

Aproximación al desarrollo de la teoría de la sustitución de la Constitución en Colombia

María Alejandra Camacho-Rueda

Andrés Rodríguez-Morales

Para citar este artículo:

Camacho-Rueda, M.A. y Rodríguez-Morales, A.
(2022). El desarrollo de la teoría de la sustitución
de la Constitución en Colombia: Un estado del arte.

Vía Iuris, (32), 1-36 DOI

<https://doi.org/10.37511/viaiuris.n32a8>

PUBLICACIÓN ANTICIPADA EN LINEA (Versión previa a la corrección de estilo y diagramación).

La Revista Vía Iuris informa que este artículo fue evaluado por pares externos y aprobado para su publicación en las fechas que se encuentran en la siguiente página. Este documento puede ser descargado, citado y distribuido, no obstante recuerde que en la versión final pueden producirse algunos cambios en el formato o forma.

Aproximación al desarrollo de la teoría de la sustitución de la Constitución en Colombia *

María Alejandra Camacho-Rueda **

Andrés Rodríguez-Morales ***

Fecha de recepción: 9 de septiembre de 2021
Fecha de evaluación: 17 de noviembre de 2021
Fecha de aprobación: 16 de diciembre de 2021

Para citar este artículo:

Camacho-Rueda, M.A. y Rodríguez, A. (2022). El desarrollo de la teoría de la sustitución de la Constitución en Colombia: Un estado del arte. *Vía Iuris*, (32), 1-36. DOI <https://doi.org/10.37511/viaiuris.n32a8>

*Este artículo es uno de los resultados del proyecto de investigación: La llegada de la teoría de la sustitución de la Constitución a Colombia. Grupo de Investigación en Derecho Público. Universidad de los Andes. (Periodo 2020-2021). Bogotá, Colombia.

Magíster en Economía de las Políticas Públicas y Politóloga de la Universidad del Rosario. Bogotá (Colombia). **Correo electrónico: mariaal.camacho@urosario.edu.co. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0003-0446-3590>.

***Estudiante de Doctorado en Derecho en la Universidad de los Andes. Abogado de la Universidad del Rosario. Miembro del Grupo de Investigación en Derecho Público de la Universidad de los Andes. Bogotá (Colombia). **Correo electrónico:** a.rodriguez10@uniandes.edu.co. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0002-1845-3062>. **Google Scholar:** <https://scholar.google.com/citations?hl=es&user=yPtBNmAAAAAJ>

Aproximación al desarrollo de la teoría de la sustitución de la Constitución en Colombia

Resumen

Realizando una revisión de literatura académica y una revisión jurisprudencial, este artículo busca presentar un panorama general de los cambios a en el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales, a lo largo de la historia constitucional colombiana. Para ello, (i) se tratará de inducir a una interpretación textual de la Constitución de 1991 que se puede considerar errónea, posteriormente, (ii) se explicará la proveniencia de las ideas que justifican la teoría de la sustitución de la Constitución, (iii) se sintetizará la historia constitucional colombiana respecto del control de constitucionalidad de las formas y de la inclusión en sus textos de cláusulas pétreas o de eternidad, se relatará (iv) la llegada de la teoría de sustitución a la jurisprudencia constitucional colombiana de la Constitución de 1991, y se presentará (v) la metodología diseñada para definir cuándo se sustituye o no la Constitución. Finalmente, (vi) se harán evidentes los retos respecto de la teoría de la Constitución. Se concluye que el control a estas reformas es anterior a la Constitución de 1991, no implica la creación de cláusulas pétreas y presenta retos democráticos.

Palabras clave: Constitución, reforma constitucional, sustitución de la Constitución, derecho constitucional, teoría constitucional, historia constitucional.

Approximation to the development of the theory of constitutional substitution in Colombia

Abstract

Through a review of academic literature and a review of case law, this article seeks to present an overview of the changes in the control of constitutionality of constitutional reforms throughout Colombian constitutional history. To this end, (i) an attempt will be made to induce a textual interpretation of the 1991 Constitution that can be considered erroneous, subsequently, (ii) the origin of the ideas that justify the theory of the substitution of the Constitution will be explained, (iii) it will synthesize the Colombian constitutional history concerning the control of constitutionality of the forms and the inclusion in its texts of eternal clauses, it will relate (iv) the arrival of the theory of substitution to the Colombian constitutional jurisprudence of the 1991 Constitution, and it will present (v) the methodology designed to define when the Constitution is or is not substituted. Finally, (vi) the challenges regarding the theory of the Constitution will become evident. We concluded that the control of these reforms is before the 1991 Constitution, does not imply the creation of stony clauses, and presents democratic challenges.

Keywords: Constitution, constitutional reform, constitutional replacement, constitutional law, constitutional theory, constitutional history.

