

El Modelo de Constitucionalismo débil y la Legitimidad de la Justicia Constitucional en Colombia¹

Sumario: Introducción. 1. Las fórmulas del constitucionalismo fuerte y del constitucionalismo débil. 2. Colombia y la fórmula del constitucionalismo fuerte. 2.1. La prohibición de respuestas legislativas. 2.2. El control de las reformas constitucionales por vicios de procedimiento. 2.3. El control de las reformas constitucionales mediante el juicio de sustitución. 2.4. Otros mecanismos del constitucionalismo fuerte en Colombia. 3. Un espacio para el constitucionalismo débil en Colombia. 3.1. La rigidez efectiva de la Constitución de 1991 es menor que su rigidez formal. 3.2. Otras manifestaciones de la fórmula del constitucionalismo débil en Colombia. 4. Conclusión.

INTRODUCCIÓN

La tipología clásica de la justicia constitucional establece la existencia de dos grandes modelos: el sistema difuso o norteamericano y el sistema concentrado o europeo de control de constitucionalidad. Adicionalmente, se incluye un *tertium* que resulta de la convergencia de estos dos grandes esquemas en los denominados modelos mixtos de control judicial de la ley. Estos últimos han proliferado en América Latina y en otras latitudes. Sin embargo, las investigaciones más recientes plantean el surgimiento de nuevas categorías para clasificar la interacción entre los jueces constitucionales y el legislador.

* Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Máster en Gobernanza y Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de Madrid. Máster en Ciencias Jurídicas Avanzadas de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. Candidato a Doctor en Derecho por la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. Docente Investigador de la Universidad Externado de Colombia. Premio Constitución de Cádiz a la investigación en Derecho Constitucional (2012). Contacto: jorge.roa@uexternado.edu.co

¹ Ponencia presentada en el XII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional realizado en la Universidad Externado de Colombia durante el mes de septiembre de 2015. Se han resumido los argumentos y se han omitido la mayoría de las notas de referencia para cumplir con los requisitos establecidos por el Comité Organizador del Congreso sobre la extensión del documento.

De acuerdo con lo anterior, se puede afirmar la existencia de sistemas de justicia constitucional que responden a las fórmulas del constitucionalismo débil o del constitucionalismo fuerte. Al primer grupo (débil) pertenecen aquellos diseños institucionales en los cuales existe un sistema de control de constitucionalidad, limitado por la imposibilidad de convertir las decisiones judiciales sobre la (in)compatibilidad de las leyes con la Constitución en la última palabra dentro de la democracia. A *contrario sensu*, los sistemas fuertes de revisión judicial de la ley son aquellos en los cuales la decisión sobre la validez de un acto del legislador es adoptada por los jueces, con carácter definitivo y con el potencial de eliminar el acto normativo del ordenamiento jurídico. En estos diseños institucionales la decisión judicial es la última palabra en el sistema democrático.

Uno de los aspectos más interesantes de estas nuevas formas de aproximación a los sistemas de control de constitucionalidad consiste en la posibilidad de analizar sus problemas clásicos de fundamentación democrática, al margen de su pertenencia a una de las tres categorías clásicas mencionadas. Se trata, probablemente, de una nueva forma de asumir el debate sobre la legitimidad democrática del control de constitucionalidad.

En ese marco, el objetivo de esta ponencia es mostrar las ventajas y problemas de los modelos débil y fuerte de justicia constitucional. Especialmente, las objeciones que se pueden formular en contra de cada uno de estos por establecer esquemas de supremacía parlamentaria o judicial, el diferente valor que confieren a las cartas de derechos, la forma en que determinan la relación entre los jueces y el legislador, su potencial para propiciar y enriquecer la deliberación pública, y sus distintos métodos y grados de fundamentación democrática.

Adicionalmente, la ponencia analiza cuál de las dos fórmulas ha prevalecido en el constitucionalismo de Colombia, las razones de esa prevalencia y el espacio para una combinación de elementos del constitucionalismo fuerte y del constitucionalismo débil en ese país.

La ponencia resalta algunas experiencias de control de constitucionalidad que han contribuido a generar diálogo institucional y las herramientas que se han implementado para fortalecerlo. Al mismo tiempo, se cuestiona la viabilidad, las ventajas y los problemas de ampliar las posibilidades del constitucionalismo débil, en medio de un sistema en el que existe, por una parte, (i) una prohibición expresa de respuestas legislativas, (ii) control de constitucionalidad de las reformas a la Constitución con base en el juicio de sustitución y (iii) un sistema mixto de control de constitucionalidad y, por otra, (i) una clásica reacción tecnocrática a las decisiones judiciales (incidente de impacto fiscal), (ii) acceso directo de los ciudadanos a la revisión judicial de la ley y (iii) amplios escenarios deliberativos como las audiencias públicas.

Finalmente, se formulan las conclusiones de los análisis precedentes y sus consecuencias en el debate sobre la legitimidad de la justicia constitucional en el país, con especial énfasis en los argumentos que el diseño institucional colombiano puede aportar a la teoría general sobre la fundamentación democrática del control de constitucionalidad.

1. LAS FÓRMULAS DEL CONSTITUCIONALISMO FUERTE Y DEL CONSTITUCIONALISMO DÉBIL.

La idea de la existencia de un constitucionalismo débil y de un constitucionalismo fuerte es, en realidad, la asunción de una tipología de los sistemas constitucionales y, en especial, de la justicia constitucional. Esta nueva forma de aproximarse al análisis del control de constitucionalidad supera la clasificación basada en los elementos clásicos que tenían como punto de partida el diseño institucional, el contexto geográfico y político en que surgió la justicia constitucional, la (in)existencia de un tribunal especializado, la relación de los jueces ordinarios con el control de constitucionalidad, el momento en que se revisan los actos del legislador, el parámetro de control o el tipo de juicio de contraste.

Bajo esta nueva dicotomía los anteriores elementos asumen un carácter secundario. Esto quiere decir que, en principio, es posible sostener que la división entre sistemas de justicia constitucional fuerte o débil no tiene en cuenta las clásicas listas de pares conceptuales: modelo europeo (centralizado) o norteamericano (descentralizado), control previo o posterior y abstracto o concreto. El *tertium* que se propone para distinguir entre diferentes modelos de justicia constitucional está conformado por las denominadas fórmulas (fuertes o débiles) de la democracia y del constitucionalismo.

