

MIRADAS EXTERIORES

La inconstitucionalidad de las reformas constitucionales en Colombia²⁶⁹

Gonzalo Ramírez Cleves²⁷⁰

Resumen

El presente artículo analiza el desarrollo de la doctrina de la sustitución de la Constitución en Constituciones donde no existen cláusulas pétreas que limiten el ámbito material de las reformas a la Constitución. Analiza la tensión que existe entre principio mayoritario y Democracia constitucional. Para ello desarrolla algunas hipótesis de cómo evitar la discrecionalidad y el abuso del poder en la aplicación de dicha doctrina por parte de la Corte Constitucional; y considera que esta doctrina constitucional sólo debe aplicarse en casos extremos, cuando algunos de los elementos estructurales de la Constitución se encuentren amenazados y propone que se lo haga a través de la ponderación.

Palabras clave: Democracia de mayorías, democracia constitucional, Reforma de la Constitución, jurisprudencia, supremacía de la Constitución, sustitución constitucional, bloque de constitucionalidad, ponderación.

269. Dedicado a la memoria del profesor Pedro de Vega García (1936-2016). Una versión preliminar de este artículo fue publicado en inglés con el título “The unconstitutionality of constitutional amendment in Colombia: the tension between majoritarian democracy and constitutional democracy” en: *Democratizing constitutional law* (ed. Thomas Bustamante, Bernardo Gonçalves Fernandes) Springer, 2016, pp. 213-229 y en español en “La Reforma Constitucional y su problemática en el Derecho Comparado” (Coord. Víctor Alejandro Wong Meraz, Carolina León Bastos, y Juan Luis Sosa Carrero), México D.F, V.LEX–Politeia Constitución y Democracia, 2017, pp. 67 a 96.

270. Profesor de Derecho Constitucional y filosofía del Derecho de la universidad Externado de Colombia, Ex magistrado auxiliar de la Corte Constitucional Colombiana, Editor de la Revista Derecho del Estado.

1. Introducción

La Corte constitucional colombiana en la sentencia C-551 de 2003, introdujo la doctrina de la “sustitución de la Constitución”.²⁷¹ Esta doctrina se refiere a que la Corte constitucional puede realizar el control de las reformas constitucionales y declararlas inconstitucionales no sólo por vicios de forma, sino también por vicios competenciales cuando se cambia, deroga o sustituye “un elemento sustancial a la Constitución” o “un principio o valor derivado del bloque de constitucionalidad”.

La doctrina de la sustitución, se establece sin que la Constitución de 1991 contenga cláusulas pétreas o de intangibilidad como lo tienen otras constituciones como la alemana, de 1949; italiana, de 1947; francesa de 1858; portuguesa, de 1976 y, en el ámbito latinoamericano, la brasileña, de 1988; la salvadoreña de 1982; venezolana, de 1999, y la ecuatoriana, de 2008. En todas estas Constituciones se prohíbe cambiar elementos relacionados con aspectos generales del concepto de Constitución: como los derechos fundamentales y el estado de derecho, la alternancia del poder, los artículos sobre la reforma a la Constitución y otros elementos particulares referidos al tipo de Estado y a la organización política o territorial de cada estado en particular; como el carácter federal, el estado social de derecho, el carácter republicano, la participación de las organizaciones populares en la administración local o la prohibición de la reelección presidencial.

La declaratoria de inconstitucionalidad de reformas a la Constitución, en constituciones que carecen de cláusulas pétreas, no es común dentro del derecho comparado. Solo hay algunos casos aislados como en la India, donde la Corte Suprema de dicho país, desde 1967 en el caso *Golaknath vs. State of Punjab*, estableció que el poder de reforma no podía confundirse con el poder constituyente: tesis que ha dado lugar a la doctrina de la *Basic Structure (o estructura básica)*, introducida en 1973 con el

271. Cfr. Fundamentos jurídicos 29 a 49.

caso *Kesavaranda Bharati vs. State of Kerala*, que concluyó que existen elementos estructurales que no pueden ser modificados por el poder de reforma. Esta doctrina ha permitido la declaratoria de inconstitucionalidad de las reformas a la Constitución de dicho país no solo por vicios de forma, sino por su contenido en seis ocasiones.²⁷²

La doctrina de los límites materiales a la reforma de la Constitución ha sido considerada como una tendencia creciente dentro del constitucionalismo comparado; tal como lo ha demostrado Yaniv Roznai en su libro *Unconstitutional Constitutional Amendments: the limits of amendment powers*²⁷³. Explica Roznai que las cortes y tribunales constitucionales en el mundo son cada vez más proclives a realizar el control de constitucionalidad de las

272. Desde 1967 en el caso *Golaknath vs. State of Punjab* estableció que las leyes a la reforma constitucional tienen el valor de las leyes ordinarias y que el poder de reforma está sometido a límites implícitos que debían buscarse en el artículo 13 que somete el poder de revisión a los derechos fundamentales establecidos en la parte III de la Constitución que según la Corte tienen un “rango trascendental dentro de la Constitución” (*Transcendental position*) y que cualquier reforma constitucional que los suprime o restringe (*takes away or abridges*) debe considerarse como inconstitucional. Esta posibilidad de control ha mutado en lo que se conoce como la tesis de la *Estructura básica*, introducida en el caso *Kesavanda Bharati vs. State of Kerala* de 1973, implementada en los casos *Minerva Mills Ltd. vs. Union of India* de 1974 e *Indira Nehru Gandhi vs. Raj Narain* de 1975, que declaró inconstitucionales las reformas que se plantearon para evitar la responsabilidad por los actos de corrupción en elecciones y que han sido considerados como una forma de proteger la democracia de la India contra el intento del ejecutivo y de sus mayorías en el Congreso, para librarse de responsabilidad política a través de la reforma. Recientemente ha sido utilizada la tesis de la inconstitucionalidad de las reformas constitucionales a través de la tesis de la *Estructura básica* en las reformas de *Waman Rao vs. Union of India and other* de 1980 y el último caso de 2008 *Ashoka Kumar Thakur vs. Union of India* en donde se dio la posibilidad a los estados de establecer cupos en educación para las clases más pobres y en donde la Corte indicó que esta reforma no era contraria a la “Estructura Básica” de la Constitución. Véase el texto de Sabrina Ragone, *El control judicial de la reforma constitucional: aspectos teóricos y comparativos*, Porrúa, México, 2012, pp. 183-188. Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers*, London, february, 2014, pp. 690-694.

273. Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments : the limits of amendment powers*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

reformas constitucionales, a partir del entendimiento de elementos estructurales, consustanciales, axiales, básicos o esenciales de la Constitución.

En el caso colombiano se ha implementado la doctrina de la inconstitucionalidad de las reformas constitucionales por sustitución desde la sentencia hito C-551 de 2003. A partir de esta sentencia inicial se han declarado inconstitucionales ocho reformas a la Constitución, ya sea de manera parcial o total. Se destaca dentro de estos pronunciamientos, la sentencia C-141 de 2010, que hacía el control de constitucionalidad de la ley 1345 de 2009 que convocaba a un referendo popular para reformar el artículo 197 de la C.P y permitir la reelección del Presidente de la República. En este caso, la Corte constitucional estableció que dicha propuesta de reforma sustituía el principio democrático, la división de poderes, los pesos y contrapesos —*checks and balance*, la alternancia del poder y la igualdad.²⁷⁴

Esta Sentencia, ha puesto en evidencia la importancia de esta doctrina, con el fin de usarla para la protección y el mantenimiento de la democracia constitucional en Colombia, ya que funciona como la última defensa que tiene el constitucionalismo para evitar que se utilice la técnica de la reforma a la Constitución para permitir que los gobernantes se perpetúen en el poder a través de las mayorías, en lo que Landau ha llamado el “constitucionalismo abusivo”.²⁷⁵

A partir de este contexto en este escrito resolveré la pregunta sobre si la doctrina de la sustitución de la Constitución es una buena

274. Hay que anotar que otras sentencias han dispuesto que existen principios consustanciales como el Estado Social y Democrático de Derecho y el deber de respetar, proteger y garantizar los derechos de la sociedad y de las víctimas (C-579 de 2013) y el marco democrático participativo (C-577 de 2014), pero no se declararon inconstitucionales por estos ejes estructurales.

275. Ver: Landau David, Derechos Sociales y límites a la reforma constitucional: la influencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en el derecho comparado, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015).

forma de solventar la tensión que se produce entre democracia de mayorías y democracia constitucional. Igualmente explicaré cuáles podrían ser los elementos de racionalidad para evitar una excesiva discrecionalidad en la aplicación de dicha doctrina por parte de la Corte Constitucional. La hipótesis que sostengo es que la doctrina de la sustitución de la Constitución puede ser una buena forma de proteger la democracia constitucional de la democracia de mayorías; pero esta doctrina debe implementarse sólo en casos extremos, es decir, cuando se evidencie que algunos de los elementos estructurales de la Constitución se encuentren amenazados, circunstancia que se debe determinar en cada caso concreto.

Para establecer cuándo es que se debe aplicar la doctrina de la sustitución, la Corte debe utilizar argumentos de razonabilidad y ponderación que eviten la discrecionalidad excesiva en la aplicación de dicha doctrina. Teniendo en cuenta esta premisa, se analizarán dos aspectos: (i) la democracia constitucional como forma de evitar los riesgos de la democracia de mayorías, y (ii) la doctrina de la sustitución de la Constitución en Colombia como forma de proteger la “democracia constitucional” frente a la “democracia de mayorías”, en donde se explicarán a su vez los eventuales problemas de la adopción de esta doctrina en Colombia.