Approximation du développement de la théorie de la substitution constitutionnelle en Colombie

Résumé

Réalisant une revue de la littérature académique et une revue de la jurisprudence, cet article vise à présenter un aperçu des changements dans le contrôle de la constitutionnalité des réformes constitutionnelles, tout au long de l'histoire constitutionnelle colombienne. Pour ce faire, (i) on tentera d'induire une interprétation textuelle de la Constitution de 1991 qui pourra être considérée comme erronée, par la suite, (ii) on expliquera l'origine des idées qui justifient la théorie de la substitution de la Constitution, (iii) l'histoire constitutionnelle colombienne sera synthétisée en ce qui concerne le contrôle de la constitutionnalité des formes et l'inclusion dans ses textes de clauses de pierre ou d'éternité, il sera rapporté (iv) l'arrivée de la théorie de la substitution à la jurisprudence constitutionnelle colombienne du Constitution de 1991, et (v) la méthodologie visant à définir quand la Constitution est remplacée ou non sera présentée. Enfin, (vi) les défis concernant la théorie de la Constitution deviendront évidents. Il est conclu que le contrôle de ces réformes est antérieur à la Constitution de 1991, n'implique pas la création de clauses de pierre et présente des défis démocratiques.

Mots clés: Constitution, réforme constitutionnelle, substitution de la Constitution, droit constitutionnel, théorie constitutionnelle, histoire constitutionnelle

Aproximação do desenvolvimento da teoria da substituição constitucional na Colômbia

Resumo

Realizando uma revisão da literatura acadêmica e uma revisão da jurisprudência, este artigo busca apresentar um panorama das mudanças no controle de constitucionalidade das reformas constitucionais, ao longo da história constitucional colombiana. Para isso, (i) será feita uma tentativa de induzir uma interpretação textual da Constituição de 1991 que pode ser considerada errônea, posteriormente, (ii) será explicada a origem das ideias que justificam a teoria da substituição da Constituição, (iii) sintetizar-se-á a história constitucional colombiana quanto ao controle de constitucionalidade das formas e a inclusão em seus textos de cláusulas pétreas ou de eternidade, relatar-se-á (iv) a chegada da teoria da substituição à jurisprudência constitucional colombiana do Constituição de 1991, e (v) será apresentada a metodologia destinada a definir quando a Constituição será substituída ou não. Por fim, (vi) os desafios quanto à teoria da Constituição ficarão evidentes. Conclui-se que o controle dessas reformas é anterior à Constituição de 1991, não implica na criação de cláusulas pétreas e apresenta desafios democráticos.

Palavras-chave: Constituição, reforma constitucional, substituição da Constituição, direito constitucional, teoria constitucional, história constitucional

Introducción

Hace poco, la Corte Constitucional declaró inconstitucional una reforma constitucional tramitada a través del Congreso de la República (un acto legislativo). La noticia fue muy difundida, pues se trataba una propuesta inmensamente popular: establecer una cadena perpetua para personas que accedieran carnalmente a menores de edad. En la realidad colombiana, no es inusual que la Corte Constitucional declare inexequibles leyes o artículos de estas. Sin embargo, el fenómeno parece más difícil de entender tratándose de reformas constitucionales. ¿Por qué una Corte puede declarar inconstitucional una reforma constitucional? ¿Cómo se justifica este poder? ¿No implica esto que la Corte desconoce el clamor popular? ¿Acaso el pueblo no puede reformar su carta política como desee?

Estas preguntas han sido debatidas ampliamente en la teoría constitucional contemporánea y son un eje central de la discusión en el derecho constitucional comparado. Ese eje de discusión suele llamarse “teoría de la sustitución de la Constitución” o “sustitución constitucional”. En pocas palabras, esta categoría documenta el debate que se origina cuando un tribunal constitucional declara inexequible una reforma de constitucional, argumentando que ésta va en contra de la esencia de la Carta Política que reforma.

¿Cómo es posible que un tribunal constitucional declare inconstitucional una reforma constitucional? El objetivo de este artículo es brindar al lector herramientas para formular una respuesta informadas a esa pregunta. Para cumplir este objetivo, es necesario lograr dos cometidos. En primer lugar, presentar los cambios a lo largo de la historia constitucional colombiana en el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales. En segundo lugar, explicar el juicio de sustitución de la Constitución y sus conceptos relacionados.

Para construir esta revisión, metodológicamente realizamos una revisión de literatura panorámica o exploratoria. En otras palabras, utilizamos un enfoque amplio (la reconstrucción histórica respecto del control de constitucionalidad de las reformas constitucionales), un marco amplio (su trascendencia histórica) e identificamos algunas tendencias en la literatura (Guirao Goris, 2015). Posteriormente, estudiamos todos los fallos de constitucionalidad proferidos por la Corte Constitucional en sentencias de sustitución hasta 2020.

