



La anatomía de la teoría comparada del cambio constitucional: definición y contornos de un campo de estudio emergente

The Anatomy of Comparative Theory of Constitutional Change: Definition and Outline of an Emergent Research Field

A anatomia da teoria comparada da mudança constitucional: definição e contornos de um campo de estudo emergente

David Fernando Cruz Gutiérrez*

* <https://orcid.org/0000-0001-6194-9955>. Universidad de Los Andes, Colombia.
df.cruz@uniandes.edu.co

Recibido: 27/07/2023. Enviado a pares: 12/02/2024
Aceptado por pares: 1/04/2025. Aprobado: 12/04/2025

DOI: 10.5294/dika.2025.34.1.9



Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo
David Fernando Cruz Gutiérrez. “La anatomía de la teoría comparada del cambio constitucional: definición y contornos de un campo de estudio emergente”, en *Dikaion* 34, 1 (2025), e3419.
DOI: <https://doi.org/10.5294/dika.2025.34.1.9>

Resumen

Este artículo presenta los principales elementos teóricos de un campo dentro de la teoría constitucional que se puede aglutinar bajo el nombre de “teoría comparada del cambio constitucional”. A través de un análisis de las principales obras de este campo teórico, el artículo identifica y describe sus principales preocupaciones conceptuales, que son la distinción entre el poder constituyente y el constituido, el diseño y los límites de las reglas del poder de enmienda de la constitución, la relación entre el derecho internacional y las constituciones nacionales y la inevitable permanencia del cambio constitucional en la experiencia política contemporánea. Esos elementos, a su vez, constituyen el contorno del campo y muestran su utilidad para leer contextos en donde aparece la paradoja de la reforma constitucional que combina transformación y permanencia.

Palabras clave

Cambio constitucional; poder constituyente; poder constituido; transiciones políticas; enmienda constitucional.

Abstract

This article presents the main theoretical elements of a research field inside constitutional theory that can be brought together under the label of "comparative theory of constitutional change". Through an analysis of the main works of this theoretical field, this article identifies and describes its main conceptual concerns, which are the distinction between the constituent and the constituted power, the design and the limits of the rules of the amendment power of the Constitution, the relationship between international law and national constitutions, and the inevitable permanence of constitutional change in contemporary political experience. These elements, in turn, outline the boundaries of the field and show its usefulness in reading contexts where the paradox of constitutional reform that combines transformation and permanence appears.

Keywords

Constitutional change; constituent power; constituted power; political transitions; constitutional amendment.

Resumo

Este artigo apresenta os principais elementos teóricos de um campo dentro da teoria constitucional que pode ser agrupado sob a denominação de “teoria comparada da mudança constitucional”. Por meio de uma análise dos principais trabalhos desse campo teórico, o artigo identifica e descreve suas principais preocupações conceituais, que são a distinção entre poder constituinte e poder constituído; o desenho e os limites das regras do poder de emenda constitucional; a relação entre o direito internacional e as constituições nacionais; e a inevitável permanência da mudança constitucional na experiência política contemporânea. Esses elementos, por sua vez, constituem o contorno do campo e mostram sua utilidade para a compreensão de contextos em que emerge o paradoxo da reforma constitucional que combina mudança e permanência.

Palavras-chave

Mudança constitucional; poder constituinte; poder constituído; transições políticas; emenda constitucional.

Sumario: Introducción. 1. El paradigma de la autoridad dentro TC. 2. La teoría sobre la enmienda y el problema de su rango de acción. 3. El diseño de la constitución y de las reglas del poder de enmienda. 4. El control constitucional de las enmiendas: el problema de las enmiendas constitucionales inconstitucionales y la importancia de su control. 5. Las transiciones políticas y el poder de enmienda de la constitución: entre la transformación y la consistencia. Conclusión. Bibliografía.

Introducción

Este artículo presenta los principales elementos teóricos de un campo dentro de la teoría constitucional que se puede aglutinar bajo el nombre de “teoría comparada del cambio constitucional” (TC). Es un campo de estudio emergente y en formación, por lo que sus contornos no están precisamente delimitados.¹ Algunas de sus principales preocupaciones teóricas son: la definición del paradigma de autoridad que permite la distinción el poder constituyente y el constituido,² la teoría de la enmienda y las razones que explican y justifican su control judicial, el problema de las enmiendas constitucionales inconstitucionales y la importancia de su control, y la tensión que produce el cambio constitucional entre la transformación y la consistencia del sistema político.³ Este amplio campo de investigación, a su vez, es desarrollado por académicos en todo el mundo, como Richard Albert, Yaniv Roznai, David Landau, Rosalind Dixon y Mark Tushnet, que mantienen un vertiginoso ritmo de producción académica que produce diálogos diversos y con diferentes líneas de conversación

Por supuesto, el campo no es uniforme y presenta importantes tensiones internas. Sin embargo, se articula sobre consensos implícitos, tanto metodológicos como sustanciales. Metodológicamente, el campo se ha construido con un enfoque empírico, por lo que sus principales trabajos ofrecen sistematizaciones y comparaciones de datos sobre el cambio constitucional antes que modelos puramente teóricos. En lo esencial, el campo se basa en un consenso normativo: para que el cambio constitucional sea políticamente legítimo requiere de procedimientos que tengan un valor democrático importante. Sin

1 Yaniv Roznai, “Amendment power, constituent power, and popular sovereignty”, en Richard Albert, Xenophon Contiades and Alkemele Fotiadou (eds.). *The Foundations and traditions of Constitutional Amendment*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2017, pp. 91-142.

2 *Idem*. Joel I. Colón-Ríos, “Five conceptions of constituent power”, *University of Connecticut Law Review* 48, 4 (2016): 1547.

3 Richard Albert, *Constitutional Amendments Making, Breaking, and Changing Constitutions*, Oxford, Oxford University Press, 2019; Richard Albert, Amending Constitutional Amendment Rules, *International Journal of Constitutional Law* 13, 3 (2015), pp. 655-685; Asli Ozelik y Tarik Olcay, “(Un)constitutional change rooted in peace agreements”, *International Journal of Constitutional Law*, 2021; Ginsburg T. y Melton J. “Does the constitutional amendment rule matter at all? Amendment cultures and the challenges of measuring amendment difficulty”, Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper 682, 2014; Sofía Ranchordás y Yaniv Roznai, *Time, Law and Change: An Interdisciplinary Study*, New York, Hart Publishing, 2020; Yaniv Roznai, Towards a theory of constitutional undamendability: On the natura and scope of the constitutional amendment powers, en *Journal of Political Law and Policy*, 2017, 5-37; Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments*, London, Cambridge University Press, 2017; Yaniv Roznai, “Constitutional amendability and unamendability in Southeast Asia”, en *The Journal of Comparative Law*, 2017, 188-204; Yaniv Roznai, “Introduction: Constitutional Court in a 100-years perspective and proposal for a hybrid model of judicial review”, *Vienna Journal on International Constitutional Law* 14, 4 (ICL), 2020, pp. 355-378.

embargo, este valor no se desprende solo de la aplicación de las reglas del poder de enmienda, aun cuando estas reglas impliquen victorias electorales, sino que depende de una combinación de variables, incluyendo la calidad de la deliberación democrática que antecede el cambio, así como un análisis sobre su contenido y su adecuado control. Este consenso normativo es un rédito importante para la investigación pues, supone que el poder de enmienda y las reglas para su ejercicio se encuentran en contextos “metaconstitucionales” formados, entre otras, por culturas jurídicas, dinámicas políticas y relaciones sociales. Las reglas de enmienda, en consecuencia, no son fórmulas vacías o meramente operativas, sino, por el contrario, guías para desarrollar discusiones públicas sobre aspectos medulares de la constitución.

Estas guías no solo prescriben el “cómo” se cambia la constitución, sino que suponen, en sí mismas, formas de deliberación pública sobre el papel de la carta y su resistencia o flexibilidad al cambio frente aspectos tan importantes para una comunidad política. Por esto, una comprensión formalista de su uso que no sea sensible frente a estos contextos metaconstitucionales, y que se piense, únicamente, como la superación de un catálogo de requisitos para sustituir una parte del texto constitucional por otro termina por reducir la complejidad del cambio constitucional. Y aún peor, de oscurecer las diferentes fórmulas de legitimidad democrática que operan en estos procedimientos de cambio y que amparan a los diferentes actores que pueden concurrir en estos procesos –que van desde congresos y cortes hasta ciudadanos y movimientos sociales–. Este consenso sustancial es la base de importantes aportes de este marco teórico a mi investigación, que se presentan a lo largo del artículo.

En términos metodológicos, el artículo emplea un enfoque teórico, basado en el análisis de literatura especializada y en el examen de estudios de caso relevantes. Se adoptará una estrategia de análisis conceptual de los trabajos que constituyen el campo, para identificar los supuestos teóricos que estructuran la TC, así como sus implicaciones en distintos contextos constitucionales.

Este artículo se organiza en cinco secciones, en correspondencia con las problemáticas enunciadas en la introducción. En la primera sección se describe el paradigma del poder constituyente sobre el cual se desarrolla la TC. Este ejercicio es necesario para entender los fundamentos que articulan parte de este campo teórico y la forma en que define la autoridad que puede reemplazar, revisar o enmendar la constitución. En la segunda sección se examina la relación entre el poder de enmienda y los límites del cambio constitucional, incluyendo la cuestión del rango de acción de dicho poder y sus restricciones. En la tercera sección se analiza el diseño de las reglas de enmienda constitucional y su polifuncionalidad, considerando su papel no solo en la reforma constitucional, sino también en la estructuración del contenido constitucional y la orientación del debate público. En la cuarta sección se estudia el control del poder de enmienda, abordando la doctrina de las enmiendas constitucio-

nales inconstitucionales y los mecanismos de supervisión que buscan evitar usos abusivos de este poder. En la quinta sección se articula el vínculo entre el poder de enmienda y las transiciones políticas, considerando su papel en la estabilidad y transformación constitucional, con especial atención al rol de las cortes en estos procesos. Finalmente, se presentan las conclusiones de este ejercicio de revisión teórica.

1. El paradigma de la autoridad dentro la teoría comparada del cambio constitucional

Thomas Kuhn introdujo la idea de paradigmas sobre el conocimiento como un consenso institucionalizado, pero implícito, dentro de comunidades científicas que validan formas de entender la realidad y métodos para contrastarla. Un paradigma, en consecuencia, supone una estructura racional que unifica la tensión entre la conservación de un marco de referencia y la producción de nuevo conocimiento.⁴ La TC, como un campo de conocimiento emergente, se ampara en el paradigma *del poder constituyente*. Este paradigma articula los desarrollos teóricos y las propuestas de diferentes trabajos dentro de la TC, dado que ofrece una respuesta a un problema clave dentro de este campo: ¿cuál es la autoridad política que puede legítimamente crear, transformar o sustituir una constitución y cuáles son sus elementos?

La primera premisa del paradigma del *poder constituyente* es que las constituciones son productos humanos; esto implica que hay un momento político previo del cual las constituciones derivan su legitimidad en donde participan voluntades políticas. La segunda premisa es que en ese momento político previo hay una autoridad que tiene la capacidad de proclamar una Constitución, esta autoridad, al menos idealmente, tiene un fundamento democrático y por eso toma la forma de “el pueblo”; por supuesto, esta entidad política es, como las califica Yuval Noah Harari, una realidad intersubjetiva,⁵ es decir, es una narración dominante en la que cree un grupo de personas o una comunidad. La tercera premisa es que esta autoridad tiene un carácter soberano. Como lo muestra Andreas Kalyvas el concepto de soberanía es también producto de distintas interpretaciones⁶. La idea clásica de la soberanía, que Jean Bodin catapultó a la modernidad en sus textos sobre *la república*, la entiende como un poder de mando incontrovertible.⁷ Esta idea, no obstante, ha perdido protagonismo y se ha visto reemplazada y reinterpretada por una visión de la soberanía que se presenta como un poder de (re)fundación del orden jurídico.⁸

4 Thomas Kuhn, *The Structure of Scientific revolutions*. Chicago and London, Chicago University Press, 1996, p. 46.

5 Yuval Noah Harari, *De animales a dioses: breve historia de la humanidad*, Debate, Buenos Aires, 2013, p. 349.

6 Andreas Kalyvas, “Soberanía popular, democracia y el poder constituyente”, *Política y gobierno*, 12(1), 2005, pp. 91-124.

7 Jean Bodin, *On Sovereignty*, trad. de Julian Franklin, Cambridge, Cambridge University Press, 1992.

8 Kalyvas, “Soberanía popular, democracia y el poder constituyente”, *op. cit.*, p. 95.

La cuarta premisa es que este poder constituyente funciona como un gigante dormido: solo se expresa en momentos excepcionales, de transición o de cambio, en donde se rompe con el *ancien régime* y se refunda el orden político. Cuando el gigante se despierta puede romper la legalidad que lo precede, de resto, a pesar de que su autoridad política de “el pueblo” es la que sustenta el sistema político, el poder constituyente sirve solo como un telón de fondo de la política ordinaria.

