



Revista de Derecho  
ISSN: 2313-6944  
ISSN: 2707-9651  
revistaderecho@unap.edu.pe  
Universidad Nacional del Altiplano  
Perú

## Cambios y perversiones en el constitucionalismo colombiano comparado

 **Cruz Martínez, Alexander**

Cambios y perversiones en el constitucionalismo colombiano comparado  
Revista de Derecho, vol. 8, núm. 2, 2023  
Universidad Nacional del Altiplano

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=671874656006>

DOI: <https://doi.org/10.47712/rd.2023.v8i2.243>



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional.


Artículos de naturaleza variada

## Cambios y perversiones en el constitucionalismo colombiano comparado

Changes and perversions in comparative colombian constitutionalism

Alexander Cruz Martínez  
Universidad de Ibagué, Colombia  
alexander.cruz@unibague.edu.co

DOI: <https://doi.org/10.47712/rd.2023.v8i2.243>

 <https://orcid.org/0000-0001-5705-9706>

Recepción: 19 Julio 2023  
Aprobación: 11 Septiembre 2023  
Publicación: 27 Septiembre 2023



Acceso abierto diamante

### Resumen

Las constituciones políticas son reconocidas como documentos estables, aunque adaptables, que deben ajustarse a la dinámica de cada generación para reflejar adecuadamente las bases del Estado, la sociedad y el sistema jurídico. En ese sentido, este artículo de reflexión académica examina el concepto de cambio constitucional, formal e informal, y sus consecuencias, entre estas la perversión, con un enfoque particular en Colombia en donde a pesar de las críticas políticas y jurídicas, la Carta ha experimentado transformaciones significativas para servir a las realidades sociales, sin olvidar la voluntad original del constituyente de 1991. Así, se destaca el papel crucial de la Corte Constitucional colombiana en la protección de la integridad del texto fundamental.

**Palabras clave:** cambio constitucional, perversión constitucional, reforma constitucional, mutación constitucional, Corte Constitucional colombiana.

### Abstract

Political constitutions are recognized as stable, yet adaptable, documents that must adjust to the dynamics of each generation to adequately reflect the foundations of the State, society, and legal system. In this regard, this academic reflection article examines the concept of formal and informal constitutional change and its consequences, among these perversions, with a particular focus on Colombia. Despite political and legal criticisms, the Constitution has undergone significant transformations to serve social realities, without forgetting the original intent of the 1991 constituent. Thus, the crucial role of the Colombian Constitutional Court in protecting the integrity of the fundamental text is highlighted.

**Keywords:** constitutional change, constitutional perversion, constitutional reform, constitutional mutation, Colombian Constitutional Court.

## Introducción

La principal característica de las constituciones es su vocación de permanencia en el tiempo debido a las materias trascendentales que están contenidas en su texto y a su misión constitutiva y estabilizadora. Esto se traduce en una seguridad en el sistema jurídico y en las bases que presenta el Estado que no cambian con facilidad. Esto no significa que no se pueda suceder, ya que toda realidad es susceptible de cambio a través del tiempo.

La sociedad actual se transforma de manera vertiginosa y cada generación es diferente a las anteriores por lo que se requiere el ajuste del ordenamiento superior a tal dinámica. La idea de que los muertos gobiernen desde el pasado, per se, no es buena ni es mala, solo refleja qué tan estable puede ser una sociedad desde lo político y cuál es el valor que le da al pasado y a sus raíces fundacionales.

Cuando se crea una Constitución es imposible predecir qué tan lejos llegará en el tiempo, el objetivo es que sea lo máximo posible. En consecuencia, sus cambios siempre deberán corresponder a un propósito colectivo, de sociedad y de Estado, pues los peores son aquellos que se producen para legitimar los intereses de unos pocos que gobiernan para sí mismos.

En el caso colombiano, durante los 32 años de vigencia de la actual Carta, el derecho constitucional ha sufrido un proceso de consolidación que le da en el ámbito latinoamericano un posicionamiento regional como motor de la evolución jurídica frente a la efectivización de las libertades y derechos de las personas. En dicha dinámica, su guardián y máximo intérprete, la Corte Constitucional colombiana, ha jugado un papel preponderante al velar por la integridad del texto fundamental, lo cual lo erige como tribunal supremo de toda la hermenéutica jurídica colombiana.

Gracias a ello, nuestra Carta se ha transformado de manera significativa para adecuarse a los cambios sociales y sin olvidar la voluntad original del Constituyente de 1991. Esto se ha dado tanto por vía de interpretación como por el Congreso de la República mediante su facultad propia de reforma. Ambos casos, no han escapado a la crítica jurídica y política, que son los escenarios en los que converge tal dinámica.

Amén de lo anterior, este no resulta ser un fenómeno exclusivo de nuestro país, sino por el contrario, es producto de tendencias que se suscitan, con diferentes intensidades, en el constitucionalismo actual. En este sentido, el objetivo de este artículo académico es analizar el fenómeno de los cambios en la Constitución, sus perversiones y sus efectos en el armado institucional, con especial énfasis en el papel de la Corte Constitucional colombiana en este proceso, y los efectos que estos cambios tienen en el armado institucional. Este estudio se desarrolló a través de un análisis cualitativo, que incluyó tanto una observancia de documentos de doctrina como el examen de casos específicos en la jurisprudencia colombiana.

En aras de presentar la discusión y hallazgos, el presente artículo se dividió en cinco acápites. En el primero se hace énfasis en la noción y origen del cambio constitucional; en el segundo se explica, de manera comparada, cuál es el manejo que se da al tema en algunas constituciones latinoamericanas; en el tercero se hace hincapié en el cambio informal por vía de interpretación en algunos casos ocurridos en el seno de la Corte Constitucional colombiana; en el cuarto se examina el fenómeno de la perversión constitucional y sus posibles consecuencias de orden político y jurídico, para concluir finalmente sobre los principales puntos expuestos.