Lamentablemente, por motivos de espacio, no es posible incluir teorías constitucionales no hegemónicas sobre la sustitución constitucional. Sin embargo, esto no quiere decir que estas no existan. Podemos listar, brevemente, dos ejemplos sin salir de América Latina. En Venezuela, el Tribunal Supremo de Justicia ha construido una teoría jurídica que legitima cualquier reforma legal o constitucional tendiente a fortalecer “la revolución” (Figuroa García-Herreros, 2019). Siguiendo esa misma lógica, la identidad de la Carta Política venezolana no necesariamente podría considerarse “sustituida” aunque se eliminaran formalmente los elementos mínimos de cualquier Constitución (la consagración de derechos y la eliminación de la separación de poderes), siempre que se siguieran los “ideales revolucionarios” según la interpretación del Tribunal Supremo (cooptado por el chavismo). En Honduras, la Corte Suprema de Justicia declaró inconstitucional un artículo de la versión original de la Constitución por “violar” la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con el fin de permitir la reelección del gobernante de turno (Rodríguez, 2019). Para una revisión detallada de la forma en la que se ha desarrollado esta teoría en otros países, sugerimos revisar el interesante trabajo del profesor Yaniv Roznai (2020) que fue oportunamente traducido al español recientemente.

El resto de este artículo se divide en dos grandes partes. En primer lugar, exponemos la metodología utilizada para la revisión de literatura. En segundo lugar, se presentan los resultados y la discusión.

Metodología

Trabajo de corte documental que fue construido conforme a la siguiente ruta. Utilizando Google Scholar como motor de búsqueda (Torres-Salinas, Ruiz-Pérez, & Delgado-López-Cózar, 2009), recopilamos los artículos de revista escritos en español e inglés que explicaran el avance de la teoría de la sustitución en Colombia y que se hubieran publicado después de 1991. Lamentablemente, estos no fueron suficientes para construir este trabajo, por lo que tuvimos que acudir a otros artículos de revista, pero también libros o capítulos de libro publicados por editoriales universitarias que el primer grupo de textos citaba. En esta segunda fase, no utilizamos no establecimos ningún límite temporal para la inclusión de los trabajos. Trabajamos en equipo para leer todos los materiales recopilados para utilizarlos en la construcción del argumento. En lo posible, tratamos de mantener las citas textuales de los conceptos más importantes. Todos los materiales relevantes que encontramos fueron utilizados en este trabajo, por lo que pueden encontrarse en la sección de referencias.

Asimismo, realizamos un análisis jurisprudencial del *test* de sustitución. Utilizando VLex y el buscador de la relatoría de la Corte, hicimos una búsqueda de todas las sentencias que hubieran fallado una demanda en la que se argumentaba que existía una sustitución de la Constitución. Siguiendo la metodología planteada por Diego López (2006), analizamos de forma dinámica y de forma estática las decisiones. Resaltamos los pasos claves del silogismo, que incluimos en este texto.

Resultados y discusión

Como resultado de nuestra revisión, encontramos tres hallazgos. En primer lugar, (i) que la facultad de declarar reformas constitucionales inconstitucionales es una competencia que la Corte Constitucional se abrogó en contra de la literalidad del texto constitucional.

En segundo lugar, (ii) que si que si bien la teoría de la sustitución es de creación jurisprudencial, esta no es reciente. Finalmente, en tercer lugar, (iii) que se ha desarrollado una metodología para determinar si la reforma es inconstitucional o no de una forma menos discrecional.

Para presentar esos hallazgos, esta parte del artículo expondrá al lector las competencias que el constituyente le entregó a la Corte Constitucional respecto del control de constitucionalidad de las reformas constitucionales. El objetivo de este ejercicio es probar que la interpretación textual de la Carta no permite deducir la existencia de dicha facultad (primer hallazgo).

Seguidamente, hacemos un alto en el camino para explicar las bases conceptuales de la teoría de la sustitución. En ese acápite, respondemos las siguientes preguntas: ¿quién la formuló? ¿cuál es su sustento dogmático? Estas bases conceptuales no solo son centrales para comprender la teoría, sino que son útiles para comprender su desarrollo en la jurisprudencia colombiana.

Posteriormente, presentamos un recorrido histórico a través de las diversas constituciones colombianas, específicamente, respecto de la regulación del control de constitucionalidad de reformas constitucionales (desde 1821 hasta nuestros días). Allí, el lector podrá notar que la teoría es de creación jurisprudencial y data antes de la existencia de la Corte Constitucional (segundo hallazgo).

Por último, presentamos el desarrollo jurisprudencial de la teoría de la sustitución (tercer hallazgo), la metodología utilizada para decidir si la reforma es inconstitucional (*test* de sustitución) y formulamos algunos retos que genera su existencia.

¿Qué tipo de control de constitucionalidad tienen las reformas constitucionales en Colombia?

El artículo 241 Superior, establece en “estrictos” y “precisos términos” como competencias de la Corte Constitucional, respecto de estos actos de reforma, las siguientes:

1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, **sólo por vicios de procedimiento en su formación**.
2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, **sólo por vicios de procedimiento en su formación**.
3. Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos **sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización** (Negrillas fuera del texto original). (Constitución Política de Colombia, 1991, Art. 241).

Sumado a lo anterior, el artículo 379 dice que “Los Actos Legislativos, la convocatoria a referendo, la consulta popular o el acto de convocación de la Asamblea Constituyente, **sólo podrán ser declarados inconstitucionales cuando se violen los requisitos establecidos en este título**” (Negrillas fuera del texto original). (Constitución Política de Colombia, 1991, Art. 379).