Estas cuatro premisas constituyen los principales elementos del paradigma del poder constituyente. Valoradas en conjunto aportan una solución al problema de la autoridad centrada en el pueblo, como una entidad política preexistente; es quien tiene la autoridad para crear la constitución y, por ende, su voluntad puede transformarla y sustituirla. El paradigma ofrece también fórmulas para desarrollar el proceso de diseño constitucional –por ejemplo, a través de asambleas constituyentes cuyos miembros son elegidos por medio de procesos electorales–, pero no prescribe una forma unívoca de manifestación del poder constituyente. En parte porque entiende que este poder tiene un carácter sociológico, es decir que depende de su “efectividad política y de la aceptación social que genera”,⁹ más que de formas de expresión plenamente identificadas o prescritas normativamente. A pesar de esto, muchos de los autores que han aportado al desarrollo de este paradigma, como Emanuel Sieyès,¹⁰ Jaques Rousseau,¹¹ Thomas Paine¹² y Carl Schmitt,¹³ entre otros, se han aventurado a mostrar formas posibles en las que se expresa el poder constituyente. Schmitt, por ejemplo, creía que el poder constituyente se expresaba por medio de una suerte de aclamación popular.¹⁴ Estas propuestas, no obstante, ocupan un papel marginal en el paradigma.

La influencia del paradigma del poder constituyente en la TC se manifiesta en lo que Duncan Kennedy llama “vocabulario conceptual, [...] modelos de razonamiento y argumentos tipo”.¹⁵ Es decir, en formas más o menos estables de entender y procesar el cambio constitucional que se manifiestan, entre otras, en decisiones judiciales. Expresiones como poder constituyente y constituido, soberanía e incluso la idea de “el pueblo” forman parte de un vocabulario conceptual estable que se encuentra en algunos de los principales aportes de la TC y que sirve también como una matriz teórica de la que parten varios de sus estudios. Al ser un punto de partida, muchos de los autores que hacen parte

9 Richard Albert, *Constitutional Amendments Making, Breaking, and Changing Constitutions*, Oxford University Press, 2019, p. 72.

10 Emmanuel Sieyès, *Qu'est-ce le Tiers état?*, Roberto Zapperi (ed.), Ginebra, Librairie Droz, 1970.

11 Jean-Jacques Rousseau, *El Contrato Social*, Madrid, Espasa Calpe, 2007.

12 Thomas Paine, “Common Sense”, en Eric Foner (ed.), *Paine. Collected Writings*, The Library of America, 1995.

13 Carl Schmitt, *Constitutional Theory*, New York, Duke University Press, 2008.

14 Schmitt, *Constitutional Theory*, op. cit., p. 131.

15 Duncan Kennedy, “Three globalizations of law and legal thought: 1850–2000”, en David M. Trubek and Alvaro Santos (ed.), *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, pp. 22, 19-73.

de la TC se distancian e incluso critican las cuatro premisas de paradigma del poder constituyente. Estas distancias, no obstante, no han saldado una crítica fulminante frente a las bases del paradigma. Más bien, han reformado sus alcances, han enfrentado algunas de las dificultades teóricas y han propuesto nuevas formas para entenderlo sin desprenderse de sus principales elementos.

Las revisiones teóricas más profundas al paradigma del poder constituyente que, en mi opinión, se encuentran en la obra de Andrew Arato, no han abierto la puerta para su renovación.¹⁶ Arato propone un nuevo paradigma en los procesos constituyentes que flexibiliza la forma como se entiende un poder de carácter soberano. Con base en la revisión de una serie de experiencias históricas de procesos constituyentes, que van desde el caso español hasta el sudafricano, Arato muestra que el poder constituyente se puede expresar sin que, necesariamente, el orden legal desaparezca y las instituciones legales o constituidas pierdan toda autoridad. Por el contrario, las instituciones constituidas, en particular las cortes constitucionales, pueden aportar soluciones importantes a problemas durante los procesos constituyentes. Por ejemplo, pueden servir para mediar controversias entre los actores políticos y con esto establecer procesos constituyentes que ofrezcan soluciones mediadas sobre las disputas políticas.

El giro que propone Arato, en consecuencia, tiene un carácter postsobrano y afectaría la tercera premisa del paradigma del poder constituyente. Sin embargo, es una afectación que se da sobre la idea clásica de la soberanía y no sobre su reinterpretación, pues lo que se cuestiona, en el fondo, es que el poder constituyente sea un poder sobre todos los demás, mas no que sea un poder con un carácter renovador. Por el contrario, esto último se mantiene, pero se debe dar, según Arato, a través de un proceso incluyente y con poderes ilimitados.¹⁷ La consecuencia es que el origen democrático de la Constitución no está en que sea producto de la voluntad del pueblo preexistente y producto de un proyecto político, únicamente, sino en que sea producto de un proceso de discusión política que permita integrar a diferentes actores con posiciones e intereses diversos.¹⁸ Este argumento, aunque poderoso teóricamente, está lejos de desplazar al fundamento popular del poder constituyente, por lo que un proceso inclusivo de creación constitucional es más una preocupación derivada de asumir que la constitución es producto de la voluntad del pueblo. No obstante, la potencia de la visión de Arato es que la ausencia de un poder ilimitado y “soberano” abre la puerta a que los poderes constituidos, como las

16 A. Arato, “Redeeming the still redeemable: Post-sovereign Constitution Making”, *International Journal of Politics, Culture and Society* 22 (2009); A. Arato, *Post Sovereign Constitutional Making Learning and Legitimacy*, London, Oxford University Press, 2016, p. 51.

17 Andrew Arato, “Redeeming the still redeemable: Post-sovereign Constitution Making”, *op. cit.*, p. 435.

18 Joel Colón Ríos también ha pensado a profundidad un rediseño del proceso constitucional a través de la matriz del poder constituyente. Joel Colón Ríos, *Weak Constitutionalism*, New York, Routledge Research in Constitutional Law, 2012; Joel Colón Ríos, *La constitución de la Democracia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.

cortes constitucionales, tengan participación en el ejercicio de creación constitucional y aporten estabilidad y mediación en ciertas transiciones.

2. La teoría sobre la enmienda y el problema de su rango de acción

La historia nos muestra que una constitución puede cambiar de diferentes formas: puede ser materialmente derogada a pesar de que estaba formalmente vigente, como sucedió con la constitución de Weimar después de la ley habilitante 1933 que cedió el poder legislativo del Reichstag a Adolf Hitler;¹⁹ o puede ser formalmente derogada, como sucedió con la Constitución Colombiana de 1886 que fue remplazada por la Constitución 1991.²⁰ Estos ejemplos ilustran la amplitud del fenómeno del cambio constitucional y la importancia de establecer diferencias conceptuales para entender cómo operan los diferentes tipos cambios constitucionales. La TC avanza en este objetivo introduciendo una conceptualización sobre el poder y las reglas de enmienda que allana el camino para entender su función. Gran parte de esta conceptualización parte de la observación y sistematización del fenómeno del cambio constitucional a nivel global.

Richard Albert, uno de los autores protagónicos del TC, utiliza una metáfora potente para entender la función de la enmienda: si imaginamos que las constituciones son como un barco que zarpa hacia a un destino, una enmienda es un cambio en la estructura el barco. Por ejemplo, mejorar sus astas para que tenga mayor velocidad. Sin embargo, cambiar el destino que establecieron quienes crearon el barco no sería una enmienda, sino un cambio de mayor escala²¹ –puede ser una sustitución, es decir, un cambio en los aspectos fundamentales de la constitución, o un remplazo total, lo que supone un cambio de toda la constitución²²–. La enmienda, en este sentido, tiene un rango limitado de acción que se encuentra en el hecho de que debe mantener a la constitución armónica con sus compromisos fundacionales. En otras palabras, en la metáfora del barco, debe mantener el rumbo. Por esto, el poder de enmienda tiene una pretensión de consistencia.

La cuestión es que para saber si la enmienda es consistente es necesario, primero, identificar cuáles son los compromisos fundacionales de la constitución –el rumbo–. Como lo muestra Yaniv Roznai, otro de los autores protagónicos

19 Lars Vinx, *The guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of Constitutional law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.

20 Diego Younes Moreno, *Derecho Constitucional Colombiano*, Bogotá, Legis, 2021.

21 Cfr. Richard Albert, “La reivindicación de las tradiciones democráticas del cambio constitucional”, en Carlos Bernal y Richard Albert, *Cambio Constitucional Informal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 429.

22 Cfr. Carlos Bernal, “Introducción”, en Carlos Bernal y Richard Albert, *Cambio Constitucional informal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.

del campo, para esto se ha consolidado una racionalidad cuya clave analítica es que la constitución tiene una identidad en donde se aglutinan sus compromisos fundacionales.²³ Dentro de la teoría constitucional, la palabra identidad es complicada y vaga, pero funcional. Es complicada porque la identidad es un concepto con múltiples dimensiones que surge de la experiencia de la vida humana. En este sentido, el concepto responde a las diferentes dimensiones que pasan de forma concurrente mientras vivimos, pero que pueden ser diferenciadas analíticamente. Por ejemplo, la identidad tiene una dimensión contingente: como seres humanos somos, como Kierkegaard decía, arrojados al mundo.²⁴ No podemos decidir cómo, ni cuando ni en qué condiciones somos arrojados. Estos son aspectos contingentes que condicionan nuestra existencia y que terminan determinando nuestra identidad.

Por otro lado, la identidad también significa la posibilidad de permanencia de nuestro ser en un mundo cambiante. Los seres humanos cambiamos hasta quedar irreconocibles, tal como sucede con el paso del tiempo y este proceso es imparabile e incontrolable. Pero incluso en este contexto de cambio permanente mantenemos una esencia de individualidad o, en palabras de Aristóteles, de unidad del ser.²⁵ La idea de una identidad constitucional está relacionada con esto: la unidad del ser dentro de la teoría constitucional supone la permanencia de compromisos fundamentales de la constitución durante el tiempo o, en otras palabras, la permanencia de su identidad. En esta medida, la pretensión de consistencia de la enmienda lleva a establecer jerarquías dentro de la misma constitución frente a su resistencia al cambio. En parte porque supone entender la constitución a través de una visión integradora: no como un compendio de disposiciones desarticuladas, sino como un proyecto político con un núcleo definido que contiene principios y valores transversales y del cual emanada una identidad.

La pretensión de consistencia del poder de enmienda se basa en el paradigma del poder constituyente.²⁶ Dado que la enmienda es un poder constituido, por oposición a un poder constituyente, tiene un carácter limitado y no puede refundar la constitución. De esta forma, el rumbo del barco se mantiene. Para asegurar la consistencia del poder de enmienda es necesario establecer qué aspectos de la constitución no son sujetos al poder de enmienda. Hay constituciones que establecen explícitamente qué disposiciones no se pueden enmendar, como es caso de la ley fundamental de Bonn de 1949. Sin embargo, en la mayoría de los casos, las constituciones no prescriben qué disposiciones están por fuera del rango de acción del poder de enmienda.²⁷ Para determi-

23 Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments*, op. cit., p. 180.

24 Cfr. Søren Kierkegaard, *The concept of anxiety*, New York, Princeton University Press, 1980.

25 Cfr. Aristotle, *Physics*, Madrid, Gredos, 1995, book 4, chapter 11.

26 Albert, R., *Constitutional Amendments Making, Breaking, and Changing Constitutions*, op. cit., p. 72.

27 Según el trabajo de Yaniv Roznai, el sesenta por ciento de las constituciones escritas carece de límites explícitos al poder de enmienda. El cuarenta restante utiliza diferentes formas de límites explícitos para regular

nar esto se acude al paradigma del poder constituyente. En particular, frente a la distinción entre la autoridad que se ejerce para enmendar de aquella que se ejercer para (re)fundar una constitución. El concepto de soberanía, en su reinterpretación, es clave en este punto porque el rango de uso del poder de enmienda depende de que no se refunde la constitución, alterando su identidad. Dicho en otras palabras, de que no sea un poder soberano y supralegal. Por oposición, el poder de enmienda tiene un carácter legal, del que se desprende su rango de acción y que responde a la pretensión de consistencia de su uso con los compromisos fundacionales e identidad de la Constitución.