La fórmula del constitucionalismo fuerte se corresponde con la fórmula débil de la democracia y la fórmula del constitucionalismo débil se corresponde con la fórmula fuerte de la democracia. La primera se presenta en aquellos Estados en los cuales existe una combinación entre una Constitución rígida y un sistema de control de constitucionalidad en el que los jueces tienen la última palabra sobre los desacuerdos en torno a la interpretación de las cláusulas constitucionales. La segunda se presenta en los Estados que carecen de una Constitución rígida o en los cuales, a pesar de existir una Constitución rígida, los jueces no tienen la última palabra en la definición de los desacuerdos sobre la interpretación de la Constitución.

Constitucionalismo Fuerte (Democracia débil)	Constitucionalismo débil (Democracia Fuerte)
Constitución Rígida + Jueces tienen la última palabra en la interpretación constitucional.	Constitución Flexible o Constitución Rígida + La última palabra no la tienen los jueces. Esta corresponde al legislador o al ejecutivo.

Como se puede inferir de la sola enunciación, se trata de fórmulas de prevalencia y no de anulación. Es decir, el constitucionalismo no se opone o excluye la idea de la democracia ni esta rechaza al constitucionalismo. Por el contrario, lo que estas dos fórmulas pretenden expresar es la existencia de un sistema constitucional que confiere mayor valor a una de las dos ideas pero que siempre deja un desarrollo mínimo para el valor que representa la otra fórmula.²

En el núcleo de la fórmula del constitucionalismo fuerte-democracia débil se encuentra el temor por la tiranía de las mayorías, el riesgo de una democracia plebiscitaria, los errores epistémicos de los órganos de deliberación, la crisis por la que atraviesa el sistema representativo, los bloqueos institucionales que impiden la promulgación de políticas públicas para el desarrollo del catálogo de derechos constitucionales, la corrupción de

² “For simplicity, I will reduce my analysis to two main positions. One is Strong Constitutionalism (SC, hereinafter). The other is Strong Democracy (SD). SC is not opposed to the value of democracy, as SD does not reject the idea of a constitution. This means that SC is compatible with tempered or weaker forms of democracy, as SD is with weaker forms of constitutionalism. However, SC is obsessed with the risk of tyranny of the majority and advocates a set of countermajoritarian institutions to avoid it, or at least reduce it as much as possible, while SD is concerned with the risk of the tyranny of the minority, and tries to defend at least the claim that the last word should be in the hands of a majoritarian body: namely, the people”. MARTÍ, JOSÉ LUIS. *Is Constitutional Rigidity the Problem? Democratic Legitimacy and the Last Word*. Ratio Juris 27, no. 4, 2014, p. 552.

los miembros del Congreso y la necesidad de proteger los derechos de las minorías sin representación o insuficientemente representadas. Como lo señala J. MARTÍ:

“The main fear for SC is the tyranny of the majority. The idea is not only that legislatures may corrupt, give in to partisan interests, or fail to represent the people’s true will and interests. The fear is that the majority of the people themselves may fail, at least temporarily, to recognize their own long-term interests and/or to find the appropriate way to honor and promote such interests. Thus, a social majority might be morally wicked and tempted to dominate certain minorities for its own benefit. Or it might be just wrong in good faith in their interpretation of fundamental rights, and commit gross injustices as well. What SC expects from constitutions is protection against, for instance, a racist social majority intending to segregate a certain racial minority, as was the case in one of the more favorable examples in the American constitutional tradition: *Brown v. Board of Education*”.³

El constitucionalismo fuerte se fundamenta en las propuestas de limitar la democracia con el fin de excluir algunos elementos del poder de decisión del Congreso (derechos fundamentales, coto vedado, esfera de lo indecible), introducir criterios axiológicos de valoración de las decisiones mayoritarias, tomar en serio las Constituciones como normas jurídicas vinculantes, conferir prevalencia a los argumentos de principio sobre los argumentos consecuencialistas y asumir la necesidad y conveniencia de procedimientos e instituciones contramayoritarios.

Además de un fundamento específico, a cada fórmula corresponden un conjunto de herramientas o mecanismos. El constitucionalismo fuerte es proclive a la existencia de decisiones judiciales como las denominadas sentencias integradoras y las sentencias estructurales. Aquellas pretenden remediar la inacción del legislador (omisiones legislativas) mediante la integración normativa del ordenamiento. Las segundas buscan la superación de situaciones de violación a los derechos fundamentales mediante órdenes de tipo complejo que incluyen prestaciones de hacer (legislar, por ejemplo) o dar (entregar un subsidio o ayuda humanitaria, por ejemplo) y combinan objetivos de corto, mediano y largo plazo. Otro instrumento de la fórmula del constitucionalismo fuerte es el control de las reformas constitucionales para evitar que se modifiquen los elementos esenciales del texto constitucional. Finalmente, se aceptan mecanismos que facilitan el acceso de los ciudadanos al control de constitucionalidad.

³ MARTÍ, JOSÉ LUIS. *Is Constitutional Rigidity the Problem? Democratic Legitimacy and the Last Word*. op. cit., p. 552.

Por otra parte, en el núcleo de la fórmula democracia fuerte-constitucionalismo débil, se encuentra una clásica pero siempre vigente y renovada preocupación del constitucionalismo y la teoría política: el carácter contramayoritario del control judicial de las leyes. Esa inquietud asume diferentes versiones que van desde la objeción total a cualquier forma de control de constitucionalidad, la aceptación de versiones políticas del mismo o controles judiciales pero restringidos a aspectos procedimentales para garantizar el buen funcionamiento del sistema político, hasta la preocupación por el activismo, el impacto económico de las decisiones judiciales y la intervención de los jueces en los poderes del ejecutivo (cogobernante) o del Congreso (colegislador).

En cuanto a su fundamentación, la fórmula del constitucionalismo débil se basa en la ilegitimidad de origen de la competencia para controlar los actos del legislador, la ilegitimidad del órgano de control, la inexistencia de parámetros que pongan barreras a la discrecionalidad del intérprete de la Constitución, los límites epistémicos del proceso judicial de constitucionalidad o las consecuencias negativas para el propio sistema político de un sistema de revisión judicial de las leyes.

