

Bogotá, 03 de diciembre de 2015

Magistrado Ponente

ALBERTO ROJAS RÍOS

Corte Constitucional

E.S.D.

Asunto: Concepto sobre el expediente D-10918. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 9 (parcial) del Acto Legislativo 02 de 2015.

César Rodríguez Garavito, Rodrigo Uprimny Yepes, Diana Isabel Güiza Gómez y Sebastián Lalinde Ordóñez, director e investigadores del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad -Dejusticia, respectivamente, ciudadanos colombianos, identificados como aparece al pie de nuestras firmas, en respuesta a la amable solicitud de la Corte, presentamos nuestro concepto sobre la constitucionalidad del artículo 9 (parcialmente demandado) del Acto Legislativo 02 de 2015 “por medio del cual se adopta una reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional y se dictan otras disposiciones”¹. En nuestro concepto, la Corte Constitucional en esta oportunidad debe responder la siguiente pregunta central: ¿es competente el Congreso, actuando como poder de reforma, para modificar los mecanismos de reforma a la Constitución a través de acto legislativo, que es uno de esos mecanismos? Esta cuestión se encuentra inscrita en el problema constitucional sobre los límites del poder constituyente derivado o de reforma para modificar la Constitución en general, y respecto de esos límites cuando dicho poder de reforma modifica los mecanismos de cambio de la Constitución, en particular.

Creemos que este es un problema de especial importancia constitucional, por razones teóricas y normativas. Respecto a las primeras, pues este dilema, que Alf Ross ha denominado *el problema de la auto-referencia*², ha ocupado la atención de la teoría

¹ En extenso, este artículo establece: “Artículo 9. El artículo 197 de la Constitución Política quedará así:

Artículo 197. No podrá ser elegido Presidente de la República el ciudadano que a cualquier título hubiere ejercido la Presidencia. Esta prohibición no cobija al Vicepresidente cuando la ha ejercido por menos de tres meses, en forma continua o discontinua, durante el cuatrienio. **La prohibición de la reelección solo podrá ser reformada o derogada mediante referendo de iniciativa popular o asamblea constituyente.**

No podrá ser elegido Presidente de la República o Vicepresidente quien hubiere incurrido en alguna de las causales de inhabilidad consagradas en los numerales 1, 4 Y 7 del artículo 179, ni el ciudadano que un año antes de la elección haya tenido la investidura de Vicepresidente o ejercido cualquiera de los siguientes cargos: Ministro, Director de Departamento Administrativo, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado, Comisión Nacional de Disciplina Judicial, Miembro de la Comisión de Aforados o del Consejo Nacional Electoral, Procurador General de la Nación, Defensor del Pueblo, Contralor General de la República, Fiscal General de la Nación, Registrador Nacional del Estado Civil, Comandantes de las Fuerzas Militares, Auditor General de la Republica, Director General de la Policía, Gobernador de Departamento o Alcalde.

(Los apartes subrayados corresponden a las expresiones demandadas)

² Para Alf Ross, la paradoja constitucional se presenta en el “difícil problema que se encierra en la idea de una constitución que contiene reglas para su propia reforma, cuando estas reglas son consideradas como parte de la

constitucional. Además, de la respuesta a este problema depende la vigencia de dos elementos esenciales de las constituciones del mundo contemporáneo: la supremacía y la rigidez constitucional. Es decir, de los límites que se establezcan al poder constituyente derivado cuando modifica las reglas de cambio constitucional depende, en gran medida, que la Constitución se defienda como una norma jurídica superior del ordenamiento (supremacía constitucional) que, por ese motivo, solo puede ser reformada a través de mecanismos más estrictos que aquellos utilizados para reformar las demás normas (rigidez constitucional). Pese a que algunos autores han diferenciado con razón los conceptos de supremacía y rigidez³, creemos que en el constitucionalismo colombiano ambas nociones están estrechamente ligadas, así que, por economía del lenguaje, cuando aludamos a la supremacía constitucional estaremos refiriéndonos a que la Constitución no solo prevalece en el ordenamiento jurídico, sino que también es rígida, puesto que la degradación de la rigidez supone la degradación de la supremacía. Y en relación con las razones normativas, el problema que plantea el caso amerita que la Corte Constitucional le preste especial atención al desarrollo del tema, en particular, porque hasta el momento no se ha pronunciado sistemáticamente respecto a los alcances del poder de reforma de las reglas de cambio constitucional⁴.

Para nosotros, la norma parcialmente demandada no sustituye la Carta, puesto que preserva lo que llamaremos la supremacía normativa de la Constitución de carácter democrática al dejar abierta la posibilidad de hacer modificaciones a la Constitución y al no eliminar los procedimientos especiales y más complejos para reformar la Carta en comparación con los mecanismos de reforma de las normas infraconstitucionales. En estas circunstancias, la disposición demandada es constitucional.

Para desarrollar nuestro argumento de la constitucionalidad de la norma acusada, en primer lugar, recordaremos la tesis acerca de los límites del poder de reforma para modificar la Constitución y la metodología del juicio de sustitución. Allí haremos especial énfasis en que, por una parte, la intensidad de dicho juicio es mayor o menor dependiendo del mecanismo de cambio constitucional empleado; y, por otra parte, en que el *test* de proporcionalidad es una herramienta útil para medir si la reforma constitucional sustituye o anula un pilar fundamental de la Constitución. En segundo lugar, explicaremos la perplejidad que supone modificar los mecanismos de cambio constitucional y cómo se sorteaba esa dificultad. En último lugar, aplicaremos al caso concreto del artículo 9 (parcial) acusado del Acto Legislativo 02 de 2015 el juicio jurídico de sustitución.

constitución y, a la vez, están sujetas al procedimiento de reforma que ellas mismas establecen”. Ross, Alf. “Sobre la auto-referencia y un difícil problema de derecho constitucional”. En: *El concepto de validez y otros ensayos*. México: Fontanamara, 1997, p. 43.

³ Una constitución podría prevalecer sobre las demás normas jurídicas, pese a ser muy fácil de reformar al no exigir unas mayorías más robustas o unos procedimientos más complejos en comparación con la reforma del resto de normas jurídicas.

⁴ La Corte Constitucional solamente se ha pronunciado una vez sobre el ámbito del poder de reforma del poder constituyente derivado cuando modifica las reglas de cambio constitucional. En la sentencia C-1056 de 2012, la Corte decidió una demanda de inconstitucionalidad contra el Acto Legislativo 01 de 2011 que establecía que en ningún caso habría conflicto de intereses cuando se tramitaran actos legislativos. En esa ocasión, el Congreso, en ejercicio del poder constituyente derivado, cambió una regla del procedimiento de formación de los actos legislativos, el cual es un mecanismo de reforma constitucional. Para la Corte, esa modificación no fue menor sino que implicó la sustitución de los principios democrático, de prevalencia del interés general y de la separación de poderes, los cuales son elementos definitorios de la Constitución de 1991.

Síntesis de la intervención

El artículo 9 del Acto Legislativo 02 de 2015 dispone que la prohibición de reelección presidencial -fijada nuevamente en el ordenamiento colombiano por la norma acusada- solo puede reformarse o derogarse a través de referendo de iniciativa popular o de asamblea nacional constituyente. Es decir, excluye la posibilidad de reformar la cláusula sobre reelección presidencial por medio de acto legislativo o de referendo de iniciativa gubernamental. En esta medida, el Congreso, en ejercicio del poder constituyente derivado, limitó los mecanismos de cambio de la Constitución que son procedentes para modificar la materia específica de la reelección presidencial.

Para los demandantes, esta norma es inconstitucional, ya que el Congreso, actuando como poder constituyente derivado, excedió su competencia para reformar la Constitución. En efecto, los accionantes señalan que la cláusula que restringe las reglas de cambio constitucional respecto a la reelección presidencial no es una reforma menor. Por el contrario, resaltan, es una modificación trascendental de la Constitución, dado que esa nueva regulación sustituye uno de sus pilares fundamentales: el modelo de rigidez constitucional. Este pilar fundamental, en criterio de los demandantes, consiste en que para modificar la Constitución deben seguirse unos procedimientos especiales y estrictos, los que para el caso colombiano son el acto legislativo, el referendo constitucional (que puede ser de iniciativa ciudadanía o de iniciativa gubernamental) y la asamblea nacional constituyente (art. 374 superior). Pero en el ámbito concreto de la reelección presidencial, el Congreso, en ejercicio del poder de reforma, estableció que ya no serán aplicables cualquiera de estos procedimientos de reforma de la Constitución mencionados, sino solamente dos de ellos: la asamblea constituyente y el referendo de iniciativa popular. Así, la exclusión de dos de los mecanismos de cambio constitucional (el acto legislativo y el referendo de iniciativa gubernamental) elimina el pilar fundamental del modelo de rigidez de la Constitución.