En caso de que los compromisos fundacionales de una Constitución sean alterados, según Albert, no se está ante una enmienda sino ante un desmembramiento constitucional, es decir ante el cambio en su identidad –o, dicho de otra forma, ante otra Constitución–.²⁸ La dificultad conceptual es que en muchos casos no es fácil establecer cuándo es una enmienda o un desmembramiento, en gran medida porque los proyectos constitucionales, especialmente aquellos que fueron producto de deliberaciones democráticas, hacen posibles diferentes interpretaciones sobre sus compromisos fundamentales que pueden ser razonables. Y aún más importante, como resalta Gargarella, estas interpretaciones pueden servir para calificar los cambios constitucionales, tanto como una enmienda o como un desmembramiento.²⁹ En este sentido, a pesar de que esta estrategia es una salida común, no deja de ser problemática, pues como señala Mark Tushnet, aferrarse a ideas funcionales es solo una forma de enmascarar la siempre presente discrecionalidad que surge en la interpretación de una constitución.³⁰ Pero también porque, siguiendo la metáfora del barco, cambios en su diseño pueden alterar su rumbo. E incluso, cuando el rumbo se altera de forma muy pequeña y resulta imperceptible en la corta distancia, los efectos en el cambio pueden ser determinantes mientras más distancia se recorra. En esta medida, el rango del poder de enmienda tiene fronteras ambiguas y esto no es un defecto, sino una condición necesaria para su funcionalidad. Las controversias sobre su uso se presentan por esta necesaria ambigüedad que, a su vez, permite la comprensión de los alcances de la constitución, de su forma y rumbo, y de las discusiones políticas y sociales que esto genera.

Las enmiendas, a su vez, pueden ser formales o informales.³¹ Las enmiendas formales se presentan cuando el texto escrito de la constitución se transforma. De esta forma, el criterio para identificar el cambio es textualista, pues si el contenido lingüístico de la constitución varía, el cambio resultante es de

este poder.

28 Albert, R., *Constitutional Amendments Making, Breaking, and Changing Constitutions*, op. cit., pp. 85 y 274.

29 Roberto Gargarella, "Constitutional Amendments: Making, Breaking, and Changing Constitutions, by Richard Albert, Oxford University Press, 2019", *Revista Derecho del Estado* 48, 202, 2019, p. 377.

30 Mark Tushnet, *Taking back the Constitution. Activism, judges and the next age of American law*, New Haven and London, Yale University Press, 2020, p. 19.

31 Sobre cambios informales, véase Richard Albert y Carlos Bernal, *Cambio Constitucional informal*, op. cit.

carácter formal. Estas enmiendas tienen una fórmula prescrita de cambio que implica la superación de ciertas reglas. Sin embargo, como la constitución no es únicamente el texto escrito, sino también acuerdos sobre su significado, se presentan cambios informales que no dependen de una variación en el texto de la carta, sino sobre los acuerdos establecidos sobre su significado.³² Estas variaciones implican, entre otras cosas, nuevos alcances en términos de protección de derechos, así como nuevas obligaciones. En este caso, el criterio para identificar el cambio no es textualista, sino fáctico; supone nuevas prácticas que son aceptadas por varias autoridades públicas y que generan expectativas por parte de sus ciudadanos.³³ El rango del poder de enmienda en estos casos es mucho más ambiguo.

3. El diseño de la constitución y de las reglas del poder de enmienda

Las enmiendas formales también se pueden pensar desde una perspectiva de diseño constitucional. Los antecedentes más remotos de esta discusión son los diálogos de dos de los padres fundadores de Estados Unidos, Tomas Jefferson y James Madison, en 1789.³⁴ Jefferson, en una clásica carta dirigida a Madison, argumentaba que cada generación, al ser independiente de su predecesora, tiene el derecho de elegir por su propia cuenta la forma de gobierno que mejor se adecue a sus necesidades, lo que implicaba, por supuesto, reformar la Constitución cada cierto tiempo. En palabras de Jefferson: “Cada generación es tan independiente como la que la precedió, del mismo modo que esta lo fue de todas las anteriores. Por lo tanto, tiene, al igual que ellas, el derecho de elegir por sí misma la forma de gobierno que considere más propicia para su propia Felicidad” (traducción propia).³⁵

Los otros padres fundadores (Madison, Jay, Hamilton, Washington, entre otros) ignoraron parte de los argumentos de Jefferson y prefirieron reglas de enmienda a la Constitución que no tuvieran una temporalidad definida, sino que dependieran de la coyuntura política para su uso. Su preocupación, más que una renovación constitucional periódica, era establecer un mecanismo de enmienda constitucional que se pudiera diferenciar de la producción legislativa para que reformar la Constitución no fuera equivalente, en términos procedimentales, a

32 Para profundizar sobre los significados de la constitución y su dimensión cultural, véase Peter Häberle, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Madrid, Tecnos, 2011.

33 Carlos Bernal, “Cambio Constitucional Informal: una introducción crítica”, en Richard Albert y Carlos Bernal, *Cambio Constitucional Informal*, Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 11.

34 Hay otros antecedentes importantes. Por ejemplo, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1793, en su artículo 28 establecía lo siguiente: “El pueblo tiene siempre el derecho de revisar, reformar y cambiar la Constitución. Una generación no puede comprometer con sus leyes a generaciones futuras”.

35 En su idioma original: “Each generation is as independent as the one preceding, as that was of all which had gone before. It has then, like them, a right to choose for itself the form of government it believes most promotive of its own happiness”. Thomas Jefferson, “Volume 15: 27 March 1789 to 30 November 1789”, en Thomas Jefferson, *The Papers of Thomas Jefferson*, New York, Princeton University Press, vol. 15, p. 27.

legislar a nivel federal. Estas discusiones dieron origen a la inclusión del artículo V en la Constitución de los Estados Unidos de América que establece las primeras reglas para el cambio formal dentro de una Constitución.³⁶

La justificación para adoptar un mecanismo de enmienda más arduo es que una dificultad mayor en términos procedimentales protege una autoridad política mayor, como lo es el poder del pueblo –*We The People*– en un momento de creación constitucional. Esta visión tiene un enfoque cualitativo: no es solo una expresión del pueblo, pues esta se puede dar en momentos ordinarios, sino que supone un momento político extraordinario en donde la sociedad dialoga –*the people themselves* o el pueblo mismo– sobre aspectos fundamentales para mantener su comunidad política. La famosa expresión de Bruce Ackerman de *momentos constitucionales* ilustra la idea de una anomalía política que difiere y contrasta con la política ordinaria.³⁷ Bajo esta lógica, una expresión del pueblo en un momento constitucional tiene una autoridad política mayor que aquellas decisiones que se toman en momentos políticos ordinarios. Para alterar las decisiones que se toman en momentos constitucionales, en consecuencia, no se puede seguir el mismo procedimiento que se tiene para la política ordinaria, que se expresa principalmente en la producción legislativa. Es necesario un procedimiento con una dificultad mayor y que requiera consensos políticos y deliberación democrática. Las reglas de enmienda de la Constitución buscan suplir esta necesidad.

No obstante, desde estas discusiones originarias hasta el constitucionalismo contemporáneo, el análisis de las reglas de enmienda se ha complejizado. Richard Albert, en *Constitutional Amendments: Making, Breaking and Changing Constitution* –que es el texto más ambicioso e influyente sobre el estudio de las reglas de enmienda en clave comparada–, realiza una tipología intelectual³⁸ presentando una sistematización comprensiva de las reglas de enmienda en las democracias más representativas en el mundo. Este ejercicio parte de una declaración: existe poca literatura que se ocupe de las reglas de enmienda formal, a pesar de que son un tema de principal importancia en el constitucionalismo contemporáneo. En parte por esto, Albert inicia este trabajo mostrando el carácter polifuncional de las reglas de enmienda: son, por supuesto, un mecanismo para la reforma de la constitución y para reformarla sin que estalle una revolución en donde se despierte el gigante dormido. Pero también son una hoja de ruta para los actores políticos que buscan alterar la constitución,³⁹ formas de distinguir la legislación de la constitución, mecanismos para tener discusiones públicas sobre su significado –en especial sobre aquellos aspectos que escapan del rango de enmienda– y, por último, son

36 Cfr. Albert y Bernal, *Cambio constitucional informal*, op. cit.

37 Cfr. Bruce Ackerman, *We The People. The Civil Rights Revolution*. Vol. 3, *The Civil Rights Revolution*, Cambridge, Harvard University Press, 2014, pp. 37-47.

38 Albert, R., *Constitutional Amendments Making, Breaking, and Changing Constitutions*, op. cit., p. 30.

39 *Ibid.*, p. 49.

prescripciones que aportan previsibilidad al cambio constitucional al ser un “marco transparente”⁴⁰ para cambiar la carta.

Además de tener diferentes funciones, el trabajo de Albert también muestra las posibilidades de diseño que tienen las reglas de enmienda y la forma como esto impacta en el debate público sobre la constitución. Las constituciones pueden tener una única vía de enmienda formal, como la Constitución de Estados Unidos,⁴¹ o varias vías, como la Constitución colombiana de 1991.⁴² A su vez, cada vía puede tener un rango diferente, siendo más amplio cuando tiene mayor dificultad. Las constituciones que tienen diferentes vías (*multi-track*) permiten un debate público intenso sobre el uso del poder de enmienda, así como distintas alternativas a los actores políticos. Esto genera un marco de maniobra mayor, y, por ende, diferentes oportunidades políticas para encausar cambios constitucionales.

En términos de alcance, las reglas de enmienda pueden ser categorizadas como comprensivas, restrictivas o excepcionales: una regla de enmienda es comprensiva cuando todas las disposiciones de una constitución pueden, al menos a primera vista, ser reformadas a través de su uso.⁴³ En términos de Roznai serían constituciones con límites implícitos dado que sus disposiciones escritas no especifican qué disposición es irreformable.⁴⁴ Una regla de enmienda es restrictiva, por otro lado, cuando la constitución establece disposiciones irreformables o temporalidades específicas para su uso.⁴⁵ En estos casos, volviendo a Roznai, la constitución tiene límites explícitos en tanto establece qué disposiciones no se pueden cambiar.⁴⁶ Por último, una regla de enmienda es excepcional cuando la constitución establece que está restringida a una única materia. De nuevo sería un caso de límites explícitos, pero no en el sentido de indicar que una disposición está proscrita para el rango de acción del poder de enmienda, sino, por el contrario, para establecer que un tema o una disposición únicamente se puede reformar a través de esta vía.

Además de su polifuncionalidad y de las diversas formas que adoptan, las reglas de enmienda se pueden pensar como un proceso en, al menos, cuatro momentos: formulación, discusión, aprobación y ratificación.⁴⁷ La formula-

40 *Ibid.*, p. 44.

41 La constitución americana solo cuenta con la vía formal que establece el artículo V.

42 La constitución colombiana cuenta con tres formas de cambio constitucional formal: i) la Asamblea Nacional Constituyente (art. 241-2), ii) el referendo para reformar la constitución (art. 241-2) y iii) el poder de reforma en cabeza del Congreso de la República.

43 Albert, *Constitutional Amendments Making, Breaking, and Changing Constitutions*, *op. cit.*, p. 55.

44 Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments*, *op. cit.*, p. 15.

45 Albert, *Constitutional Amendments Making, Breaking, and Changing Constitutions*, *op. cit.*, p. 50.

46 Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments*, *op. cit.*, p. 39.

47 En alguna medida, los pasos para discutir una enmienda constitucional son similares a los que tienen muchas democracias constitucionales para legislar. Especialmente, porque están orientados por valores similares, como la deliberación pública. Para profundizar sobre esto, véase A. Palacio Torres, *Concepto y control del procedimiento legislativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005; A. Palacio Torres, “Orden democrático, proceso decisorio y planeación de actividades en las cámaras legislativas”, *Revista Derecho del Estado*, 2003.

ción se refiere a la atribución de capacidades para proponer una enmienda constitucional de carácter formal. En este momento pueden participar de muchas formas actores internacionales, especialmente cuando el contenido de las enmiendas tiene que ver con la aplicación interna de estándares de derecho internacional.⁴⁸ La discusión supone los mecanismos institucionales por los cuales la propuesta es democráticamente ventilada y, por ende, criticada o aclamada. La aprobación responde a la forma como se toman las decisiones institucionales, especialmente en temas de mayorías aplicables en espacios como los congresos, o de umbrales electorales en el caso de mecanismos de democracia directa. La ratificación es la culminación del proceso y usualmente tiene que ver con el control de constitucionalidad y la entrada en vigor de la enmienda. Sin embargo, en algunos casos, la ratificación de una enmienda implica también su aprobación a través de un mecanismo de democracia directa; en este proceso la dificultad es importante. Es deseable que un proceso de enmienda sea más difícil que el que se utiliza para la producción legislativa, pues de esto depende que se cumplan con éxito algunas de las funciones de las reglas de enmienda –como la posibilidad de jerarquizar internamente la constitución–. A su vez, para asegurar la dificultad se pueden utilizar diferentes estrategias: aumentar la longitud del proceso, la inclusión de mayorías calificadas, la necesidad de que sean diferentes autoridades las que ratifiquen el cambio –especialmente en Estados federales– o un proceso mixto que combine decisiones de autoridades representativas con escenarios de toma de decisión de carácter electoral.