2. La democracia constitucional como forma de superar los riesgos de la democracia de mayorías

En el artículo 16 de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se establece la definición liberal de Constitución en donde se dispone que, “*Toda sociedad que no divida los poderes ni proteja los derechos carece de Constitución*”. A partir de esta definición se infiere que la Constitución comporta dos aspectos: en un primer lugar, la división y control de los poderes, y en segundo término, la protección y tutela de los derechos que limitan al poder.

Por otro lado, dentro de la doctrina constitucional, Emmanuel Sieyès fue el primero en establecer que en la idea de Constitución hay dos poderes claramente diferenciados:²⁷⁶ un poder constituyente que sería el pueblo mismo o sus representantes en la Asamblea, que tienen como labor y fin último elaborar una Constitución;²⁷⁷ y unos poderes constituidos, que son aquellos que se establecen y operan una vez creada la Constitución, y que se encuentran sometidos a ésta. Con base en esta lógica, los poderes constituidos no tendrían la facultad de cambiar los elementos básicos propuestos por el poder constituyente, ya que los poderes constituidos están regulados por la misma Constitución y se encuentran limitados por ésta.²⁷⁸ Es decir, que sería un “*poder constituido*”, limitado a los propios elementos procedimentales y estructurales contenidos en la Constitución.

Este concepto democrático de constitución que indica que la Constitución es una norma jurídica suprema que limita los poderes y protege los derechos, se encuentra plenamente vigente y su uso es cada vez más reiterado, incluso autores como Guastini, que han sido críticos con un concepto de Constitución de tipo material han indicado que los estados despóticos que concentran el poder y no protegen los derechos fundamentales de las personas no se entienden como “Estados Constitucionales”.²⁷⁹

276. Emmanuel Sieyès, “Qué es el tercer Estado”, en *Escritos y discursos de la Revolución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 29-83.

277. Este poder constituyente, cuando es representativo, tiene para Sieyès tres límites: 1) uno temporal relacionado con que dicho poder debe elaborar la Constitución en un tiempo determinado; 2) uno competencial, que tiene como finalidad hacer Constitución y no otra cosa, y 3) un límite de congruencia relacionado con que los representantes o delegados de la Asamblea no podrán ir en contra de la voluntad de los representados, *ibidem*, capítulo V.

278. *Ibidem*, p. 132.

279. Guastini sostiene que la idea de división de poderes y protección de derechos es solo una de las ideas de Constitución, y se corresponde con el régimen democrático liberal. Según este autor ésta utilización del término está en desuso. Riccardo Guastini, “Sobre el concepto de Constitución”, en *Teoría del Neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*, Miguel Carbonell (ed.), Madrid, Trotta, 2007, p. 16.

No obstante, la idea de Constitución material o democrática ha supuesto un dilema o paradoja que aparentemente resulta irresoluble ya que la democracia se funda en la llamada “regla de la mayoría”, es decir que si se sigue la teoría de Rousseau, la voluntad popular y, en últimas, la misma explicación de la idea de racionalidad de la ley dependerá del poder de la decisión del mayor número. La paradoja de la democracia de mayorías se hace más evidente cuando se trata de reformar, revisar o modificar la Constitución, ya que al hacerlo se establece una tensión entre el principio democrático y el principio de supremacía de la Constitución y rigidez de ésta.²⁸⁰

Ahora bien, la idea de democracia roussoniana contenía un fallo de inicio: confiar la racionalidad de la decisión a la regla de la mayoría. Esto traía como consecuencia el establecimiento –como lo demuestra Tocqueville en *La Democracia en América*– de una especie de “tiranía de la mayoría sobre la minoría”, lo que podría poner en riesgo el pluralismo, la igualdad y la libertad cuando esta mayoría tomara decisiones de manera arbitraria o injusta.²⁸¹

Pero además, cuando se trata de decisiones constituyentes la democracia de mayorías entra en crisis si el mayor número puede no solamente ir en contra de los derechos de las minorías, sino también eliminar las mismas bases que posibilitan la democracia; esto da lugar a que se permita la autodestrucción del propio sistema o que éste se convierta en un poder suicida. Esta posibilidad se concretó en la época de entreguerras en Europa, cuando se

280. Pedro de Vega, *op. cit.*, pp. 15-24.

281. La crítica de Tocqueville a la democracia de mayorías es que esta puede llegar a comportarse injustamente y por la tanto sus decisiones tienen que ser valoradas y no considerarse *a priori* como razonables, sobre este punto dice lo siguiente: “*Los derechos de los pueblos se mantienen dentro de los límites de lo que es justo (...) Una mayoría entendida colectivamente, puede considerarse como un ente cuyas opiniones y, por la general, cuyos intereses, se oponen a los del otro ente al que llamamos minoría. Si se admite que un hombre que tiene poder absoluto puede utilizar mal dicho poder agravando a sus adversarios ¿por qué en el caso de una mayoría no sería posible el mismo enfoque?*” Alexis de Tocqueville, *La Democracia en América*, vol. 1, capítulo XV.

utilizó la regla de la mayoría –por medio de procesos de elecciones democráticas– para establecer gobiernos que atentaron con los pilares de la democracia mediante la irrupción de gobiernos totalitarios y autocráticos que, en últimas, se encumbraron en el poder.²⁸²

Como lo destaca Norberto Bobbio, la regla de la mayoría que se toma como fundamento de las decisiones de la democracia no tiene una justificación racional, “*pues confía a un criterio cuantitativo una elección o una decisión que es eminentemente cualitativa*”,²⁸³ y que a pesar de que ha sido justificada con argumentos axiológicos y teleológicos, estos no llevan la “*paradoja de la autodestrucción*” antes descrita. Si seguimos la división planteada por Weber, los argumentos que justifican la democracia de mayorías se dividen en valorativos y pragmáticos. Dentro de los argumentos valorativos se diría que la regla de mayoría se justifica porque permite, mejor que cualquier otro sistema de decisión, el cumplimiento de algunos valores fundamentales, como la libertad, la igualdad y el pluralismo. Dentro de los argumentos de tipo pragmático se dice que con este sistema se pretende alcanzar una decisión conjunta de manera relativamente rápida entre personas que tienen opiniones diferentes, es decir, que es la mejor manera de formar una voluntad colectiva dentro de un grupo social organizado.²⁸⁴

Sin embargo, como decía, el sistema democrático fundado en la regla de mayoría contaría con dos problemas fundamentales: 1) la paradoja de la autodestrucción, y a su vez, 2) el problema de la defensa de los derechos de la minoría que se podrían restringir con las decisiones de mayoría y que ha dado

282. Especialmente el caso italiano, con la irrupción del régimen fascista de Mussolini, a partir de 1923 y el caso del régimen nacional-socialista en Alemania con la llegada de Hitler al poder en 1933.

283. Norberto Bobbio, “La regla de mayoría: límites y aporías”, en *Teoría General de la Política*, Madrid, Trotta, 2002, p. 255.

284. *Ibidem*, p. 258.

lugar a teorías como las del “coto vedado” de Garzón Valdés²⁸⁵ o “la esfera de la indecible” de Ferrajoli,²⁸⁶ que establece que hay una serie de elementos que no pueden llegar a ser eliminados por las decisiones que se tomen por mayorías cambiantes en democracia.

Aunque Kelsen aseguró que existe un *modus vivendi* entre la mayoría y la minoría que consiste en “La libre confrontación entre mayoría y minoría” para crear “una atmósfera favorable al compromiso entre las dos”,²⁸⁷ esta convivencia de conveniencia deja de lado aquellos compromisos que se refieren al mismo juego democrático y a la defensa de los derechos de la minoría. El dilema de la autodestrucción y de la eliminación de los derechos de la minoría a través de la regla de la mayoría fue planteado por Radbruch en su texto *Relativismo y derecho*.²⁸⁸ Allí establece que hay un momento en donde no se puede admitir o tolerar el relativismo, y es cuando las decisiones que se tomen pretendan acabar con el relativismo en democracia, es decir, cuando a través de las decisiones democráticas que se fundan en la regla de la mayoría se pretenda eliminar los derechos de libertad, igualdad y pluralismo que legitiman este sistema de gobierno.

Por esta razón, desde el punto de vista teórico se justificaría la existencia de una serie de limitaciones al uso de la regla de la

285. Ernesto Garzón Valdés con su teoría del “coto vedado”. Véase el último libro de este autor *Propuestas*, Madrid, Trotta, 2011.

286. Luigi Ferrajoli con su doctrina de “La esfera de lo indecible y la división de poderes”, en *Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca, año 6, núm. 1, 2008, pp. 337-343. Véase: http://www.cecoch.cl/docs/pdf/revista_anof_1/Laesfera17.pdf.

287. Hans Kelsen, *Teoría General del Estado*, citado por Norberto Bobbio, *op. cit.*, p. 257.

288. Para Radbruch la idea de lo extremadamente injusto lo traslada a la idea misma de democracia constitucional, de tal manera que si las normas no son elaboradas teniendo en cuenta el principio democrático, la división de poderes, la garantía de los derechos y su aplicación en condiciones de igualdad, serían normas extremadamente injustas o falsos derechos. En español: la traducción de Luis Villar Borda de la obra de Gustav Radbruch, *Relativismo y derecho*, Bogotá, Temis, 1999.

mayoría. De este modo surge la idea de una democracia que supere la democracia de mayorías, que permita establecer unas reglas o presupuestos mínimos que limiten la decisión mayoritaria: Esta sería la idea de que exista una “Democracia Constitucional” que establezca una norma jurídica suprema que limite las decisiones de mayoría a una serie de reglas que no puedan ser modificadas por la democracia mayoritaria; reglas establecidas en el Parlamento y que conserven, en todo caso, los derechos de las minorías, pero también el sistema democrático mismo a través de mecanismos como el control de constitucionalidad de las leyes, las acciones constitucionales, la rigidez constitucional y las cláusulas de intangibilidad expresas.