En desarrollo de esta fórmula se han creado mecanismos que pretenden ubicar en un relativo equilibrio los dos elementos, por supuesto, siempre con un grado más o menos inclinado a favor del principio democrático. Los ejemplos, buenos o no, son bien conocidos y han sido estudiados ampliamente por la doctrina. Se trata de los sistemas de justicia constitucional en los que el juez carece de la última palabra, bien porque su decisión no tiene efectos vinculantes o porque existe un mecanismo de respuesta del ejecutivo o del legislador que neutraliza, difiere o deja sin efectos la decisión judicial. En otro trabajo se han utilizado las expresiones reacciones democráticas y reacciones tecnocráticas para referirse a estos mecanismos.⁴

Dentro de las reacciones democráticas se encuentran las respuestas legislativas. Estos son mecanismos con los cuales el legislador se puede oponer a una determinada decisión judicial⁵. Los dos ejemplos más interesantes de este tipo de respuestas son los sistemas constitucionales del Reino Unido y Canadá. El primero es el modelo de control judicial establecido mediante la *Human Rights Act* de 1998, que faculta a los jueces para emitir

⁴ ROA ROA, JORGE ERNESTO. *El incidente de impacto fiscal y la legitimidad democrática de los tribunales constitucionales*. Serie Documentos de Trabajo, Departamento de Derecho Constitucional, No. 26. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015.

⁵ Aunque en Colombia existen pocos estudios específicos sobre las respuestas legislativas a las decisiones de la Corte Constitucional, eso no implica que este tipo de reacciones no sea posible o no se haya intentado mediante leyes o reformas constitucionales aprobadas por el Congreso que tienen como objetivo modificar o dejar sin efecto sentencias de la Corte Constitucional.

declaraciones de incompatibilidad de una ley, ante las cuales, el Parlamento asume la competencia definitiva de decisión sobre la derogación o modificación de la ley, lo cual puede hacer mediante un procedimiento legislativo expedito⁶. Este modelo es cercano al establecido en Nueva Zelanda, en el que las decisiones de los jueces constituyen simples mandatos interpretativos para el legislador⁷.

El segundo ejemplo es el artículo 33 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades de 1982. Este establece la denominada cláusula *no obstante*, por medio de la cual, el legislador puede proteger una ley ante decisiones judiciales de inconstitucionalidad, mediante la aprobación de una salvaguarda que mantiene vigente la ley, *no obstante*, la decisión judicial, por periodos de cinco años que pueden ser renovados indefinidamente.

El segundo tipo de reacciones de carácter tecnocrático está conformado por aquellas respuestas que no provienen del legislador sino del poder ejecutivo y que no tienen como presupuesto la vigencia de la decisión adoptada por el órgano deliberativo, sino los argumentos de técnica económica del gobierno. Un buen ejemplo de este tipo de reacciones es el actual diseño del Incidente de Impacto Fiscal que se estableció en Colombia mediante una reforma constitucional del año 2011 (Acto Legislativo 3) y fue desarrollado por la Ley 1695 de 2013. Este mecanismo implica un privilegio de la posición de los miembros del ejecutivo en relación con la eficacia de las decisiones judiciales y crea un sistema de reacción, de trámite obligatorio, en el que se discuten exclusivamente los argumentos técnicos que discrecionalmente proponen los Ministros o el Procurador General de la Nación⁸.

Uno de los autores que más ha profundizado sobre la distinción entre sistemas fuertes y débiles de constitucionalismo es MARK TUSHNET. De acuerdo con TUSHNET, la diferencia entre uno y otro modelo tiene una relación directa con el rol del juez y su tendencia a intervenir en las decisiones políticas y económicas. Esto quiere decir que en un sistema fuerte, el juez no solo tendrá la última palabra sino que estará tentado a tener una interpretación más activista de la Constitución que en un sistema débil. En este último, la tendencia del juez será a favor de una interpretación más restringida de la Constitución. Esta sería una estrategia para evitar el uso de las respuestas legislativas o tecnocrática y lograr, en la práctica, que la última palabra sea la

⁶ EWING, KEITH. "The Human Rights Act and Parliamentary Democracy". *The Modern Law Review*, vol. 62, No. 1, enero, 1999. pp. 79-99. DAVIS, FERGAL. "Parliamentary Supremacy and the Re-Invigoration of Institutional Dialogue in the UK". *Parliamentary Affairs*, vol. 67, 2014. pp. 137-150.

⁷ TUSHNET, MARK. *Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton University Press. 2008, pp. 43-66.

⁸ ROA ROA, JORGE ERNESTO. *El incidente de impacto fiscal y la legitimidad democrática de los tribunales constitucionales*. op. cit., pp. 4-6.

de los jueces a pesar de que los otros poderes podrían reaccionar. En los propios términos de TUSHNET:

“(...) weak-form systems differ from strong-form ones because some weak-form systems have institutions that supplement judicial review and produce a system of constitutional review that, taken as a whole, reduces the role even the most activist-minded judges can play in developing the actual restraints the constitution places on the legislature”⁹.

Una vez descritas de manera general las dos fórmulas, corresponde analizar en cuál de estas se puede ubicar el sistema constitucional de Colombia. Con base en esa descripción, se construirá una propuesta para encontrar puntos de conexión entre las dos fórmulas del constitucionalismo y poner en cuestión la utilidad de la misma clasificación.

2. COLOMBIA Y LA FÓRMULA DEL CONSTITUCIONALISMO FUERTE

El anterior esquema permite afirmar que Colombia ha implementado la fórmula del constitucionalismo fuerte. En efecto, en ese Estado existe una Constitución relativamente rígida, un sistema de control de constitucionalidad que involucra la existencia de un órgano especializado en el control de validez de las leyes (Corte Constitucional) y la facultad de todos los jueces del país para inaplicar leyes contrarias a la Constitución mediante la excepción de inconstitucionalidad.