## Noción y origen del cambio constitucional

La noción de cambio constitucional está fuertemente atada a la idea de cambio social y de cambio político. Las constituciones que legitiman gobiernos autoritarios buscan que la sociedad se adapte a su mandato dictatorial; lo contrario, ocurre con las constituciones que son producto de un pacto social, las cuales buscan que sea el reflejo de las diferentes fuerzas mayoritarias y minoritarias que logran un punto

óptimo para la convivencia. Sin embargo en uno u otro caso se trata de situaciones temporales que necesariamente requieren ajustes.

Ferreyra (2007) sostiene que “la constitución no debería estar desvinculada del tiempo y de la realidad a la que se enfilan sus prescripciones, ya que precisamente esa realidad a la cual se dirigen sus disposiciones normativas está sujeta al devenir y al cambio histórico. Y si ante múltiples y cambiantes circunstancias históricas la constitución pretende resguardar su fuerza normativa sin alterar su propia identidad, el único modo de hacerlo es por intermedio de la reforma (p. 95).

Badeni (2006) señala que la eficacia de una Constitución depende de “su perdurable adecuación a la realidad social y política, de su capacidad para interpretar las necesidades y objetivos de una sociedad, y de su aptitud para suministrar los instrumentos idóneos destinados a satisfacer las aspiraciones razonables de los integrantes de la comunidad política” (p. 200).

Por su parte, Raz (2002) sostiene que el fundamento del Estado de derecho se halla asociado a algunos principios entre los cuales destaca en primer lugar la idea de que todas las disposiciones jurídicas deben ser prospectivas, abiertas y claras. Agrega que “Una disposición jurídica ambigua, vaga, oscura o imprecisa es probable que equivoque o confunda, al menos, a algunos de aquellos que desean ser guiados por ella” (p. 21).

Raz plantea que las disposiciones constitucionales deben ser relativamente estables pues los ciudadanos requieren tomar decisiones a corto y largo plazo y necesitan seguridad sobre el funcionamiento del sistema en términos generales, no solo desde el texto constitucional mismo sino además desde su interpretación. No obstante, esa seguridad jurídica no puede desembocar en un valor supremo que obstaculice el desarrollo de los pueblos.

Bryce (1963) teorizó sobre el fenómeno del cambio constitucional utilizando el criterio de relación entre la Constitución y las leyes ordinarias, junto con la autoridad que las dicta y que las reforma (p. 19). Él encontró que las constituciones más antiguas como las del Common Law estarían al mismo nivel de las leyes ordinarias puesto que son creadas por autoridades ordinarias, mientras que las más modernas, a las que llama estatutarias, estarían por encima de dicha legislación ya que además se originan en un mecanismo distinto que goza de una mayor fuerza, incluso procederían de una autoridad superior, las cuales, en caso de cambio, tienen un procedimiento especial.

Como ejemplo de las primeras suele citarse la francesa de 1830 y el Estatuto Albertino de 1848 y de la segunda, la de Estados Unidos de 1787 así como las constituciones de la Francia revolucionaria. A las primeras también las denominó estáticas, sólidas o cristalizadas; a su turno, a las segundas las llamó cambiantes o fluidas.

Para referirse al fenómeno mutacional de las constituciones la doctrina utiliza diversos términos tales como modificación, mutación, adecuación, transformación, enmienda, revisión, entre otros. El término cambio constitucional sería el más adecuado para referirse al género, y no a la especie, y estaría más relacionado con la consecuencia o el efecto de un accionar, que como se explicará más adelante puede ser formal o informal dependiendo de si está establecido expresamente o no en la misma Carta constitucional.

Para De Vergottini (2005) esos cambios pueden ser de dos tipos según permitan o no el reconocimiento de la permanencia de sus caracteres originales; en otras palabras de su núcleo esencial, que es denominado superconstitución. En este último evento se habla propiamente de modificación o revisión porque si el cambio es radical, se produciría otro fenómeno como lo es la sustitución (p. 174).

Por ejemplo, en el caso argentino el profesor Dalla Vía (2004) se cuestiona si la Constitución de 1994 fue una reforma o una nueva Constitución, cuestión que no es puramente semántica. Concluye que se trató de una Constitución reformada no solo porque estuvo presente el ejercicio del poder constituyente derivado, según lo prescrito en el su artículo 30, sino porque expresamente se juró la Constitución Nacional de 1853 con sus reformas (p. 543).

Dalla Vía explica que si existiera una nueva habría que pensar en la hermenéutica de nuevos principios, pero como se trata de una reforma, estos deben ser interpretados a la luz de los originales para que no se pierda la dirección inicial, lo cual evidencia que el ideario constitucional no fue modificado, solo se

completó con los aportes que se hicieron bajo un norte libertario presente en el texto de 1853, a favor del desarrollo humano.

Para Schmitt (1934) los fenómenos de cambio constitucional pueden conllevar la destrucción, que es la desaparición de la Carta existente, acompañada de la eliminación del poder constituyente en que se basa; a la supresión, que significa la eliminación de la existente conservado el poder constituyente que lo sustenta; a la reforma o revisión propiamente dicha, que puede llevar implícita la supresión de textos y la recepción de nuevos ordenamientos aislados que pueden ser inconstitucionales cuando no observan el procedimiento prescrito en el mismo texto, o constitucionales cuando lo siguen (p. 115). Igualmente pueden consistir en el quebrantamiento, que es la violación de los preceptos a título excepcional y que puede ser constitucional o inconstitucional; y finalmente las suspensiones, teniendo en cuenta que si es producto de la reforma pueden llevar a la sustitución de la Carta. Por ende, sustitución y suspensión son conceptos perfectamente conciliables (Corte Constitucional, 2009, C-588).

Sobre la terminología del cambio constitucional, la Corte Constitucional colombiana ha hecho la correspondiente precisión conceptual, tal como se resume en la tabla 1.