En constituciones que tienen una sola vía de enmienda, cuando tienen mecanismos muy arduos, incentivan enmiendas informales y, por ende, se pierden las ventajas de un proceso reglado y previsible.⁴⁹ En constituciones que tienen varias vías de enmienda, el panorama es diferente. Una vía puede ser más fácil, pero tener restricciones, como límites explícitos en ciertas disposiciones o un control automático sobre el contenido de las enmiendas. Mientras que otra vía puede ser más ardua, pero tener un alcance comprensivo. De esta forma, los grados de dificultad construyen jerarquías dentro de la constitución y, sobre estas, se establecen diferentes niveles de consenso político alrededor del cambio constitucional. El marco conceptual que propone Albert permite este tipo de exploraciones en abstracto; sin embargo, Albert también es consciente de que el diseño de las reglas de enmienda no es, únicamente, un problema de encajar variables para establecer un diseño eficiente. Su uso depende en gran medida de la cultura política y de lo que Elkins, Ginsburg y Melton llaman la variable ambiental,⁵⁰ que no es otra cosa que los contextos político, jurídico, social y económico en el que se desempeña la constitución.

48 C. Hilebrecht, A. Huneeus y S. Borda, "The judicialization of peace", *Harvard International Law Journal* 59, 2018, p. 316.

49 Albert y Bernal, *Cambio Constitucional informal*, op. cit., p. 429.

50 Cfr. Z. Elkins, T. Ginsburg T. y J. Melton, *The endurance of national Constitutions*, New York, Cambridge University Press, 2009, pp. 2 y 3.

En el proceso de enmienda y en cada uno de sus momentos se entrecruzan e interactúan diferentes fórmulas para llenar el concepto de democracia: la fórmula de democracia representativa, pues muchas constituciones establecen como titular del poder de enmienda a parlamentos, congresos o asambleas legislativas que adquieren su legitimidad a partir de la representación política; la fórmula de la democracia procedimental, pues las discusiones sobre un cambio a la constitución están mediadas por reglas que establecen formas de participación y mecanismos para la toma de decisiones, que tienen a su vez controles y contrapesos;⁵¹ y la fórmula de democracia participativa, dado que en muchos casos la ratificación sobre una enmienda depende de un mecanismo de democracia directa que moviliza a la ciudadanía. Este entrecruzamiento de fórmulas de democracias, como lo ha analizado Ramírez Cleves, genera importantes tensiones políticas.⁵² Tal vez la principal es que estas fórmulas de democracia, cuando se enfrentan, buscan anularse y no es sencillo establecer cuál debe prevalecer a un nivel deontológico, pues la prevalencia implica también decidir quién tiene el poder para definir cuál es el contenido de la constitución, tanto positivamente, es decir, cuando es admisible una enmienda, como negativamente, que implica establecer cuándo la enmienda supera su rango de acción y defrauda la pretensión de consistencia.

4. El control constitucional de las enmiendas: el problema de las enmiendas constitucionales inconstitucionales y la importancia de su control

Como destaca Yaniv Roznai, suena antinómico, casi como un rompecabezas –Roznai las llama *puzzle*–, que existan enmiendas constitucionales que sean declaradas inconstitucionales.⁵³ La antinomia es muy simple: no es lógico que una parte de la constitución pueda declararse inconstitucional dado que hace parte de la misma constitución. Esta dificultad, no obstante, se resuelve fácilmente cuando se adopta una visión menos formalista de la Constitución y se comprende, como se ha indicado anteriormente, a través de una visión integradora: no es solo un compendio de normas, sino una serie de principios, valores y reglas que en su conjunto componen un proyecto político con identidad. A pesar de que esta comprensión de la constitución es contemporánea y ha servido para pensar los mecanismos de defensa ante el mismo poder de enmienda, la preocupación sobre la debilidad de los proyectos constitucionales ante el cambio es vieja. Geor Jellinek, un autor clásico dentro de la teoría constitucional, por ejemplo, se mostraba muy preocupado porque poderes como

51 Otra forma de pensar en la democracia procedimental es entenderla como democracia constitucional, especialmente porque se construye sobre la base de un sistema de controles al poder que contrasta con fórmulas radicales de la democracia.

52 Gonzalo Ramírez Cleves, "La inconstitucionalidad de las reformas constitucionales en Colombia", *Palabra*, 1: pp. 288-325, 2011. <https://revistadigital.uce.edu.ec/index.php/palabra/article/view/2892>.

53 Roznai, "Amendment Power, Constituent Power, and Popular Sovereignty", *op. cit.*, p. 7.

el *Reichstag* –esto es, el parlamento alemán–, a través de procesos legislativos, alteraran de forma profunda la Constitución prusiana de 1871. Para Jellinek, el poder legislativo es una fuerza de cambio que transforma la realidad social de una forma mucho más efectiva distanciándola, en muchos casos, de lo que la constitución establece.⁵⁴ La conclusión de Jellinek, en consecuencia, es que las constituciones tienen una paradójica debilidad frente a la forma como operan las fuerzas políticas.⁵⁵ Las dos grandes preocupaciones de Jellinek –los poderes legislativos como fuerza de cambio de la constitución y la paradójica debilidad de esta– son recogidos por la TC. Sin embargo, el análisis cambia en un aspecto fundamental porque, a diferencia del trabajo de Jellinek, la TC se desarrolla en un contexto en donde el control constitucional es una práctica dominante y no un mecanismo excepcional propio de la experimentación jurídico-política estadounidense.⁵⁶ Este contexto es clave para entender el fenómeno de las enmiendas constitucionales inconstitucionales, pues son parte de la misma racionalidad jurídica que se centra en la protección del principio de superioridad constitucional.

El trabajo de Yaniv Roznai titulado *Unconstitutional Constitutional Amendments: The limits of the Amendment Powers*, como una pieza clave de la TC, puede leerse como una sistematización de las respuestas ante las preocupaciones de Jellinek. El rompecabezas de las enmiendas constitucionales inconstitucionales empieza a aclararse si se posiciona a las cortes como un factor político decisivo para limitar o permitir el cambio constitucional. Y este posicionamiento se explica, en gran medida, por la emergencia y el posicionamiento del control constitucional de la legislación como una práctica dominante. Para Roznai, el control constitucional del poder de enmienda es una consecuencia del control constitucional de la legislación.⁵⁷ Comparten la misma racionalidad: control de poderes, fortalecimiento del sistema de pesos y contrapesos y, aún más importante, la defensa de la supremacía constitucional. Aceptar la supremacía constitucional tiene como consecuencia lógica que el poder de enmienda, como cualquier otro poder que tiene origen en la misma constitución, está limitado y definido. En palabras de Roznai: “Una vez que aceptamos la proposición de que el poder de reforma es, al igual que cualquier otro poder bajo la Constitución, limitado y definido, el control judicial de las reformas constitucionales se concibe como un mecanismo para mantener los límites constitucionales que vinculan al poder constituyente derivado” (traducción propia).⁵⁸

54 Georg Jellinek, *Reforma y mutación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 15.

55 *Ibid.*, p. 29.

56 Según Ginsburg y Versteeg, para 2014 el 83 por ciento de las constituciones alrededor del mundo permiten el control judicial de la ley. Hay algunas excepciones en el Norte global como es el caso de los Países Bajos.

57 Roznai, “Amendment Power, Constituent Power, and Popular Sovereignty”, *op. cit.*

58 En su idioma original: “Once we accept the proposition that the amendment power is, like any other power under the Constitution, limited and defined, judicial review of constitutional amendments is conceived as a mechanism for maintaining the constitutional limits that bind the secondary constituent power”. Roznai, “Amendment Power, Constituent Power, and Popular Sovereignty”, *op. cit.*, pp. 182-183.

Además de la emergencia del control judicial como una práctica dominante, otro factor ha ayudado a incrementar la relevancia del control al poder de enmienda: un contexto global en donde, como lo exponen importantes referentes académicos como Zimblatt, Levitsky, Huq y Ginsburg, los riesgos para las democracias constitucionales no son espectaculares revoluciones ni dramáticos golpes de Estado, sino el proceso silencioso de deterioro institucional.⁵⁹ El poder de enmienda puede utilizarse con este objetivo: para la concentración de poderes, la afectación de la integridad electoral, la disminución de las garantías a la oposición política, entre otros. Para que, como dice, Guillermo O'Donnell, se zanje el camino a la muerte lenta de la democracia.⁶⁰ Sin embargo, el control a estos cambios es difícil porque en la mayoría de los casos no transforman la constitución de una forma obvia, sino subrepticamente: no se alteran las disposiciones en donde se concentran importantes elementos de diseño constitucional, sino que se introducen cambios cuyos efectos pueden alterar el funcionamiento de las instituciones políticas, así como las garantías que ofrece la constitución a sus ciudadanos –se altera el rumbo de forma marginal–. Lo más difícil es que el proceso de deterioro se presenta, aparentemente, como legal. Se siguen los procedimientos de enmienda, se alcanzan las mayorías necesarias y se cumplen los debates necesarios para promover e impulsar el cambio.

Para caracterizar este fenómeno –la apariencia de legalidad en contra de los principios con los que se fundan la constitución y el constitucionalismo–, David Landau acuñó el término de *constitucionalismo abusivo*, que se ha consolidado en el campo de la teoría constitucional y que es frecuentemente citado por varios tribunales alrededor del mundo.⁶¹ Para Landau, el constitucionalismo abusivo consiste en: “El uso de mecanismos de cambio constitucional para hacer que un Estado sea significativamente menos democrático de lo que era antes” (traducción propia).⁶² El poder de enmienda tiene un papel protagónico dado que es uno de los principales mecanismos para el deterioro institucional y el retroceso democrático –o “*backsliding*–,⁶³ en especial en los casos en que los proyectos autoritarios requieren cambios sobre reglas específicas dentro del texto de la constitución para ampliar o mantener su poder –como sucede con el caso de la reelección presidencial y las reglas electorales–.⁶⁴ En este contexto, para mantener la supremacía de la constitución es necesaria la figura de un mediador que la interprete y tenga la capacidad para diferenciar

59 Steven Levitsky y Daniel Zimblatt, *How Democracies Die*, New York, Crow, AÑO, pp. 7-11; Tom Ginsburg y Aziz Huq, *How to Save a Constitutional Democracy*, Chicago, The University of Chicago Press, 2018.

60 Guillermo O'Donnell, *Democracia, agencia y Estado. Teoría con intención comparativa*, Buenos Aires, Prometeo, 2010.

61 David Landau, “Abusive Constitutionalism”, *Rev. U.C. Davis L.* 47 189 (2013).

62 En su idioma original: “the use of mechanisms of constitutional change in order to make a state significantly less democratic than it was before”. *Ibid.*, p. 195.

63 David Landau y Rosalind Dixon, *Abusive Constitutionalism Borrowing: Legal Globalization and the Subverting of Liberal Democracy*, London, Oxford University Press, 2021, p. 20.

64 Landau y Dixon, “Abusive Constitutionalism”, p. 31.

los usos del poder de enmienda y superar su apariencia de legalidad. Incluso en las constituciones que tienen límites explícitos al poder de enmienda es necesaria esta mediación dado que difícilmente las enmiendas se van a dirigir en contra de aquellas disposiciones que están protegidas y, al mismo tiempo, no toda la constitución puede estar cubierta por mecanismos de protección reforzada al cambio.⁶⁵

Los tribunales constitucionales han sido los principales mediadores en la experiencia comparada,⁶⁶ dada la trayectoria que les había otorgado el control constitucional de la legislación y la posición privilegiada, en términos de imponer controles a los poderes legislativos y ejecutivos, que se deriva de su diseño contramayoritario.⁶⁷ Doctrinas como la sustitución a la constitución, utilizada por la Corte Constitucional colombiana,⁶⁸ o la estructura básica de la constitución, utilizada por la Corte Suprema de la India,⁶⁹ que sirven de parámetro para analizar cambios constitucionales, son parte fundamental de la emergencia del poder judicial como una variable política decisiva en el cambio constitucional. Estas doctrinas, en palabras de Roznai, “buscan identificar la filosofía sobre la que basa una constitución”,⁷⁰ lo que permite construir parámetros de control amplios para evaluar el uso del poder de enmienda.

Del trabajo de Roznai es posible identificar tres formas en las que se presenta la doctrina de las enmiendas constitucionales inconstitucionales: i) *el estructuralismo fundacional*, que establece que los límites al poder de enmienda se encuentran en una suerte de estructura original con la que viene equipada la constitución⁷¹; ii) *el principalísimo constitucional*, que señala que los límites al poder de enmienda se encuentran en los principios y valores que constituyen la identidad de la constitución⁷²; y iii) *el supraconstitucionalismo*, que establece

65 David Landau, *Derechos sociales y límites a la reforma constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 104.