Consideramos que en esta ocasión la Corte Constitucional, por medio del juicio jurídico de sustitución, debe decidir si el Congreso, como poder de reforma, al seleccionar solamente dos mecanismos de reforma de la Constitución (el referendo de iniciativa popular y la asamblea nacional constituyente) para la modificación o cambio de la prohibición de reelección presidencial, sustituyó el pilar fundamental de supremacía normativa de la Constitución de carácter democrática. Este problema constitucional responde a la cuestión del alcance de competencia del Congreso, cuando actúa como poder de reforma, para modificar los mecanismos de cambio a la Constitución a través de acto legislativo, que es uno de esos mecanismos.

Nosotros sostenemos que en este caso el Congreso, como poder constituyente derivado, no sustituyó el pilar fundamental de supremacía normativa de la Constitución de carácter democrática. Este pilar consiste en que la Constitución es la norma superior del ordenamiento jurídico, por lo que tiene unos mecanismos especiales y más exigentes de reforma, los que, en todo caso, deben asegurar el debate democrático, esto es, que las reformas no sean tan difíciles que vuelvan pétrea la Constitución ni tan flexibles que permitan un avasallamiento de las minorías por parte de las mayorías. Este pilar hace parte del núcleo esencial de la Constitución que no se puede anular ni sustituir. Dicho

pilar se diferencia de sus expresiones, que para el caso colombiano son los mecanismos específicos de reforma de la Carta de 1991, consagrados en el Título XIII de la misma. Así, las expresiones del pilar son, en principio, modificables salvo que afecten de manera desproporcionada la deliberación y participación de las reglas de cambio, hasta tal punto que se anule el pilar fundamental de supremacía normativa de la Constitución de carácter democrática.

En este caso concreto no hay sustitución de la Constitución. Ello por cuanto, en primer lugar, la medida contenida en la norma acusada persigue como fin legítimo poner un cerrojo más fuerte a la posibilidad de reinstaurar la reelección presidencial que ha demostrado ser perjudicial al impactar negativamente los principios de separación de poderes, alternancia en el ejercicio del poder presidencial, el sistema de frenos y contrapesos, y la igualdad de oportunidades en el acceso al cargo de presidente. Asimismo, este fin es legítimo por cuanto responde a uno de los objetivos de las constituciones modernas, el cual es mantener las democracias abiertas para evitar su autodestrucción por la perpetuación en el poder de mayorías ocasionales, y el silenciamiento de las minorías.

En segundo lugar, dicha medida es necesaria, pues no aparece claramente que exista otra medida alternativa para evitar que una mayoría ocasional se perpetúe en el poder, ni que tenga igual grado de eficacia para conseguir ese fin, como ocurre con la cláusula constitucional de la prohibición de reformar la reelección presidencial a través de mecanismos diferentes al referendo de iniciativa popular o a la asamblea constituyente. Por lo demás, esta medida no lesiona el pilar fundamental de supremacía normativa de la Constitución de carácter democrática. De hecho, la medida en cuestión asegura que el debate público sobre la reelección presidencial no quede clausurado o cerrado indefinidamente, ya que aún quedan canales abiertos (referendo de iniciativa popular y asamblea nacional constituyente), por medio de los cuales se podrían encauzar este tipo de reformas. Además, esta modificación tampoco flexibiliza los mecanismos de reforma, de tal manera que excluya a las minorías y las deje sin voz en los espacios deliberativos y participativos.

En tercer lugar, tal medida es proporcional en sentido estricto, dado que excluir el mecanismo del acto legislativo y de referendo de iniciativa gubernamental para reformar la reelección presidencial maximiza la supremacía constitucional y la democracia al hacer más difíciles las reformas sobre reelección presidencial y, al mismo tiempo, más participativas y deliberativas. Adicionalmente, el acto legislativo demandado dificulta la modificación de la prohibición de reelección presidencial, prohibición que hace parte del diseño original adoptado por el Constituyente de 1991, el cual, a la postre, demostró asegurar la vigencia de la Constitución y de la democracia frente a la permisión de la reelección.

Para sustentar nuestra posición, aplicamos el juicio de sustitución siguiendo la metodología establecida en la jurisprudencia constitucional. Además, proponemos dos aclaraciones en esa metodología. Primero, señalamos que el escrutinio de la Corte en el juicio de sustitución debe ser diferenciado en función del ámbito de competencia del poder de reforma, que se define por el mecanismo de reforma constitucional empleado.

Así, entre más deliberativo y participativo sea el mecanismo de modificación y, por ende, más amplio el poder de reforma, el juicio de sustitución debe ser más deferente y restringido; mientras que si el grado de deliberación y participación del mecanismo de reforma es menor y, por consiguiente, el poder de reforma es más limitado, el juicio de sustitución debe ser ampliado y más estricto, lo que significa que la Corte debe examinar no solo si el poder de reforma sustituyó un pilar fundamental sino también si lo afectó intensamente. Segundo, indicamos que el *test* de proporcionalidad es una herramienta útil para medir el grado de afectación de una reforma constitucional a determinado pilar fundamental, lo que debe analizar la Corte en la conclusión del juicio de sustitución.

1. La tesis del alcance del poder de reforma para modificar los mecanismos de cambio de la Constitución⁵

El poder constituyente derivado tiene límites competenciales. Así lo han reconocido distintos teóricos constitucionales y la Corte Constitucional reiteradamente desde la sentencia C-551 de 2003. Estos límites se sustentan en diferentes razones de orden teórico, histórico, funcional y de derecho internacional, las cuales expondremos en este acápite. Posteriormente, explicaremos el juicio de sustitución, que es la metodología que ha adoptado la Corte para definir si el poder de reforma sustituye o no la Constitución. Asimismo, desarrollaremos una doctrina sobre su nivel de intensidad en función del mecanismo de reforma utilizado y aclararemos que el principio de proporcionalidad es una herramienta que sirve para evaluar si hay o no sustitución de un pilar fundamental de la Constitución.

1.1. El poder de reforma tiene límites de competencia para modificar la Constitución

La existencia de límites competenciales al poder de reforma cuando modifica cualquier materia de la Constitución tiene sustento en diversas razones. Entre ellas, están las razones de teoría constitucional, históricas, funcionales y de derecho internacional.

En primer lugar, desde la óptica de la teoría constitucional, hay fuertes argumentos para aceptar la posibilidad de reformar las constituciones. Así, Thomas Jefferson, uno de los Padres Fundadores de los Estados Unidos, sostuvo en una carta a James Madison de 1789 que la Constitución debía ser reescrita cada 19 años. Para él, ninguna generación de personas tiene el derecho de aprisionar, atar u obligar a las generaciones siguientes, ya que el mundo, según él, pertenece a los vivos y no a los muertos.

Esta reflexión de Jefferson constituye uno de los pilares filosóficos de la posibilidad de reformar una constitución, competencia que Madison explica en el artículo 43 de *El Federalista*, en el hecho de que la experiencia puede sugerir reformas convenientes, de modo que es necesario fijar algún modo para introducirlas. Agrega Madison que esta manera de introducir las reformas debe buscar un justo medio que proteja por igual

⁵ Este apartado retoma algunas de las consideraciones realizadas por Rodrigo Uprimny en su aclaración de voto a la sentencia C-572 de 2004 y de los argumentos desarrollados por Dejusticia en la demanda que interpuso contra el Acto Legislativo 01 de 2011 en mayo de 2012.

“contra esa facilidad extrema que haría a la Constitución demasiado variable y contra esa exagerada dificultad que perpetuaría sus defectos manifiestos”⁶.

Esta discusión de los teóricos estadounidenses nos lleva a la cuestión de los límites del poder constituyente derivado⁷. La defensa de los límites al poder de reforma tiene como presupuesto la diferenciación entre poder constituyente originario y poder constituyente derivado, iniciada por Sieyès en su opúsculo *¿Qué es el tercer estado?* Mientras que el poder constituyente originario tiene por límite cumplir su función -esto es, elaborar una constitución en un tiempo limitado y de acuerdo con la voluntad de los representados-, el poder constituyente derivado está restringido por los contenidos de la Constitución y los procedimientos de reforma que la misma ha establecido. Es decir, en tanto el poder constituyente derivado actúa en virtud de la competencia que le otorga la Constitución, ese poder debe ajustarse a los cauces materiales y formales que esa misma Constitución le impone.