**Tabla 1**  
Subcategorías del cambio constitucional

<b>Término</b>	<b>Explicación</b>
Reforma	Hace referencia a la modificación expresa de los textos constitucionales a través del poder de reforma que consagra la misma Carta.
Mutación	Se presenta cuando hay una transformación en la configuración del poder político sin que dicha transformación se registre en el texto.
Dstrucción	Se produce cuando se suprime la Constitución existente acompañada de la del poder constituyente en que la Carta se basaba.
Supresión	Se diferencia de la destrucción en que se conserva el poder constituyente en el que la Constitución suprimida se basa, lo que produce resquebrajamiento de la continuidad jurídica. El poder constituyente adopta una nueva Constitución en la que actúa como constituyente originario.
Quebrantamiento	Es la violación de prescripciones constitucionales de forma excepcional, es decir, bajo el supuesto de que las prescripciones quebrantadas, siguen inalterables en lo demás, y, por lo tanto, no son suprimidas permanentemente, ni colocadas temporalmente fuera de vigor.
Suspensión	Se produce cuando una o varias prescripciones son provisionalmente puestas fuera de vigor. Esta situación puede o no estar prevista en la Constitución.
Sustitución	Consiste en el remplazo de la Constitución, o de alguno de sus ejes definitorios por un modelo constitucional diferente, en ejercicio del poder de reforma. Implica la transformación de la forma de organización política. Es un remplazo de la Constitución en términos materiales siendo una franca oposición entre lo nuevo y lo anterior. Es parcial cuando hay una transformación trascendental de los componentes o de sus ejes definitorios, lo cual la convierte en algo diferente. Por su parte, la total se refiere a todo el diseño constitucional. La supresión puede ser una forma de sustitución total; a su vez que la suspensión y el quebrantamiento introducidos mediante el poder de reforma también pueden ser una sustitución cuando el régimen de excepcionalidad que se crea es incompatible completamente con el modelo constitucional vigente.

Fuente: Elaboración propia con base en las sentencias C-010/13 y C-579/13.

Cabe anotar que desde la sentencia C-970 de 2004, la Corte Constitucional colombiana viene aplicando el juicio de sustitución que consiste en una metodología de escrutinio o análisis, que está construida bajo la forma de un silogismo, cuya premisa mayor es el elemento esencial de la Constitución que se alega sustituido, y la premisa menor es el contenido y alcance que se examina para saber si esta reemplaza o desnaturaliza la premisa mayor.

## El cambio formal

Hasta aquí se ha dicho que el cambio constitucional es una realidad latente en todas las constituciones, incluso en aquellas que han incorporado cláusulas pétreas que lo impiden o lo hacen muy difícil, tal como ocurre con el artículo 5 de la Constitución norteamericana. La reforma a través de medios formales, conocida como enmienda, es lo que se considera deseable pues está generalmente consagrada en la misma Carta por voluntad del constituyente originario, lo cual le dota de validez al proceso.

La modificación formal refleja, en palabras de Ramírez Cleves (2003), una tensión entre el principio democrático, la supremacía del poder constituyente y la garantía de orden y estabilidad que son necesarios, sin que ello implique inmutabilidad (p. 54). Básicamente las cláusulas de reforma evidencian un conflicto entre lo jurídico y lo político que subyace a la idea de Constitución.

En ese contexto es importante distinguir la facultad de reforma y la de creación constitucional. La Corte Constitucional colombiana (2013, C-579) ha entendido que “el poder constituyente es aquel inherente al soberano –que en nuestro caso es el pueblo- y que, debido a su naturaleza originaria –origen del Estado mismo-, puede crear cualquier diseño constitucional. Por el contrario, el poder de reforma –ha señalado la Corte- es un poder constituido y derivado y, en consecuencia, sujeto a los límites impuestos por el constituyente original”.

En este sentido, el poder de reforma está sujeto a controles que se enmarcan en reglas que la misma Corte Constitucional (2003, C-551) ha deducido. En primera instancia, el poder de reforma no tiene competencia para sustituir la Constitución, sino solamente para hacer revisiones dirigidas a ajustar el armazón constitucional según las exigencias de los cambios políticos, económicos, sociales, etc. Por otra parte, la infracción de tal límite competencial puede ser controlado por la jurisdicción constitucional.

Bryce (1963) enuncia los dispositivos formales de reforma de acuerdo con el órgano que la lleva a cabo. Estos son: el pueblo a través de referéndum en cualquier instancia del proceso, es decir en la iniciativa, trámite o ratificación final; la elección de una corporación ad hoc para tramitarla, como sería el caso de una convención o asamblea constituyente la cual se disuelve después de culminada su labor; y el parlamento o congreso como órgano soberano bajo un procedimiento agravado.

El profesor argentino Sánchez Viamonte (1957) es partidario del modelo de convención por ser este el que mejor representa la voluntad del pueblo, incluso más que el referéndum o la consulta popular. Es defensor del modelo argentino y norteamericano, en el que la convención aparece como el medio ideal de reforma y que separa el poder constituyente de los poderes constituidos. Los textos constitucionales pueden consagrar uno de ellos de forma exclusiva como es el caso argentino, o todos, como sucede en Colombia, incluyendo además la justiciabilidad de la reforma, cuando se sobrepasan los límites allí establecidos (p. 435).

Algunos ejemplos de mecanismos de cambios formales en el constitucionalismo contemporáneo se resumen en la tabla 2.

