 ss.).

En una jurisprudencia bastante recursiva, la Corte Constitucional de Colombia distingue entre poder de reforma como emanación de un *poder constituido* y el poder constituyente original. La Corte colombiana entiende que ese poder de reforma constituido está sometido a “límites constitucionales” que resultan de la “integridad” de la Constitución, es decir, de su esencia como ente consistente.<sup>6</sup>

A raíz de esa exégesis, sin duda inspirada por la doctrina alemana, la Corte colombiana logró neutralizar hasta cierto punto la restricción de su control a un escrutinio formal. Con base en criterios sustantivos de intocabilidad de la Carta Política durante su vigencia, la Corte Constitucional limita las propias limitaciones que le impone el texto constitucional.

De todas maneras, la rama judicial, cuando interpreta normas que resultan de una reforma constitucional, puede fundamentar su interpretación en la presunción que el poder reformatorio no intentó romper los principios imprescindibles para un Estado democrático de derecho. Eso es nada más que la interpretación de actos reformativos con referencia a los principios elementales del orden vigente.

Según estos criterios, sería atrevido argumentar en términos jurídicos en contra de la reelección del jefe del Poder Ejecutivo como tal. Incluso la reelección inmediata ciertamente no ataca los principios democráticos.

Por otro lado, se presentan graves interrogantes sobre si habría una deformación arbitraria del proceso electoral en caso de que al mismo tiempo se eliminaran del campo de batalla todos los mandatarios y funcionarios de alto rango en ejercicio, salvo el máximo mandatario. Tal beneficio manifiestamente discriminatorio en pro del jefe del Poder Ejecutivo es más que una falta de consistencia y más que un premio ilegítimo sobre la posesión legal del poder. Es una ruptura con elementales principios de igualdad en el sistema electoral. Tal ruptura es un asalto a la esencia del proceso democrático. Por lo menos le dará un contundente golpe al mentón.

Fuera y por encima de este escenario concreto se impone una regla de oro vigente para todo control de actos reformativos de una Constitución: Solamente procediendo con mayor circunspección y diligencia en ese espinoso terreno, nuestras Cortes Constitucionales pueden salvaguardarse contra la crítica de arrogarse un poder que excede su mandato constitucional. Que enfrenten este terreno entonces con prudencia, pero sin temor.

---

<sup>6</sup> Corte Constitucional, sentencia C-551 del 9 de julio de 2003.