Este problema constitucional surge de las tensiones entre el principio democrático y el principio de supremacía de la Constitución. Dichas tensiones pueden entenderse en los siguientes términos: el pueblo, en tanto soberano, tiene la facultad de autogobernarse y darse una Constitución (principio democrático), la cual, al mismo tiempo, es una norma jurídica superior que debe respetarse y que encauza el actuar político de ese mismo pueblo soberano (principio de supremacía constitucional)

En esta misma línea, la Corte Constitucional, desde la sentencia C-551 de 2003 y en posteriores ocasiones, ha sostenido que existen límites de competencia al poder de reforma, los cuales son regulados en sede de constitucionalidad, por medio del juicio jurídico de sustitución de la Constitución. La doctrina de la Corte en esta materia se funda en la distinción entre poder constituyente originario y poder constituyente derivado o de reforma, de la cual el Tribunal extrae la idea de que el poder de reforma, al no ser originario, es por esencia limitado. En este contexto, la única posibilidad jurídica para reformar totalmente la Constitución sería a través de una asamblea constituyente con competencia general.

En segundo lugar, una razón histórica y material sobre la función del constitucionalismo fortalece también la tesis sobre los límites competenciales del poder de reforma. En efecto, la idea de una constitución democrática no es únicamente la de una norma de especial jerarquía, sino la de una norma que debe también contener ciertos valores mínimos para poder ser calificada materialmente de constitución. Y estos valores se encuentran ligados a la idea de un Estado limitado, que se fundamenta en la democracia y garantiza la dignidad y los derechos de la persona. Una constitución no es, entonces, cualquier texto jurídico que se reconozca como superior, sino que ha de contener ciertos elementos, tales como la definición de una estructura del poder, un sistema de derechos constitucionales, la arquitectura de un sistema democrático, la existencia de un control constitucional, el respeto por la dignidad humana, entre otros aspectos. Son estos valores y

⁶ Madison, James. “El Federalista 43”. En: Hamilton, Alexander; Madison, James; y Jay, John. (1788). *El federalista*. Traducción de Gustavo R. Velasco. Segunda edición. México: Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 187.

⁷ Levinson, Daryl L. “Parchment and Politics: the Positive Puzzle of Constitutionalism Commitment”. En: *Harvard Law Review*, Vol. 124, No. 3, 2011.

principios los que construyen la esencia de la idea de un poder constitucional limitado. La renuncia a tales valores y principios básicos no supone solo separarse de tal tradición sino abjurar de la condición de democracia constitucional, pues no será posible concebir un poder limitado o, lo que es lo mismo, un Estado organizado por y a partir del derecho. Por ello, una reforma constitucional que consagre normas que desconozcan ese piso axiológico mínimo de todo régimen constitucional desborda las competencias del poder constituyente derivado, no solo porque subvierte la Constitución de 1991, que está comprometida con esos valores, sino además porque desvirtúa la idea misma de régimen constitucional. Como bien dice Lowenstein, una reforma constitucional que privara de sus derechos a los pelirrojos “estaría tan en contradicción con el principio de igualdad -que es uno de los principios y valores esenciales del constitucionalismo- que habría que hablar de una anticonstitucionalidad inherente *prima facie*”⁸.

Esta función histórica del constitucionalismo ha recibido además una cierta positivización en el derecho internacional público. Así, en tercer lugar, es posible identificar un orden público internacional, construido a partir de un sistema de valores que les son exigibles a todos los estados. Tales valores se reflejan en diversos instrumentos internacionales, como las Cartas de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos, o como los tratados de derechos humanos y derecho internacional humanitario. Además, muchos de los principios y reglas que amparan esos valores ligados a la dignidad humana han adquirido el carácter de normas imperativas de derecho público o normas de *ius cogens*, que no admiten ninguna normatividad que las vulnere⁹. Una reforma constitucional no puede, por consiguiente, contradecir esos principios imperativos del derecho internacional público, muchos de los cuales han sido constitucionalizados por la Carta de 1991 en virtud del bloque de constitucionalidad (arts. 93, 94 y 214 de la Carta).

Los anteriores argumentos refuerzan la tesis del carácter limitado del poder de reforma y, a su vez, podrían ayudar a precisar esos límites. En efecto, si el poder de reforma no puede sustituir o destruir la Constitución existente, es claro que este tiene la capacidad de modificar múltiples regulaciones contenidas en la Constitución, pero siempre y cuando dichas reformas no modifiquen la estructura básica, los elementos axiales, los pilares fundamentales, los elementos definitorios y de la esencia de la Carta. Esto significa que en toda constitución existe un contenido esencial, que deriva de la decisión política fundamental adoptada por el poder constituyente originario y que debe ser preservado por el poder de reforma, el cual no puede invadir ese contenido esencial pues, de hacerlo, estaría desbordando su competencia. Este contenido esencial de la Constitución equivale a la idea de la *estructura básica* desarrollada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de la India, que fue pertinentemente citada y explicada por la nota 19 de la sentencia C-551 de 2003. Esa estructura básica se encuentra ligada al sustrato axiológico de la Constitución, que se encuentra articulado no solo a ciertas decisiones fundamentales del poder constituyente histórico de cada país, sino además a la función contemporánea de los ordenamientos constitucionales en la preservación de la democracia y de los derechos de la persona. En el caso de la Constitución de 1991, ambos elementos se refuerzan

⁸ Lowenstein, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1986, p 193.

⁹ Sobre la noción de *ius cogens*, ver el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, que define este concepto así: “una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

mutuamente por una razón elemental: la identidad política de esta Carta está compuesta por un conjunto de reglas, principios y valores, que dan sentido a la persona humana y al sistema social organizado como Estado social de derecho y democracia participativa.

1.2. *La metodología del juicio de sustitución*

Desde la sentencia C-551 de 2003 y en posteriores ocasiones, la Corte Constitucional ha señalado que frente a las reformas a la Constitución por parte del Congreso en ejercicio de su poder de reforma procede el juicio jurídico de sustitución para verificar la configuración o no de vicios de competencia. Ahora bien, la atribución de la competencia a la Corte Constitucional para verificar si el Congreso en ejercicio del poder de reforma desbordó o no sus competencias reside en los numerales 1 y 2 del artículo 241 de la Constitución, puesto que la revisión de los vicios de procedimiento incluye también examinar la competencia del poder constituyente derivado. Desde luego que esta revisión no puede ser ajena al fondo del acto bajo examen, toda vez que para determinar si en la formación de un acto se desbordó la competencia del poder de reforma se debe adelantar un estudio material que permita concluir si este tema en específico es de competencia del poder constituyente derivado. Por ejemplo, con el fin de definir si determinada regulación es competencia del Banco de la República o del Congreso es ineludible examinar el contenido de dicha regulación. En otras palabras, el estudio de la competencia implica conocer quién puede hacer qué y cómo. En palabras de la Corte,

“[U]n vicio de competencia se proyecta tanto sobre el contenido material de la disposición controlada, como sobre el trámite, pues es un pilar básico de ambos, ya que para que un acto jurídico expedido por una autoridad pública sea regular y válido es necesario que la autoridad realice el trámite señalado por el ordenamiento, pero que además esté facultada para dictar ciertos contenidos normativos. Esto significa entonces que el procedimiento de formación de un acto jurídico puede estar viciado porque el órgano que lo establece, no podía hacerlo, esto es, carecía de la facultad de expedir ese contenido normativo. Pero también puede ocurrir que un órgano sea competente para regular una materia, pero expida de manera irregular el acto por haber incurrido en un vicio de trámite”¹⁰.

¿En qué consiste entonces el juicio de sustitución? La jurisprudencia constitucional ha construido una metodología con base en la figura del silogismo¹¹. Así, la jurisprudencia ha advertido que, en primer término, la premisa mayor supone identificar un pilar o un elemento básico, axial, estructural y definitorio de la Constitución, el cual se halla

¹⁰ Sentencia C551 de 2003, en la cual la Corte Constitucional estudió la constitucionalidad de la Ley 796 de 2003 que convocaba a un referendo para reformar la Constitución.

¹¹ El precedente de la Corte Constitucional con respecto al juicio de sustitución no ha sufrido ninguna variación en las últimas sentencias en las que se ha aplicado. Al respecto, ver la sentencia C-577 de 2014, por medio de la cual se declaró exequible el artículo 3 del Acto Legislativo 1 de 2012 que permite que una ley estatutaria regule cuáles delitos pueden ser considerados conexos al delito político para efectos de la posibilidad de participar en política. Igualmente, la consistencia del juicio de sustitución puede verificarse en la sentencia C-579 de 2013 en la que la Corte declaró exequible el inciso cuarto del artículo 1 del Acto legislativo 01 de 2012 que permite que el Fiscal General de la Nación determine criterios de priorización para el ejercicio de la acción penal en el marco de la justicia transicional.

disperso en toda la Carta y no solamente en un artículo, pues esto haría de tal artículo una cláusula pétrea, figura totalmente ajena a nuestro ordenamiento constitucional. En segundo término, la premisa menor exige explicar el alcance jurídico del acto reformativo demandado a la luz del elemento axial identificado en la premisa mayor. En tercer término, la conclusión del silogismo se edifica comparando si el pilar fundamental identificado es sustituido o no por otro distinto o si es anulado.