Además de cumplir con los criterios formales del constitucionalismo fuerte, al interior del sistema se han implementado los mecanismos propios de esta fórmula o que proscriben los instrumentos del constitucionalismo débil. Entre otros: i) la prohibición de respuestas legislativas, ii) el control de las reformas constitucionales por vicios de procedimiento y iii) el control de las reformas constitucionales mediante el juicio de sustitución.

2.1. La prohibición de respuestas legislativas.

En Colombia se han proscrito expresamente ciertos mecanismos del constitucionalismo débil. Por ejemplo, el artículo 243 de la Constitución prohíbe las respuestas legislativas -mediante leyes ordinarias- a las decisiones judiciales, en los siguientes términos:

“Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las

⁹ TUSHNET, MARK. *New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights and Democracy Based Worries*. Wake Forest Law Review, núm. 38, 2003, p. 814.

disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución”.

Frente a la decisión de inconstitucionalidad de uno de sus actos, el legislador colombiano no puede insistir en aprobar el mismo contenido mediante una mayoría más amplia o mediante la introducción de una modificación leve¹⁰. Desde este punto de vista, en Colombia no puede ocurrir la práctica dialógica en la que el órgano de representación contesta al pronunciamiento del juez constitucional en una especie de diálogo institucional que se prolonga hasta que resulta una posición que pone fin al desacuerdo.

2.2. El Control de las Reformas Constitucionales por vicios de procedimiento.

La prohibición de respuestas legislativas a las decisiones judiciales mediante leyes ordinarias no es una negación absoluta del diálogo institucional. Aún queda la posibilidad de que el legislador reaccione mediante una respuesta legislativa de mayor calado, es decir, mediante una reforma constitucional.

En un sistema que incorpora la posibilidad de respuestas legislativas, la reforma constitucional es una forma extrema de reacción con la cual el legislador adquiere la última palabra en la democracia. En resumen, en estos sistemas el legislador aprueba una ley ordinaria (primera voz del Congreso) que puede ser declarada inconstitucional (primera voz del juez constitucional). Frente a esta decisión, el legislador puede optar por insistir en la aprobación de la misma ley, mediante una mayoría más amplia o con una variación menor al contenido de la ley previa (segunda voz del Congreso). El tribunal constitucional, por su parte, puede optar por aceptar ese nuevo contenido o reconocer la mayor dignidad democrática de la nueva ley o insistir en la declaración de inconstitucionalidad (segunda voz del juez constitucional). Si el juez acepta que la ley es válida dentro del ordenamiento, el diálogo institucional concluye con un acuerdo producto de un procedimiento dialógico y deliberativo. Esta última condición se predica de este procedimiento porque es esperable que, antes de que cada institución hable, se haya producido un debate público en la sociedad y un debate al interior de cada una de las instituciones.

¹⁰ Por leve debe entenderse cualquier modificación que no permita superar la objeción de inconstitucionalidad señalada por la Corte Constitucional. Por supuesto, si el legislador aprueba una ley que se adapta totalmente a la decisión de la Corte Constitucional, en principio, no habrá un ataque de fondo a la validez de esa nueva ley. Sin embargo, esta última hipótesis corresponde a una respuesta legislativa en la que el Congreso acepta totalmente su yerro y lo corrige con la colaboración del tribunal, es decir, una hipótesis que elimina el desacuerdo. Se trata de una experiencia interesante de trabajo colaborativo en la que el juez señala la inconstitucionalidad de un fin o medio escogido por el legislador y este procede a cambiar el fin o a escoger otro medio para un fin legítimo.

No obstante, el juez puede insistir en la inconstitucionalidad de la ley y el Congreso puede insistir en ratificar su voluntad de promulgar ese contenido normativo objetado como inconstitucional. En este escenario no hay espacio para el diálogo mediante una ley ordinaria. Aún en esta hipótesis, el Congreso tiene a disposición la reforma constitucional como un mecanismo para quedarse con la última palabra en el sistema democrático. En efecto, el legislador puede optar por modificar las disposiciones constitucionales que han formado parte del juicio de contraste y que han fundamentado las sentencias de inconstitucionalidad. También puede incluir la ley en el texto constitucional, a pesar de que esa modificación genere una contradicción al interior de la Constitución. En ambos casos, el cambio en el parámetro de control evitará que el juez constitucional pueda expulsar ese contenido normativo del ordenamiento jurídico. Por el contrario, en el futuro, el juez constitucional será el principal garante del contenido normativo que previamente había rechazado como contrario a la Constitución.

Ahora bien, esta especie de válvula de escape del sistema constitucional resulta desvirtuada cuando el juez constitucional también se puede pronunciar sobre la reforma constitucional. Como se enunció previamente, eso puede suceder en Colombia mediante el control de los vicios de procedimiento de las reformas constitucionales y mediante el denominado juicio de sustitución.

El primero es una intervención menor en la decisión del Congreso de quedarse con la última palabra dentro del sistema democrático. Se trata de una interferencia leve porque el control se limita a vigilar que el Congreso haya aprobado la reforma constitucional con el cumplimiento de los procedimientos legislativos establecidos para ese efecto (mayorías especiales, número de debates, legislaturas establecidas). Adicionalmente, la reforma constitucional queda protegida por un término de caducidad de un año, después del cual no es posible someterla a control de la Corte Constitucional.

Se puede afirmar que se trata de una intervención no del todo inconveniente para el Congreso porque verifica que su última palabra fue emitida en el marco de los procedimientos constitucionales. La ratificación de esa condición la legitima como la decisión última en el sistema democrático. A estos efectos, más problemas incorpora el denominado juicio de sustitución.

2.3.El Control de las Reformas Constitucionales mediante el juicio de Sustitución.

El juicio de sustitución implica una mayor intervención en la capacidad del Congreso para responder a una decisión judicial que ha declarado inconstitucional una ley. Al margen del interesante debate sobre si es un control de procedimiento o un control material, no cabe duda de que este tiene

un nivel mayor de profundidad que el control por vicios de procedimiento de las reformas constitucionales.