De acuerdo con este entendimiento de la democracia, se acepta la idea de que garantizar la supremacía de la Constitución es la mejor forma de limitar la dictadura de las mayorías.²⁸⁹ No obstante, cuando se trata de reformas a la Constitución nuevamente surge la cuestión de qué debe imperar: si la norma constitucional en su estructura básica o las decisiones establecidas en democracia. Así renace la tensión entre democracia constitucional y democracia de mayorías.

Esta tensión ha dado lugar a dos posiciones claramente definidas: los que consideran que debe protegerse el principio de supremacía constitucional para evitar los peligros y riesgos de la democracia de mayorías, y los que consideren que las decisiones democráticas deben prevalecer sobre la Constitución, basándose en la legitimidad popular. En los primeros están los que sostienen que las decisiones democráticas no pueden eliminar ciertos aspectos considerados como característicos de toda Constitución: la

289. Existe una “segunda ola” de reforzamiento de la “democracia constitucional” sobre la mayoritaria con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial en países como Alemania, Italia y Japón, y también con posterioridad a los regímenes dictatoriales en Portugal y España a finales de los años setenta, y en el constitucionalismo latinoamericano y de Europa del este a finales de los años ochenta y principios de los noventa. Véase Giuseppe De Vergotini, *Las transiciones constitucionales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, e igualmente: Yaniv Roznai, “*Unconstitutional...*”, *cit.*

división de poderes, la protección de derechos, la alternancia de poder, el control entre poderes y la misma idea de supremacía de la Constitución, entre otros aspectos consustanciales a la idea de Constitución. De acuerdo con esta tesis defendida por William Marbury “el poder para enmendar la Constitución no supone el poder para destruirla” (*the power to ‘amend’ the Constitution was not intended to include the power to destroy it*).²⁹⁰ Esta misma posición la sostuvo el juez Robert Jackson en el caso del *Saludo de la Bandera* de 1943, en Estados Unidos, cuando establecía que estos elementos irreformables serían los derechos fundamentales.²⁹¹

Sin embargo, otros autores consideran que no deberían existir diques ni frenos a las decisiones que se tomen democráticamente, y que por ende los jueces no tienen la facultad de realizar ningún tipo de control de las decisiones que se tomen en mayoría, pues sería un poder que no podría legitimarse. Dicha crítica se basa principalmente en la crítica contramayoritaria, y en la crítica relacionada con los mecanismos de decisión de corporaciones plurales, como los tribunales y cortes constitucionales que se implementan a través de la regla de mayoría.

La crítica contramayoritaria fue expuesta por Alexander Bickel en su texto *The least dangerous branch*, donde se afirmaba que el control de constitucionalidad en Estados Unidos estaba creando un “Gobierno de los jueces” que podía ser inconveniente en su relación con la posibilidad de que las decisiones de éstos fueran más regresivas en el reconocimiento de derechos de las decisiones que se tomaran en los parlamentos democráticamente elegidos. Esta crítica la han seguido sosteniendo los autores del

290. Cfr. William L. Marbury, “The Limitations upon the Amending Power”, en *Harvard Law Review*, núm. 33, 223, 225, 1919-1920. Esta posición fue atacada por William F. Frierson en un artículo titulado “Amending the Constitution of the United States: a reply to Mr. Marbury”, en *Harvard Law Review*, núm. 33, 59, 1919-1920, en donde dice que no existe ninguna restricción implícita del poder de enmienda de la Constitución Véase Yaniv Roznai, *op. cit.*, p. 673.

291. Cfr. *West Virginia State Board of Education vs. Barnette*, 319 U.S. 624, en 638.

llamado “Constitucionalismo popular”,²⁹² y algunos profesores norteamericanos basándose en fallos ocurridos en la época del *New Deal*.²⁹³

En cuanto a la segunda crítica destaca lo expuesto por Jeremy Waldron en *Derecho y desacuerdos (Law and Disagreement)* (1999),²⁹⁴ donde se dice que las decisiones de tribunales o Cortes constitucionales también se toman, en la mayor parte de los casos, a través de la regla de mayoría. De este modo se establece nuevamente la paradoja de que lo reformable o irreformable queda en un ámbito meramente numérico y no racional, como lo ha demostrado Kenneth Arrow quien explica que: “Ninguna decisión mayoritaria ni ningún otro método de agregación pueden garantizar la construcción racional y coherente de una preferencia de grupo a partir de un conjunto plural de preferencias individuales o coherentes.”²⁹⁵

Sobre la tensión entre la democracia de mayorías en cabeza de los parlamentos y la democracia constitucional en cabeza de los jueces, surge la idea de establecer una solución intermedia de tipo conceptual que proponga una nueva definición de democracia,

292. En el caso latinoamericano, la crítica se ha dado principalmente por el profesor Roberto Gargarella en su libro *La justicia frente al gobierno: la crítica contramayoritaria del poder judicial*, Barcelona, Ariel, 1996, y en su nuevo texto *Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la liberación democrática*, Barcelona, Siglo XXI, 2014.

293. Otros casos paradigmáticos son el de *Lochner vs. New York* de 1905, donde la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos declaró inconstitucional una ley que establecía una jornada laboral máxima para los panaderos en protección de sus derechos laborales. En este caso estado de Nueva York estableció la Ley de las panaderías (*Bakeshop Act*), que regulaba las condiciones sanitarias que se debían tener en estos lugares y prohibía a los panaderos pactar contratos laborales de más de diez horas al día o sesenta a la semana. La Corte suprema declaró inconstitucional dicha ley de carácter social en un fallo de 5 contra 4 aduciendo que se estaba violando el principio de libertad económica contenida en la cláusula de debido proceso (*due process*) de la enmienda XIV.

294. Jeremy Waldron, *Derecho y desacuerdos*, Madrid, Marcial Pons, 2005.

295. *Ibidem*, p. 108.

de tal manera que ésta sea entendida como la decisión de la mayoría, pero sin que ésta pueda llegar a limitar los derechos de la minoría y los elementos de la democracia misma. Es en este tipo de democracia donde surge la idea de límites materiales al poder de reforma a la Constitución. Ésta sería explicada por autores como Jon Elster y Stephen Holmes²⁹⁶ como una especie de precompromiso de autolimitación que se puede relacionar con el pasaje de Ulises y las sirenas, en la Odisea de Homero.²⁹⁷ De manera similar la Constitución sería ese mástil al que se ata a Ulises para evitar rendirse ante los encantadores cánticos de las sirenas de la democracia de mayorías, lo que podría llevarlo a su propia destrucción.²⁹⁸

En suma, la doctrina de la sustitución de la Constitución en Colombia o de la “*Estructura básica*” en la India sería una forma de proteger la democracia constitucional contra los riesgos de la democracia de mayorías, ya que trataría de proteger aquellos elementos básicos de la propia democracia como los principios de libertad, igualdad, pluralismo, alternancia de poder y defensa del estado de derecho; el principio mismo de supremacía constitucional y los derechos fundamentales para garantizar las prerrogativas de las minorías.

296. Cfr. Stephen Holmes, “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, en *Constitutionalismo y democracia*, Jon Elster y Rune Slagstad (eds.), México, Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 218. Holmes trae a colación la idea del “Autopaternalismo”: el Pedro sobrio se autocontrola del Pedro ebrio, entregándole las llaves del auto a un amigo cuando se va de fiesta. Dice Holmes que dichas normas son una forma de autoimposición colectiva en donde “...las reglas que limitan las opciones disponibles permitirán a personas y comunidades alcanzar mejor sus objetivos que se les dejara enteramente libres. Tal es la función democrática de las restricciones constitucionales”, *ibidem*, p. 257.

297. Ahí, Ulises pide que lo aten al mástil y le llenen los oídos de cera para evitar sucumbir a los cantos de las sirenas, que podrían llevarlo al naufragio.

298. Sobre el mismo tema: Daryl L. Levinson, “Parchment and Politics: the positive Puzzle of constitutionalism commitment”, en *Harvard Law Review*, vol. 124, núm. 3, January 20, 2011, pp. 659-746.

3. Implementación jurisprudencial de la doctrina de la sustitución de la Constitución en Colombia

Como se dijo la doctrina de la sustitución de la Constitución se introdujo en Colombia con la sentencia hito C-551 de 2003, en donde se dice en el fundamento jurídico 37:

El Constituyente derivado no tiene entonces la competencia para destruir la Constitución. El acto constituyente establece el orden jurídico y, por ello, cualquier poder de reforma que el constituyente reconozca únicamente se limita a una revisión. El poder de reforma, que es poder constituido, no está, por lo tanto, autorizado para la derogación o sustitución de la Constitución de la cual deriva su competencia. El poder de reforma, que es poder constituido, no está, por lo tanto, autorizado para la derogación o sustitución de la Constitución de la cual deriva su competencia.²⁹⁹

Igualmente, en el fundamento jurídico 39 de la misma sentencia se estableció que: “*El poder de reforma, por ser un poder constituido, tiene límites materiales, pues la facultad de reformar la Constitución no contiene la posibilidad de derogarla, subvertirla o sustituirla en su integridad*”.³⁰⁰ Y se dijo que para determinar si el poder de reforma, incluido el caso del referendo, incurrió en un vicio de competencia:

El juez constitucional debe analizar si la Carta fue o no sustituida por otra, para lo cual es necesario tener en cuenta los principios y valores que la Constitución contiene, y aquellos que surgen del bloque de constitucionalidad.³⁰¹

Como se adelantó, a doctrina de la sustitución de la Constitución ha dado lugar a que se hayan declarado inconstitucionales hasta la

299. *Sentencia Corte Constitucional, C-551 de 2003*, M. P. Eduardo Montealegre Lynnet, F. J. 37.