Recapitulando, la Corte Constitucional ha advertido que los tres mecanismos de reforma constitucional que consagra la Carta de 1991 –el acto legislativo, el referendo constitucional y la asamblea nacional constituyente con competencia limitada- son expresión del poder derivado y no del poder originario¹², el cual tiene límites y su constitucionalidad se analiza a partir del juicio jurídico de sustitución. Con todo, somos de la opinión de que el control de constitucionalidad sobre cada uno de estos actos no debe tener la misma intensidad, pues el alcance del poder de reforma es distinto dependiendo del grado de deliberación y de participación que permite cada mecanismo de reforma.

Así, el alcance del poder de reforma es distinto según que el procedimiento sea más o menos agravado y recurra a mayor o menor participación ciudadana, lo cual explicaría, entre otras cosas, que nuestro ordenamiento recurra a distintos mecanismos de reforma constitucional. En efecto, esto sugiere que los asuntos más trascendentales de reforma constitucional quedan reservados a los procedimientos y vías que cuenten con una mayor participación directa del pueblo y una mayor deliberación (referendo y asamblea nacional constituyente), mientras que las modificaciones de las regulaciones constitucionales que no afecten la estructura básica podrían ser aprobadas por medio de acto legislativo. Para sustentar nuestra tesis, a continuación haremos una breve caracterización de los mecanismos de reforma previstos en la Constitución, en términos de deliberación y participación. Acto seguido, señalaremos que el grado de intensidad del juicio jurídico de sustitución debe adecuarse a esas particularidades de los mecanismos de reforma.

La teoría constitucional ha distinguido entre constituciones rígidas y constituciones flexibles. Una constitución es rígida, según Riccardo Guastini, “si está protegida (o garantizada) contra la legislación ‘ordinaria’, en el entendido de que las normas constitucionales no pueden ser derogadas, modificadas o abrogadas si no es mediante un procedimiento especial de revisión constitucional (más complejo respecto del procedimiento de formación de las leyes)”¹³.

Pues bien, de acuerdo con esta clasificación, la Constitución colombiana es rígida en cuanto prevé en su artículo 374 tres mecanismos de reforma constitucional que

¹² En la sentencia C-141 de 2010, la Corte Constitucional indicó, recogiendo jurisprudencia precedente, que el poder constituyente originario supone el ejercicio pleno del poder político, pues sus actos son fundacionales y escapan de cualquier control jurisdiccional, en tanto que el poder derivado se refiere a la capacidad de modificar la Constitución, pero dentro de los cauces fijados por la misma Constitución y bajo las condiciones por ella establecidas. En esta sentencia la Corte declaró la inconstitucionalidad de la Ley 1354 de 2009 que convocaba a un referendo constitucional para preguntar al pueblo si estaba o no de acuerdo con permitir una segunda reelección presidencial.

¹³ Guastini, Riccardo. “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”. En: Carbonell, Miguel (editor). *Neoconstitucionalismo(s)*. (2003). Segunda edición. Madrid: Trotta, 2005, pp. 50-51.

contienen un procedimiento reforzado y más exigente que los demás procedimientos de reforma normativa: el acto legislativo, el referendo y la asamblea nacional constituyente. Por lo demás, un ejercicio inductivo de análisis de estos tres mecanismos permite concluir que los principios generales que los orientan son los de deliberación y participación. Por deliberación entendemos el ejercicio del debate democrático en un foro donde se exponen argumentos a favor y en contra de determinada iniciativa. Por participación entendemos las posibilidades de la ciudadanía de contribuir en la formación de una iniciativa de manera directa y no a través de sus representantes. Con todo, los niveles de participación y deliberación en los tres mecanismos no son iguales, siendo el acto legislativo el menos exigente de todos y la asamblea nacional constituyente el más exigente. Por esta razón, la competencia para realizar modificaciones constitucionales es más o menos amplia, dependiendo del mecanismo de reforma al que se recurra, puesto que cada uno de ellos tiene un grado de dificultad diferenciado en función de los niveles de deliberación y participación ciudadana implicados.

En un sentido muy similar, algunos autores han sostenido que las constituciones requieren diferentes mecanismos de reforma para diferentes cambios constitucionales. Así, los cambios en los valores más fundamentales de una constitución deberían recurrir al método de reforma más difícil y deliberativo, en tanto que los cambios más mundanos y corrientes deberían tramitarse por el método más expedito y eficiente, tal como lo sostiene Elihu Root, retomando a Elai Katz¹⁴.

Analicemos entonces los procedimientos de reforma constitucional previstos en la Carta con la finalidad de medir su complejidad en términos de deliberación y participación, lo que determinará para cada uno de ellos la amplitud de la competencia para reformar la Constitución y, por consiguiente, la intensidad del juicio jurídico de sustitución.

En primer lugar, el acto legislativo es un mecanismo de reforma constitucional cuya sede principal es el Congreso. El proyecto de acto legislativo inicia su trámite con su presentación por parte del Gobierno, o de diez miembros del Congreso, o del veinte por ciento de los concejales o de los diputados, o por los ciudadanos en un número equivalente al menos al cinco por ciento del censo electoral vigente. El siguiente requisito de trámite es que se celebren ocho debates en el Congreso, en los que la aprobación del acto legislativo se surta por una mayoría simple en los primeros cuatro debates y por una mayoría absoluta en los siguientes cuatro. Asimismo, el trámite del proyecto de acto legislativo debe tener lugar en dos periodos ordinarios y consecutivos. En definitiva, el acto legislativo como procedimiento de reforma constitucional supone unos niveles de deliberación importantes, habida cuenta del número de debates y de la robustez de las mayorías. La exigencia de estas mayorías más robustas en los últimos cuatro debates se funda en que el Constituyente juzgó pertinente guiar las reformas constitucionales vía Congreso a través de un modelo de democracia de consenso y no simplemente de democracia de mayorías, lo cual fortalece aún más el elemento deliberativo. Entendemos con Arend Lijphart por democracia mayoritaria aquel modelo en el que la mayoría domina, en contraposición a una democracia de consenso que

¹⁴ Katz, Elai. "On Amending Constitutions: The Legality and Legitimacy of Constitutional Entrenchment". En: *Columbia Journal of Law and Social Problems*, volume 29, pp. 251-292, 1995-1996.

busca la mayor deliberación y el mayor apoyo posible, es decir, en este último modelo las minorías tienen más poder¹⁵. En esta dinámica, las minorías serían quienes en algunos casos decidirían las reformas constitucionales, pues ellas aportarían los votos que faltan para que las mayorías simples de los primeros cuatro debates se conviertan en mayorías absolutas en los cuatro debates de la siguiente ronda. No obstante, el alcance de la participación ciudadana en el procedimiento de acto legislativo es muy limitado, en cuanto recae enteramente sobre un ejercicio de democracia representativa y no directa, puesto que todo el trámite se surte en el Congreso. Pero, claro, la participación ciudadana directa puede llegar a adquirir un mayor protagonismo si son los ciudadanos quienes presentan el proyecto de acto legislativo.

En segundo lugar, el referendo precisa que el Gobierno o un número de ciudadanos igual o superior al cinco por ciento del censo electoral presente al Congreso un proyecto de reforma constitucional. Posteriormente, el Congreso debe proferir una ley que convoque a referendo y que incorpore el proyecto de reforma constitucional que se someterá a este mecanismo de participación ciudadana, la cual requiere de la aprobación de la mayoría de los miembros del Congreso y de la Cámara de Representantes. Una vez expedida la ley, esta debe pasar exitosamente un control de constitucionalidad automático por parte de la Corte Constitucional. El paso siguiente es el sometimiento del proyecto de reforma constitucional a referendo, el cual exige para su aprobación del voto afirmativo de más de la mitad de los sufragantes y que el número de éstos exceda de la cuarta parte del total de ciudadanos que integren el censo electoral. En este contexto, el procedimiento de reforma constitucional vía referendo tiene un componente deliberativo significativo que se caracteriza por el trámite de una ley que convoca a referendo y somete a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional que debe surtir cuatro debates en el Congreso y ser aprobada por una mayoría absoluta. Sumado a lo anterior, la participación ciudadana directa se ve reflejada en las votaciones del referendo. Dado el caso que el proyecto de ley de referendo sea presentado por la ciudadanía, en este momento la participación ciudadana también se manifiesta.