Es decir, haciendo una interpretación textual de nuestra Constitución Política, se podría afirmar *prima facie* que la Corte Constitucional sólo podría hacer revisiones formales a las reformas constitucionales⁴. Más adelante, denominaremos a esta interpretación como **conclusión preliminar**.

Este diseño constitucional dista de ser caprichoso. El constituyente de 1991 tomó esta decisión basándose en dos argumentos centrales. En primer lugar, se argumentó que es

⁴ Esta fórmula es inédita en el constitucionalismo colombiano, pues como lo narra Mario Cajas (2007, pp. 26-27), en la Constitución de 1991, se establece por primera vez en una Carta Política colombiana el control de constitucionalidad de los actos reformativos de la Constitución.

imposible hacer un juicio de constitucionalidad respecto de una reforma constitucional. Esto se debe a que, en el normal desarrollo del análisis de constitucionalidad de las normas, el juzgador realiza un juicio de intangibilidad, en el que se contrasta una norma de carácter legal –norma de inferior jerarquía– con la Constitución –norma superior–. (Corte Constitucional, Sentencia C-1040, 2005). En una reforma a la Constitución, esto sería imposible, puesto que ambas normas serían de la misma jerarquía. Así, en estricto sentido, la norma siempre sería contraria a la anterior –por el hecho de ser una reforma–. Afirmar lo contrario, sería hacer nugatorio el poder de reforma constitucional. (Colón-Ríos, 2011, p. 373).

En segundo lugar, dicho límite a las facultades de la Corte hace parte del sistema de pesos y contrapesos impuesto por el constituyente de 1991. (Cepeda Espinosa, 2004, p. 672). Para hacerlo más claro se utilizará un ejemplo: suponga el lector que, en un reciente fallo de constitucionalidad, la Corte declaró la exequibilidad condicionada del artículo 113 del Código Civil –que regula el contrato civil de matrimonio–. Específicamente, este fallo ficticio condicionó⁵ el mencionado artículo bajo el entendido de quienes deseen celebrar contratos civiles de matrimonio entre 3 o 4 personas podrán hacerlo.

Esto alentaría, hipotéticamente –¿o no? –, un movimiento conservador en contra del fallo. En el sistema de pesos y contrapesos de 1991, la forma de revertir este fallo sería modificando la Constitución, utilizando cualquiera de los mecanismos establecidos en el artículo 374 Superior, para que, en el texto constitucional, posiblemente en el artículo 42, se añadiera un párrafo que prohíba explícitamente este tipo de uniones.

⁵ La Corte Constitucional en algunas ocasiones decide declarar la constitucionalidad condicionada. Es decir, la Corte realiza un fallo interpretativo, que la doctrina constitucional comparada no comparte. Esto puesto en el sentido original del control de constitucionalidad (es decir, un contraste entre una norma superior y otra inferior) la Corte “tendría que limitarse a mantener o retirar del ordenamiento el texto acusado, pero no podría mantener una interpretación y expulsar otra”. (Martínez Caballero, 2000, p. 28). Sin embargo, la Corte Constitucional, en virtud del principio de conservación del derecho (que busca conservar los actos del Congreso) y debido a que la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma puede llevar a afectar normas constitucionales, la Corte decide tomar una decisión intermedia: no declara inconstitucional dicha norma, ni plenamente constitucional, sino que la declara exequible con una condición, que se interprete de una determinada manera que garantice su armonía con la Constitución Política. (Martínez Caballero, 2000).

Sin embargo, la **conclusión preliminar** a la que se ha llegado es totalmente errónea en la práctica, pues como lo relata Bernal Pulido (2013, p. 340), la jurisprudencia constitucional ha desarrollado la **teoría de sustitución de la Constitución** con el objetivo de legitimar la facultad de la Corte de revisar, de fondo⁶, las reformas constitucionales.

Las bases teóricas de la teoría de sustitución de la Constitución

Según Bernal (2013, p. 342), en 1942, el académico francés Roger Bonnard, introdujo la distinción entre poder originario y poder instituido partiendo del trabajo previo de Carré de Malberg y Burdeau. Bernal, en su artículo *Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine* cita a Bonnard (1942):

El poder constituyente originario existe fuera de la Constitución, sin ninguna autorización constitucional previa. Este poder, se manifiesta en la creación de un nuevo Estado o en una revolución que derogue la Constitución existente. En cambio, el poder instituido sólo existe en virtud de la Constitución que los establece con propósitos de reforma. Así, el poder instituido debe ser utilizado dentro del alcance de una competencia legal. (Bernal, 2013, p. 342).