300. *Ídem*.

301. *Ídem*.

fecha ocho reformas a la Constitución de manera total o parcial, que se explicarán a continuación:

1. Sentencia C-1040 de 2005 que hizo el control del Acto Legislativo No. 2 de 2004 y modificaba los incisos 2º y 30 del artículo 127 de la Constitución política, principalmente el artículo 197, que daba lugar a la posibilidad de que se pudiera establecer la reelección del presidente de la república por una sola vez y que dispuso también que si el Congreso no realizaba una ley que posibilitara las garantías electorales de los candidatos en un término de dos meses, el Consejo de Estado –máxima instancia de la jurisdicción contencioso-administrativa– expediría dicha ley. La Corte Constitucional estableció en este caso que la reelección del presidente de la república por una sola vez no sustituía la Constitución, pero declaró inconstitucional, por sustitución, la facultad legislativa que se le daba a un órgano jurisdiccional para dictar leyes, por la sustitución del principio de división de poderes.

2. Sentencia C-588 de 2009³⁰² que analizó la reforma del Acto Legislativo 01 de 2008 que modificaba el artículo 125 de la Constitución política, que establecía que se inscribieran “de manera extraordinaria y sin necesidad de concurso” a los empleados de provisionalidad y en encargo. En este caso, la Corte dispuso que dicha reforma sustituía los principios de mérito, carrera administrativa, concurso público e igualdad al limitar la posibilidad de que cualquier persona interesada en ocupar dichos cargos pudiera realizarlos en las mismas condiciones que los empleados en provisionalidad y en encargo.

3. Sentencia C-141 de 2010³⁰³ que hacía el control de constitucionalidad de la Ley 1353 de 2009 que convocaba a un referendo para reformar el artículo 197 de la Constitución política y permitir la reelección del presidente de la república por una segunda vez,

302. M. P. Gabriel Eduardo Mendoza.

303. M. P. Humberto Sierra Porto, aunque salvo el voto en relación con la doctrina de la sustitución.

y que éste pudiera ejercer el cargo por doce años consecutivos en el caso que fuera reelegido en los dos periodos. La Corte en este caso indicó que además de los vicios formales en sentido estricto en que se incurrió en la reforma,³⁰⁴ se estaba sustituyendo la Constitución en los principios consustanciales de división de poderes democrático, de pesos y contrapesos (*checks and balances*), de igualdad y el de alternancia del poder.

4. Sentencia C-249 de 2012³⁰⁵ donde se realizaba el control de constitucionalidad del Acto Legislativo número 4 de 2011, que establecía nuevamente ventajas en los puntajes de concursos para empleados en provisionalidad o por encargo y por el hecho de la permanencia. En este caso la Corte, al igual que lo establecido en la sentencia C-588 de 2009, indicó que con dicha reforma constitucional se violaba la competencia del poder de reforma, ya que se estaban sustituyendo nuevamente los principios de mérito, igualdad, concurso público y carrera administrativa.

5. Sentencia C-1056 de 2012³⁰⁶ que resolvió la demanda contra el acto legislativo número 1 de 2011, que establecía el régimen de inhabilidades e incompatibilidades y la pérdida de investidura de los congresistas en la aprobación de reformas a la Constitución. En este caso la Corte señaló que con dicha reforma se sustituyeron principios amplios y específicos. Dentro de los amplios: el principio democrático, la prevalencia del interés general sobre

304. Los vicios formales en sentido estricto serían aquellos que no tienen que ver con la idea de sustitución de la Constitución o vicios competenciales, en este caso se verificó que se presentaron los siguientes: 1) que se superó en más de tres veces los topes de financiación de dicho referendo; 2) que se entregó los certificados electorales del número de firmas y de financiación extemporáneamente en el trámite legislativo; 3) que se cambió la pregunta referendaria de “el que hubiera ejercido por la presidencia por más de dos veces podrá ejercerla por una tercera vez” por “el que hubiera sido elegido para ser presidente por dos o más veces, podrá ser elegido por una tercera vez”; 5) que no se publicó oportunamente el acto en uno de los debates, violando de esta manera los principios de consecutividad e identidad flexible.

305. M. P. Juan Carlos Henao.

306. M. P. Nilson Pinilla.

el particular, la separación de poderes, la posibilidad de que los electores controlen la actuación de los elegidos, la configuración y rango de los mecanismos de reforma a la Constitución,³⁰⁷ dentro de los específicos: el deber de los congresistas de actuar en todo momento consultando la justicia y el bien común, la moralidad pública de las actuaciones de los congresistas, el principio mismo del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, y la pérdida de investidura por la violación de dicho régimen.

6. Sentencia C-285 de 2016³⁰⁸ que resolvió la demanda la inconstitucionalidad de los artículos 15, 16, 17, 18, 19 y 26 (parcial) del Acto Legislativo 2 de 2015, “*por medio del cual se adopta una reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional y se dictan otras disposiciones*”, que establecía la llamada Comisión de Administración Judicial en donde se establecía un Gerente de la Rama, en reemplazo de la Sala Administrativa de la Consejo Superior de la Judicatura. En este caso la Corte señaló que con la reforma propuesta se estaban sustituyendo parcialmente el principio de separación de poderes y de autogobierno judicial como presupuesto de la autonomía y la independencia judicial, ya que el nuevo modelo propuesto da lugar a que no se pueda dar una gestión autónoma de la Rama Judicial, creando un sistema que se puede considerar de “disfuncional”. La Corte indicó que con la reforma propuesta se institucionalizaba un esquema de interfe-

307. Sobre este punto la Corte implementó la tesis de la doctrina propuesta por Alf Ross y Adolf Merkl, donde no se pueden cambiar las cláusulas sobre la reforma a través de las mismas normas sobre la reforma, ya que esto daría lugar a una paradoja o *puzzle* que no se correspondería con la lógica, pues serían oraciones que se refieren a sí mismas. Sobre el particular véase Gonzalo Ramírez Cleves, *Los límites a la reforma constitucional y las garantías límites al poder constituyente: los derechos fundamentales como paradigma*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 61-63. Del mismo modo, desde el punto de vista de la filosofía del derecho, el texto de José María Sauca, *Cuestiones Lógicas en la derogación de las normas*, México, Fontamara, 2001; Ricardo Guarinoni, *La autorreferencia normativa y la validez jurídica*, México, Fontamara, 2008, y José Juan Moreso, “Disposiciones de reforma constitucional”, en *Doxa*, núm. 10, 1991, pp. 201-222.

308. M.P. Juan Carlos Henao.

rencias internas y externas en la conformación y en el funcionamiento del Consejo de Gobierno Judicial y se asignaban roles de gobernanza a actores que cumplen fundamentalmente funciones jurisdiccionales, y se introducían dinámicas corporativistas y gremiales en el funcionamiento de estos organismos. La Corte puntualizó sin embargo, que la declaratoria de inconstitucionalidad por sustitución de este modelo de administración de la rama judicial, no quiere decir que el Congreso tenga la posibilidad de reformar el modelo de administración judicial creado por el Constituyente de 1991, si se propone una modificación que no sustituya los principios de separación de poderes, autogobierno, independencia y autonomía de la rama judicial.

7. La Sentencia C-373 de 2016³⁰⁹ que también hizo el control de constitucionalidad del Acto Legislativo No 2 de 2016, sobre el equilibrio de poderes, en lo que tiene que ver con la creación del llamado Tribunal de Aforados que juzgaba a Magistrados de las altas Cortes y al Fiscal General de la Nación. En este caso la Corte estableció que se había creado una instancia *ad-hoc* de investigación y acusación que tenía como únicos destinatarios los funcionarios que integran la cúpula de la Rama Judicial, y como única competencia la referida función de investigación y acusación, orientada a que, de manera periódica se produzcan sanciones de suspensión o destitución, competencia que resultaba incompatible con la garantía de independencia judicial y autonomía de la rama que son ejes definitorios de la Constitución de 1991.

8. La Sentencia C-332 de 2017³¹⁰ que se produjo en el control de constitucionalidad de los literales h) y j) del Acto Legislativo 1 de 2016, que estableció el procedimiento legislativo especial para la paz, comúnmente conocido como “fast track” (vía rápida), y que introdujo un sistema de aprobación mucho más expedita que el mecanismo de reforma constitucional ordinario para la implementación

309. M.P. Alejandro Linares Cantillo y Gabriel Eduardo Mendoza.

310. M.P. Antonio José Lizarazo.

de los acuerdos entre el Gobierno y la guerrilla de las FARC-EP. En esta ocasión la Corte señaló que el literal h) que disponía que los proyectos de ley y de acto legislativo solo podrán tener modificaciones siempre que se ajusten al contenido del Acuerdo Final y que cuenten con el aval previo del Gobierno nacional, y el j) que en la comisión y en las plenarias se decidirá sobre la totalidad de cada proyecto, con las modificaciones avaladas por el Gobierno nacional, en una sola votación; eran inconstitucionales por sustitución de la Constitución, en la medida en que “*desvirtúan las competencias de deliberación y la eficacia del voto de los congresistas, las cuales conforman el núcleo esencial de la función legislativa*” y además implican un “*desbalance en el equilibrio e independencia de los poderes públicos, a favor del ejecutivo y en desmedro de las prerrogativas propias del Congreso en una democracia Constitucional*”.

Las Sentencias C-285 y 373 de 2016 relacionadas con la reforma del equilibrio de poderes fueron criticadas por el Presidente de la República y algunos miembros del Congreso, quienes manifestaron que la Corte había empezado a utilizar el llamado juicio de sustitución para proteger sus propios intereses, y que dicho juicio estaba dando lugar a que se imposibilitará realizar una reforma de la justicia estructural, que ha sido propuesta en varias ocasiones y que no ha podido ser aprobada.