En tercer lugar, la reforma constitucional mediante el procedimiento de asamblea nacional constituyente supone cinco momentos generales. El primer momento implica la realización de cuatro debates en el Congreso en los que se apruebe por una mayoría absoluta una ley que convoque a la ciudadanía para que en votación popular decida si convoca o no una asamblea constituyente. El segundo momento está dado por el control constitucional automático que se debe realizar a esta ley. El tercer momento está determinado por el sufragio ciudadano a través del cual al menos una tercera parte de los integrantes del censo electoral deben votar a favor de la convocatoria de una asamblea constituyente. En el cuarto momento se debe realizar una nueva votación para que la ciudadanía elija a los miembros de la asamblea. El quinto momento se configura en el seno de la asamblea constituyente formada, donde se debe debatir y aprobar el articulado de reforma que se propone. Por estos rasgos, la asamblea constituyente es el mecanismo de reforma constitucional que más dificultades plantea y que más participación ciudadana y deliberación requiere.

¹⁵ Lijphart, Arend. *Las democracias contemporáneas: un estudio comparativo*. Barcelona: Ariel, 1998.

Teniendo en cuenta estas características de los mecanismos de reforma, estimamos que en los casos en los que el poder de reforma es mayor, dado que hay más participación y deliberación, el juicio de sustitución debe ser más deferente con este poder, mientras que en los casos en los que el poder de reforma es menor, el juicio de sustitución debe ser menos deferente, esto es, más estricto. Así las cosas, consideramos que tratándose de reformas por vía de referendo o asamblea constituyente se debe utilizar un *juicio restringido*, mientras que frente a reformas a través de acto legislativo debe aplicarse un *juicio ampliado*. ¿En qué consiste entonces este juicio ampliado? Nuestra tesis es que a través de un acto legislativo el Congreso como poder de reforma no solo no puede sustituir un elemento estructural de la Constitución, sino que tampoco puede afectarlo de manera intensa.

Un juicio de sustitución restringido posibilita entonces mayores cambios constitucionales, debido a que los mecanismos de reforma empleados garantizan unos niveles de deliberación y participación significativos, lo que justifica que el juicio de sustitución sea más flexible, de modo que las modificaciones a la Constitución puedan ser más profundas. En cambio, un juicio de sustitución ampliado dificulta más las reformas constitucionales, lo cual se explica por el hecho de que el mecanismo de reforma utilizado tiene un componente participativo menor, puesto que las decisiones son tomadas por los representantes del pueblo (democracia representativa) y no por el pueblo mismo (democracia directa).

Finalmente, en relación con la metodología del juicio de sustitución queremos aclarar un paso que la Corte Constitucional no ha enunciado expresamente, pero que sí ha aplicado de manera tácita. Para medir el nivel de afectación producido por una reforma constitucional sobre un pilar fundamental o elemento esencial y axial de la Constitución identificado resulta oportuno aplicar un *test* de proporcionalidad. De esta forma, es posible determinar si la reforma constitucional sustituye la Carta o si al menos la afecta de manera intensa, lo que, en nuestra opinión, es algo que le está vedado al Congreso cuando actúa como poder constituyente derivado. En este contexto, la reforma constitucional debe ser idónea para lograr un fin constitucionalmente legítimo, debe ser necesaria en el sentido de que no haya otro medio menos gravoso para lograr el mismo fin y, por último, deber ser proporcional en sentido estricto, es decir, “la importancia del objetivo que persigue la intervención en el derecho fundamental [o que persigue la reforma] debe estar en una relación adecuada con el significado del derecho intervenido”¹⁶. En otras palabras, la reforma debe reportar mayores ventajas o al menos compensar los sacrificios que le implica a la sociedad.

2. La perplejidad que supone modificar los mecanismos de cambio constitucional

La tensión entre constitucionalismo y democracia, en la que se encuentra la cuestión de los límites de competencia al poder de reforma, se refuerza cuando dicho poder de reforma modifica las reglas de cambio de la Constitución. Este asunto es conocido en la obra de Alf Ross como *el problema de la auto-referencia*. Según distintos teóricos, tal

¹⁶ Bernal Pulido, Carlos. *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 67.

problema supone una paradoja que se encierra en las siguientes dos ideas nucleares del constitucionalismo. Por un lado, la Constitución, como norma jurídica superior, tiene unos mecanismos de reforma estrictos que garantizan su superioridad normativa, por lo que esos mecanismos se consideran parte de la esencia misma de la Constitución. Por otro lado, el poder constituyente derivado es competente para modificar la Constitución, siempre y cuando no sustituya, destruya o anule la estructura básica de la misma, de la que hacen parte los mecanismos de reforma. Entonces, ¿es competente el poder constituyente derivado, que está limitado por los elementos esenciales y formales de la Constitución, para modificar las reglas de cambio de la Constitución, si esas reglas de cambio hacen parte de la estructura básica de la misma y de ellas derivan las facultades de actuación del constituyente derivado? Si la respuesta es afirmativa, ¿cuál es el límite de tal competencia del poder de reforma, si se considera que cualquier actuación del poder de reforma debe evaluarse constitucionalmente con referencia al alcance de las facultades dadas por los mecanismos de reforma constitucional?

Respecto a estos interrogantes, Alf Ross y Adolf Merckl¹⁷ han mostrado que la idea misma de supremacía de la Constitución y la estructura jerarquizada de los ordenamientos jurídicos implican conceptualmente que el poder de reforma tiene límites competenciales. En efecto, desde el punto de vista estrictamente lógico, un poder de reforma ilimitado, que tuviera la capacidad de modificar toda la constitución y sustituirla, incluyendo la propia cláusula de reforma y la supremacía de la misma constitución, es contradictorio. Así, conviene recordar que dos elementos esenciales de las constituciones en el mundo contemporáneo son su supremacía y rigidez, esto es, que ellas son la norma superior del ordenamiento y que tienen un mecanismo de reforma más estricto que el de las demás normas jurídicas. Por ello, el poder de reforma es una competencia jurídica que tiene su base en la propia Constitución, y que es distinta del poder constituyente originario.

En palabras de Alf Ross, el poder constituyente derivado actúa en virtud de las *reglas de competencia*, que son una *autoridad* para éste y le permiten actuar como autoridad. Las reglas de competencia son las condiciones necesarias y suficientes para la creación de normas, es decir, las condiciones que señalan (i) quiénes (órganos competentes), (ii) cómo (procedimiento) y (iii) qué (materia objeto de creación) puede crear válidamente el poder de reforma¹⁸. Por su parte, la autoridad se define por la suma de esas condiciones necesarias y suficientes para la creación de derecho por el poder de reforma. En otras palabras, el poder de reforma es la “personificación de todo el proceso de creación del derecho definido a través de las reglas que se refieren a la competencia personal, procesal y material”¹⁹. En estos términos, el poder constituyente derivado puede reformar la Constitución en razón de las reglas que le asignan competencia para tal fin, a partir de las cuales actúa como autoridad creadora de derecho. De esto se sigue que la validez de los actos del poder de reforma depende de la preservación de la propia Constitución, ya que en ella tiene su fundamento de validez. Por consiguiente, no puede válidamente el poder de reforma, que es una competencia jurídicamente limitada y derivada, suprimir o sustituir la Constitución existente, porque estaría precisamente eliminando las bases de su propia

¹⁷ Para las tesis de Alf Ross, ver Ross. Op. cit., pp. 43. y ss. Para presentaciones por otros autores de sus tesis, ver De Vega, Pedro. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid: Tecnos, 1999, pp 274 y ss.

¹⁸ Ross. Op. cit., 43.

¹⁹ *Ibíd.*, p. 44.

competencia.

Frente a la pregunta de si es competente el poder de reforma para modificar las reglas de cambio de la Constitución, Ross plantea dos posibles respuestas. La primera respuesta señala que el poder constituyente derivado puede modificar las reglas de competencia si actúa cumpliendo esas reglas, pues en ellas se fundamenta su autoridad. La modificación de las reglas de cambio constitucional es pues un acto de derecho del poder de reforma. Así, la transición de una norma básica a otra se efectúa por los medios fijados por la norma básica inicial. La segunda respuesta indica que el poder de reforma puede modificar las reglas de competencia no por un acto de derecho, sino por un hecho socio-psicológico. Desde esta perspectiva, la validez jurídica de las reglas de competencia es un acto originario que se basa en el hecho de que son aceptadas como derecho por la comunidad política. En este sentido, la transición de una norma básica a otra opera por fuera del sistema jurídico, porque es un hecho político de fundación de un nuevo sistema.

Para Ross, ninguna de estas dos posibles respuestas es aceptable. La primera, porque si bien es posible que una reforma de ese tipo llegue a ser aceptada por la sociedad, como si ella hubiese sido adoptada por un procedimiento jurídicamente válido, es claro que esa reforma vulneraría la lógica y coherencia del sistema constitucional, pues el poder de reforma ya no sería un poder jurídicamente válido, puesto que las bases de su competencia habrían sido eliminadas por la propia reforma. Y que no se diga que ese procedimiento fue válido por haberse fundado en la propia cláusula de reforma, pues no solo una proposición no puede ser, en términos lógicos, autorreferente, sino que además una autoridad no puede autodefinir su propia competencia, pues dejaría de tener una competencia limitada y se convertiría en soberana.