Más tarde, en 1949, George Vedel sustituyó los términos *poder constituyente instituido* por los de *poder constituyente derivado*. (Bernal, 2013, p. 342). Como lo relata Ramírez Cleves (2005, p. 210), en el año de 1789 Sièyes redactó su obra denominada “¿Qué es el Tercer Estado?” en el que expone la diferenciación entre poder constituyente y constituido. Esta obra fue publicada a finales del siglo XVIII, en pleno auge de las ideas revolucionarias burguesas, cuando se discutía la siguiente cuestión: ¿la Constitución está

⁶ En palabras del profesor Mario Cajas (2007, p. 30): “La tesis de los vicios competenciales implica, en la práctica, un control material de la reforma, del tipo implícito textual, en la medida en que es la Corte quien determina los sentidos de la Constitución que no permiten ser reemplazados por la reforma del Congreso. Cabe anotar, que, pese a ello, la Corte no acepta que esté realizando un control material”.

legitimada para limitar el poder en democracia?⁷ Para zanjar esta cuestión, Sièyes retomó la diferenciación entre poder constituyente primario y constituyente derivado. (Ramírez Cleves, 2008, p. 150).

De este modo, para Sièyes el poder constituyente tiene la facultad de establecer la Constitución, que es la norma superior en un ordenamiento jurídico. El titular del poder constituyente es la nación, quien no puede ser limitada jurídicamente en su poder, pues su existencia misma es el origen de la legalidad. Por el contrario, los poderes constituidos –como el poder de reforma– son creados por el poder constituyente y están limitados por la Constitución. (Colón-Ríos, 2011, p. 366).

Según Colón-Ríos (2011, pp. 366-367), Carl Schmitt desarrolló –y de cierta forma, radicalizó– la teoría de Sièyes, definiendo el poder constituyente como “la voluntad política, cuyo poder o autoridad es capaz de hacer la decisión concreta y exhaustiva sobre el tipo y la forma de existencia política”⁸, es decir, en la teoría de Schmitt una Constitución es válida en la medida que una decisión política la determina. (Colón-Ríos, 2011).

En consecuencia, a juicio de Schmitt, el poder constituyente, por ser un poder “no mediado”, no puede ser limitado por ningún poder constituido. No obstante, ello no implica que las decisiones del poder constituyente usualmente no deban seguir un procedimiento preestablecido para manifestar su voluntad (Colón-Ríos, 2011, p. 367). Según Schmitt, esto tampoco significa que al poder constituido le quede vedado tomar decisiones políticas de alto impacto, sino una serie de decisiones que implican “el modo de existencia política del pueblo”, como la estructura básica del Estado. Luego, estos cambios no debería hacerlos el constituyente derivado, sino el constituyente primario en el proceso de creación de una nueva Constitución (Colón-Ríos, 2011, p. 367).

⁷ A Sièyes le preocupaba que el monarca tomara transitoriamente el poder de nuevo y mediante una Constitución, limitara la voluntad popular. Por eso estaba interesado en diseñar una teoría que pusiera límites a la voluntad de la Constitución (Ramírez Cleves, 2005, pp. 208-209).

⁸ Según Colón-Ríos (2011, p. 366), de esta forma Carl Schmitt rechazó la teoría de Hans Kelsen que afirmaba que la Constitución se basaba en una norma abstracta.

¿Cómo saber cuáles son las decisiones que determinan “el modo de existencia política del pueblo”?

Algunas constituciones establecen que hay una serie de disposiciones de su contenido que sólo pueden ser modificadas por el constituyente primario. A ese listado de temas se le conoce como cláusulas pétreas. Dicho de otra manera, son cláusulas pétreas “aquellas que consagran límites explícitos al poder de reforma de la Constitución” (Pardo Schlesinger, 2006, p. 270).

Por ejemplo, en Alemania, la Ley Fundamental de Bonn incluye una cláusula pétrea que prohíbe cualquier modificación de “la Federación (...), el principio de la participación de los (...) [estados] en la legislación, [la] [intangibilidad de la dignidad humana] y [la] [naturaleza republicana y democrática del estado]” (Hernández, 2016, p. 7). Esto permite que la Ley Fundamental de Bonn defina de forma expresa cuáles son los elementos de su esencia (Hernández, 2016, p. 7). La cláusula encuentra su justificación en el concepto de democracia militante, acuñado por Karl Löwenstein (1937), lo que implica que el modelo democrático pierde su carácter neutral, por lo que “se convierte en una de carácter militante, que se defiende de sus enemigos con una adhesión a una serie de principios esenciales”⁹. (Hernández, 2016, p. 8).

Las cláusulas pétreas, la diferenciación entre constituyente primario y constituyente derivado y el control constitucional a las reformas constitucionales a través de la historia constitucional colombiana.

En el siguiente apartado, haremos un breve recuento sobre la (i) existencia de cláusulas pétreas y (ii) el control de constitucionalidad de los actos reformativos de la

⁹ Esto obedece a una razón concreta: un trauma histórico. Específicamente, la llegada de Hitler al poder alemán a través de medios democráticos. Hitler, valiéndose del modelo democrático, llegó al poder para instaurar un modelo autoritario. (Hernández, 2016, pp. 6-7). Ramírez Cleves (2006, p. 6), denomina, retomando terminología francesa, a este fenómeno como “fraude constitucional”.