Igualmente la Sentencia C-332 de 2017 que permite que el Congreso realice modificaciones dentro del trámite legislativo, sin aval previo del Gobierno para implementar el acuerdo final de paz firmado entre el Gobierno y la guerrilla de las FARC-EP, fue criticado por el Presidente de la República y los líderes de la guerrilla, que ya se encontraba el proceso de entrega de armas y desmovilización, en el sentido de que la Corte daba la posibilidad con esta decisión a que se introdujeran modificaciones no pactadas en el acuerdo de paz por parte de un Congreso polarizado y dividido en torno a los acuerdos³¹¹.

311. Hay que anotar que la decisión estableció que los efectos eran hacia el futuro (*ex nunc*) y que por ende las reformas constitucionales y leyes aprobadas con este trámite no serían declaradas inconstitucionales al exigirse este requisito.

De otro lado se debe resaltar que de estos ocho pronunciamientos, dos de ellos han tenido una repercusión política directa en relación con la permanencia del Presidente de la República a través de reformas constitucionales que posibilitan la reelección.³¹² La *sentencia C-1040* de 2005 que no declaró inconstitucional la reforma que posibilitaba la reelección del Presidente de la República por una sola vez; reforma que dio lugar a que una Constitución diseñada para un periodo presidencial de cuatro años se terminará utilizando para periodos de ocho años; circunstancia que produjo un desequilibrio entre los poderes que afectó lo que Sartori llama la “ingeniería constitucional” o el diseño constitucional original de la Constitución de 1991.³¹³ La otra fue la *sentencia C-141* de 2010 que declaró inconstitucional la posibilidad de una segunda reelección del Presidente de la República.

Desde el punto de vista político, esta última sentencia ha sido en mi opinión la más importante que ha producido la Corte Constitucional en toda su historia, ya que se pudo verificar la independencia de la Corte constitucional en relación con el ejecutivo y sus mayorías en el Congreso, y ante la irrupción de modificaciones a la Constitución que podrían eliminar aspectos relacionados con la separación de poderes, el control entre estos, la alternancia del poder y el principio democrático. Esta sentencia puede compararse, en su importancia, con los casos fallados por la Corte Suprema de la India a mediados de los años setenta (*Minerva Mills Ltd. vs. Union of India de 1974 e Indira Nehru Gandhi vs. Raj Narain de 1975*), que protegía la democracia constitucional contra el intento del ejecutivo y de sus mayorías

312. Esta clasificación puede ser importante particularmente para el caso norteamericano que no ha admitido hasta ahora la posibilidad de control de las reformas constitucionales porque establece que se trata de una “cuestión política” (*political question*), especialmente en el caso de 1922 *Coleman vs. Miller*, 258 U.S. 130. Véase Yaniv Roznai, *op. cit.*, p. 673.

313. Véase el libro de Mauricio García Villegas y Javier Eduardo Revelo Rebolledo titulado *Mayorías sin Democracia: desequilibrio de poderes y Estado de Derecho en Colombia, 2002-2009*, Bogotá, Dejusticia, 2010.

en el Congreso para librarse de responsabilidad política y penal a través de la reforma constitucional.

En este caso se evidenció que la doctrina de la sustitución de la Constitución, introducida por la jurisprudencia constitucional a través de la tesis de la falta de competencia del órgano reformador, puede llegar a ser el último recurso en la defensa que tiene la democracia constitucional frente a la democracia de mayorías, en aras a evitar que se utilice la técnica de la reforma para eliminar los pilares básicos de la idea o concepto de Constitución.³¹⁴ Aunque la Corte Constitucional colombiana no ha establecido hasta la fecha una lista pormenorizada de los principios y valores consustanciales a la Constitución de 1991, o aquellos principios y valores derivados del bloque de constitucionalidad que no se pueden llegar a cambiar o derogar,³¹⁵ sí se han empezado a determinar mediante la resolución de casos concretos, cuáles pueden

314. Gonzalo Andrés Ramírez Cleves, *Límites a la reforma Constitucional: el concepto de Constitución como fundamento de la restricción*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, se refiere a que el concepto de Constitución de “Norma Jurídica suprema creada por el pueblo que divide los poderes y protege los derechos y que permite la creación de las demás normas del ordenamiento” puede ser el fundamento inicial para establecer límites intrínsecos o materiales a la reforma constitucional y de proteger la democracia constitucional sobre la democracia de mayorías.

315. En el fundamento jurídico 39 de la *sentencia C-551* de 2003 se dijo que el parámetro de constitucionalidad de las reformas a la Constitución relacionadas con la sustitución son los principios y valores que la constitución contiene y aquellos que surgen del bloque de Constitucionalidad. Dijo la Corte que, “Conforme a lo anterior, la Corte concluye que aunque la Constitución de 1991 no establece expresamente ninguna cláusula pétrea o inmodificable, esto no significa que el poder de reforma no tenga límites. El poder de reforma, por ser un poder constituido, tiene límites materiales, pues la facultad de reformar la Constitución no contiene la posibilidad de derogarla, subvertirla o sustituirla en su integridad. Para saber si el poder de reforma, incluido el caso del referendo, incurrió en un vicio de competencia, el juez constitucional debe analizar si la Carta fue o no sustituida por otra, para lo cual es necesario *tener en cuenta los principios y valores que la Constitución contiene, y aquellos que surgen del bloque de constitucionalidad...*”. Corte Constitucional, *sentencia C-551* de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynnet, F. J. 39. Las cursivas son nuestras.

llegar a ser esos principios de carácter general y particular que no podrían reformarse.³¹⁶

Por otra parte, se debe destacar que la jurisprudencia constitucional ha venido construyendo una serie de criterios de racionalidad y ponderación (test o metodología de la sustitución) para determinar en qué momento se puede llegar a implementar la doctrina de la sustitución y cuáles son aquellos principios y valores que no se podrían cambiar por el poder de reforma. Sobre la introducción de estos criterios se destacan las *sentencias C-1200* de 2003, la *C-970* de 2004, la *C-1040* de 2005, la *C-588* de 2009 y la *C-574* de 2011 que explicaremos a continuación:

1. La Sentencia C-1200 de 2003 que hacía el control del acto legislativo 03 de 2002, que le daba facultades al presidente de la república en materia penal y disciplinaria ante la introducción del sistema penal acusatorio en donde se establecieron algunos parámetros de interpretación para el estudio de las reformas a la Constitución por sustitución. En dicha sentencia se dijo:

“el juez constitucional puede acudir a los diversos métodos de interpretación para basarse en referentes objetivos, como por ejemplo los antecedentes de la reforma. También puede acudir al bloque de constitucionalidad, en sentido estricto, para delinear el perfil definitorio de la Constitución original, así como los principios constitucionales fundamentales y su concreción en toda la Constitución original, sin que ello autorice a esta Corte para comparar la reforma con el contenido de un principio o regla específica del bloque de constitucionalidad”.

316. En la *sentencia C-574* de 2011 se sintetizó el precedente sobre el tema y se estableció que, “el juicio de sustitución no es un juicio de intangibilidad ni tampoco un juicio de un contenido material de la Constitución, ya que el juicio de sustitución no tiene por objeto constatar una contradicción entre normas –como sucede típicamente en el control material ordinario–, ni verificar si se presenta la violación de un principio o regla intocable –como sucede en el juicio de intangibilidad. Por tal razón, la Corte debe comprobar que este elemento esencial es irreductible a un artículo de la Constitución o un límite material intocable por el poder de reforma, lo cual supone evitar que el juicio derive en un control de violación de algo supuestamente intangible, lo cual no le compete a la Corte”.

2. Sentencia C-970 de 2004, que nuevamente hacía el control de constitucionalidad del artículo 4º transitorio del acto legislativo número 3 de 2003, la Corte introdujo los primeros elementos del llamado “juicio de sustitución” que se estableció para racionalizar, a través de una serie de criterios, la discrecionalidad absoluta que tiene la Corte en determinar el momento en donde se debe implementar dicha doctrina y la determinación de los elementos insustituibles. En primer lugar, indicó que no se trata de enunciar simplemente los elementos generales que tiene una determinada institución en el constitucionalismo contemporáneo, sino la manera particular como un elemento definitorio ha sido configurado en la Constitución colombiana y que, por consiguiente, hace parte de su identidad. En segundo término, determinó que la Corte debe analizar el acto acusado para establecer “*cuál es su alcance jurídico en relación con los elementos definitorios identificadores de la Constitución a partir de los cuales se han aislado los parámetros normativos de control*”. Por último, dispuso que se debe realizar una labor comparativa y de síntesis para verificar “si la reforma reemplaza un elemento definitorio identificador de la Constitución por otro integralmente diferente”.

3. Sentencia C-1040 de 2005 que hacía el control del acto legislativo número 2 de 2004, que como explicábamos con anterioridad le daba la posibilidad al presidente para reelegirse por una sola vez. En esta sentencia se estableció el llamado *Test de los siete pasos* del juicio de sustitución, en donde la Corte Constitucional debía analizar si el demandante: 1) enuncia con suma claridad cuál es el elemento que se sustituye; 2) señala a partir de múltiples referentes normativos cuáles son sus especificidades en la Carta de 1991; 3) muestra por qué es esencial y definitoria la identidad de la Constitución integralmente considerada; 4) verifica si ese elemento esencial definitorio de la Constitución de 1991 es irreductible a una artículo de la Constitución; 5) verifica que la enunciación analítica de dicho elemento esencial definitorio no equivalga a fijar límites materiales intocables por el poder de reforma, para así evitar que el juicio derive en un control de

violación de algo supuestamente intangible; 6) verifica que el elemento esencial ha sido reemplazado por otro y no simplemente modificado, afectado, vulnerado o contrariado, y por último 7) verifica si el nuevo elemento esencial definitorio de la Constitución es opuesto o integralmente diferente hasta el punto en que resulte incompatible con los elementos definitorios de la identidad de la Constitución anterior.