Veamos esto con el siguiente ejemplo que Ross utiliza en su exposición. La norma básica de las relaciones entre un padre y un hijo es que el hijo H debe obedecer totalmente a su padre P. A partir de esa norma básica, P le ordena a H que no le obedezca más, que se emancipe. ¿Cuál es el fundamento de la emancipación de H? No podríamos decir que la base de la emancipación de H es la norma básica de la relación entre H y P, pues por esa vía incurriríamos en el vicio lógico de auto-referencia, es decir, la explicación de las oraciones por la referencia a las mismas, lo que carece de significado. En tal medida, si decimos que H se emancipa porque P así se lo ha ordenado, nuestra afirmación no tiene sentido, ya que H no se ha emancipado pues sigue las órdenes de P. De la misma forma, no podríamos decir que el fundamento del poder de reforma de las reglas de competencia son esas mismas reglas. Si aceptamos que la norma básica son las reglas que fijan la reforma de la Constitución y el poder de reforma modifica esas reglas siguiendo las mismas, ¿el referente de validez de esta creación de derecho podrían ser las mismas reglas que se están modificando? Evidentemente la respuesta es negativa, ya que en esa medida caeríamos en un error lógico de nuestra argumentación, en un sinsentido.

La segunda respuesta tampoco parece aceptable. Si afirmamos que el poder de reforma puede modificar las reglas de competencia por un hecho político originario, estaríamos en dos extremos que niegan las ideas centrales del constitucionalismo y la democracia: o anularíamos el principio de supremacía constitucional, pues el pueblo soberano fácilmente podría desatarse del mástil de la Constitución y dejarse llevar por los cantos de las sirenas

hasta conseguir su autodestrucción; o debilitaríamos gravemente el principio democrático, pues las reglas de cambio constitucional solamente podrían modificarse en un acto originario constituyente y mientras esto no ocurra el poder constituyente derivado no tendría la facultad de ajustar el texto constitucional a la realidad de su tiempo.

Parece, pues, que la respuesta inexorable es que el poder de reforma no tendría la facultad de modificar las reglas de competencia de la Constitución. Sin embargo, en concepto de Ross, sí es posible sustentar, desde la lógica y la teoría constitucional, que el poder de reforma es competente para modificar las reglas de competencia de la Constitución. La tercera respuesta parte de la consideración de que las anteriores opciones de solución se fundamentan en una premisa errada y es considerar que las reglas de competencia son la norma básica. Las reglas de cambio constitucional, afirma el autor escandinavo, aseguran la rigidez de la Constitución, pues fijan unos procedimientos especiales y estrictos para garantizar que el texto constitucional sea la norma jurídica superior. Sin embargo, ello no implica que esas reglas sean en sí mismas el principio de supremacía constitucional, que es la norma básica. La autoridad de las reglas de competencia no puede derivar de otra norma que establezca el procedimiento de reforma de esas reglas. Entonces, ¿cuál es la norma que inviste de autoridad a las reglas de competencia de la Constitución? Esa norma es la supremacía constitucional que, en términos de Ross, ordena: “Obedeced la autoridad instituida por [las reglas de competencia de la Constitución] hasta que esta autoridad designe un sucesor; entonces obedeced a esta autoridad hasta que ella misma designe un sucesor; y así indefinidamente”²⁰. La supremacía constitucional es entonces la norma básica de la Constitución que es inmodificable, mientras que las reglas de competencia son expresiones de esa norma básica.

Así pues, el fundamento de la competencia del poder de reforma para modificar las reglas de cambio constitucional es la norma básica de supremacía constitucional, mas no las reglas de competencia consagradas en la Constitución. Por tanto, el análisis de la competencia del poder de reforma para cambiar las reglas de modificación constitucional se debe realizar con referencia a la supremacía constitucional, que es la norma básica y constituye el principal límite al poder de reforma. Esta es, entonces, la respuesta al segundo interrogante que formulamos al inicio de este acápite: el poder de reforma está facultado para modificar las reglas de cambio constitucional, siempre y en todo caso que no sustituya, destruya o elimine la supremacía constitucional.

Esta distinción teórica es relevante para el juicio jurídico de sustitución de la Constitución aplicado a este tipo de casos, como lo mostraremos en el siguiente apartado. En nuestro criterio, el juicio jurídico de sustitución respecto al poder de reforma que modifica las reglas de competencia de la Constitución debe distinguir entre el pilar fundamental de la Constitución y las expresiones de dicho pilar. Para el caso concreto, según sostendremos más adelante en esta intervención, el pilar fundamental es la supremacía normativa de la Constitución de carácter democrática, el cual hace parte de la estructura básica de la Carta de 1991 y, por tanto, es inmodificable; mientras que los mecanismos de reforma de la Constitución, establecidos en su Título XIII, son expresiones de ese pilar, los cuales no son pétreos y podrán modificarse siempre y cuando esa reforma no sustituya o elimine el pilar fundamental de supremacía normativa de la Constitución de carácter democrática.

²⁰ *Ibídem*, p. 70.

Pues bien, los mecanismos de reforma constitucional garantizan la supremacía constitucional y la rigidez al exigir unos procedimientos con importantes niveles de participación y deliberación para reformar la Constitución que los requeridos para hacer reformas a preceptos normativos de otro rango. Sin embargo, estos procedimientos especiales tienen un nivel de dificultad elevado, pero no imposible de alcanzar, lo que protege el principio democrático. De suerte que el debate democrático siempre está abierto, la Constitución no está petrificada eternamente y, por tanto, es susceptible de cambios. Este es el pilar fundamental que llamaremos *supremacía normativa de carácter democrática de la Constitución*. En sentido contrario, una constitución petrificada cierra el debate democrático, hace un llamado a la revolución y, de esa forma, puede conducir a que ciertas posiciones no admitidas en el foro democrático se expresen por otras vías no institucionales y eventualmente violentas. Un escenario menos pesimista que este, pero igualmente problemático, es el que plantea Timothy Lynch, autor que llama la atención sobre lo difícil que es modificar la Constitución de Estados Unidos, lo que, según él, ha llevado a que muchos sectores hayan optado por la estrategia de lograr sus objetivos de enmienda proponiendo reinterpretaciones de la Carta que hagan posibles las normas y poderes que consideran beneficiosos para el país. Lynch ofrece como ejemplo una interpretación hecha por la Corte Suprema de Justicia de la cláusula constitucional sobre las competencias del poder federal y del poder estatal que, según su lectura, es inconsistente con el verdadero sentido de la Constitución²¹. En otras palabras, la incapacidad de reformar la Constitución puede llevar a interpretaciones exóticas de la misma que no tengan ningún asidero en su literalidad, en su espíritu ni en su lectura integral y sistemática.

Ahora, las expresiones de reglamentación de ese pilar fundamental no son inmodificables, sino que, por el contrario, pueden ser alteradas siempre y cuando no anulen ni destruyan el pilar fundamental que regulan, es decir, la supremacía normativa de la Constitución de carácter democrática. En este caso, las expresiones del pilar de supremacía normativa de la Constitución de carácter democrática son los mecanismos de reforma de la Constitución que están consagrados en su Título XIII: el acto legislativo, el referendo y la asamblea nacional constituyente. Estos mecanismos no son en sí mismos el pilar de supremacía normativa de la Constitución de carácter democrática, sino que son su expresión. En efecto, dichos mecanismos están previstos para asegurar que la Constitución no pueda ser modificada fácilmente y, en esa medida, salvaguardan la supremacía del texto constitucional. Pero no son el pilar porque en sí mismos no constituyen el mandato de obedecer democráticamente la Constitución.

Así pues, el mandato de obedecer democráticamente la Constitución es el pilar fundamental que no se puede sustituir, mientras que los mecanismos de reforma son las expresiones de ese pilar que se pueden modificar sin sustituir aquel. De ahí se deriva entonces que si el Congreso, en ejercicio de su poder de reforma, dejando incólume el pilar, modificara sus expresiones o las formas en las que el pilar se logra o traduce, no se presentaría una sustitución de la Constitución, salvo que con tal modificación se sacrificaran los principios de participación y deliberación que deben informar las expresiones del pilar fundamental. En este orden de ideas, creemos que los principios

²¹ Lynch, Timothy. "Amending Article V to Make the Constitutional Amendment Process Itself Less Onerous". En: *Tennessee Law Review*, vol. 78, pp. 823-830.

que se deben proteger de la intervención del Congreso, actuando como poder constituyente derivado, son la supremacía constitucional, la deliberación y la participación o, más brevemente, la supremacía normativa de la Constitución de carácter democrática.