66 A pesar de que han sido los principales mediadores, no es necesario que sean los únicos. Gargarella, por ejemplo, habla de asambleas ciudadanas como formas de participación más populares que los tribunales. Roberto Gargarella, *De la democracia participativa a la deliberación inclusiva: “mini-públicos”, loterías y Constituciones elaboradas por la ciudadanía (“crowdsourced”)*. Comentarios muy preliminares, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 2019.

67 Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch*, New Heaven, Yale University Press, 1992, p. 16.

68 Sobre el caso colombiano véase, Carlos Bernal, “Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine”, *International Journal of Constitutional Law* 11, 2 (2013), pp. 339-357, <https://doi.org/10.1093/icon/mot007>; Gonzalo Ramírez Cleves, “El control material de las reformas constitucionales mediante acto legislativo”, *Revista Derecho del Estado* 18 (2006), pp. 3-32. Recuperado a partir de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/740>; Gonzalo Ramírez Cleves, “Reformas a la Constitución de 1991 y su control de constitucionalidad: entre democracia y demagogia”, *Revista Derecho del Estado*, 21, 1 (2008), pp. 145-176; Jorge Roa Roa y Paula Robledo Silva, “La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia en el año 2010. Los límites a la reforma de la Constitución, los derechos de las mujeres y los debates comunes a Colombia y España”, en *España. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales 15 (2011), pp. 643-676.

69 Sobre el caso de India véase Sayan Mukherjee, “The Unconventional Dimensions of the Basic Structure Doctrine: An Insight”, SSRN, 2011.

70 Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments*, op. cit., p. 47.

71 *Ibid.*, p. 141.

72 *Ibid.*, p. 17.

que el poder de enmienda tiene límites en normas de *ius cogens*, que a su vez consagran normas con pretensión de universalidad como la dignidad humana.⁷³ Las dos primeras formas parecen estar relacionadas con una visión dualista de la constitución que entiende que esta se compone de dos partes, una parte orgánica, en donde se distribuye el poder público –la llamada *sala de máquinas* por Gargarella⁷⁴– y una parte dogmática en donde se establecen los principios, valores y derechos que guían el ejercicio del poder público. El *estructuralismo fundacional* parece estar orientado a resistir al poder de enmienda cuando se presentan cambios radicales en la distribución del poder público que afectan estructuralmente el diseño del Estado. Mientras que el *principalismo constitucional* se resiste a cambios profundos en los aspectos sustanciales de la Constitución, como los derechos y las garantías ciudadanas. Sin embargo, esta distinción es analítica, pues en la práctica las palabras “estructura” y “principio” suelen utilizarse de forma amplia. Estas dos fórmulas, a su vez, comparten el paradigma del poder constituyente. Los límites al poder de enmienda frente a la estructura del Estado y a los principios y valores de la constitución son legítimos en tanto su titular es el poder constituyente y no un poder constituido que se expresa por medio de las reglas de enmienda.

En cambio, la tercera fórmula –el *supraconstitucionalismo*– plantea una diferencia conceptual importante. Especialmente, porque los límites en las dos primeras fórmulas son internos, y aun cuando sean implícitos se buscan dentro de la constitución. En cambio, el límite para el *supraconstitucionalismo* es externo: el poder de enmienda no se puede utilizar para desconocer obligaciones derivadas de normas internacionales que son imperativas para todos los Estados.⁷⁵ Esta fórmula puede ser útil cuando las constituciones son particularmente ambiguas y no tienen marcos de referencia de los que se puedan derivar fácilmente límites implícitos –el caso, por ejemplo, de constituciones no escritas–.

En términos de eficacia, la fortaleza de las doctrinas de las enmiendas constitucionales inconstitucionales como mecanismo de control del poder de enmienda aún es asunto de discusión. Landau e Issacharof, por ejemplo, sostienen que la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales es funcional para enfrentar el fenómeno del constitucionalismo abusivo porque les da flexibilidad a los jueces para determinar en qué situaciones se debe invocar este tipo de doctrina.⁷⁶ Con esto les permite evaluar el contexto y establecer cuándo el proyecto político de una Constitución está en peligro. El carácter flexible, no obstante, es también uno de sus principales problemas dado que permite una

73 *Ibid.*, p. 70.

74 Cfr. Roberto Gargarella, *Latin American Constitutionalism, 1810–2010: e Engine Room of the Constitution*, New York, Oxford University Press, 2013.

75 Armin Von Bogdandy, “Ius Constitutionale Commune en America Latina. Observations on transformative constitutionalism”, en A. Von Bogdandy, E. Ferrer Mac-Gregor, M. Morales Antoniazzi y F. Piovesan (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America*, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 31.

76 Landau, “Abusive Constitutionalism”, *op. cit.*, p. 106; S. Issacharof, “Constitutional Corut and Democratic Hedging”, 99 *Geo. L.J.*, 1002.

tendencia expansionista de estas doctrinas y la posibilidad de sobreinclusión de aspectos que no son fundamentales para mantener la identidad de una constitución.⁷⁷ De esta forma, se corre el riesgo de que las cortes, invocando estas doctrinas, puedan ampliar su rango de poder y limitar de facto e inadecuadamente el uso del poder de enmienda. Esto puede ser otra veta de autoritarismo, pero judicial.

También es posible que suceda lo contrario a la sobreinclusión: la infrainclusión. Algunos contextos, como la aplicación de instrumentos de justicia transicional, son escenarios propicios para que esto suceda.⁷⁸ En especial, porque hay estudios que muestran que las cortes reaccionan positivamente ante enmiendas que desarrollan, de una u otra forma, estándares derivados del derecho internacional que han sido previamente deliberados y discutidos con cortes internacionales.⁷⁹

Otra preocupación es que las cortes también son susceptibles de ser cooptadas por poderes políticos de corte autoritario. En estos casos, las cortes, al declarar constitucionales algunas enmiendas, pueden servir para legitimar cambios autoritarios y contribuir a la acumulación de poder y al deterioro democrático. En parte esta debilidad se debe a que el diseño de los tribunales no es sensible, como lo muestra Gargarella, a fórmulas populares de toma de decisión por lo que la respuesta usual es invalidarlas.⁸⁰ Esto se explica porque se ha instalado en la conciencia jurídica contemporánea una dicotomía de inconstitucionalidad/constitucionalidad en la forma como debe actuar el poder judicial ante desafíos a la supremacía constitucional.⁸¹ Esta conciencia, según Gargarella, se debe al papel dominante de los argumentos de Hamilton-Marshall en la imaginación constitucional contemporánea,⁸² es decir, en la idea de que la supremacía de la constitución, en la aplicación del control de constitucionalidad, no admite términos medios, sino nada diferente a la declaratoria de inconstitucionalidad/constitucionalidad.⁸³ La hegemonía de esta idea ha ido mermando la creatividad para pensar nuevas formas en las que se pueden pensar y operativizar la supremacía de la Constitución ante procesos de deliberación democrática para el uso del poder de enmienda, especialmente frente a las fórmulas de control. A pesar de esta situación, Bernal y Roznai, que tienen múltiples diferencias en sus apuestas teóricas, coinciden

77 Landau, *Derechos sociales y límites a la reforma constitucional*, op. cit., p. 114.

78 Cfr. Diana Durán Smela, y David Fernando Cruz Gutiérrez, "El 'fast track': ¿un mecanismo de flexibilización de la Constitución de 1991?", *Revista Derecho del Estado* 48, 3-29 (2021), p. 18.

79 Hilebrecht, Huneeus y Borda, "The judicialization of peace", op. cit., p. 316.

80 Roberto Gargarella, *El derecho como una conversación entre iguales*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2021, p. 201; Roberto Gargarella, *La derrota del derecho en América Latina. Siete tesis*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2020, pp. 23 y ss.

81 Hay varias opciones de diseño institucional para ampliar el marco de acciones que puede tomar una corte cuando se enfrente a casos potencialmente inconstitucionales que no sacrifican siempre el esfuerzo democrático, como la devolución legislativa.

82 Gargarella, *El derecho como una conversación entre iguales*, op. cit., p. 199.

83 *Ibid.*, p. 200.

en que las cortes pueden ser sensibles a procesos de deliberación democrática al menos en el siguiente sentido: el control de las enmiendas puede ser más arduo o flexible si hubo una deliberación política amplia que sustenta el uso del poder de enmienda.⁸⁴ De tal forma que las cortes deben evaluar, no solo la supremacía de la Constitución, sino la calidad democrática que sustenta el uso del poder de enmienda. Esta propuesta supone integrar, además de un juicio abstracto, una evaluación de materiales probatorios que permitan decantar la calidad de la deliberación democrática. Materiales como los que se utilizan de forma clásica en el control constitucional de la ley: la existencia debates en el congreso o el parlamento –si es el titular del poder de enmienda–, la posibilidad de participación en igualdad de condiciones, etc.⁸⁵ Pero también otros materiales no tan clásicos como la movilización ciudadana o la calidad de las campañas políticas cuando se presentan escenarios electorales.

La posibilidad de que las cortes introduzcan estos materiales en sus decisiones, paradójicamente, acerca el mecanismo de control sobre enmiendas formales a algunos desarrollos de las enmiendas informales, particularmente a la teoría del constitucionalismo viviente –*living constitutionalism*–.⁸⁶ Bruce Ackerman, como el autor más destacado de esta propuesta, considera que el significado de la constitución depende, en el fondo, de los ciudadanos. Cuando la misma ciudadanía, a través de movilizaciones, promueve espacios de deliberación sobre el significado de la constitución que exceden los canales que ofrecen las instituciones de representación política –por ejemplo, los esquemas de movilización social/congreso o movilización social/presidente⁸⁷–, las cortes pueden servir para absorber las deliberaciones de la ciudadanía y a través de sus decisiones reconocer los cambios en la constitución. Para Ackerman, en esta medida, las cortes reconocen los cambios y los aplican en su jurisprudencia a través de nuevas interpretaciones de la carta, mas no los crean. Algo similar sucede con esta propuesta normativa de Roznai y Bernal. Al integrar otros materiales relativos a la calidad de la deliberación sobre el uso del poder de enmienda, las cortes encuentran una forma de autorrestricción e intervienen con más potencia cuando el nivel de deliberación democrática es bajo.

En alguna medida, estos autores reconocen la posibilidad de que las cortes, en el marco del control de constitucionalidad, sean sensibles a los contextos políticos en los que desarrollan su función, lo que implica una visión menos formalista y más contextual del control constitucional y del papel de las cortes. Esta sensibilidad está relacionada con momentos políticos extraordinarios, como dice Ackerman, lo que supone también una lógica de transición en donde se abre la puerta para reformular o ajustar el significado de la constitución. El

84 Bernal, "Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia", *op. cit.*, p. 357; Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments*, *op. cit.*, p. 133.

85 Cfr. Palacios Torres, *Concepto y control del procedimiento legislativo*, *op. cit.*

86 Ackerman, Bruce, *La constitución viviente*, Madrid, Marcial Pons, 2011.

87 *Ibid.*, p. 53.

control constitucional, en esta medida, también puede convertirse en un foro de deliberación pública⁸⁸ que puede ayudar a calibrar el sentido de la constitución para enfrentar, en otras situaciones, transiciones políticas.

5. Las transiciones políticas y el poder de enmienda de la constitución: entre la transformación y la consistencia

El alcance global de la TC también ha mostrado las diversas formas en las que se realizan las transiciones políticas. Dado que el campo tiene un enfoque empírico, sus principales exponentes han lanzado proyectos de un verdadero alcance global. Con esto han construido impresionantes sistematizaciones en donde procesan datos de contextos diferentes y los proyectan en clave comparada. Estos esfuerzos, a su vez, permiten indagar sobre el papel del poder de enmienda en las transiciones políticas aun cuando este tema no sea objeto de una sistematización autónoma—como es el caso de la doctrina de las enmiendas constitucionales inconstitucionales o de las reglas del poder de enmienda—. ⁸⁹

En diversos estudios de la TC el poder de enmienda aparece como un mecanismo para realizar reformas durante transiciones políticas.⁹⁰ En estos casos, el rol del poder de enmienda es servir como un mecanismo para consolidar transformaciones democráticas, como, por ejemplo, Hungría⁹¹ en 1989 y Chile en 1990.⁹² Ambas constituciones, después de las reformas de estos años, variaron en un aspecto fundamental: su talante autoritario,⁹³ permitiendo, entre otras cosas, oposición política legal al gobierno y el desarrollo de elecciones democráticas. El poder de enmienda cumple un papel transformador que lo pone en medio de dos problemas y lo ubica, con esto, en una suerte de frontera difusa sobre sus límites. El primer problema es que, dado que incumple su pretensión de consistencia, este es utilizado de forma ilegal y por fuera de su rango, aunque no necesariamente de forma ilegítima.

88 Jorge Roa Roa, *Control constitucional deliberativo: el ciudadano ante la justicia constitucional, la acción pública de inconstitucionalidad y la legitimidad democrática del control judicial al legislador*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019.