En la versión de la Corte Constitucional, el punto de partida del juicio de sustitución es que el Congreso es competente para reformar la Constitución pero no para sustituirla. Por esa razón, el juicio está dirigido a verificar un elemento procesal, es decir, la competencia del órgano para aprobar una determinada modificación de la Constitución. El desarrollo de ese juicio no es objeto de esta ponencia, sin embargo, deben hacerse explícitos sus elementos generales. Como se ha señalado en otro trabajo:

“El método con el cual la Corte aplica la teoría de la sustitución constitucional para estudiar los proyectos de reforma es el juicio de sustitución. Éste parte de una premisa básica: la posibilidad de identificar unos principios estructurales que hacen parte de la esencia de la Constitución, para luego aplicar un método de estudio constitucional que se desarrolla en siete fases. El juicio tiene como presupuesto la necesidad de probar que la propuesta de reforma cambia uno de los elementos esenciales y definitorios de la Constitución y el propósito del mismo, es cumplir con la carga de argumentación que tiene la Corte en esa comprobación”¹¹.

¹¹ ROBLEDO SILVA, PAULA y ROA ROA, JORGE ERNESTO. *La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia en el año 2010*. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 15, Madrid, 2011, p. 648. El resumen de los siete pasos del juicio de sustitución es el siguiente: “El primero de los siete pasos del juicio de sustitución es el de concreción. Allí la Corte establece cuál es el principio estructural o fundante que está en juego, le da una denominación y lo señala de manera expresa. El segundo paso es el de caracterización normativa; una vez que se conoce el principio insustituible, la Corte lo describe normativamente haciendo una lectura sistemática del texto constitucional. El tercero es la primera carga de argumentación, en el que la Corte demuestra que el principio efectivamente hace parte del núcleo identitario esencial y definitorio de la Constitución. El cumplimiento de estos tres primeros requisitos constituye la premisa mayor del control de constitucionalidad de la reforma, es decir, el parámetro o baremo dentro del cual se hará el análisis concreto de la modificación propuesta.

El cuarto elemento del juicio de sustitución es el de irreductibilidad y prohibición de cláusulas pétreas; aquí la Corte debe demostrar que la incorporación de un principio como elemento esencial de la Constitución, responde a una lectura transversal de las disposiciones constitucionales y no se restringe a un solo artículo constitucional. El quinto paso implica el rechazo de la intangibilidad, en el que la Corte comprueba que el principio esencial no se está erigiendo en un espacio inmune a todo poder de reforma constitucional.

Los dos últimos pasos conforman el juicio de sustitución en sentido estricto, en el que en primer lugar, la Corte debe probar que el principio estructural y esencial ha sido cambiado totalmente y en segundo lugar, que ese cambio resulta incompatible con la Constitución anterior, de manera que no hay posibilidad de que la reforma sea compatible con la Constitución reformada —segunda carga de argumentación—.

El resultado de este juicio permite que la Corte determine finalmente si ha existido un exceso de las competencias de reforma constitucional y si se ha producido una sustitución a la Constitución, caso en el que debe declarar la inconstitucionalidad de la misma”. ROBLEDO SILVA, PAULA y ROA ROA, JORGE ERNESTO. *La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia en el año 2010*. op. cit., pp. 649 y 650.

El punto sobre el que interesa atraer la atención es que, mediante el juicio de sustitución, la Corte puede intervenir para juzgar elementos de la respuesta del Congreso que pueden coincidir con su reproche inicial a la ley aprobada por el legislador. De manera que la respuesta del legislador mediante la reforma de la Constitución también es controlada por la Corte, no solo por los vicios de procedimiento, sino mediante la verificación de que tal respuesta no sustituye la Constitución.

En consecuencia, en Colombia solo es posible que el legislador responda a una decisión de la Corte Constitucional mediante una reforma constitucional que debe satisfacer las normas procedimentales y cuyo contenido no puede implicar una sustitución de la Constitución. El órgano encargado de controlar que la respuesta se encuentre dentro de esos límites es la propia Corte Constitucional. Frente a la decisión en la que el tribunal declara que la respuesta del legislador ha sustituido la Constitución no existe ninguna opción institucional diferente a promover un mecanismo de cambio de la Constitución mediante una Asamblea Constituyente.

Como se puede inferir de esta descripción, el juicio de sustitución niega valor de verdad para el caso colombiano a la afirmación de H. NOGUEIRA, de acuerdo con la cual:

“Es necesario precisar, además, que la palabra de la jurisdicción constitucional no es la última palabra, ya que si el cuerpo político de la sociedad y el poder constituyente instituido consideran que los jueces constitucionales han sobrepasado la idea de derecho válida y vigente en la sociedad política respectiva, pueden modificar el texto constitucional, obligando a la jurisdicción constitucional a actuar en la dirección determinada por él”¹².

La anterior cita solo es válida para los sistemas en los que no existe una intervención del tribunal constitucional respecto de las reformas constitucionales. Por el contrario, en el sistema colombiano existe la posibilidad de que la voz del tribunal sea posterior y definitiva en relación con la voz del Congreso.

2.4. Otros mecanismos del constitucionalismo fuerte en Colombia.

Además de los tres instrumentos comentados previamente, el sistema colombiano tiene o ha desarrollado un conjunto de mecanismos que profundizan el constitucionalismo fuerte: i) decisiones estructurales, ii) sentencias integradoras y iii) estado de cosas inconstitucional. Estos tres

¹² NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. El derecho procesal constitucional a inicios del Siglo XXI en América Latina. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, p. 332.

instrumentos tienen en común que implican un pronunciamiento del juez constitucional en ausencia (total o parcial) o en deficiencia del pronunciamiento del legislador.

Las decisiones estructurales profundizan la fórmula del constitucionalismo fuerte porque implican la intervención del juez constitucional en una situación de vulneración sistemática de los derechos fundamentales. Esa situación puede tener origen en la inacción del legislador provocada por un bloqueo institucional, la ausencia de consenso político o el desinterés por legislar sobre la materia. Entre otros elementos, las decisiones estructurales contienen órdenes concretas para superar la vulneración sistemática de los derechos fundamentales, dentro de las cuales, se incluyen lineamientos para la elaboración de la política pública. En una visión negativa, estos parámetros limitan el margen de acción del Congreso de la República, mientras que en una visión positiva, le orientan en la resolución de problemas con altos niveles de complejidad.