Constitución en la historia del constitucionalismo colombiano¹⁰, con el objeto de probar las siguientes dos hipótesis: (i) que las cláusulas pétreas no son una institución jurídica arraigada en nuestro constitucionalismo y (ii) que el control de constitucionalidad a las reformas constitucionales, utilizando la diferenciación entre constituyente primario y constituyente derivado, es de creación eminentemente jurisprudencial y anterior a la Constitución de 1991. (Cajas, 2008, pp.84-85).

Como lo notará el lector a lo largo de esta sección, el constitucionalismo colombiano se ha caracterizado por ser “reformista”, pasando por 16 constituciones desde que Colombia es una República (Cajas, 2008, pp. 22-26). Valencia Villa (1987) describió este fenómeno como el choque entre las constituciones y las “Cartas de Batalla”. Con esto, Valencia (1987) quiso decir que a pesar de los mecanismos rígidos de reforma establecidos por las diferentes constituciones, se recurrió a mecanismos de reforma política con tres objetivos: (i) desarticular insurrecciones populares, (ii) superar crisis institucionales y (iii) “trasladar el lenguaje ceremonial del debate forense a los conflictos del poder entre los órganos del Estado, entre los partidos gobernantes y sus fracciones, y entre estas instancias y los sectores dominados por la población civil”. (Cajas, 2008, pp. 23-24).

La Constitución de 1821 (la carta política de la Gran Colombia), en su artículo 190 disponía que el Congreso podía reformar la Constitución, “pero nunca podr[ía] alter[ar] las bases contenidas en la sección 1ª del título I, y en la 2ª del título II”. (Cajas Sarria, 2004, p. 11). Estas secciones de la carta aludían “a la nación colombiana, la independencia de la monarquía española y a la obligación de la nación de proteger con

¹⁰ En los siguientes párrafos, la exposición se desarrollará desde una perspectiva normativa (es decir, desde el ámbito de la validez). Esto no quiere decir que las disposiciones jurídicas a las que se hará referencia a continuación fueran respetadas en la práctica. De hecho, estamos de acuerdo con Hernández (2016) cuando afirma, citando a Tulio Halperin Dongui (1972) y José Luis Romero (1986) que el constitucionalismo latinoamericano es contradictorio en el siguiente sentido: “adhiera explícitamente a las ideas del liberalismo europeo y norteamericano, pero en la práctica política y constitucional, cuando se comprueba que tales instituciones liberales hacen ingobernable a estas naciones, ejecuta la derogación práctica, nunca formal, de las instituciones liberales”.

leyes sabias y equitativas la libertad, la seguridad, la propiedad y la igualdad de todos los colombianos” (Cajas Sarria, 2004, p. 11).

Por su parte, en la Constitución de 1830, se encontraba una cláusula pétrea de forma expresa, que establecía que: “el poder que tiene el Congreso para reformar la Constitución no se extiende a la forma de Gobierno, que será siempre republicano, popular, representativo, alternativo y responsable” (Cajas Sarria, 2004, p. 11).

En la misma línea, la Constitución del Estado de Granada, expedida en 1832, en su artículo 218, contenía la siguiente disposición: “El poder que tiene el congreso (sic) para reformar esta constitución (sic), no se extenderá nunca a los artículos del título tercero, que hablan de la forma de gobierno”. (Cajas Sarria, 2004, pp. 11-12). Esa cláusula, se mantuvo en la Constitución de 1843, pero de allí en adelante, no fue incluida ninguna similar, ni siquiera en la Constitución de 1991 (Cajas Sarria, 2004, p. 23).

Ahora, respecto del control de constitucionalidad de las reformas, el Acto Legislativo 01 de 1910 (que reformó la Constitución de 1886), le asignó a la Corte Suprema de Justicia el control de constitucionalidad, consagrándolo por primera vez en Colombia. En un primer momento, la Corte, refiriéndose a los actos reformativos de la Constitución, consideró que carecía “de competencia para juzgar reformas a la Constitución, en atención a que la Carta Política vigente no faculta expresamente a la Corte para conocer de éstas demandas” (Cajas Sarria, 2007, p. 24).

Más adelante, en 1951, durante el gobierno de Laureano Gómez el Congreso aprobó la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente (ANAC). Luego de retirarse temporalmente del poder por enfermedad, en junio de 1953, Gómez trató de regresar al poder. Sin embargo, no pudo hacerlo puesto que el entonces comandante del ejército, el General Gustavo Rojas Pinilla, había tomado el poder. Entonces, la ANAC expidió el Acto Legislativo 01 de 1953, con el que legitimó la permanencia de Rojas en el poder (Cajas, 2008, p. 39).

En ese contexto se dio el primer fallo de acción pública de constitucionalidad en contra de un acto reformativo de la Constitución. Mediante un auto la Corte Suprema, se declaró inhibida, con el argumento de que un poder constituido –el de la Corte– no podía limitar un poder constituyente –el de la Asamblea– (Cajas, 2008, p. 40).

Más adelante, luego de la salida de Rojas Pinilla del poder, durante el gobierno de la Junta Militar, ésta expidió los Decretos de estado de sitio 247 y 251 de 1957 con el objeto de convocar a un plebiscito para enmendar la Constitución. Sin embargo, el competente para expedir decretos de estado de sitio era el Presidente, y no la Junta. (Cajas Sarria, 2007, p. 23).