89 Algunos insumos para este análisis son *Comparative Constitutional Law* editado por Rosalind Dixon y Tom Ginsburg y *Comparative Constitution-Making* editado por David Landau y Hanna Lerner. Pero también algunas piezas adicionales que hacen parte de desarrollos del campo que son relevantes para entender el papel del poder de enmienda en las transiciones, como *Post-sovereign constitutional making* de Andrew Arato y *Abusive Constitutionalism Borrowing* de Dixon y Landau.

90 David Landau y Hanna Lerner, "Introduction to Comparative Constitution Making", en *Comparative Constitution Making*, London, Elgar, 2019, pp. 3-4.

91 Andrew Arato, "Parliamentary Constitution Making in Hungary", 4 *E. Eur. Const. Rev.* 45 (1995); Andrew Arato, "Dilemmas arising from the power to create constitutions in eastern Europe (1992-3)", 14 *Cardozo L. Rev.* 661, 676, 4; Juan Linz y Alfred Stepan, *Problems of democratic transition and consolidation: Southern Europe, South America, and post-communist Europe*, Baltimore, Johns Hopkins University, 1996.

92 Carlos Fuentes, "A matter of the few: Dynamics of constitutional change in Chile 1990-2010", en *Texas Law Review* 89 (2011).

93 Roznai, "Towards a theory of constitutional undamendability", op. cit., p. 228.

El segundo problema es que, aun cuando sea ilegal, su uso puede ser legítimo dado que supone la inclusión de aspectos básicos del constitucionalismo a un régimen político y, al mismo tiempo, un medio de expresión del poder constituyente, pues cuando se caracteriza a este tipo de poder con una potencia renovadora se entiende que es *supralegal* pero no necesariamente *extralegal*.⁹⁴ Arato, por ejemplo, caracterizó al proceso húngaro como una especie de creación constitucional a través del parlamento,⁹⁵ siendo este un órgano tradicionalmente constituido que ejerce la representación política. Por esta situación, estos episodios antes que percibirse como un proceso de auténtica creación constitucional son percibidos como momentos de reforma. Esta percepción no es banal pues las reformas –antes que de creación– tienen, usualmente, un mayor grado de judicialización y de control.

Las transiciones mediadas por el poder de enmienda tienen más previsibilidad dado que se dan en un marco institucional que prescinde de un poder de (re)fundación ilimitado.⁹⁶ Lo relevante, en consecuencia, es que se surten en una especie de paradoja: se dan bajo un marco constitucional, pero con la particularidad de que su objetivo, de fondo, es su transformación –pueden ser interpretadas, incluso, como transiciones por sustitución de la constitución–. La ausencia de una ruptura, no obstante, también tiene importantes consecuencias. Aunque las enmiendas sean transformadoras mantienen, así sea a un nivel simbólico, el talante autoritario del que se intentan desprender, lo que puede afectar la legitimidad de la transición en el mediano plazo –en Chile, por ejemplo, el hecho de que la Constitución tuviera origen en la dictadura de Pinochet fue un factor de movilización para su revisión–.⁹⁷ En estas transiciones entra en tensión el elemento de la autoridad política que puede movilizar un cambio constitucional de carácter transformador con el uso del poder de enmienda como una fórmula, más o menos eficaz, para realizar estos cambios.

La TC también reconoce que la creación constitucional está sujeta a importantes influencias transnacionales que se han densificado durante los últimos años,⁹⁸ especialmente por la incidencia creciente de actores como la Organización de las Naciones Unidas.⁹⁹ Pero también por la existencia de un “espacio jurídico transnacional”¹⁰⁰ al que se vinculan diferentes culturas jurídicas

94 Joel Colón Ríos, por ejemplo, habla de poder constituyente débil para caracterizar la posibilidad de que el poder constituyente dialogue en y con poderes legales. Colón Ríos, *Weak Constitutionalism*, *op. cit.*

95 Arato, “Parliamentary Constitution Making in Hungary”, *op. cit.*, p. 45.

96 Arato, *Post Sovereign Constitutional Making Learning and Legitimacy*, *op. cit.*, p. 432.

97 Sergio Verdugo, Marcela Prieto, “The dual aversion of Chile’s constitution-making process”, *International Journal of Constitutional Law* 19, 1 (2021), pp. 149–168.

98 Dixon y Landau, *Abusive Constitutionalism Borrowing*, *op. cit.*, p. 8.

99 Sripati (n 2); Vijayahshri Sripati, “UN Constitutional Assistance Projects in Comprehensive Peace Missions: An Inventory 1989–2011”, *19 Int’l Peacekeeping* (2012), p. 93.

100 Diego López-Medina, “El nacimiento del derecho comparado moderno como espacio geográfico y como disciplina: instrucciones básicas para su comprensión y uso desde América Latina”, *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional* 26 (2015), pp. 117–159.

y que influye en la forma como se desarrollan discusiones constitucionales.¹⁰¹ De esta forma, en la mayoría de los casos la creación constitucional muestra algo parecido a una soberanía abierta,¹⁰² antes que una soberanía plena, dado que la autonomía de los procesos de creación constitucional está mediada por agentes internacionales como por un espacio de intercambio jurídico transnacional. El poder constituyente, en esa medida, ha experimentado una especie de internacionalización, dado que cada vez con mayor frecuencia y con más esfuerzo diferentes actores internacionales influyen en los procesos de creación constitucional.¹⁰³

La justicia transicional es un ejemplo relevante de influencia transnacional en ambos niveles. En términos generales, la justicia transicional es un marco jurídico internacional para el desarrollo de transiciones políticas y procesos de paz que busca equilibrar el logro de la transición, ya sea de un escenario de conflicto armado o de dictadura o autoritarismo a uno de democracia y posconflicto, e involucra el respeto a la protección y garantía de los derechos de las víctimas.¹⁰⁴ El marco jurídico internacional de la justicia transicional ha aumentado considerablemente durante los últimos treinta años.¹⁰⁵ Se han fijado algunos de sus instrumentos principales, como el Estatuto de Roma, al tiempo que se ha producido una serie importante de instrumentos de *soft law* –o derecho blando–, gracias a la función del relator de la ONU dedicado a cuestiones de justicia transicional.¹⁰⁶ En este sentido, la justicia transicional se ha densificado y este proceso de incremento del campo ha impactado en escenarios de creación constitucional que responden a un contexto de violencias masivas.¹⁰⁷ Como la justicia transicional es también una forma de hacer la paz bajo la mediación de la comunidad internacional, los procesos y acuerdos de paz, cada vez con más frecuencia, reflejan en su contenido fórmulas de este tipo de justicia que posteriormente moldean espacios de creación constitucional.¹⁰⁸

El uso del poder de enmienda no está exento de esa influencia transnacional, especialmente en el caso de la justicia transicional, porque algunas transiciones llevan a procesos de reforma constitucional. El poder de enmienda, en

101 Diego López-Medina, *Teoría impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Legis, 2004; Kennedy, "Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850–2000", *op. cit.*

102 López-Medina, "El nacimiento del derecho comparado moderno como espacio geográfico y como disciplina", *op. cit.*, p. 117.

103 Philipp Dann y Zaid Al-Ali, *The Internationalized Pouvoir Constituant – Constitution-Making Under External Influence in Iraq, Sudan and East Timor*, 10 Max Planck Yearbook of United Nations Law Online, 2006, p. 423.

104 Cfr. Rodrigo Uprimny Yepes, "Las enseñanzas del análisis comparado: procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano", en R. Uprimny, M. P. Saffon, C. Botero Marino y E. Restrepo Saldarriaga, *¿Justicia Transicional sin Transición? Verdad, Justicia y Reparación para Colombia*, Bogotá, Dejusticia, 2006, pp. 19-20.

105 Ruti Teitel, *Justicia Transicional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, p. 512.

106 A. Davidian y E. Kenney, "The United Nations and transitional justice", en Ch. Lawther, L. Moffett y D. Jacobs (eds.), *Research Handbook on Transitional Justice*, 2017, p. 189.

107 H. Ludsing, "Peace Making and Constitutional-drafting: A dysfunctional marriage", *U. Pa.J. Int'l L* (2011), pp. 239-311.

108 Christine Bell, *On the law of peace: Peace agreements and the lex pacificatoria* 249, 2008.

un contexto de densificación y consolidación de estándares sobre la justicia transicional, puede servir como un mecanismo de integración y asimilación local de estos estándares. Bernal ha explorado esta posibilidad calificando estos casos como ejemplos de un fenómeno particular: “la justicia transicional en el marco de una constitución permanente”.¹⁰⁹ El poder de enmienda, bajo este marco, es utilizado como un canal para la inclusión de instituciones propias de la justicia transicional, como tribunales penales, comisiones civiles que buscan la verdad, límites a las amnistías e indultos para los responsables de graves crímenes internacionales, entre otros mecanismos. Este uso, por supuesto, también pone al poder de enmienda en una frontera incómoda, especialmente porque la justicia transicional tiene un espacio de balanceo en donde, con frecuencia, compromete –o reduce– algunas garantías propias de los regímenes constitucionales con el objetivo de alcanzar la transición sin sacrificar por completo los derechos de las víctimas. La tensión que se produce en estos casos es inversa a la del primer uso: se trata de mantener, e incluso fortalecer, la identidad de la constitución a través de la aplicación de mecanismos de justicia transicional. El poder de enmienda, en estos casos, mantiene su pretensión de consistencia y enfrenta la dificultad de que no debe alterar radicalmente la constitución con la implementación de un proyecto asociado a la justicia transicional.

Asli Ozcelik y Tarik Olcai, enfrentando esta tensión, hablan de una suerte de “desafío de inconstitucionalidad”¹¹⁰ cuando la transición se presenta como una o varias enmiendas a una constitución permanente. El desafío es mantener la consistencia en el uso del poder de enmienda para que no se sustituyan los elementos esenciales de la carta. En palabras de Bernal: “O bien la transición tiene éxito, pero la Constitución pierde su carácter permanente y es reemplazada, o bien la Constitución mantiene su carácter permanente y no es reemplazada, pero hace que la transición sea imposible”.¹¹¹ Las cortes cumplen un papel fundamental para sortear el desafío de inconstitucionalidad en la medida en que pueden adoptar fórmulas que permitan evitar, tanto la sustitución de la constitución como el fracaso de la transición. Ozcelik y Olcai hablan, por ejemplo, de una “revisión judicial transicional”¹¹² que sea consciente de diferenciar la doble temporalidad de la constitución en un escenario de transición. Esta tensión es desarrollada por la idea de una revisión judicial transicional que piensa que la Constitución, en estos escenarios, se debe interpretar con

109 Carlos Bernal, “Transitional justice within the framework of a permanent constitution: The case study of legal framework for peace in Colombia”, *Cambridge Journal of International and Comparative Law* 3 (2014), p. 1137.

110 Ozcelik y Olcai, “(Un)constitutional change rooted in peace agreements”, *op. cit.*, p. 1374.

111 En su idioma original: “Either the transition is successful but the Constitution loses its permanent character and is replaced, or the Constitution maintains its permanent character and is not replaced but makes the transition impossible”. Bernal, “Transitional justice within the framework of a permanent constitution”, *op. cit.*, p. 1137.

112 Asli Ozcelik y Tarik Olcai, “(Un)constitutional change rooted in peace agreements”, *op. cit.*, p. 1380.

una conciencia transicional,¹¹³ lo que implica ponderaciones y operaciones judiciales sensibles al objetivo de alcanzar la paz y permitir la transición.

La superación del desafío de inconstitucionalidad ha ayudado a la emergencia de un nuevo concepto: el constitucionalismo transicional.¹¹⁴ En palabras de Ozelik y Olcai: “El constitucionalismo transicional denota una estrategia jurídica que toma en cuenta las exigencias de los contextos de transición en la interpretación de la Constitución, con el objetivo de proteger los logros de los procesos de paz”.¹¹⁵ Implícitamente, el constitucionalismo transicional asume que el desempeño de una constitución, que se ve afectado por un conflicto armado, por ejemplo, puede mejorarse sin su sustitución. Las cortes constitucionales pueden adaptar métodos de control de constitucionalidad, y en particular, formas de la doctrina de las enmiendas constitucionales inconstitucionales para enfrentar la transición. Pueden, por ejemplo, desarrollar una flexibilidad selectiva dentro de las disposiciones de la constitución para establecer límites al uso del poder de enmienda; con esto aseguran un marco de reforma mayor que el que se utilizaría en tiempos ordinarios, sin que suponga abrir las compuertas de la sustitución.¹¹⁶ En este sentido, las cortes deben ser cuidadosas para identificar lo permanente, lo transitorio y lo transicional dentro de una constitución, y ayudar a que estas temporalidades puedan convivir. De esta forma, no solo median entre los actores del conflicto, sino también entre las mismas temporalidades de la constitución en un momento de transición.