Las sentencias integradoras implican la superación de una omisión legislativa relativa con el fin de remediar una situación de discriminación normativa. En este tipo de sentencias la Corte Constitucional amplía el contenido normativo que deriva de una disposición, de tal manera que incluya elementos que no estaban inicialmente previstos y cuya exclusión es contraria al derecho a la igualdad.

Finalmente, el estado de cosas inconstitucional es una doctrina de la Corte Constitucional de acuerdo con la cual pueden existir situaciones de vulneración masiva y generalizada de derechos que generan un problema social y cuyas víctimas podrían -potencialmente- acudir al mecanismo de acción de tutela para obtener la protección de sus derechos. El estado de cosas inconstitucional requiere un pronunciamiento judicial que, generalmente, se hace mediante una sentencia estructural.

3. UN ESPACIO PARA EL CONSTITUCIONALISMO DÉBIL EN COLOMBIA.

El anterior acápite permitió demostrar que el sistema colombiano incorporó los elementos clásicos de la fórmula del constitucionalismo fuerte y desarrolló otros instrumentos que fortalecen esa fórmula en Colombia. En este punto, la pregunta que guía esta ponencia es la siguiente: ¿Existe algún espacio para el constitucionalismo débil en Colombia?

Por supuesto, la pregunta no apunta a obtener la respuesta obvia de que todo puede cambiar y, en consecuencia, el sistema colombiano podría ser reformado para incorporar un sistema de control de constitucionalidad débil. Por el contrario, la pregunta se dirige a verificar si, bajo el actual estado de cosas, existen algunos elementos que puedan ser considerados como parte de la fórmula o de los instrumentos del constitucionalismo débil. Si la respuesta

a esta pregunta es afirmativa, esta permitirá desvirtuar la idea de que existe un abismo insalvable entre sistemas fuertes y débiles de constitucionalismo. Adicionalmente, pondrá en cuestión la solidez de esta clasificación.

En este apartado se desvirtuarán algunos de los elementos de la fórmula del constitucionalismo fuerte en Colombia, en concreto, la idea de la rigidez constitucional. También se hará referencia a experiencias o instrumentos del constitucionalismo débil que han sido desarrollados por la Corte Constitucional: *in dubio pro legislatore*, presunción de constitucionalidad de las leyes, exhortos, reparación bilateral de la discriminación normativa y caducidad de los vicios de las reformas constitucionales.

3.1. La rigidez efectiva de la Constitución de 1991 es menor que su rigidez formal

El primer elemento que resulta necesario discutir es la rigidez de la Constitución de 1991. Como se ha enunciado previamente, la combinación de una Constitución rígida y un control judicial que tenga la última palabra es rechazada por los críticos del control de constitucionalidad. Por cumplir con estos dos elementos, se ha caracterizado al sistema colombiano como un modelo que aplica la fórmula del constitucionalismo fuerte.

Sin embargo, la Constitución de Colombia puede ser calificada como rígida solo desde un punto de vista formal o estrictamente jurídico. Aunque existen Constituciones más rígidas que la colombiana, por ejemplo en España y en los Estados Unidos, la normas sobre la reforma de la Constitución por parte del Congreso de Colombia exigen unas mayorías calificadas, un número mayor de debates y la realización de la reforma en dos periodos ordinarios y consecutivos.

No obstante, la rigidez constitucional es un concepto que exige mirar más allá de las normas jurídicas que establecen los procedimientos de reforma de una Constitución y de los factores clásicos para su determinación: el número de instituciones que intervienen, las mayorías requeridas y la potencial participación directa del pueblo. Cuando el análisis se limita a la lectura de estos parámetros se proporciona una idea fragmentada y, esencialmente incompleta, del grado de rigidez de una Constitución. Como lo señala V. FERRERES, la rigidez también depende de elementos externos al texto constitucional como la cultura política, el sistema de partidos, la probabilidad de alianzas entre los partidos políticos, la historia o la tradición del país, entre otros. A esta visión más amplia se le denomina la rigidez efectiva de la Constitución¹³.

¹³ FERRERES COMELLA, VÍCTOR. *Una defensa de la rigidez constitucional*. Revista Doxa, núm. 23, 2000, pp. 29-47.

La rigidez efectiva de la Constitución de 1991 es mucho más baja que su rigidez formal. En los últimos cinco lustros se han realizado cuarenta reformas a la Constitución. Algunos de los cambios no han sido menores porque han modificado el sistema político, el sistema penal y, en menos de diez años, se permitió la reelección del Presidente de la República y se prohibió nuevamente.

La aplicación de los criterios mencionados indica que la constitución de 1991 tiene una rigidez relativa¹⁴. Uno de los principales factores que explica esa tendencia hacia la flexibilidad de la Constitución es el excesivo presidencialismo. Los amplios poderes del Presidente de la República en el Estado colombiano se manifiestan con una especial intensidad en su relación con el Congreso de la República. El órgano de representación está sometido a una constante influencia del ejecutivo porque este tiene diversos mecanismos para limitar la autonomía del Congreso: un fuerte poder de iniciativa legislativa y de control de la agenda parlamentaria, altas cuotas burocráticas y discrecionalidad en una gran cantidad de recursos que se distribuyen en las regiones de acuerdo con la disciplina que muestran los Senadores y Representantes a la Cámara en relación con los proyectos del ejecutivo. En consecuencia, el Presidente ostenta una posición desde la que puede aglutinar -con cierta facilidad- las mayorías necesarias para lograr el impulso y la aprobación de una reforma constitucional.

El régimen débil de partidos políticos también es un factor que explica la proclividad del sistema a la reforma constitucional. La inexistencia de bancadas con fundamentos ideológicos fuertes permite la cohesión de diferentes partidos en torno a objetivos que, en otros contextos, generarían un alto nivel de polarización. Adicionalmente, la falta de garantías para el ejercicio de la oposición impide que se profundice en el debate sobre los proyectos de reforma constitucional y juega a favor de la aplicación indiscriminada de la ley de la mayoría.

La inexistencia y debilidad de la opinión pública resta espacio para una deliberación colectiva sobre las reformas constitucionales. Más allá de ciertos casos puntuales, la deliberación se desarrolla por los mismos representantes de los partidos políticos o por la élite académica del centro y de las principales ciudades del país. Por regla general, no existe una tradición de debate robusto como respaldo u oposición a un proceso de reforma constitucional.