Tabla 2

Ejemplos de mecanismos de reforma constitucional en algunos países

País y año de la Carta	Mecanismos formales en la Constitución
Argentina 1853	En su artículo 30 contiene el procedimiento de reforma, que es el de convención, propio del constitucionalismo norteamericano. Se permite la reforma total o parcial, siempre que medie la declaratoria por el Congreso, la cual debe aprobarse con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros. Posteriormente viene el proceso de la conformación de la convención constituyente, integrada por convencionales de elección popular, la cual debe operar dentro del marco de la declaratoria de necesidad y disolverse al finalizar su trabajo.
Bolivia 2009	En su artículo 411 se refiere a reformas totales o parciales. La reforma total, o aquella que afecte sus bases fundamentales, los derechos, deberes y garantías, o la primacía y reforma de la Constitución, debe hacerse por una Asamblea Constituyente originaria plenipotenciaria, activada mediante referendo y validada posteriormente por referendo constitucional aprobatorio. Por su parte, la reforma parcial de la Constitución podrá iniciarse por iniciativa popular (con firma de al menos el 20% del electorado); o por la Asamblea Legislativa Plurinacional y validada por referendo.
Brasil 1998	En su artículo 60, señala que esta podrá ser enmendada mediante propuesta de un tercio, al menos, de los miembros de la Cámara de los Diputados o del Senado Federal; del Presidente de la República; o de más de la mitad de las Asambleas Legislativas de la Federación. Las enmiendas no pueden darse, entre otros, bajo la vigencia de intervención federal. No será objeto de deliberación la propuesta de enmienda tendiente a abolir la forma federal del Estado; el voto directo, secreto, universal y periódico; la separación de los poderes; y los derechos y garantías individuales. Es decir que contiene cláusulas pétreas.
Chile 1980	En sus artículos 127 y siguientes prescribe que la reforma puede darse por el Congreso Nacional iniciada por mensaje del Presidente de la República o por moción de cualquiera de los miembros del Congreso Nacional. También prevé el mecanismo de plebiscito cuya convocatoria es posible cuando el Presidente se niegue a sancionar el proyecto aprobado en las cámaras. En 2019 se introdujo el procedimiento para elaborar una Nueva Constitución Política.

España 1978	En sus artículos 166 y siguientes, prevé la reforma parcial por parte de las Cortes Generales (Parlamento) de cuya iniciativa se ejercerá en los términos previstos para la iniciativa legislativa exigiendo que se someta a referéndum para su ratificación cuando así lo soliciten, dentro de los quince días siguientes a su aprobación, una décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras. Para el caso de la revisión total o una parcial que afecte al Título preliminar, al Capítulo II, Sección 1ª, del Título I (Derechos fundamentales y libertades públicas), o al Título II (Corona), se procederá a la aprobación del principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara, y a la disolución inmediata de las Cortes con el fin de que las Cámaras elegidas ratifiquen la decisión y proceder al estudio del nuevo texto constitucional, lo cual, una vez aprobado será sometido a referéndum para su ratificación. Se prohíbe iniciarse la reforma constitucional en tiempo de guerra o de vigencia de alguno de los estados de alarma, excepción y sitio.
Estados Unidos 1787	El artículo 5 señala que siempre que las dos terceras partes de ambas Cámaras lo juzguen necesario, el Congreso puede proponer enmiendas, o también a solicitud de las legislaturas de los dos tercios de los Estados. En consecuencia, se convocará a una convención y después deberá ser ratificada por las legislaturas de las tres cuartas partes de los Estados separadamente o por medio de convenciones reunidas en tres cuartos de los mismos, según lo que determine el Congreso.
Perú 1993	En el artículo 206, señala que toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso y ratificada mediante referéndum. Puede omitirse el referéndum cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable superior a los dos tercios del número legal de congresistas. La iniciativa de reforma constitucional corresponde al Presidente de la República, con aprobación del Consejo de Ministros; a los congresistas; y a un número de ciudadanos equivalente al 0,3% de la población electoral, con firmas comprobadas por la autoridad electoral.
	En los artículos 340 y subsiguientes, explica que la enmienda tiene por objeto la adición o modificación de uno o varios artículos, sin alterar su estructura fundamental. La iniciativa puede partir del 15% de los ciudadanos inscritos en el

Elaboración propia.

Los límites son condiciones determinantes para que la reformabilidad no sea absoluta. Estos pueden consistir en modalidades procedimentales de revisión como las enunciadas anteriormente; contextos sustanciales o axiológicos referidos a la inmodificabilidad de ciertas instituciones como por ejemplo la cláusula de estado de derecho o el tipo de gobierno (Ramírez Cleves, 2003, p. 57); modalidades temporales tales como no modificarse antes de determinado periodo; o circunstanciales al no poderse llevar a cabo en situaciones extremas en las cuales la reforma puede ser cuestionable, como lo son los estados de excepción.

También pueden crearse como una modalidad de tipo lógico en el caso de la irreformabilidad de la cláusula de reforma, lo cual ha sido interpretado como una paradoja por Alf Ross quien sostiene que puede ser autorreferencial el hecho de que la misma Constitución contenga normas sobre cómo modificarse, las cuales pueden ser objeto de la misma reforma.

Esto hace que en algunas se prohíba categóricamente su reforma, tal como lo fue el Estatuto Albertino que estuvo concebido como una ley perpetua irrevocable de la monarquía. Otras en cambio optaron por un silencio absoluto al respecto como lo fueron las francesas de 1799, 1814, 1815, 1830, 1852 y la Constitución española de 1876. La interpretación que se le dio fue que debía seguirse un proceso igual al de la aprobación del texto original para su revisión total o parcial.

En el caso colombiano la Carta prescribe que esta podrá ser reformada por el Congreso, por una Asamblea Constituyente o por el pueblo mediante referendo. El Congreso lo hace mediante una Ley

especial que se denomina acto legislativo cuya iniciativa puede provenir del Gobierno, de los congresistas, de los concejales o de los diputados y de los ciudadanos en las condiciones allí establecidas. Su trámite se debe agotar en dos períodos ordinarios y consecutivos y debe ser aprobado por una mayoría especial.

Para que sea viable su reforma mediante una asamblea (convención) constituyente debe mediar una ley aprobada por mayoría de los miembros de una y otra cámara. Esta debe disponer que el pueblo, en votación popular, decida si convoca a la asamblea con la competencia, el período y la composición que la misma ley le determina. Se entiende convocada si lo aprueba, cuando menos, una tercera parte de los integrantes del censo electoral. Posteriormente, la asamblea deberá ser elegida por el voto directo de los ciudadanos. A partir de eso, quedará en suspenso la facultad ordinaria del Congreso para reformar la Constitución durante el término señalado para que cumpla sus funciones.