Por otro lado, relacionado con el papel de la función de las cortes está también el problema de la escala de las enmiendas. Dado que se han densificado los contenidos de la justicia transicional, su implementación local puede dar lugar a una o varias enmiendas constitucionales cuando se adopta una visión maximalista e integral, que implica un conjunto de medidas interconectadas que incluyen tribunales penales, comisiones de la verdad, programas de reparación y depuración institucional.¹¹⁷ Estas reformas, usualmente, tienen una escala considerable dado que crean nuevas instituciones para satisfacer derechos de las víctimas que difícilmente son garantizados por las instituciones

113 *Idem.*

114 Jenna Sapiano, *Courting Peace: Judicial Review and Peace Jurisprudence*, 6 *Glob. Const.* (2017), p. 131; Harald Eberhard, Konrad Lachmayer y Gerhard Thallinger, “Approaching Transitional Constitutionalism”, en *Transitional Constitutionalism* 9, 11 (2007).

115 En su idioma original: “Transitional constitutionalism denotes a legal strategy to have regard to the demands of transitional settings in their interpretation of the constitution, with a view to protecting the achievements of peace processes”. Ozelik y Olcai, “(Un)constitutional change rooted in peace agreements”, *op. cit.*, p. 1384.

116 Diego Fernando Cruz Gutiérrez, “¿Puede el Congreso reformar la configuración constitucional de la Jurisdicción Especial para la Paz? Hacia una teoría sobre los límites implícitos del poder de reforma constitucional en las transiciones políticas”, *Pensamiento Jurídico* (52) (2020). <https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/79947>; D. A. Celis, “Reforma constitucional y justicia transicional: hacia una interpretación flexible de los elementos definitorios de una constitución vigente”, *Revista Jurídica* 17, 2 (2020), pp. 53-71. <https://doi.org/10.17151/jurid.2020.17.2.3>; Durán Smela y Cruz Gutiérrez, “El ‘fast track’: ¿un mecanismo de flexibilización de la Constitución de 1991?”, *op. cit.*, pp. 3-29.

117 Cheryl Lawther, Luke Moffett y Dov Jacobs, *Research Handbook on Transitional Justice*, 2017 (Part. III).

ordinarias –por ejemplo, la inclusión de uno o varios mecanismos de justicia transicional, como tribunales penales transicionales o comisiones de la verdad– o sirven para estabilizar actores políticos que fueron excluidos –nuevos mecanismos de representación democrática–. Sin embargo, actúan como un refuerzo: no tienen una aspiración de mantenerse, sino de reforzar la constitución permanente; este rasgo suele expresarse en su temporalidad restringida: son reformas transitorias y transicionales.

Finalmente, está el problema de que las constituciones que fueron hechas democráticamente –o al menos con la participación de diversos actores políticos– tienen una complejidad e incoherencia internas. Esto se puede reflejar, en términos de Gargarella, en la disociación de la parte dogmática y orgánica –sala de máquinas– de la Constitución.¹¹⁸ Eso significa la disociación entre principios, valores y derechos con la distribución del poder público, o “la sala de máquinas de la constitución”.¹¹⁹ Esta situación puede ser superada mediante el uso del poder de enmienda con el objetivo de rediseñar algunos aspectos institucionales, para que la parte dogmática de la constitución se haga efectiva. Algunos contextos transicionales pueden impulsar reformas destinadas a adaptar la parte orgánica de la constitución para, precisamente, garantizar la parte dogmática. Este uso del poder de enmienda, bajo una óptica del principalísimo constitucional, no es claramente una sustitución de la constitución. Las cortes pueden ser sensibles ante este tipo de situaciones y valorar el uso del poder de enmienda en contexto y atendiendo a la forma como se articulan lo permanente y lo transitorio. Esto, a su vez, pone a las cortes y su voluntad como un punto central para el desarrollo de la transición. De esta manera, se convierten en verdaderos agentes de la transición.

Conclusión

El objetivo de este artículo ha sido identificar y analizar los principales elementos del campo de la teoría comparada del cambio constitucional (TC). A partir de esta revisión, se han identificado cuatro ejes temáticos que han sido objeto de atención en algunas de las obras más influyentes de este campo: i) el alcance del poder de enmienda, ii) su polifuncionalidad, iii) los mecanismos de control que pueden limitarlo y iv) su interacción con los procesos de transición política y justicia transicional. Estos temas, aunque tratados de manera independiente en diversos estudios, mantienen una relación estrecha en la medida en que todos contribuyen a la comprensión de cómo los procesos de cambio constitucional pueden ser gestionados desde el derecho sin comprometer los principios democráticos que los sustentan.

118 Roberto Gargarella, *Latin American Constitutionalism 1810-2010. The engine room of the Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 204.

119 *Ibid.*, pp. 1-2.

Uno de los hallazgos centrales de esta revisión es la creciente erosión de la distinción clásica entre el poder constituyente y el poder constituido. Tradicionalmente, la teoría constitucional establecía que el poder constituyente originario, en tanto expresión de la soberanía popular, era absoluto y ajeno a los límites del derecho positivo, mientras que el poder de enmienda, como expresión del poder constituido, operaba dentro de las restricciones impuestas por la propia constitución. Sin embargo, los estudios recientes sugieren que esta distinción se ha vuelto progresivamente más difusa, en especial porque el poder de enmienda ha asumido un papel más amplio, que trasciende la simple actualización normativa de la constitución. En muchos casos, se ha convertido en un vehículo para facilitar transformaciones estructurales profundas, incluyendo transiciones políticas y procesos de democratización, lo que plantea interrogantes sobre los límites de su ejercicio y los riesgos de su manipulación. En este contexto, la revisión también sugiere que el control de las reglas de enmienda adquiere una importancia crucial, especialmente en escenarios de transición política y justicia transicional. A diferencia de los sistemas jurídicos estables, donde el control de constitucionalidad suele responder a criterios formalistas y a una interpretación estricta de las reglas de reforma, en contextos transicionales la función de este control puede ser más flexible y adaptativa. Las cortes constitucionales, al interpretar y evaluar la validez de los cambios constitucionales en estos contextos, no solo deben garantizar que las reformas se ajusten a los principios fundamentales de la constitución, sino también armonizar temporalidades distintas: por un lado, la estabilidad que otorga el carácter permanente de la constitución y, por otro, la necesidad de transformación que exige la transición.

Un elemento clave dentro de esta dinámica es el desarrollo y la aplicación de la doctrina de las enmiendas constitucionales inconstitucionales. Esta doctrina ha sido utilizada en diversos sistemas jurídicos para establecer límites al poder de enmienda cuando este amenaza la esencia del orden constitucional. Sin embargo, lejos de ser una restricción rígida, su aplicación en contextos transicionales muestra que puede ser una herramienta adaptable, que permite a las cortes tener una perspectiva más sensible a las particularidades políticas y sociales de cada proceso de cambio. Su utilidad radica en que permite establecer límites a la reforma constitucional sin clausurar completamente la posibilidad de transformación, equilibrando así la protección de principios esenciales, como el mantenimiento del orden democrático o la garantía de derechos fundamentales, con la necesidad de ajustar la estructura constitucional a nuevas realidades.

Desde esta perspectiva, el papel de las cortes en estos escenarios es particularmente relevante. A diferencia de otros actores políticos, que están condicionados por dinámicas electorales y de representación, las cortes constitucionales, en virtud de su naturaleza contramayoritaria, pueden ofrecer un espacio de deliberación menos influenciado por coyunturas políticas inmediatas. En el

marco de transiciones políticas y justicia transicional, esto les otorga un margen de acción significativo para interpretar las reglas de enmienda de manera que faciliten los procesos de transformación sin que ello implique la ruptura del orden constitucional. De este modo, las cortes pueden desempeñar un papel clave como mediadoras en controversias críticas sobre la respuesta institucional a un pasado de violencia masiva, estableciendo criterios que articulen de manera coherente las demandas de justicia, reconciliación y estabilidad política. Además, la revisión sugiere que las cortes constitucionales no solo intervienen para determinar la validez de reformas específicas, sino que también pueden contribuir a definir los principios orientadores del proceso de transición. En este sentido, su labor no se limita a decidir sobre la constitucionalidad de ciertas modificaciones, sino que puede influir en el desarrollo de mecanismos institucionales que regulen el cambio constitucional. A través de sus decisiones, los tribunales pueden, por ejemplo, graduar la resistencia de la constitución al cambio estableciendo umbrales diferenciados para distintos tipos de reformas, o condicionando la validez de ciertas enmiendas a la adopción de procedimientos democráticos más inclusivos.

Por último, el análisis realizado resalta que la función de las cortes en la regulación del poder de enmienda adquiere una dimensión particularmente relevante cuando la transición política implica dilemas sobre el balance entre justicia y estabilidad. En estos escenarios, las cortes pueden ajustar el ejercicio del poder de enmienda para garantizar que los medios empleados en la transición sean coherentes con los fines de la propia constitución, evitando tanto la parálisis institucional como la manipulación del proceso de reforma con fines antidemocráticos. En suma, los tribunales constitucionales, a través de la interpretación del poder de enmienda, pueden contribuir a fortalecer la legitimidad de los procesos de cambio constitucional en contextos transicionales, garantizando que estos se desarrollen de manera coherente con los principios fundamentales del orden democrático.

Referencias alfabetización

Ackerman Bruce, *We The People The Civil Rights Revolution*. Vol. 3. *The Civil Rights Revolution*, Cambridge, Harvard University Press, 2014. <https://doi.org/10.4159/harvard.9780674416499>

Ackerman, Bruce, *La Constitución Viviente*, Madrid, Marcial Pons, 2011.

Albert, Richard y Carlos Bernal, *Cambio constitucional informal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.

Albert, Richard y Carlos Bernal, *Cambio Constitucional informal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016. <https://doi.org/10.2307/j.ctv1503hb7>

Albert, Richard, "Amending constitutional amendment rules", *International Journal of Constitutional Law* 13, 3 (2015), pp. 655-685. <https://doi.org/10.1093/icon/mov040>

Albert, Richard, "La reivindicación de las tradiciones democráticas del cambio constitucional", en C. Bernal y R. Albert, *Cambio Constitucional Informal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.

Albert, Richard, *Constitutional Amendments Making, Breaking, and Changing Constitutions*, Oxford, Oxford University Press, 2019. <https://doi.org/10.1093/oso/9780190640484.001.0001>

Arato, Andrew, "Dilemmas Arising from the Power to Create Constitutions in Eastern Europe (1992-1993)", *14 Cardozo L. Rev.* 661, 676, 4.

Arato, Andrew, "Parliamentary Constitution Making in Hungary", *4 E. Eur. Const. Rev.* 45 (1995).

Arato, Andrew, "Redeeming the still redeemable: Postsovereign constitution making", *International Journal of Politics, Culture and Society* 22 (2009).

Arato, Andrew, *Post Sovereign Constitutional Making Learning and Legitimacy*, London, Oxford University Press, 2016. <https://doi.org/10.1007/s10767-009-9070-z>

Aristotle, *Physics*, Gredos, Madrid, 1995.

Bell, Christine, "Introduction: Bargaining on Constitutions – Political Settlements and Constitutional State-Building", *Global Constitutionalism* 6, 1 (2017), pp. 13-32.

Bell, Christine, *On the law of peace: Peace agreements and the lex pacificatoria* 249, 2008.

Benítez, Vicente, "Constitutional Courts as Mediators. Armed Conflict, Civil-Military Relations, and the Rule of Law in Latin America", *International Journal of Constitutional Law* 16, 3 (2018), Pages 1028–1033, 2018. <https://doi.org/10.1093/icon/moy076>

Bernal, Carlos, "Cambio constitucional informal: una introducción crítica", en C. Bernal y R. Albert, *Cambio constitucional informal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.

Bernal, Carlos, "Introducción", en R. Albert y C. Bernal, *Cambio constitucional informal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.