El objeto de esta ponencia no es profundizar en las razones de un bajo nivel de rigidez efectiva de la Constitución de 1991 sino moderar la idea de que el sistema constitucional de este país hace parte de la fórmula del constitucionalismo fuerte. Como se enunció varias veces previamente, esta

¹⁴ FERRERES COMELLA, VÍCTOR. *Una defensa de la rigidez constitucional*. op. cit., pp. 29-47.

fórmula tiene como primer elemento la rigidez (efectiva) de la Constitución. Si un Estado tiene una Constitución formalmente rígida pero efectivamente flexible, no participa de la fórmula del constitucionalismo fuerte porque lo que interesa a esa fórmula es que la rigidez niega la posibilidad de reacción del Congreso frente a las decisiones judiciales. En conclusión, si la Constitución no tiene rigidez efectiva, esto se debe, precisamente, a que el Congreso cuenta con opciones institucionales para responder a las decisiones judiciales.

3.2. Otras manifestaciones de la fórmula del constitucionalismo débil en Colombia

A la anterior tesis se podría objetar que la falta de rigidez efectiva de la Constitución no es suficiente para considerar que Colombia no hace parte de la fórmula del constitucionalismo fuerte. Esta sería una razón para moderar su clasificación dentro de este modelo pero no para excluirlo totalmente. En consecuencia, es necesario resaltar otros mecanismos que han sido desarrollados por la jurisprudencia constitucional que pueden dejar un espacio para el constitucionalismo débil en Colombia.

La más importante manifestación de la fórmula del constitucionalismo débil se produce en los casos en los que la Corte Constitucional de Colombia ha identificado un vacío legislativo o la existencia de una situación de discriminación normativa y ha procedido a emitir una sentencia en la que exhorta al Congreso de la República para que promulgue una ley o remedie la violación al principio de igualdad.

Este tipo de decisiones son especialmente interesantes porque la Corte habría podido remediar directamente una situación de discriminación normativa, mediante la inclusión del grupo discriminado por una ley dentro del contenido normativo de la misma o por medio de la declaratoria de inconstitucionalidad de la ley contraria al principio de igualdad. Es decir, en aquellos casos en los cuales el tribunal habría podido asumir el modelo unilateral de reparación de la discriminación normativa y, no obstante, optó por el modelo bilateral. Este último se caracteriza por incorporar un trabajo colaborativo entre la Corte y el legislador: a la primera le corresponde identificar, fundamentar y delimitar las dimensiones de una situación normativa contraria al principio de igualdad, mientras que el Congreso debe proceder a remediar esa situación con base en los parámetros de la decisión judicial.

En el marco de un constitucionalismo fuerte como el colombiano, esta práctica de la Corte Constitucional apunta al establecimiento de un diálogo institucional entre el tribunal y el Congreso. Se puede afirmar que este fenómeno comparte características que son esenciales dentro de los modelos de la fórmula del constitucionalismo débil, en especial, los sistemas

canadiense y neozelandés mencionados previamente. La idea central es que la Corte renuncia a tener la última palabra dentro del sistema democrático y reconoce que tal posición le corresponde al legislador. Este, a su vez, tiene a disposición la decisión judicial como una fuente central dentro del proceso de deliberación que debe desarrollar para remediar la situación de discriminación normativa¹⁵.

Otro elemento que puede mover el sistema fuerte hacia la fórmula del constitucionalismo débil es el vigor que la Corte reconoce a la presunción de constitucionalidad de las leyes y al principio *in dubio pro legislatore*. En la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia estos dos elementos se encuentran presentes desde el análisis de admisión de las demandas de constitucionalidad (suficiencia de los argumentos), hasta el estudio de fondo y las órdenes concretas que profiere el tribunal. A pesar de pertenecer a la fórmula del constitucionalismo fuerte, no es posible sostener que la Corte haya dejado de tener un alto grado de deferencia con el legislador. Esto ha conducido a que el tribunal optimice los principios de conservación del derecho e interpretación conforme para evitar invalidar normas que tienen, al menos, una interpretación plausible coherente con los valores públicos de la Constitución.

Finalmente, a pesar de que un argumento fuerte en contra de la tesis de que en Colombia existe una Constitución con un bajo nivel de rigidez efectiva es el propio juicio de sustitución al que se hizo referencia previamente. Bajo esta lógica, el legislador puede reformar con cierta facilidad la Constitución pero no debe olvidarse que la Corte Constitucional puede intervenir para estudiar esa reforma mediante una acción pública de constitucionalidad. Dentro de su estudio, la Corte puede determinar la existencia de vicios de procedimiento o de una sustitución de la Constitución. De esta manera, la supuesta flexibilidad constitucional que jugaba a favor de la fórmula débil se atenúa en virtud de la intervención posterior del propio juez constitucional. Quizás frente a esta réplica sea importante insistir en que la Corte Constitucional de Colombia ha considerado que el juicio de sustitución se dirige a corroborar la existencia de un problema procedimental de competencia. Esa tesis conduce a que el control de las reformas constitucionales por cargos de sustitución se encuentre limitado por el término de caducidad de un año.

De manera que, a pesar de la existencia del juicio de sustitución que suma razones a favor del constitucionalismo fuerte, desde otro punto de vista se debe enfatizar en que la intervención de la Corte tiene un límite temporal, el tribunal no puede aplicar es juicio de sustitución de oficio sino que está

¹⁵ Los problemas devienen cuando el legislador no responde o no satisface los criterios establecidos en una sentencia de la Corte Constitucional. Cfr. Corte Constitucional de Colombia. C-577 de 2011.

sometido a que un ciudadano presente la objeción de inconstitucionalidad en una demanda. El ciudadano, por su parte, tiene la carga de acreditar que se presentan todos los elementos del juicio de sustitución¹⁶.

Se puede profundizar sobre cada uno de los anteriores elementos y, en todo caso, se arribará a la conclusión de que el modelo colombiano representa a la fórmula del constitucionalismo fuerte. Aún así, la idea central de esta ponencia es que la pertenencia a cada una de estas fórmulas es una cuestión de grado, lo cual implica verificar la existencia de elementos de ambos modelos al interior de un mismo diseño institucional.