4. Sentencia C-588 de 2009, que hacía el control del acto legislativo 01 de 2008 que establecía que los empleados en provisionalidad y en encargo podían permanecer directamente en sus cargos. En dicha sentencia se introdujo el *Test de la efectividad* de las reformas constitucionales, en donde se tienen que comprobar tres aspectos: 1) que la reforma no sea aparente, es decir que las normas a reformar no sigan siendo las mismas antes y después de la reforma, porque si resultan ser idénticas entonces no ha existido reforma constitucional; 2) que no se hayan establecido reformas *ad hoc* o particulares que favorezcan a una sola personas o grupo determinado de personas, y 3) que no se produzcan reformas tácitas a la Constitución, es decir, que no se haya sustituido indirectamente a través de la reforma otros principios estructurales de la Constitución que den lugar a lo que se conoce en la doctrina constitucional como “fraude constitucional”.

5. Sentencia C-574 de 2011 que hacía el control de constitucionalidad del acto legislativo número 2 de 2009 que modificaba el artículo 49 de la Constitución política sobre el derecho a la salud acerca de “el porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas”, que a pesar de que la Corte se declaró inhibida para fallar, realizó en su parte motiva la síntesis más extensa del juicio de sustitución y se estableció el *Test de las tres premisas* o los pasos que obligatoriamente debe seguir la Corte en el control de las reformas constitucionales. En primer lugar una premisa mayor en donde se determina el elemento consustancial o el principio o valor del bloque de constitucionalidad insustituible; en segundo término una premisa menor en donde se establece el principio o

valor novedoso que se introduce y que sustituye, y en tercero una premisa de síntesis en donde la Corte compara el principio o valor insustituible con el que se introduce para comprobar que son “opuestos o integralmente diferentes”, de tal manera que resulta incompatible con el elemento axial o consustancial.

En esa misma sentencia se dijo que para comprobar la “premisa mayor” la Corte debe analizar, a través de una lectura transversal e integral de la Constitución de 1991, si dicho elemento que se establece como sustituido es un elemento estructural o axial de la Constitución, y si dicho elemento esencial puede estar reflejado o contenido en varios artículos de la Constitución o en elementos del bloque de constitucionalidad. Además, de que la transversalidad se puede determinar a través del análisis histórico o sistemático de la Constitución.

Finalmente, se dijo que para construir dicha premisa es necesario para el demandante en su acción y para la Corte en su estudio: 1) enunciar con suma claridad cuál es dicho elemento; 2) señalar a partir de múltiples referentes normativos cuáles son sus especificidades en la Carta de 1991, y 3) mostrar por qué es esencial y definitorio de la identidad de la Constitución integralmente considerada.

A pesar de las ventajas que puede llegar a tener la doctrina de la sustitución de la Constitución para proteger la llamada democracia constitucional sobre la democracia de mayorías, la introducción de esta doctrina en la jurisprudencia constitucional colombiana ha contado con algunas críticas que se pueden clasificar en dos: en primer lugar (i), las críticas relacionadas con la adopción de la tesis propiamente dicha, y en segundo término (ii), las críticas que tienen que ver con las dificultades que pueden dar lugar a la implementación de dicha doctrina en la jurisprudencia constitucional.

Sobre las críticas de la adopción de la doctrina de la sustitución, algunos autores consideran que desde el punto de vista formal la Corte no puede arrogarse la competencia de hacer este tipo de

control, ya que no existen en la Constitución de 1991 cláusulas de intangibilidad expresas o cláusulas pétreas, y por ende la Corte estaría ejerciendo una competencia no reglada dentro de la propia Constitución.³¹⁷ Esta objeción ha sido señalada por ejemplo en el Salvamento de voto del Magistrado Humberto Sierra Porto que en la implementación de dicha doctrina consideró en la Sentencia C-970 de 2004 que:

La Corte Constitucional no tiene atribuida constitucionalmente competencia para conocer de vicios de constitucionalidad de los actos reformativos de la Constitución distintos a los establecidos en el artículo 241.1 de la Constitución. Esto es la competencia se restringe a los vicios de forma o procedimiento, todos los demás, llámense vicios materiales o de competencia, están excluidos del control que corresponde a la Corte.³¹⁸

Sobre las críticas relacionadas con la implementación y desarrollo de la doctrina de la sustitución se han criticado dos aspectos: en primer lugar, la dificultad que existe para diferenciar cuándo una reforma a la Constitución puede ser considerada como sustitución de la Constitución y qué elementos o valores axiales no se pueden sustituir y en qué medida.³¹⁹ Por otro lado, y en segundo

317. En el artículo 241.1 y 241.2 sobre competencias de la Corte Constitucional, se establece que ésta puede realizar controles a los actos legislativos (artículo 375 de la Constitución política), a los referendos constitucionales (artículo 378 de la Constitución política) o las propuestas de asamblea nacional constituyente (artículo 376 de la Constitución política) “sólo por vicios de procedimiento en su formación”, y que por esto no se puede hacer un control de contenido o de tipo material.

318. Corte Constitucional, *sentencia C-970* de 2004, M. P. Rodrigo Escobar Gil. Salvamente de Voto, Mg. Humberto Sierra Porto.

319. Véase principalmente a Carlos Bernal Pulido, “Fundamentación y significado de la doctrina de la sustitución de la Constitución. Un análisis del control de constitucionalidad de las reformas a la Constitución en Colombia”, en *Diálogos constitucionales de Colombia con el mundo. VII Encuentro de la jurisdicción constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 403-431. Publicado en inglés: Carlos Bernal Pulido, “Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine”, en *International Journal of Constitutional Law*, 2013, 11, (2), pp. 339-357.

lugar, las críticas tienen que ver con la amplia discrecionalidad que pueden tener los jueces constitucionales en la implementación de dicha doctrina.

El profesor Bernal Pulido, da cuenta de dicha problemática y formula una tesis alternativa para la determinación de los principios o valores insustituibles,³²⁰ utilizando algunos presupuestos relacionados con el test de proporcionalidad. Sostiene que sólo se puede acudir a esta figura cuando se compruebe que la reforma es de tal magnitud que no podría, sino a través de este mecanismo, proteger los elementos estructurales de la Constitución.

Es decir que sólo se utilizará dicha doctrina como una *última ratio* del control de constitucionalidad de las reformas y cuando se compruebe la “enormidad de la anormalidad”, es decir, cuando se constata de forma evidente que la intervención en los elementos consustanciales sean de tal entidad que el sistema político no puede ser considerado el mismo.³²¹

Bernal también propone dos principios que deben ser considerados como insustituibles. En primer lugar, aquellos elementos que se relacionan con el principio democrático y de legalidad, y que se refieren al catálogo de derechos fundamentales: el principio de Estado de derecho y el principio de separación de poderes, y en segundo término, aquellos elementos que se refieren a la garantía de una democracia deliberativa en donde se provea por la participación efectiva de los ciudadanos en las decisiones que los afectan.³²²

Por último, Bernal acoge un salvamento de voto que se realizó en la *Sentencia C-572* de 2004,³²³ y que se refiere a que si se tiene en cuenta

320. *Ídem*.

321. *Ibidem*, p. 430.

322. *Ibidem*, pp. 429-430.

323. En el salvamento de voto establece lo siguiente: “*Las vías extraordinarias de reforma constitucional (referendo y asamblea constituyente) cuentan, en desarrollo del principio de soberanía popular, con la participación ciudadana. Por ello, a pesar de*

que en la Constitución colombiana se establecen tres mecanismos de reforma a la constitución –reforma por Acto Legislativo por la vía del Congreso (artículo 375 de la Constitución política), reforma por referendo constitucional (artículo 378) y reforma por asamblea nacional constituyente (artículo 376)– entonces debe utilizarse la regla de que a mayor grado de participación popular en el mecanismo de reforma menor grado de intensidad en la posibilidad de control.

Bernal aplica dicha lógica a la valoración del principio de democracia deliberativa y establece la idea de que “cuanto menos una reforma sea el resultado de un procedimiento que observe las reglas de la democracia deliberativa, más intenso deberá ser el control de constitucionalidad.”³²⁴ Aunque la propuesta de Bernal es un primer intento de establecer una serie de condicionamientos de razonabilidad para la implementación de la doctrina de la sustitución en la determinación del momento en que se puede hacer el control de constitucionalidad, en la determinación de los elementos que deben ser entendidos como esenciales y en la finalidad última de establecer herramientas adicionales a los juicios de sustitución y razonabilidad establecidos por la Corte, la tesis alternativa cuenta con varios problemas.

Uno de ellos tiene que ver con la amplitud de lo que debe ser entendido como “principio democrático y de legalidad” y “democracia deliberativa”, ya que aunque se han hecho algunas elaboraciones doctrinales y jurisprudenciales sobre cuál es el contenido de estos principios, todavía queda un amplio grado de discrecionalidad de parte de la Corte sobre qué significado darles y qué elementos los componen. La experiencia del derecho comparado

que es claro que el poder de reforma se encuentra limitado por la prohibición de afectar la estructura básica de la Constitución, considero que por las vías extraordinarias de reforma constitucional (referendo y asamblea constituyente) es posible entrar a modificar incluso la estructura básica de la Constitución, pues la aprobación ciudadana de esas modificaciones implica una cierta intervención del poder constituyente originario pero, por paradójico que parezca, de manera institucionalizada (...)” Sentencia C-572 de 2004. Salvamento de Voto. M.P (encargado) Rodrigo Uprimny.