Bernal, Carlos, "Transitional justice within the framework of a permanent constitution: The case study of legal framework for peace in Colombia", *Cambridge Journal of International and Comparative Law* 3, 1137 (2014). <https://doi.org/10.7574/cjicl.03.04.249>

- Bernal, Carlos, "Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine", *International Journal of Constitutional Law* 11, 2 (2014), pp. 339-357. <https://doi.org/10.1093/icon/mot007>
- Bickel, Alexander, *The Least Dangerous Branch*, New Haven, Yale University Press, 1992.
- Bird, Annie, *US Foreign Policy on Transitional Justice*, New York, Oxford University Press, 2015. <https://doi.org/10.1017/S2045381716000216>
- Bodin, Jean, "On sovereignty", trad. de Julian Franklin, Cambridge, Cambridge University Press, 1992. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511802812>
- Botero, Catalina, *La ley de Alternatividad Penal y justicia transicional*, Bogotá, Dejusticia, 2004.
- Colón Ríos, Joel, *La constitución de la democracia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.
- Colón Ríos, Joel, *Weak Constitutionalism, Routledge Research in Constitutional Law*, New York, 2012.
- Cruz Gutiérrez, David Fernando, "¿Puede el Congreso reformar la configuración constitucional de la Jurisdicción Especial para la Paz? hacia una teoría sobre los límites implícitos del poder de reforma constitucional en las transiciones políticas", *Pensamiento Jurídico* 52 (2020).
- Dann, Philipp y Zaid Al-Ali, "The Internationalized Pouvoir Constituant – Constitution-Making Under External Influence in Iraq, Sudan and East Timor", *Max Planck Yearbook of United Nations Law Online* 10 (2006). <https://doi.org/10.1163/187574106X00100>
- Davidian, Alison y Emily Kenney, "The United Nations and transitional justice", en Ch. Lawther, L. Moffett y D. Jacobs (eds.), *Research Handbook on Transitional Justice*, London, 2017. <https://doi.org/10.4337/9781781955314.00017>
- Durán, Diana y David Cruz, "El 'fast track': ¿un mecanismo de flexibilización de la Constitución de 1991? *Revista Derecho del Estado* 48, 3-29 (2021). <https://doi.org/10.18601/01229893.n48.01>
- Eberhard, Harald, Konrad Lachmayer y Gerhard Thallinger, "Approaching Transitional Constitutionalism", *Transitional Constitutionalism* 9, 11 (2007). <https://doi.org/10.5771/9783748930501-9>
- Elkins, Zachary, Ginsburg T. y Melton James, *The endurance of national Constitutions*, New York, Cambridge University Press, 2009. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511817595>

- Fuentes, Carlos, *A matter of the few: Dynamics of constitutional change in Chile 1990-2010*, en *Texas Law Review* 89 (2011).
- Gargarella, Roberto, *Constitutional amendments: Making, breaking, and changing constitutions*, by Richard Albert, Oxford University Press, 2019. *Revista Derecho del Estado* 48, 202 (2019). <https://doi.org/10.18601/01229893.n48.13>
- Gargarella, Roberto, *De la democracia participativa a la deliberación inclusiva: "mini-públicos", loterías y constituciones elaboradas por la ciudadanía ("crowd-sourced")*. *Comentarios muy preliminares*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 2019.
- Gargarella, Roberto, *Latin American Constitutionalism, 1810-2010: e Engine Room of the Constitution*, New York, Oxford University Press, 2013. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199937967.001.0001>
- Gargarrella, Roberto, *El derecho como una conversación entre iguales*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2021.
- Gargarrella, Roberto, *La derrota del derecho en América Latina, siete tesis*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2020.
- Ginsburg, Tom y Aziz Huq, *How to Save a Constitutional Democracy*, Chicago, The University of Chicago Press, 2018. <https://doi.org/10.7208/chicago/9780226564418.001.0001>
- Ginsburg, Tom y James Melton, "Does the Constitutional Amendment Rule Matter at All? Amendment Cultures and the Challenges of Measuring Amendment Difficulty" (Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper No. 682), 2014. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2432520>
- Gómez Isa, Felipe, *Justicia, verdad y reparación en el proceso de paz en Colombia*, *Revista Derecho del Estado* 33, 35-63 (2014).
- González Jácome, Jorge, *Revolución, Democracia y Paz. Trayectorias de los derechos humanos en Colombia*, Bogotá, Tiran lo Blanch, 2019.
- Häberle, Peter, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Madrid, Tecnos, 2011.
- Harari, Yuval Noah, *De animales a dioses: breve historia de la humanidad*, Buenos Aires, Debate, 2013, p. 349.
- Hilebrecht, Courtney, Alexandra Huneus y Sandra Borda, "The judicialization of peace", *Harvard International Law Journal* 59 (2018).
- Issacharof, Samuel, "Constitutional Court and Democratic Hedging", *The Georgetown Law Journal* 99 (2011).

- Jefferson, Thomas, "Volume 15: 27 March 1789 to 30 November 1789", en Jefferson Thomas, *The Papers of Thomas Jefferson*, New York, Princeton University Press, vol. 15, p. 27.
- Jellinek Georg, *Reforma y mutación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- Kalyvas, Andreas, "Soberanía popular, democracia y el poder constituyente", *Política y gobierno* 12, 1 (2005), pp. 91-124.
- Kelsen, Hans, *Teoría pura del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2009.
- Kennedy, Duncan, "Three globalizations of law and legal thought: 1850-2000", en David M. Trubek and Alvaro Santos (eds.), *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 19-73. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511754425.002>
- Kierkegaard, Søren, *The concept of anxiety*, New York, Princeton University Press, 1980.
- Kuhn, Thomas, *The Structure of Scientific revolutions*, Chicago and London, Chicago University Press, 1996.
- Landau, David y Rosalind Dixon, *Abusive Constitutionalism Borrowing: Legal Globalization and the Subverting of Liberal Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2021.
- Landau, David, "Abusive constitutionalism", *U.C. Davis Law Review* 47, 189 (2013).
- Landau, David, "The causes and consequences of a judicialized peace process in Colombia", *International Journal of Constitutional Law* 18, 4 (2020), pp. 1303-1323. <https://doi.org/10.1093/icon/moaa087>
- Landau, David, *Derechos sociales y límites a la reforma constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.
- Lawther, Cheryl, Luke Moffett y Dov Jacobs, *Research Handbook on Transitional Justice*, 2017. <https://doi.org/10.4337/9781781955314>
- Lemaitre Ripoll, Julieta, *El derecho como conjuro: fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*, Bogotá, Siglo del Hombre "ditores y Universidad de los Andes, 2009.
- Levistky, Steven y Daniel Zimblatt, *How Democracies Die*, Crow, New York, 2018.
- Linz, Juan y Alfred Stepan, *Problems of democratic transition and consolidation: Southern Europe, South America, and post-communist Europe*, Baltimore, Johns Hopkins University, 1996.

- López-Medina, Diego, "El nacimiento del derecho comparado moderno como espacio geográfico y como disciplina: instrucciones básicas para su comprensión y uso desde América Latina", *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional* 26, 2015, pp. 117-159.
- López-Medina, Diego, *Teoría Impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Legis, 2004.
- Iudsing, Hallie, "Peace making and constitutional-drafting: A dysfunctional marriage", *University of Pennsylvania Journal of International Law* 33 (2011), 239-311.
- Mukherjee, Sayan, "The Unconventional Dimensions of the Basic Structure Doctrine: An Insight", SSRN (2011). <https://doi.org/10.2139/ssrn.3109541>
- Nelson Camilo Sánchez León y Rodrigo Uprimny Yepes, "Transitional justice in conflict: Reflections on the colombian experience", en Roger Duthie y Paul Seils Justice (eds.), *Mosaics: How Context Shapes Transitional Justice in Fractured Societies*, International Center for Transitional Justice, 2017, pp. 258-277.
- O' Donnell, Guillermo, *Democracia, agencia y Estado. Teoría con intención comparativa*, Buenos Aires, Prometeo, 2010.
- Ozcelik, Asli y Tarik Olcay, "(Un)constitutional change rooted in peace agreements", *International Journal of Constitutional Law*, 2021. <https://doi.org/10.2139/ssrn.3605790>
- Paine, Thomas, *Common Sense*, en Eric Foner (ed.), *Paine. Collected Writings*, The Library of America, 1995.
- Palacios Torres, Alfonso, "Orden democrático, proceso decisorio y planeación de actividades en las cámaras legislativas", *Revista Derecho del Estado*, 2003.
- Palacios Torres, Alfonso, *Concepto y control del procedimiento legislativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- Ragone, Sabrina, La contribución de la jurisprudencia colombiana al debate comparado sobre el poder de reforma: la "sustitución" como paradigma formal y material", *Revista Derecho del Estado* 50 (2021). <https://doi.org/10.18601/01229893.n50.05>
- Ramelli, Alejandro, "Luces y sombras del ejercicio del test de sustitución en Colombia", *Revista Derecho del Estado* 48 (2020), pp. 31-50. <https://doi.org/10.18601/01229893.n48.02>
- Ramírez Cleves, Gonzalo, "El control material de las reformas constitucionales mediante acto legislativo", *Revista Derecho del Estado* 18 (2006), pp. 3-32. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/740>

- Ramírez Cleves, Gonzalo, "La inconstitucionalidad de las reformas constitucionales en Colombia", *Palabra* 2, 1 (2011), pp. 288-325.
- Ramírez Cleves, Gonzalo, "Reformas a la Constitución de 1991 y su control de constitucionalidad: entre democracia y demagogia", *Revista Derecho del Estado* 21, 1 (2008), pp. 145-176
- Ranchordás, Sofía y Yaniv Roznai, *Time, Law and Change: An Interdisciplinary Study*, New York, Hart Publishing, 2020. <https://doi.org/10.5040/9781509930968>
- Rawls, John, *Una teoría de la justicia*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1995.
- Roa Roa, Jorge y Paula Robledo Silva, "La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia en el año 2010. Los límites a la reforma de la Constitución, los derechos de las mujeres y los debates comunes a Colombia y España", *España Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales 15 (2011), 643-676.
- Roa Roa, Jorge, *Control Constitucional Deliberativo: el ciudadano ante la justicia constitucional, la acción pública de inconstitucionalidad y la legitimidad democrática del control judicial al legislador*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019. <https://doi.org/10.2307/j.ctv1k03p22>
- Rousseau, Jean-Jacques, *El contrato social*, Madrid, Espasa Calpe, 2007.
- Roznai, Yaniv, "Amendment Power, Constituent Power, and Popular Sovereignty", en Richard Albert, Xenophon Contiades and Alkemele Fotiadou (eds.), *The Foundations and traditions of Constitutional Amendment*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2017, pp. 91-142.
- Roznai, Yaniv, "Constitutional amendability and unamendability in Southeast Asia", *The Journal of Comparative Law* (2017), pp. 188-204.
- Roznai, Yaniv, "Introduction: Constitutional Court in a 100-Years Perspective and Proposal for a Hybrid Model of Judicial Review", *Vienna Journal on International Constitutional Law* 14, 4 (2020), pp. 355-378. <https://doi.org/10.1515/icl-2020-0039>
- Roznai, Yaniv, "Towards a Theory of Constitutional Undamendability: On the Nature and Scope of the Constitutional Amendment Powers", *juz Politicum- Revue de Droit Politique* (2017), pp. 5-37.
- Roznai, Yaniv, *Unconstitutional Constitutional Amendments*, London, Cambridge University Press, 2017.
- Sapiano, Jenna, *Courting Peace: Judicial Review and Peace Jurisprudence*, *Global Constitutionalism* 6 (2017). <https://doi.org/10.1017/S2045381716000253>

- Schmitt, Carl, *Constitutional Theory*, New York, Duke University Press, 2008.
- Sieyès, Emmanuel, *Qu'est-ce le Tiers état?*, Roberto Zapperi (ed.), Ginebra, Librairie Droz, 1970.
- Sripati, Vijayahshri, "UN Constitutional Assistance Projects in Comprehensive Peace Missions: An Inventory 1989-2011", *International Peacekeeping* 19 (2012), 93-113. <https://doi.org/10.1080/13533312.2012.642169>
- Teitel, Ruti, *Justicia Transicional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.
- Tushnet, Mark, *Taking back the Constitution. Activism, judges and the next age of American law*, Yale University Press: New Haven and London, 2020. <https://doi.org/10.12987/9780300252903>
- Uprimny Yepes, Rodrigo, "Las enseñanzas del análisis comparado: procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano", en R. Uprimny Yepes, M. P. Saffon Sanín, C. Botero Marino y E. Restrepo Saldarriaga, *¿Justicia Transicional sin Transición? Verdad, Justicia y Reparación para Colombia*, Bogotá, Dejusticia, 2006.
- Urueña, Reném, "International law as expert knowledge: Exploring the changing role of international lawyers in national contexts", en Jean d'Aspremont, Tarcisio Gazzini, André Nollkaemper y Wouter Werner (eds.), *International Law as a Profession*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 389-411. <https://doi.org/10.1017/9781316492802.017>
- Verdugo, Sergio y Marcela Prieto, "The dual aversion of Chile's constitution-making process", *International Journal of Constitutional Law* 19, 1 (2021), pp. 149-168. <https://doi.org/10.1093/icon/moab011>
- Vinx, Lars, *The guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of Constitutional law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015. <https://doi.org/10.1017/CBO9781316136256>
- Von Bogdandy, Armin, "Ius Constitutionale Commune en América Latina. Observations on transformative constitutionalism", en A. Von Bogdandy, E. Ferrer Mac-Gregor, M. Morales Antoniazzi y F. Piovesan (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America*, Oxford, Oxford University Press, 2017. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2859583>
- Younes Moreno, Diego, *Derecho Constitucional Colombiano*, Bogotá, Legis, 2021.