4. CONCLUSIÓN.

En este punto de la ponencia, el lector podrá preguntarse si más allá de profundizar en el conocimiento sistemático del modelo colombiano de control de constitucionalidad ¿tiene alguna utilidad saber que este pertenece a la fórmula del constitucionalismo fuerte, débil o fuerte con espacios para elementos del sistema débil? Una de las respuestas plausibles es que la pertenencia a una de las dos fórmulas tiene una conexión directa con el debate sobre la fundamentación o legitimidad democrática de la justicia constitucional.

En la discusión mundial sobre el carácter contramayoritario del control de constitucionalidad, se sostiene que los modelos que implementan la fórmula del constitucionalismo débil reducen el nivel de tensión entre el control judicial de las leyes y el principio democrático. Resulta implícito en la fórmula constitucionalismo débil-democracia fuerte que la objeción contramayoritaria adquiere un menor peso en los sistemas en los que la última palabra la tiene el Congreso por la vía de la reforma constitucional o de las respuestas legislativas a las decisiones judiciales.

Adicionalmente, la fórmula del constitucionalismo débil presenta un elemento atractivo porque sus mecanismos propician un diálogo institucional y un mayor grado de deliberación. Estos dos factores evitan algunas críticas que se han formulado al control de constitucionalidad como una vía para poner fin prematuramente a discusiones que requieren distensión.

A *contrario sensu*, de acuerdo con este esquema, los modelos que pertenecen al constitucionalismo fuerte son los principales receptores de las críticas al control de constitucionalidad. Conferir la última palabra del sistema democrático al poder judicial y dejar poco o ningún margen para que el legislador pueda reaccionar genera los mayores ataques de parte de quienes se oponen a la revisión judicial de las leyes.

¹⁶ Sobre este tema se pueden consultar las Sentencias de la Corte Constitucional de Colombia C-132 de 2012 y C-574 de 2011.

En ese marco, esta ponencia no tiene por objeto realizar una amplia discusión sobre la legitimidad democrática del control de constitucionalidad en Colombia. No obstante, el objetivo de esta intervención es demostrar que al abrir espacios para instrumentos del constitucionalismo débil, el sistema colombiano reduce la tensión con el principio democrático. La fuerte tensión que existía en el punto abstracto de partida se reduce con un desarrollo que se acerca moderadamente a la fórmula del constitucionalismo débil.

A efectos del debate sobre la legitimidad democrática del control de constitucionalidad en Colombia, esta ponencia advierte que si se acepta la clasificación en que se basan las dos fórmulas mencionadas, el modelo colombiano no puede ser incluido plenamente en una sola de estas. Como si se tratara de una cuestión de grado, se podría reconocer que el sistema de Colombia se inclina hacia la fórmula del constitucionalismo fuerte pero no la asume totalmente.

Esta tesis es un estímulo para realizar un debate más profundo que no parta de presupuestos errados como lo sería, por ejemplo, sostener que Colombia es un modelo que asume plenamente la fórmula del constitucionalismo fuerte y aplicarle automáticamente todas las críticas que se han erigido en contra de estos diseños institucionales.

Por supuesto, la existencia de elementos de constitucionalismo débil en sistemas que son prevalentemente propios de la fórmula del constitucionalismo fuerte no es exclusiva de Colombia. Por ejemplo, T. GROPPi retoma parcialmente la idea de A. BICKEL sobre las virtudes pasivas de los jueces y señala que se han extendido los modelos que tienen a una de las dos fórmulas como punto de partida pero dentro de los cuales, los tribunales se han encargado de introducir manifestaciones de la fórmula opuesta. En sus propias palabras:

“(...) los propios tribunales constitucionales en su jurisprudencia han desarrollado instrumentos para acrecentar su “soportabilidad” para el sistema político. A esta exigencia pueden adscribirse algunas técnicas de decisión que permiten “medir” el juicio de racionalidad, como la ponderación, la preocupación de los tribunales por motivar suficientemente sus sentencias y, en general, por la transparencia de la motivación (permitiendo el voto particular), el *self-restraint* judicial por el uso de instrumentos de selección de casos, y la doctrina de las *political questions*, además de la creación de tipos de sentencia que limitan (en el tiempo o en el espacio) el impacto de sus sentencias de inconstitucionalidad”¹⁷.

¹⁷ GROPPi, TANIA. *Titularidad y legitimación ante la jurisdicción constitucional. Una perspectiva comparada*. En Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo. (Coords.) *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Marcial Pons y UNAM-III, Tomo III, México, 2008, p. 254.

La extensión del fenómeno pone en cuestión la validez de la clasificación constitucionalismo fuerte – constitucionalismo débil. Habría que matizar el esquema para insistir en que la pertenencia a una u otra fórmula es una cuestión de grado y, en ese sentido, es incorrecto formular críticas generales a los sistemas fuertes o exagerar las ventajas de los modelos débiles.

Para concluir, es necesario advertir sobre la existencia de un límite infranqueable en la implementación de mecanismos del constitucionalismo débil en el sistema colombiano: ninguno de estos puede poner en peligro, debilitar o desvirtuar el sistema de protección de los derechos fundamentales y el modelo de acceso directo y eficaz al control de constitucionalidad¹⁸. De otra manera, se transformaría el modelo en un esquema que entra en menos tensiones con la democracia pero que se aparta de su fin esencial.

Resulta más adecuado centrar los esfuerzos en defender la legitimidad democrática del modelo colombiano de justicia constitucional que poner en peligro los valiosos mecanismos constitucionales de que este se ha dotado para la protección de los valores públicos y de las caras promesas de la Constitución de 1991.

¹⁸ “El desarrollo de todos estos instrumentos, si por un lado permite una más fácil convivencia entre política y jurisdicción, entre *gubernaculum* e *iuridictio*, diciéndolo con palabras más elevadas, por el otro amenaza con poner en duda la efectividad de la justicia constitucional, y en particular su capacidad para garantizar los derechos subjetivos reconocidos constitucionalmente”. GROPPi, TANIA. *Titularidad y legitimación ante la jurisdicción constitucional. Una perspectiva comparada*. op. cit., p. 255.