Desde esta óptica, el pilar fundamental de la supremacía normativa de la Constitución de carácter democrática podría ser anulado o sustituido por dos vías. Primero, por el hecho de que una reforma a los mecanismos de cambio constitucional debilite la rigidez de la Constitución, esto es, que limite de manera considerable y no proporcional el alcance de la participación y deliberación que debe informar a los mecanismos de reforma constitucional. En este sentido, la reforma negaría que la Constitución es la norma superior del ordenamiento jurídico. Segundo, por el hecho de que una reforma a los mecanismos de cambio constitucional debilite su carácter democrático, esto es, o que haga tan rígida la Constitución y tan difícil de reformar que en la práctica la petrifique o que la haga tan flexible que las mayorías puedan imponerse y someter a las minorías.

3. Aplicación del juicio de sustitución al caso concreto

El problema jurídico más general que plantea la demanda es si el Congreso, actuando como poder constituyente derivado, tiene competencia para hacer alguna modificación a los mecanismos de reforma constitucional, esto es, eliminar alguno, modificarlo, crear un cuarto procedimiento o definir algunas materias, cuya reforma solo podría realizarse a través de alguno(s) de los tres mecanismos contemplados en el artículo 374 de la Carta.

Para resolver esta pregunta, debe recurrirse al juicio de sustitución que la jurisprudencia constitucional ha delimitado con la intención de definir si el Congreso en su poder de reforma se ajustó a su competencia para reformar la Carta o si, por el contrario, la excedió. Asimismo, dicho juicio debe ser ampliado, porque la modificación constitucional se llevó a cabo a través de acto legislativo, es decir, a través del mecanismo de reforma constitucional menos deliberativo y participativo si se le compara con el referendo constitucional y con la asamblea constituyente.

Con este fin, lo primero que debe hacerse es determinar si hay algún elemento básico, axial y definitorio de la Constitución que se ponga en juego con la norma demandada, es decir, construir la premisa mayor. Pues bien, los mecanismos de reforma constitucional que definen la rigidez de la Constitución protegen dos elementos esenciales de la Carta. Por un lado, el principio de supremacía constitucional que se manifiesta en la Constitución a través de la acción pública de inconstitucionalidad (art. 241), de la posibilidad de que el presidente objete una ley por inconstitucional (art. 167), de la excepción de inconstitucionalidad (art. 4), de la existencia de una Corte Constitucional (art. 239), entre otros contenidos que refuerzan la esencialidad de este principio. Por otro lado, el principio democrático que se expresa en el derecho al voto (arts. 99, 100 y 103), en el principio de participación (preámbulo y arts. 1 y 2), en la representación en los órganos de elección popular (art. 133), en el derecho de la ciudadanía a presentar proyectos de ley (art. 154), en los mecanismos de participación ciudadana (art. 103), en el derecho a elegir y ser elegido (art. 40), en la igualdad de oportunidades para acceder a

cargos públicos (arts. 13 y 40), en el pluralismo (arts. 1, 13 y 16), en la libertad para constituir organizaciones (arts. 38, 40 y 107) y en la alternancia en el ejercicio del poder (arts. 13, 20, 40, 107, 108, 112, 260), entre otras disposiciones de la Carta. En este orden de ideas, el pilar fundamental es la supremacía normativa de la Constitución de carácter democrática. Este pilar se puede traducir así: debido a que la Constitución es la norma superior del ordenamiento jurídico, existe un mandato de obedecerla; pero esa obediencia debe efectuarse en términos democráticos, es decir, la norma constitucional debe cumplirse sin ahogar el debate democrático, a través del cual eventualmente podría modificarse. Este mandato de obedecer democráticamente la Constitución implica, por tanto, el deber de que la misma contenga unas reglas de cambio que garanticen (i) que sea más complejo su reforma que la modificación de cualquier otra norma infraconstitucional y (ii) que la posibilidad de reformarla no sea tan difícil que la haga imposible, cerrando el debate democrático, o que sea tan fácil que las mayorías puedan imponerse y vetar a las minorías. Por esta razón, el principio de supremacía normativa de la Constitución de carácter democrática es un elemento definitorio de la estructura de la misma, esto es, un pilar fundamental que el Congreso, actuando como poder constituyente derivado, no podría sustituir.

En nuestro sentir, este es el entendimiento que debe dársele al fragmento de la sentencia C-1056 de 2012²², en el cual la Corte afirmó que “cualquiera que sea el sentido específico de las reglas que con este propósito [de reformar la Carta] hubiere establecido el autor de la Constitución original, ellas conforman una parte esencial de esa carta política, en cuanto tales reglas determinan la forma a través de la cual podrán ser modificados todos los demás contenidos del texto fundamental”. En otras palabras, para la Corte el hecho de que existan unos mecanismos de reforma, independientemente de cuáles sean, es un elemento esencial de la Constitución, por cuanto ellos salvaguardan la supremacía normativa de la Constitución de carácter democrática.

En segundo lugar, como premisa menor, analizamos el contenido de la reforma demandada a la luz de la supremacía normativa de la Constitución de carácter democrática. Para ello, analizaremos el *grado de modificación de los mecanismos de reforma*: si el poder de reforma crea un nuevo procedimiento, si elimina alguno, si combina los existentes o si, por el contrario, asigna unos y excluye otros cuando se trata de reformar alguna materia en particular, como sucede en este caso en particular.

La exigencia del acto legislativo acusado de que cualquier modificación a la cláusula sobre reelección presidencial se deba adelantar a través de referendo de iniciativa popular o asamblea constituyente implica la designación de un tema específico a unos mecanismos de reforma específicos. Esto no es nada nuevo, por lo demás. El artículo 377 superior establece algo similar al señalar que las reformas constitucionales vía acto legislativo sobre algunas materias (derechos constitucionales y sus garantías, procedimientos de participación popular y Congreso) deben someterse a referendo, si así lo solicita, dentro de los seis meses siguientes, un cinco por ciento de los ciudadanos que integren el censo electoral. Lo que hace entonces el acto legislativo demandado es escoger para una materia específica dos de los mecanismos de reforma actualmente

²² En esta sentencia, la Corte declaró inexecutable el Acto Legislativo 1 de 2011, según el cual la figura del conflicto de intereses no tenía aplicación en el trámite de los actos legislativos.

existentes. Por esta razón, el artículo acusado no altera la participación ni la deliberación de los mecanismos de reforma, pues solamente selecciona el referendo de iniciativa popular y la asamblea nacional constituyente como mecanismos de reforma de la cláusula de prohibición de reelección presidencial, y no cambia las reglas de procedimiento de esos mecanismos. Adicionalmente, los dos mecanismos seleccionados son los que más difícil hacen la reforma en virtud del trámite que exigen y son los que más deliberación y participación involucran.

En tercer lugar, como conclusión del silogismo, la afectación al principio de supremacía normativa de la Constitución de carácter democrática no es intensa o desproporcionada. Para este examen consideramos útil la revisión del *nivel en que la reforma constitucional en cuestión modifica la deliberación y la participación del mecanismo de cambio constitucional*, para lo cual aplicamos un *test* de proporcionalidad.

¿El artículo 9 del Acto Legislativo 02 de 2015 demandado (parcialmente) constituye una medida idónea para lograr un fin legítimo?

La reforma demandada (parcialmente) busca limitar considerablemente las modificaciones a la reelección presidencial y, en esa medida, persigue como fin mantener abierta la democracia contra mayorías ocasionales. Este es un fin constitucionalmente legítimo por una razón teórica y una razón empírica. En primer lugar, el fin de la medida en cuestión corresponde al objetivo mismo de las constituciones modernas. Este objetivo consiste en evitar dos riesgos inmanentes de las democracias: la anulación de la misma democracia cuando unas mayorías coyunturales se perpetúan en el poder, y el silenciamiento de las minorías. Jon Elster retrata líricamente esta relación compleja entre democracia y constitucionalismo -o la paradoja de la democracia, como la denomina el autor-, en *Ulises y las sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*²³. En la *Odisea*, Ulises, para no dejarse llevar por los cantos de las sirenas y evitar morir, se ata a un mástil de su barco, se tapa los oídos con cera y solicita que no lo desaten aunque él mismo lo pida. En la misma forma, el poder soberano, en un acto democrático, se ata autónomamente a la Constitución para no autodestruirse; pero se ata no solo para el presente sino también para el futuro, y con unos procedimientos estrictos para cambiar la Constitución. La paradoja de la democracia consiste entonces en que la democracia se aferra a la Constitución para garantizar el juego democrático del poder soberano, pero al aferrarse a la Constitución limita su propio ámbito y capacidad de actuación²⁴.