Pese a ello, como esa convocatoria era “producto de un pacto político entre los partidos tradicionales para salir de la crisis de legitimidad producida por el golpe militar de Rojas Pinilla y la posterior dejación de su cargo a una Junta Militar”, la Corte terminó declarándose inhibida para controlar la constitucionalidad del decreto^{11 12} (Cajas Sarria, 2007, p. 25). Más específicamente, la Corte determinó que “la Junta Militar de Gobierno tuvo origen en la dejación del cargo del ciudadano que legítimamente ejercía la Presidencia y, por la naturaleza jurídica de los decretos se declara inhibida para conocer de la demanda por carencia de competencia”^{13 14}(Cajas Sarria, 2007, p. 25).

¹¹ “También es pertinente anotar que para la fecha el Congreso de la República, quien según la Constitución era el único titular de la función constituyente, se encontraba disuelto”. (Cajas Sarria, 2007, p. 25).

¹² “En sentido estricto, si se considera que los decretos son de estado de sitio, el control recaería en la Corte y por lo tanto estaría obligada a pronunciarse sobre su constitucionalidad, que seguramente habría tenido que ser un fallo de inexecutableidad pues la materia sobre los cuales recaían los decretos no estaba relacionada con el estado de sitio. Pero la Corte evade el control, cuando aduce que el contenido de los decretos busca la reforma constitucional y que por lo tanto la Corte no es competente para juzgar este tipo de actos. Así, la Corte logra preservar el pacto político bipartidista, evita enfrentar a la Junta Militar de Gobierno y aparentemente obra dentro de las precisas reglas que la Constitución le fija”. (Cajas, 2008, p. 49).

¹³ En ese caso, la Corte Suprema (1957) afirmó “(...) que la revolución tampoco es total sino parcial, y el derecho para convocar al pueblo para que apruebe o impruebe la reforma no lo deriva propiamente de todas las normas consagradas en la Carta, sino del poder mismo de la revolución, del estado de necesidad en que ésta se halla de hacer tal reforma, y del ejercicio de la soberanía latente en el pueblo como voluntad constituyente, o sea lo que denominan los expositores, el momento del pueblo constituyente”. (Cajas Sarria, 2007, p. 25).

¹⁴ En ese mismo plebiscito se estableció que las reformas a la Constitución sólo las podría hacer, de allí en adelante, el Congreso de la República (Ramírez Cleves, 2005, p. 429).

Desde 1957 hasta 1978, la Corte Suprema mantuvo su línea jurisprudencial. A su juicio, ella era incompetente para conocer demandas en contra de las reformas constitucionales (Cajas Sarria, 2007, p. 26)¹⁵. Sin embargo, la regla jurisprudencial varió en 1978.

En 1977, durante el gobierno de López Michelsen se buscó realizar una reforma constitucional “principalmente justificada por la crisis institucional, que de manera principal se atribuía a la turbación del orden público por el conflicto armado con los grupos guerrilleros y por la crisis fiscal”. (Cajas, 2008, p. 59). Puntualmente, se buscaba reformar “la Administración Departamental, el Ministerio Público, el Consejo de Estado, la Administración de Justicia y la Jurisdicción Constitucional”. (Cajas, 2008, p. 60). El procedimiento elegido para realizar estas reformas fue la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, conocida coloquialmente como “pequeña constituyente”. (Cajas, 2008, p. 60).

La Corte, en sentencia del 5 de mayo de 1978 declaró la inexecutable del Acto Legislativo 2 de 1977, que creaba la “pequeña constituyente”¹⁶. El argumento central del fallo fue la diferenciación entre constituyente primario y derivado. La Corte consideró que haciendo una interpretación sistemática (y no textual) de la Constitución de 1886, ésta era competente para estudiar la constitucionalidad de la reforma puesto que debía evaluar la competencia del Congreso para expedir esa convocatoria. Según el fallo, el

¹⁵ A juicio de Manuel Fernando Quinche (2004, pp. 48-49), estas inhibiciones son coherentes con una concepción sobre la división de poderes: la de los límites funcionales. Para el profesor Quinche (2004, p. 48), esta concepción “es una lectura purista (...), que entiende que cada uno de los poderes públicos debe limitarse a cumplir su propia tarea, sin interferir con el ejercicio de la función de los otros, afirmando con ellos los principios de autonomía y especialidad de cada una de las ramas”. Por el contrario, en el modelo de pesos y contrapesos, se “entiende que el poder ha de estar distribuido entre los diversos órganos, de modo tal para evitar que alguno de ellos abuse de su poder, puedan los otros intervenir decididamente, a efectos de restituir el equilibrio perdido y neutralizar el desmán eventualmente acontecido”. (Quinche, 2004).