Respecto al mecanismo de referendo en Colombia, este es viable en primera instancia si por iniciativa del Gobierno, o de los ciudadanos, el Congreso, mediante ley que requiere la aprobación de la mayoría de los miembros de ambas cámaras, decide consultarle al pueblo sobre un proyecto de reforma constitucional. Deberá ser aprobado por el voto afirmativo de más de la mitad de los sufragantes, siempre que se exceda de la cuarta parte del total de ciudadanos que integren el censo electoral.

La Constitución dispone que se deben someter a referendo las reformas constitucionales aprobadas por el Congreso, cuando se refieran a temas especiales como los derechos reconocidos en el Capítulo 1 del Título II y a sus garantías, a procedimientos de participación popular, o al Congreso, previa solicitud, dentro de los seis meses siguientes a la promulgación del Acto Legislativo, por el cinco por ciento de los ciudadanos que integren el censo electoral. En otras condiciones pierde imperatividad.

## El cambio informal

Según Barroso (2011) el término que mejor describe el cambio informal es el de mutación constitucional que consiste básicamente en la transformación del sentido y alcance de las disposiciones del texto constitucional (p. 145). Se trata de una alteración del significado de la norma superior sin observancia del mecanismo constitucionalmente previsto para las enmiendas, y sin que haya habido modificación de su texto. Por ende, para que sea legítima la mutación se requiere de una base democrática, es decir que debe corresponder a una demanda social efectiva y al amparo del principio de soberanía popular.

Ello es producto de la dinámica constitucional misma que se cimienta en la realidad que es cambiante, como también en el pueblo; por ende la costumbre sí podría ser una fuente de mutación. Burdeau (1969) habla de un poder constituyente difuso para referirse al poder original que está en el pueblo y que luego pasa al constituyente derivado, que finalmente va a representarlo en su sentir, lo cual se transforma en una norma constitucional (p. 246).

Uribe y Correa (2012) afirman que “Podemos establecer que esta doctrina de las mutaciones constitucionales nos puede llevar también a considerar la necesidad de mecanismos de aproximación e incorporación del derecho consuetudinario al texto constitucional. No podemos asumir la idea de que el texto constitucional y la realidad pueden deslizarse por rutas diferentes (p. 76).

Sobre costumbre y Constitución, la Corte Constitucional colombiana (1994, C-224) ha dicho que “Negarle al pueblo la posibilidad de crear el derecho objetivo representado en la costumbre, sería ir en contra de los principios de la Constitución de 1991 en lo relativo a la democracia participativa. Y sería paradójico que la costumbre, permitida por las constituciones anteriores que consagraban la democracia representativa, estuviera proscrita en la actual. Hay quienes sostienen que la costumbre alcanza a derogar la ley que le es contraria. Entre nosotros, como ya se advirtió, esto no es posible, por expresa prohibición legal, aunque fácilmente puede comprobarse la existencia de leyes que el paso del tiempo ha excluido de la vida social”.

El sistema constitucional inglés plantea desafíos en esta materia por cuanto no existe un texto del orden constitucional único, y por tanto no se halla un procedimiento formal de revisión por lo que el sistema constitucional puede ser modificado mediante procedimiento ordinario por el Parlamento en su calidad de

soberano, sin que este pueda, de acuerdo con la costumbre constitucional, cambiar las leyes antiguas como lo es la de Hábeas Corpus de 1679 o la Declaración de Derechos de 1789.

Así las cosas, en ese sistema es difícil hablar de modificaciones formales e informales, pues la revisión constitucional tiene una lógica diferente. Muestra de ello es la figura de las convenciones constitucionales que son definidas como reglas informales que surgen de la práctica en el seno de la comunidad política y que imponen límites sobre los poderes del Estado. Esta es una figura que valida las costumbres constitucionales, lo cual es totalmente ajeno a nuestro sistema constitucional.

Tales convenciones son una forma de costumbre *praeter legem* que se torna obligatoria, pues su incumplimiento deriva en un costo político para los detentadores del poder. Por ejemplo, en el orden británico la reina no puede dejar de sancionar un proyecto que ha sido aprobado por ambas cámaras del parlamento, así mismo, el gobierno debe dimitir en caso de perder la confianza del parlamento como cuando un proyecto de ley es derrotado (Waluchow, 2009, p. 79). Estas son normas políticas y no jurídicas por lo que difícilmente las harían respetar los tribunales ordinarios. En ese mismo sentido, al no ser escritas es casi imposible que puedan sufrir cambios porque ello significaría una ruptura casi absoluta del sistema que históricamente se ha construido sobre una base política y sociológica.

Para entender la racionalidad del cambio y la necesidad establecer cláusulas formales que de alguna manera impidan la desestabilización del sistema constitucional, Waluchow (2009, p. 100) utiliza el término *atrincheramiento* (*entrenchment*) para referirse a las disposiciones de difícil modificación en la Constitución como lo son las que se refieren a derechos fundamentales con el fin de proteger a los ciudadanos contra los abusos del poder de los gobernantes, incluso de los jueces, especialmente al tratarse de minorías.

En el constitucionalismo británico no se requiere el *atrincheramiento* porque en su cultura se observan tanto normas escritas como no escritas. Muestra de ello es el renombrado caso *Patriation* en el que la Constitución canadiense, que hasta antes de 1981 estuvo contenida en una Ley del Parlamento Británico – el *British North America Act* de 1867 BNA-, solo podía ser modificada por el propio parlamento británico. En aquella época, el primer ministro Trudeau expresó la intención de repatriar la Constitución haciendo que el Parlamento expidiera una Ley que así se lo permitiera, pero para dicha petición se debía saber si era necesario contar con la aprobación de las provincias canadienses.

Desde el punto de vista constitucional no lo era pero desde la óptica del convencionalismo constitucional sí. Eso produjo que la Corte Constitucional de Canadá reiterara la distinción de Dicey entre Constitución y derecho constitucional, en cuanto las normas constitucionales no se agotan en el texto escrito (Waluchow, 2009, p. 80) y señaló la importancia de contar con este requisito de orden consuetudinario.