324. *Ídem.*

indica que aun teniendo como cláusulas de intangibilidad expresas, conceptos como “república” o “Estado de derecho”, el grado de interpretación puede ampliarse o restringirse dando lugar a interpretaciones minimalistas o maximalistas en cuanto a la valoración de los elementos insustituibles.

En el caso de las Constituciones de Francia e Italia, por ejemplo, establecen como irreformables el concepto de “república”, lo que quiere decir que se ha dado por parte de la doctrina y la jurisprudencia una interpretación maximalista de esta cláusula de intangibilidad minimalista; de tal manera que por “república” debe entenderse no solamente aquel régimen que se diferencia de la monarquía, sino también un régimen que establece y garantiza la división de poderes, la protección de derechos, el estado de derecho, la alternancia del poder, el principio de supremacía constitucional y la posibilidad de control de constitucionalidad de las leyes, entre otros aspectos.³²⁵

Por otro lado, cuando se ha intentado realizar una lista pormenorizada de los elementos insustituibles, como el caso de las cláusulas de intangibilidad expresas establecidas en el artículo 290 de la Constitución de Portugal, muchas de estas enumeraciones maximalistas pueden quedar obsoletas antes los cambios o mutaciones informales de la propia Constitución, como sucedió en dicho país después de la firma del tratado de Maastricht. A este respecto, algunos autores como Almeida Santos han considerado que las cláusulas de intangibilidad expresas que se refieren al principio de apropiación colectiva de los medios de producción, la planificación democrática de la economía y la participación de las organizaciones populares en el ejercicio del poder local, han sido “desconstitucionalizadas por el desuso”.³²⁶

325. Sobre el particular véase Gonzalo Ramírez Cleves, *Los límites..., cit.*, pp. 100-112.

326. Antonio de Almeida Santos, “Los límites materiales de la revisión constitucional a la luz de la doctrina y del sentido común”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 60-61, 1988, p. 955. Citado por Gonzalo Andrés Ramírez Cleves, *Los límites..., cit.*, pp. 103-105.

Si se tienen en cuenta estas dos experiencias se puede concluir que la solución del dilema de la indeterminación de los elementos esenciales insustituibles en el caso colombiano no puede ser solucionado a través de un listado taxativo y pormenorizado de dichos elementos de tipo maximalista o minimalista, porque se podría dar el problema de que lo fáctico supere lo normativo y se presenten casos de propuestas de reforma a la Constitución que a pesar de que no se encuentren dentro de los presupuestos amplios de la idea de principio democrático y deliberativo, puedan ser entendidos como axiales o estructurales a la Constitución de 1991.

Uno de estos casos no pensados como elemento consustancial fue la reforma constitucional, que se estableció a favor de los empleados en provisionalidad y en encargo para evadir la necesidad del concurso, lo cual no tenían directamente que ver con los principios de democracia deliberativa y principio democrático, pero que la Corte a través de las *Sentencia C-588* de 2009 y la *C-249* de 2012 declaró como inconstitucionales por sustitución, pues encontró que derogaban principios como el de mérito, igualdad, carrera administrativa y el de concurso público.

Pienso, en cambio, que la metodología de la Corte de proponer que el juicio de sustitución abierto y viviente se renueve constantemente y que siga el parámetro establecido de que “...no es un concepto completo, acabado o definitivamente agotado que permita identificar el conjunto total de hipótesis que lo caracterizan”,³²⁷ es una premisa que permite que el juicio de sustitución se adapte constantemente a las revisiones que llegue a tener la Constitución. Es decir que encuentro provechoso que la definición de los elementos esenciales se dé a partir del análisis del caso concreto para así no limitar o restringir la labor de la Corte a unos elementos predeterminados que pueden limitar su interpretación.

Teniendo en cuenta lo anterior, pienso que las limitaciones o restricciones de la Corte constitucional en el juicio de sustitución

327. C-574 de 2011 fundamento Jurídico 4.44 numeral 3.

tendrán como objetivo proteger los elementos de la democracia constitucional sobre la democracia de mayorías, y estará limitadas por los presupuestos de racionalidad establecidos en el juicio de sustitución y de eficacia, así como en el precedente que se vaya estableciendo por parte de la Corte constitucional en su jurisprudencia en torno a cuáles son esos principios inderogables y en qué medida se deben aplicar e interpretar. Esta jurisprudencia se convierte en precedente vinculante para decisiones posteriores sobre dicho tema.³²⁸

Finalmente, debe resaltarse una nueva problemática que se empieza a establecer en el tema de los límites materiales de la reforma constitucional y la implementación de la tesis de la sustitución en Colombia, y es lo que se refiere a la posible colisión o tensión entre principios que se consideran como esenciales a la propia Constitución. Este nueva cuestión se empezó a evidenciar en las Sentencias *C-579* de 2013 y *C-577* de 2014, sentencias que resolvieron la posible inconstitucionalidad del Acto Legislativo No. 1 de 2012 conocido como el *Marco jurídico para la paz* y que establece la posibilidad de que se aplique la justicia transicional en la criminalización de los máximos responsables que hubieran cometido delitos de manera sistemática, exceptuando los crímenes de guerra, de lesa humanidad y genocidio (artículo 66 transitorio) y la posibilidad de participación en política de los excombatientes de los grupos guerrilleros, una vez firmado el acuerdo de paz (artículo 67 transitorio).

En estos últimos casos, la Corte decidió declarar la constitucionalidad de estas reformas, pero introdujo criterios de interpretación, a través de condicionamientos específicos en la parte motiva para que se adaptarán los compromisos internacionales

328. Sobre los presupuestos metodológicos dijo la Corte en la *sentencia C-574* de 2011 que el “juicio de sustitución”, “...se trata de un control de tipo inductivo y no deductivo, porque la Corte analizará en cada caso concreto si el principio estructural fue sustituido, pero al mismo tiempo el precedente en torno a la definición del principio servirá para resolver si se presentó o no la sustitución de la Constitución en casos posteriores”.

de los derechos de las víctimas a los principios de verdad, justicia, reparación y presupuestos de no reparación que se habían establecido como vinculantes en pactos y convenciones internacionales; esto en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos³²⁹ y en el precedente de la propia Corte Constitucional.³³⁰ En estos dos casos la Corte verificó si el principio de la búsqueda de la paz y reconciliación que se considera como estructural, debería primar sobre el principio también esencial de los derechos de las víctimas, y decidió armonizar estos dos presupuestos condicionando la reforma a través de las técnicas de ponderación.³³¹

329. Especialmente la jurisprudencia que proscribe leyes de amnistías y punto final que se han proferido en los casos *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (26 de septiembre de 2006), *Barrios Altos y la Cantuta vs. Perú* (29 de noviembre de 2006), *Gomes Lund y otros vs. Brasil* (24 de noviembre de 2010) y *Gelman vs. Uruguay* (24 de febrero de 2011) y en el caso *Masacre de Mozotes vs. El Salvador* (25 de octubre de 2012).

330. En la *sentencia C-579* de 2013 se introducen una serie de condiciones para poder aplicar en la justicia transicional como que debe cumplirse como mínimo con 1) la dejación de las armas; 2) el reconocimiento de la responsabilidad; 3) la contribución al esclarecimiento de la verdad; 4) la reparación integral de las víctimas; 5) la liberación de los secuestrados, y 6) la desvinculación de menores. También se establecieron una serie de parámetros de interpretación del Acto Legislativo, como el establecimiento de las siguientes garantías: 1) la transparencia del proceso de selección y priorización; 2) una investigación seria, imparcial, efectiva, cumplida en un plazo razonable y con su participación; 3) la existencia de un recurso para impugnar la decisión sobre la selección y priorización de su caso; 4) asesoría especializada; 5) el derecho a la verdad, de modo que cuando un caso no haya sido seleccionado o priorizado se garantice a través de mecanismos judiciales no penales y extrajudiciales; 6) el derecho a la reparación integral, y 7) el derecho a conocer dónde se encuentran los restos de sus familiares. (Fundamento Jurídico 9.9.1). Véase los comentarios de Paula Robledo Silva y Gonzalo Ramírez Cleves, “La jurisprudencia constitucional colombiana en el año 2013: el control de constitucionalidad por sustitución y el amparo reforzado a los sujetos de especial protección constitucional”, en: *Anuario de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid, No 18, enero-diciembre de 2014, pp. 587-620.

331. Se explica en la sentencia que “la renuncia condicionada a la persecución penal se justifica *al ponderar* la obligación de investigar, juzgar y en su caso sancionar, con el deber de prevenir futuras violaciones a los derechos humanos en la búsqueda de una paz estable y duradera” (*Sentencia C-579 de 2013*). Ver sobre el particular: Gonzalo Villa Rosas, “La sentencia C-579 de 2013 y la doctrina de la sustitución de

Ante estas nuevas eventualidades que se presentan en el desarrollo del juicio de sustitución, la Corte ha sido creativa, pero también ha utilizado presupuestos de autorrestricción, los cuales ha usado en la resolución de otros casos que llegaron a su competencia, como las metodologías de racionalidad de las decisiones, las técnicas de precedente constitucional y las técnicas de ponderación que poco a poco vienen refinando y poniendo al día este importante juicio.

Estos nuevos presupuestos de interpretación van a ser utilizados en el proceso de paz que se culminó el 24 de noviembre 2016 con la guerrilla de las FARC-EP, tras la firma del Acuerdo Final de Paz en el Teatro Colón de Bogotá y la refrendación por parte del Congreso el 29 y 30 de noviembre del mismo año,³³² en donde se llegó a un acuerdo final compuesto de cinco puntos relacionados con desarrollo rural, narcotráfico, justicia transicional, participación en política de excombatientes, e implementación y desarrollo de los acuerdos.