Así, como lo indican Ely y Nino²⁵, la democracia no puede ser concebida simplemente como el gobierno omnímodo de las mayorías, por cuanto esa concepción conduce a una anulación de la propia democracia. En efecto, supongamos que una mayoría política ocasional aprueba una norma en virtud de la cual delega todo el poder en un dictador, o

²³ Elster, Jon. "La racionalidad imperfecta: Ulises y las sirenas". En: *Ulises y las sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*. México: Fondo de Cultura Económica, pp. 66-188.

²⁴ Como sugiere Stephen Holmes, la paradoja de la democracia se refleja en que "sin atarse las manos, el pueblo no tendría manos". Ver Holmes, Stephen. "Precommitment and the paradox of democracy". En: Elster, Jon y Slagstad, Rune (Comps). *Constitutionalism and Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988, p. 232.

²⁵ Ely, John Hart. *Democracy and distrust. A theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1982. Nino, Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997.

establece que las leyes aprobadas por esa mayoría no podrán ser cambiadas en el futuro. ¿Debemos aceptar esa decisión por ser expresión del principio de mayoría? No parece posible, por cuanto esa determinación acaba con la operatividad futura de ese principio democrático. Por consiguiente, existen algunas cosas que no pueden ser decididas por el principio de mayoría, pues si lo permitimos, corremos el riesgo de que ese principio se anule a sí mismo, por cuanto una mayoría ocasional trataría de autoperpetuarse en el poder, modificando las reglas de los procesos electorales, o imponiendo el silencio a sus oponentes. Hay pues aspectos que no deben ser debatidos ni decididos en el proceso democrático por cuanto constituyen las reglas mismas del juego democrático, ya que representan el presupuesto de funcionamiento del principio de mayoría.

La democracia y el principio de mayoría, si quieren ser funcionales y perdurar, deben entonces admitir que no deben tocar ciertos temas, a saber, aquellos que definen el proceso democrático. Por ello, como sugiere un analista, la democracia, si quiere preservar sus manos -esto es, subsistir como democracia- debe atarse un poco las manos, esto es, aceptar que ciertos asuntos, y en especial, las reglas del juego democrático, quedan sustraídas del debate democrático²⁶. Y esto es lo que explica los pactos constituyentes, la supremacía de la constitución sobre las leyes ordinarias, así como la legitimidad democrática del control judicial de constitucionalidad. En efecto, estos pactos representan el acuerdo sobre las reglas del juego democrático; y deben tener supremacía sobre las leyes, pues es la única forma de que esas reglas no puedan ser afectadas por el debate democrático ordinario²⁷.

De otro lado, la razón empírica consiste en que la experiencia ha mostrado que la cláusula de la reelección ha trastocado el diseño original del sistema de frenos y contrapesos de la Constitución al entregarle un mayor poder al presidente²⁸. La limitación de la reelección presidencial es un propósito que, en un nivel más general, se inscribe en las olas de reformismo constitucional que Gargarella ha identificado en América Latina²⁹. Este autor agrupa las reformas constitucionales en América Latina en tres momentos: en las primeras décadas del siglo XX las reformas constitucionales estuvieron marcadas por una impronta social; desde mediados del siglo XX y durante más de dos décadas el constitucionalismo perdió atractivo, dando paso a dictaduras y a regímenes autoritarios; y a finales del siglo XX el hiperpresidencialismo fue culpado de la inestabilidad política de la región y, por ende, los impulsos de reforma constitucional se enfilaron en su contra. De allí que la intención del acto legislativo acusado de poner un cerrojo más fuerte a la prohibición de reelección presidencial responde a esta necesidad que América Latina ha sentido de frenar los caudillismos e hiperpresidencialismos. En Colombia, la reelección presidencial demostró que un presidente reelegido puede concentrar mucho más poder y tener influencias mayores que un presidente elegido una sola vez en la conformación de órganos como la Corte

²⁶ Holmes. Op. cit., p. 232.

²⁷ Este argumento es retomado de Uprimny, Rodrigo. "Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía". En: *Derecho Público*, No 12. Bogotá: Universidad de los Andes, 2001.

²⁸ Al respecto, ver García Villegas, Mauricio y Revelo Rebolledo, Javier Eduardo (codirectores). *Mayorías sin democracia. Desequilibrio de poderes y Estado de derecho en Colombia, 2002-2009*. Bogotá: Dejusticia, 2009.

²⁹ Gargarella, Roberto. "El constitucionalismo latinoamericano y la 'sala de máquinas' de la Constitución (1980-2010)". En: *Gaceta Constitucional*, 48, pp. 289-305, 2011.

Constitucional y la Defensoría del Pueblo³⁰, así que es razonable que la respuesta constitucional a esta problemática sea imponer un cerrojo más fuerte o atarse las manos de un manera más decidida, en la terminología de Jon Elster.

Ahora, el hecho de que para abrir el cerrojo impuesto a la cláusula de reelección presidencial se deban utilizar los mecanismos más complejos de reforma (referendo de iniciativa popular y asamblea constituyente) y se excluya el procedimiento que menos participación exige (acto legislativo) es una medida idónea para alcanzar el fin legítimo de evitar las reelecciones presidenciales.

¿El artículo 9 del Acto Legislativo 02 de 2015 demandado (parcialmente) constituye una medida necesaria para lograr un fin legítimo?

Esta medida es necesaria en cuanto no aparece claramente que exista otra medida alternativa para evitar que una mayoría ocasional se perpetúe en el poder, ni que tenga igual grado de eficacia para conseguir ese fin. Además, la medida no es lesiva del pilar fundamental de supremacía normativa de la Constitución de carácter democrática. Ello debido a que el debate público sobre la reelección presidencial no queda clausurado o cerrado indefinidamente, pues aún quedan canales abiertos (referendo de iniciativa popular y asamblea nacional constituyente) por medio de los cuales se podrían encauzar este tipo de reformas. Además, esta modificación tampoco flexibiliza los mecanismos de reforma, de tal manera que excluya a las minorías y las deje sin voz en los espacios deliberativos y participativos. Luego, el acto legislativo acusado no sacrifica la supremacía normativa de la Constitución de carácter democrática.

¿El artículo 9 del Acto Legislativo 02 de 2015 demandado (parcialmente) constituye una medida proporcional en sentido estricto para lograr un fin legítimo?

La medida es proporcional en sentido estricto por al menos dos razones. Primero, porque excluir el mecanismo del acto legislativo y referendo de iniciativa gubernamental para reformar la reelección presidencial maximiza la supremacía constitucional y la democracia al hacer más difíciles las reformas sobre reelección presidencial y, al mismo tiempo, más participativas y deliberativas. Y segundo, puesto que el acto legislativo demandado dificulta la modificación de la prohibición de reelección presidencial, prohibición que hace parte del diseño original adoptado por el Constituyente de 1991, el cual, a la postre, demostró proteger la Constitución y la democracia frente a la permisividad de la reelección .

En esta misma línea de argumentación, la sustitución de la Constitución estaría dada por el reemplazo de la deliberación y participación por otro elemento diferente, pero difícilmente habría sustitución en caso de una modificación en los niveles de deliberación y participación que sea idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto con respecto a un fin legítimo buscado. Igualmente, habría sustitución si la rigidez de la Constitución llega a tal punto de dificultad para reformarla que cercena la democracia o si la flexibilidad de la misma llega a tal punto que ahoga a las minorías.

³⁰ García Villegas y Revelo Rebolledo. Op. cit.

Creemos pues que, dentro del análisis de proporcionalidad de la competencia del poder de reforma, la finalidad perseguida al modificar los mecanismos de reforma constitucional marca un hito sobre cuáles reformas afectan intensamente y cuáles no el principio de supremacía normativa de la Constitución de carácter democrática. No es igual una reforma a los mecanismos de reforma constitucional para cerrar la democracia directa, como sucedió con el plebiscito de 1957 que solo permitió reformas constitucionales vía Congreso, a una reforma que tiene por objeto fortalecer la democracia, la alternancia en el ejercicio del poder presidencial, el sistema de frenos y contrapesos, y la igualdad de oportunidades en el acceso al cargo de presidente, como sucede con la norma actualmente demandada. En definitiva, la legitimidad del fin buscado es central al momento de evaluar la intensidad o proporcionalidad de las modificaciones a los procedimientos de reforma constitucional.

4. Solicitud.

Por las anteriores razones, de forma respetuosa le pedimos a la Corte que declare **EXEQUIBLE** las expresiones demandadas del artículo 9 (parcial) del Acto Legislativo 02 de 2015, pues las mismas no sustituyen el pilar fundamental de supremacía normativa de la Constitución de carácter democrática.

Cordialmente,

César Rodríguez Garavito
Director de Dejusticia

Rodrigo Uprimny Yepes
Investigador de Dejusticia

Sebastián Lalinde Ordóñez
Investigador de Dejusticia

Diana Isabel Güiza Gómez
Investigadora de Dejusticia