Por otra parte, Barroso (2011) explica que los límites de la mutación están circunscritos a los posibles sentidos del texto que está siendo interpretado y a la preservación de los principios fundantes de esta Constitución, cuyo cambio podrían hacer que ella pierda identidad. Si se exceden estos, nos encontraremos en un escenario de *perversión constitucional* (p. 150).

La única vía legítima para sobrepasar los límites que establece la misma Carta es a través del poder constituyente o de reforma, pero no por vía de mutación. Por ejemplo, si la Corte no es legítima, o si la interpretación la hace un juez menor podría tratarse de un caso de *perversión constitucional*, si este no tiene la competencia para ello. Por ende, los límites a la mutación constitucional están circunscritos a esa capacidad de adaptación no puede desvirtuar el espíritu de la Carta. Por el contrario son legítimas cuando amplían la protección constitucional.

En el constitucionalismo estadounidense se hallan como ejemplos de mutación la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia derivada del *New Deal*, en el periodo conocido como la era *Lochner*, que determinó como válidas las normas expedidas por el Congreso en materia laboral y social propuestas por el presidente Roosevelt, las cuales fueron cuestionadas por los empresarios por vulnerar la libertad contractual que la misma Constitución les aseguraba. Otra muestra es la decisión de la misma Corte en el caso *Brown versus Board Education* del año 1954 que cambió el precedente *Plessy versus Ferguson* del año 1896, el

cual legitimaba la doctrina de iguales aunque separados, en materia de trato entre blancos y afrodescendientes.

Barroso (2011) distingue la mutación por vía interpretación de la simple interpretación constructiva e interpretación evolutiva. La constructiva consiste en la ampliación del sentido o extensión del alcance de la norma superior para crear una nueva figura o hipótesis no prevista inicialmente de forma directa, mientras que la interpretación evolutiva tiene como fuente la aplicación constitucional a situaciones que no fueron contempladas inicialmente por no existir en la época pero que encuadran en el sentido semántico del texto constitucional. La diferencia entre una y otra radica en que la norma alcanzará una situación que pudo haber sido prevista pero no se hizo, en cambio en la interpretación evolutiva la situación no podía haber sido prevista (p. 152).

Un ejemplo del fenómeno de interpretación constructiva y evolutiva se encuentra en la sentencia C-577 de 2011 de la Corte Constitucional colombiana, en la cual por vía de interpretación de adecuación del artículo 42 de la Carta, esta hizo un análisis válido de lo que significan las categorías matrimonio y familia y su distinción en la Constitución, en donde el punto clave es que en el matrimonio existe un vínculo jurídico y si bien es cierto es la forma de constituir una familia, no es la única.

Señaló allí que la familia que acogió el constituyente de 1991 es la heterosexual monogámica, aunque aceptaría la familia de hecho originada en la convivencia de los miembros de la pareja, quienes no expresan el consentimiento, lo cual es esencial en el matrimonio. Entonces no es posible interpretar las normas del ordenamiento constitucional como extensivas a las parejas homosexuales. La Corte recordó la protección que ha dado a personas del mismo sexo asimilándolas a las parejas heterosexuales que se encuentran en unión marital de hecho por hallarse en una situación asimilable, sin que se haya acudido al concepto de familia.

Agregó que hoy en día se tiene un concepto de familia que es dinámico y longitudinal a través del cual el individuo, a lo largo de su vida, puede integrar distintas configuraciones con funcionamientos propios lo que se ha denominado “cadena compleja de transiciones familiares” por lo que “no es constitucionalmente posible rechazar opciones que libremente configuren las personas para establecer una familia” (Corte Constitucional, 2011, C-577).

En este caso no existió mutación constitucional por vía de interpretación porque no hubo un cambio en el sentido la norma frente al entendimiento preexistente, como hubiese ocurrido si el juez constitucional hubiese atribuido a una norma constitucional un sentido diferente del fijado anteriormente, debido a un cambio en la realidad social o por una nueva percepción del derecho. Es decir, que lo que se muta por vía de interpretación no es concretamente la norma sino la interpretación inicial fijada.

También pueden darse casos de mutación constitucional por la actuación del legislador puesto que a través de ciertas leyes puede dar mayor alcance al sentido del texto constitucional para garantizar los derechos. Esto ocurrió con el derecho a la salud que inicialmente aparecía en el texto constitucional como un derecho no fundamental, pero a través de la Ley 1751 de 2015 se le dotó de tal carácter, el cual había sido modelado por la Corte Constitucional en sus antecedentes jurisprudenciales.

Para Sant’Ana Pedra (2012) el fundamento de la mutación constitucional está en la concreción entendida como un proceso superior a la simple hermenéutica tradicional que tiene como eje en el develamiento del sentido del texto normativo (p. 87). Por su parte, en la concreción el proceso interpretativo no es sólo cognitivo, sino fundamentalmente volitivo y creativo por parte del intérprete que en este caso es el juez. La concreción es la propia elaboración de una norma jurídica general que no existe antes del caso concreto para la solución del mismo.

Para Ferrajoli (2002) existe una crisis en el derecho que está enmarcada en el retorno a un derecho jurisprudencial de tipo premoderno que se origina en el colapso de la capacidad reguladora de la Ley y el retorno al papel creativo de la jurisdicción, avivado por la pérdida de unidad y coherencia de las fuentes y la superposición de diversos ordenamientos concurrentes que conlleva la pérdida de certeza, eficiencia y de garantías del mismo. En ese sentido, “Una constitución no sirve para representar la voluntad común de un pueblo, sino para garantizar los derechos de todos, incluso frente a la voluntad popular” (p. 194). Ella no encarna identidad, sino defensa de derechos; una pluralidad para garantizar un orden social.

En el caso colombiano existen diferentes ejemplos de mutaciones que viene haciendo la misma Corte Constitucional. Algunos de estos casos derivan de la interpretación sistemática y creativa que debe hacerse de los preceptos constitucionales por parte del operador jurídico, tal como lo señala el mismo Tribunal al explicar que el principio de la unidad constitucional “exige la interpretación de la Constitución como un todo armónico y coherente, por oposición a una interpretación aislada o contradictoria de las disposiciones que la integran. Lo que manda este principio es que la Constitución sea vista y entendida como una unidad, como un sistema con sentido lógico y, por tanto, que sus disposiciones no sean abordadas a partir de una visión puramente individualista de sus textos...” (Corte Constitucional, 2012, C-535).