Para esto se tramitó por parte del Congreso el llamado Acto Legislativo para la paz que fue aprobado el 7 de julio de 2016, y que como se dijo anteriormente establece un procedimiento especial para implementar el acuerdo de paz, en donde se modificó de manera temporal y excepcional el mecanismo ordinario de reforma constitucional, en aras de aprobar por una vía más rápida los acuerdos de paz.³³³ El “Procedimiento legislativo especial para la paz”, estableció que para tramitar reformas a la Constitución

la Constitución”, en *Justicia de transición y Constitución: análisis de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional*, Kai Ambos (ed.), Bogotá, Temis-Konrad Adenauer Stiftung, 2014, p. 99.

332. Este fue el acuerdo renegociado, ya que el primer acuerdo firmado el 24 de agosto de 2016, en la Habana (Cuba) no fue refrendado popularmente en el plebiscito que se presentó el 2 de octubre del mismo año. Ante el triunfo del “No” el acuerdo fue renegociado, con la introducción de algunas de las propuestas de los representantes del “No” y fue ratificado por la vía del Congreso el 29 y 30 de noviembre de 2016.

333. Sobre el particular ver Jorge Roa, *Los retos constitucionales del proceso de paz (Working Papers)*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.

para implementar los acuerdos de paz serán de iniciativa del gobierno, tendrán un trámite preferencial, los debates se acortarán y serán cuatro y no ocho, como estaba previsto inicialmente en el artículo 375 de la C.P. Del mismo modo se indica que los actos legislativos se aprobarán por mayoría cualificada, y que solo podrán tener modificaciones siempre y cuando se adecuen a los contenidos del acuerdo final.³³⁴ Finalmente se dispuso que los actos legislativos tendrán control previo de constitucionalidad que se reducirán a una tercera parte, y que este control se hará solo por vicios de procedimiento.³³⁵

Este acto legislativo especial para la paz, fue revisado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-699 de 2016,³³⁶ en donde ante una demanda de sustitución por el principio de rigidez o resistencia constitucional y separación de poderes, la Corte dispuso que no se sustitúan dichos principios porque se inscriben en el marco de proceso de justicia transicional, que es excepcional y transitorio.

Así mismo estableció que dicha modificación es constitucional ya que en todo caso la reforma constitucional diferencia la aprobación de la reforma constitucional especial con los de la aprobación de la ley, ya que la primera solo puede ser utilizada para implementar el acuerdo final de paz, que se apruebe por mayorías

334. Literales f) y h) del Proyecto de Acto Legislativo. El literal f) dice que, “Los actos legislativos serán tramitados en una sola vuelta de cuatro debates. El tránsito del proyecto entre una y otra Cámara será de 8 días; el literal g) establece que, “Los proyectos de acto legislativo serán aprobados por mayoría absoluta”, el literal h) indica que “Los proyectos de ley y de acto legislativo solo podrán tener modificaciones siempre que se ajusten al contenido del Acuerdo Final y que cuenten con el aval previo del Gobierno Nacional”; el literal i) dice que, “Todos los proyectos de ley y de acto legislativo podrán tramitarse en sesiones extraordinarias”.

335. Este Acto Legislativo que tiene como finalidad implementar los acuerdos de paz se implementará una vez aprobado el plebiscito por la paz, que se realizará el 2 de octubre de 2016 y que fue declarado constitucional mediante Sentencia C-379 de 2016.

336. M.P. María Victoria Calle.

cualificadas y que tengan control automático posterior por parte de la Corte Constitucional.³³⁷

Finalmente se indicó que no se sustituía el principio de separación de poderes al otorgar facultades extraordinarias al Presidente de la República para expedir Decretos con fuerza de ley para implementar los acuerdos de paz, dado que estas facultades solo pueden ser utilizadas para implementar el acuerdo de paz y son de carácter transitorio y excepcional, y en todo caso la Corte tiene que revisar que tienen una conexidad objetiva, estricta y suficiente con el referido acuerdo.³³⁸

En suma, considero que la doctrina de la sustitución de la Constitución implementada por la Corte constitucional desde la sentencia C-551 de 2003 ha sido una buena forma de salvaguardar la democracia constitucional sobre las posibles extralimitaciones de la democracia de mayorías; pero dicha doctrina debe ser utilizada, en los casos más extremos en donde se evidencie de una manera concreta la posibilidad de que con la reforma serán sustituidos los elementos generales o particulares de la Constitución, lo que daría lugar a que el poder de revisión se arrogue competencias que no tiene e imponga la voluntad de la democracia de mayorías sobre la democracia constitucional.

Por otro lado, creo que se debe seguir utilizando la técnica de establecer los principios esenciales o insustituibles a partir de la solución del caso concreto, ya que la formulación de una serie de principios maximalistas o minimalistas puede representar nuevos problemas en la interpretación del contenido y significado de estos. Igualmente, creo que las técnicas de ponderación de principios inderogables y la posible armonización debe darse

337. Estableció la Corte que, “*Estas variaciones en modo alguno rempazan por uno distinto el principio de resistencia constitucional relativa, variable, diversa y funcionalmente diferenciada. Por el contrario, se ajustan al marco constitucional prexistente. De manera que no encuentra la Corte un vicio de competencia por sustitución*” (Sentencia C-699 de 2016, M.P. María Victoria Calle).

338. Fundamento Jurídico 66.

en casos excepcionales y donde se utilice también un posible test de racionalidad o de ponderación que obligue a los jueces constitucionales a argumentar suficientemente acerca del posible condicionamiento de una reforma constitucional, para así evitar la discrecionalidad en este tipo de casos. Finalmente, en mi opinión creo que el hecho de ponderar el principio de búsqueda de la paz con los otros principios consustanciales de la Constitución para posibilitar adecuarla a los acuerdos de paz, es una buena forma de posibilitar constitucionalmente el desarrollo de lo pactado en un proceso de paz, pero dicha técnica solo se debe utilizar en los casos relacionados con los acuerdos y de manera excepcional.

4. Conclusiones

- La democracia de mayorías cuenta con la paradoja de que su racionalidad depende de un criterio cuantitativo y no cualitativo, por ende se puede presentar el caso en que a través de la regla de mayoría se eliminen los presupuestos de la democracia y los derechos de la minoría. Por esta razón se ha creado la democracia constitucional que intenta restringir la democracia de mayorías a una serie de aspectos consustanciales a la idea de Constitución; relacionados estos con la idea política de creación popular, división de poderes y protección de derechos, y asimismo con la idea jurídica de que esta norma posibilita la creación de las demás normas del ordenamiento.
- Dentro de las herramientas de contención o de freno a la democracia de mayorías, se han creado diversos instrumentos como el control de constitucionalidad de las leyes; las acciones constitucionales para la protección de derechos fundamentales; la rigidez constitucional o sistema agravado de reforma a la Constitución; las acciones constitucionales para la protección de derechos, y, en algunos casos y en forma más creciente, la doctrina de los límites competenciales del poder de reforma que les permite a las cortes y tribunales constitucionales declarar

inconstitucionales reformas a la Constitución, aun sin que se consagren en dichas normas las cláusulas de intangibilidad expresas o cláusulas pétreas.

- La doctrina de la sustitución de la Constitución en Colombia, implementada desde la *Sentencia C-551* de 2003, ha dado lugar a la declaratoria de inconstitucionalidad por sustitución de ocho reformas a la Constitución. Esta doctrina ha sido una buena forma de proteger la democracia constitucional frente a la democracia de mayorías, por ejemplo, en los casos en que se quiere utilizar a las mayorías en el Congreso para perpetuarse en el poder (caso de la reelección del presidente. *Sentencia C-141* de 2010) o para evadir la eficacia de las sentencias de constitucionalidad o favorecer a un grupo especial de personas sin ninguna justificación constitucional (la *Sentencia C-588* de 2009 y la *C-249* de 2012).
- Los métodos de racionalidad que ha utilizado la Corte-juicios o metodología de la sustitución de “los siete pasos”, de “los tres pasos”, de “las premisas”, “test de la eficacia” y “ponderación con el principio consustancial de la paz” –han dado lugar a que el juez de constitucionalidad racionalice y pondere las decisiones relacionadas con la sustitución de la Constitución, esto en torno a criterios que identifiquen el elemento consustancial como elemento axial o estructural, y que expongan la contradicción evidente con el principio que se introduce con la reforma. Del mismo modo, buscan que la reforma sea eficaz con la proscripción de reformas aparentes, *ad hoc* e indirectas.
- No parece provechoso realizar un listado maximalista o minimalista de los elementos insustituibles de la Constitución, ya que estos elementos dependen en últimas de la interpretación del contenido y significado que haga la Corte. Sin embargo, sí se deben usar herramientas teóricas para limitar la utilización de dicha doctrina

e implementarla sólo como *ultima ratio* que proteja a la democracia constitucional de los abusos de la democracia de mayorías.

- Se evidencia que surgen nuevas problemáticas del juicio de sustitución implementado en Colombia, como la eventual colisión de principios insustituibles que llevan a la interpretación o condicionamiento de las reformas constitucionales, los cuales requieren de nuevas herramientas teóricas que posibiliten la labor judicial de control en este tipo de casos.
- Finalmente se comprueba la hipótesis de que la doctrina de la sustitución de la Constitución ha sido una forma de limitar los excesos de la democracia de mayorías; pero se tienen que establecer nuevos parámetros jurisprudenciales para que la implementación de dicha doctrina sea razonable y ponderada. Las fórmulas de autorrestricción que ha utilizado la Corte para resolver este tipo de casos, puede ser una buena forma de lograr la protección de la democracia constitucional sobre la democracia de mayorías, aunque todavía se requieren elementos de racionalidad y ponderación adicionales para que la argumentación de los jueces constitucionales se restrinja y, a su vez, se limite la discrecionalidad que se tiene con esta potestad.