Benítez (2011) analiza y agrupa algunos ejemplos de mutación constitucional en el caso colombiano, de la siguiente manera: i. Creación de derechos: sexuales y reproductivos de la mujer (sentencias C-355/06, T-388/09 y T-585/10); a la tranquilidad (sentencia T-459/98); a la verdad, justicia, reparación y no repetición (sentencia C-370/06 y T-025/04). ii. Creación de derechos mediante la ampliación de otros: a morir dignamente (sentencia C-239/97); a la objeción de conciencia (sentencia T-409/92), al olvido; al retorno (sentencia T-025/04), al mínimo vital (sentencia T-426/92). iii. Reinterpretación de expresiones: bloque de constitucionalidad; la expresión “ley” en el artículo 230 de la Constitución; la expresión “vicios de procedimiento”; y conexidad y carácter fundamental de los derechos sociales.

## Perversiones constitucionales

Tal como se anotó, el cambio constitucional puede tener como propósito la defensa de los derechos cuando se amplía, por ejemplo, su contenido o protección, o se reconocen derechos innominados o nuevos derechos. Pero también puede traducirse en arbitrariedad cuando no se respetan los límites o se llevan a cabo para validar los intereses personales de unos pocos en detrimento de las mayorías; o bajo la intención de menoscabar aún más ciertas garantías y libertades, especialmente de quienes han sido excluidos o vulnerados históricamente.

Al margen de los procedimientos de modificación o revisión que expresamente estipulan las normas constitucionales, se producen cambios que no se pueden contener o evitar. Esto puede darse de forma natural y deseable socialmente cuando se defienden y reafirman los derechos de los excluidos, o también desestabilizar el sistema lo que desencadena en una perversión constitucional.

De Vergotini (2005) entiende la perversión como el cambio del valor atribuido a las normas, lo que termina por generar incongruencias entre las disposiciones escritas y la realidad. Según este autor, ello se puede concretar en la formación de costumbres contra legem que destruyen el espíritu mismo, o la falta de aplicación sistemática lo cual va creando conciencia de su existencia en el cuerpo político y social. También pueden ser producto de las intervenciones jurisprudenciales con autoridad que dan un sentido diferente al texto, lo que se conoce como interpretación de adecuación (p. 174).

La perversión se da a causa de la violación directa, o por la mala interpretación a partir de la utilización frecuente de las excepciones que poco a poco pueden llegar a ser la regla. Una norma se destruye tanto por su desobediencia como por sus erróneas interpretaciones. El problema es que estos cambios los pueden hacer los funcionarios judiciales y administrativos como muestros de actos políticos. No obstante, siendo estas inválidas pueden llegar a ser socialmente eficaces.

La costumbre contra legem, aunque no los demás tipos, pueden decantar en diferentes tipos de perversión constitucional. Para Linares Quintana (2008) ella pone en escena el problema de la perversión constitucional entendida como las prácticas que se desarrollan de forma sistemática violando y destruyendo la Carta (p. 745). En ese sentido, la corrupción o interpretación incorrecta no está limitada al campo político o ideológico sino que trasciende a la sociedad.

Por su parte Karl Loewestein (1976) se refiere a la inobservancia consciente de la Constitución por parte de los detentadores de poder que la acomodan a sus intereses, lo cual no puede ser confundido con la interpretación más cómoda que pueden hacer los gobernantes al competir en el proceso político. Por ejemplo, cuando un órgano nacional extiende su facultad, vía interpretación, en detrimento de una competencia regional (p. 223). Para él, la inobservancia de la Constitución es un gravísimo asunto

sociológico y político que se explica como un distanciamiento entre sus destinatarios y la norma misma y es ello lo que la erosiona y le hace perder legitimidad. Concluye que es la falta de autoridad y la desobediencia sus principales causas, lo cual atenta contra la esencia del estado de derecho.

Pese a ello, existen dos casos especiales, que podría pensarse que se trata de perversiones constitucionales, pero que no lo son en la medida en que podrían estar autorizados en las mismas Cartas constitucionales. Uno de ellos son las derogaciones en casos muy especiales lo que se conoce como autorrupturas, y el otro es el de las modificaciones temporales, mediante suspensión, como en el caso de las guerras en el que la situación exige respuestas eficientes para afrontar las situaciones excepcionales que no pueden ser conjuradas a la luz del orden impuesto por la Constitución.

En concreto, es medianamente fácil identificar los límites y la judiciabilidad en el exceso a los límites cuando se trata de cambios formales. No obstante, pueden darse casos excepcionales en los que a la luz del mismo texto se pervierte este sin poderse ejercer control sobre la reforma. Por ejemplo, los cambios o modificaciones llevados a cabo por el Tercer Reich a la Constitución alemana de Weimar, tales como el Decreto del Presidente del Reich para la Protección del pueblo y del Estado del 28 de febrero de 1933, también conocido como Decreto del incendio del Reichstag, y La Ley para solucionar los peligros que acechan al Pueblo y al Estado del 23 de marzo de 1933, también llamada Ley Habilitante de 1933, terminaron transformando el Estado alemán en el arma más poderosa de aniquilación humana.

En contraste con lo anterior, el cambio informal podría ser más problemático por no tener controles judiciales explícitos, por lo que podría prestarse para que quienes lo hagan terminen atentando contra la estabilidad del sistema constitucional legítimo al amparo de una ideología determinada. Si bien es cierto, es loable el actuar de los gobernantes, legisladores y jueces cuando amplían los derechos y protegen a grupos excluidos en aras de asegurar los principios de pluralismo e igualdad, también podrían actuar de forma contraria sin cortapisa alguna.

Inquieta saber si a estos órganos constituidos les corresponde realmente un accionar político de esta naturaleza y si son verdaderos representantes del constituyente primario en tal actuar. O si el juez constitucional como guardián de una carta de naturaleza política, como lo es la Constitución, estaría habilitado realmente para tomar decisiones políticas.

Lo cierto es que el juez constitucional lo hace. Es una realidad innegable que puede ser reactiva ante la dinámica legislativa caracterizada por la lentitud de los procesos, la presión y captura por parte de grupos de interés, y la valoración ex ante de costo beneficio de ciertas medidas, que por no ser populares, no se realizan.

Finalmente alguien debe tomar esas decisiones ante una demanda real y efectiva de los ciudadanos, lo que permite que los tribunales constitucionales emerjan como árbitros en medio de competencias que pueden ser difusas, produciendo interpretaciones amplias y mutaciones constitucionales, acertadas o no, so pretexto de garantizar que las mayorías no atenten contra las minorías. En ese sentido, la perversión constitucional se da cuando este tipo de interpretaciones hacen daño formal y material al sistema constitucional.

## Conclusiones

En este trabajo se presentó el concepto de constituciones rígidas y flexibles, división que está inspirada en la posibilidad de cambios, fáciles o difíciles, dependiendo de los dispositivos diseñados para este fin. Al margen de ello, el proceso de cambio constitucional es una realidad en la que cabe una distinción más: el formal e informal.

El cambio constitucional puede catalogarse en formal cuando atiende al procedimiento y respeta los derechos que la misma Carta establece, lo que suele denominarse enmienda, que se produce mediante dispositivos institucionales de evolución que están allí plasmados para adecuar las normas superiores a las realidades sociales, económicas y políticas, condicionados por bornes que también están allí establecidos o se deducen de su principalística.

Los cambios también pueden obedecer a dispositivos informales relacionados con la interpretación que hace determinada autoridad, en especial el juez que ha sido encargado de salvaguardar su integridad y quien mediante la hermenéutica le hace tomar giros diferentes a su estricto tenor literal mutando el sentido inicial. Ello pone en la escena un problema que puede ser catalogado como perversión, en cuanto puede cambiar su contenido en contra de las libertades, garantías y sin un título de legitimación derivado del principio de soberanía popular.

El papel de los jueces constitucionales resulta fundamental en el cambio constitucional. En primera instancia, cuando se trata de cambios formales son ellos los encargados de controlar que la enmienda o reforma se haya dado en los precisos términos formales y materiales que están ordenados en la Constitución, atendiendo la voluntad del constituyente primario.

Por otra parte, en materia de mutación son generalmente los responsables de la interpretación de la Constitución y de la evolución del sistema. Un paso en falso o cualquier descuido en sus decisiones podrían implicar la perversión e incluso la destrucción del sistema, sin que con ello se desvirtúe la responsabilidad que también podría recaer en otros actores públicos.

## Bibliografía

- Badeni, G. (2006) *Tratado de derecho constitucional*, tomo I (2ª ed.). La ley.
- Barroso, L. R. (2011). *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo* (3ª ed.). Saraiva.
- Benítez, R., Vicente, F. (2011). Legitimidad democrática y constitucional de las modificaciones implícitas a la Constitución por parte de la jurisprudencia constitucional en Colombia. *Vniversitas*, (122), 303-333. <https://www.redalyc.org/pdf/825/82522606011.pdf>
- Bordeau, P. (1982). *Tratado de ciencia política* (3ª ed.). Unam.
- Bryce, J. (1963). *Constituciones flexibles y constituciones rígidas* (2ª ed.). Instituto de Estudios Políticos.
- Dalla Vía, A. R. (2004). Capítulo XIII, las reformas constitucionales. En Albanese, Susana et al., *Derecho constitucional*. Universidad de Buenos Aires.
- De Vergottini, G. (2005). *Derecho constitucional comparado* (C. Herrera, Trad). Universidad de Buenos Aires. (Trabajo original publicado en 2004).
- Ferrajoli, L. (2002). “Pasado y Futuro del estado de derecho”. En Carbonell, Miguel y otros. *Estado de derecho, concepto, fundamentos y democracia en América Latina*. siglo XXI.
- Ferreyra, R. G. (2007). *Reforma constitucional y control de constitucionalidad: límites a la justiciabilidad de la enmienda*. Porrúa.
- Linares Quintana, S. (2008). *Tratado de interpretación constitucional* (2ª ed.). Abelardo Perrot.
- Loewestein, K. (1976) *Teoría de la Constitución* (A. Gallego Anabitarte, Trad). Ariel.
- Ramírez, G. (2003). *Los límites a la reforma constitucional y las garantías al poder constituyente: Los derechos fundamentales como paradigma*. Universidad Externado de Colombia.
- Ramírez, G. (2005). *Límites de la reforma constitucional en Colombia: El concepto de Constitución como fundamento de la restricción*. Universidad Externado de Colombia.
- Raz, J. (2002). “El estado de derecho y su virtud”. En Carbonell, Miguel y otros. *Estado de derecho, concepto, fundamentos y democracia en América Latina*. Siglo XXI.
- Sánchez Viamonte, C. (1957) *El poder constituyente: Origen y formación del constitucionalismo universal y especialmente el argentino*. Bibliográfica Argentina.
- Sant'Ana Pedra, A. (2012). Mutación constitucional y concreción normativa: cómo la estructura de la norma se relaciona con los cambios informales de la constitución. *Estudios constitucionales*, 10(2), 369-390. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002012000200009>
- Schmitt, C. (1996). *Teoría de la Constitución* (F. Ayala, Trad). Alianza. (Trabajo original publicado en 1934).
- Uribe, E. y Correa, G. Arzate, (2012). Mutaciones constitucionales y la problemática de su control en el Estado constitucional. *Revista de Derecho*, (38), 196-224.
- Waluchow, W. (2009). *Una teoría del control judicial de constitucionalidad basada en el Common law: un árbol vivo* (P. de Lora, Trad). Marcial Pons. (Trabajo original publicado en 2006).