¹⁶ Las reformas propuestas por López Michelsen y que fueron declaradas inexecutable por la Corte en 1978, fueron retomadas por el gobierno de Turbay Ayala en 1979. Esas reformas fueron llevadas a cabo en el acto legislativo 01 de 1979, que reformaba buena parte de la rama judicial. 23 meses después, la Corte declaró inconstitucional esa reforma por vicios de forma. (Cajas, 2008, pp.71-83).

Congreso por ejercer un poder derivado¹⁷, debía respetar el procedimiento establecido por la Constitución¹⁸, y, en consecuencia, no podía delegar el poder de reforma¹⁹. (Cajas, 2008, pp. 63-64). En esa oportunidad la única cita bibliográfica usada por la Corte fue el libro “Teoría de la Constitución” de Carl Schmitt (Cajas, 2008, p. 64). Esta línea jurisprudencial se mantuvo hasta 1990.

Ante el cambio dentro de la línea jurisprudencial respecto de la competencia para estudiar la constitucionalidad de una reforma constitucional, un ciudadano presentó demanda de acción pública en 1987 contra los Decretos 241 y 257 y el plebiscito de 1957. La Corte reiteró que era competente para conocer de la constitucionalidad de las enmiendas constitucionales. No obstante, la Corte consideró que esos actos eran expresiones del constituyente primario y que estaban fuera de la órbita de su control. (Cajas, 2008, pp.83-84).

La diferenciación entre constituyente primario y constituyente derivado: ¿el origen de la Constitución de 1991?

En 1990, el gobierno expidió dos decretos de estado de sitio, que fueron avalados por la Corte Suprema de Justicia en fallos polémicos (Cajas Sarria, 2007, p. 24). En el

¹⁷ “[E]l poder de reforma de la Constitución es constituido y debe realizarse dentro de las reglas fijadas por la Constitución vigente, sobre trámite de actos legislativos; el Congreso, como órgano constituido también está obligado por la Constitución y por ello la jurisdicción de la Corte comprende las reformas constitucionales. Como la Constitución es un todo sistemático, las reglas que fijan los procedimientos son imperativas para el Congreso cuando reforma la Constitución” (Cajas Sarria, 2007, p. 25).

¹⁸ Así lo dijo la Corte: “El poder de reforma obliga en su ejercicio: 1. A conservar la identidad política de la Constitución. Por modo que no puede el Constituyente derivado cambiar por otra la suma de las normas legal-constitucionales, cuya integridad confía el Constituyente primario a la Corte Suprema de Justicia, como guardiana de la Constitución. 2. A mantener el fundamento de su propia competencia reformadora. De forma que tampoco puede el Congreso ampliar, disminuir o reemplazar por otro el fundamento mismo de su propia competencia, que en palabras del artículo 218 de la Constitución se le atribuye solo a él, es decir a nadie más, a ningún órgano distinto. Le queda prohibido así expresamente, utilizar el procedimiento especialmente dificultado que le marcan ese artículo y sus complementos constitucionales, de que ya se hizo mención” (Cajas, 2008, pp. 64-65).

¹⁹ A juicio de Mario Cajas (2008) la delegación que hizo al Congreso a la ANAC no tiene ninguna diferencia con la que le hizo a la “pequeña constituyente”, lo diferente “es la presión a que se vio sometida la Corte en la década de los cincuenta. En los setenta el país está viviendo un clima de paz bipartidista, fruto de los acuerdos del Frente Nacional y es probable que la Corte haya tenido la tranquilidad para asumir este activismo judicial, y además desafiar políticamente al gobierno del presidente López” (pp. 67-68).

Decreto 927 de 1990, se autorizaba al Registrador Nacional para que pudiera contar los votos de la “Séptima papeleta”²⁰. (Decreto 927, 1990). Este decreto fue declarado constitucional en la Sentencia 59 de 1990, con el siguiente argumento:

[N]o se trata de una reforma a la Constitución, no es un plebiscito o un referéndum, el Presidente no convoca al pueblo a manifestarse, se trata simplemente de dar la posibilidad legal para que se realice la contabilización de unos votos, que pueden presentarse o no, ser afirmativos o negativos, sobre la posibilidad de integrar una Asamblea Constitucional, para reformar la Carta Política (...)

No puede la Corporación pronunciarse en esta oportunidad sobre un supuesto acto de convocatoria de una Asamblea Constitucional para reformar la Constitución, cuando dicho acto no se ha producido y ni siquiera puede decirse que ocurra con el voto afirmativo de la mayoría de la población mediante la tarjeta electoral que el decreto sub examine ordena contabilizar (Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia 59, 1990).

Ante la victoria del “Sí”²¹ en la “Séptima Papeleta”, el gobierno expidió el Decreto 1926 de 1990, en el que establecía el temario para la Asamblea Nacional Constituyente y convocaba a elecciones (Decreto 1926, 1990). En la revisión de constitucionalidad de este segundo decreto, la Corte Suprema lo encontró acorde con la Constitución, basándose en los siguientes argumentos:

Siendo la nación el constituyente primario y teniendo ella un carácter soberano, del cual emanan los demás poderes, no puede tener otros límites que los que él mismo se imponga, ni los poderes constituidos pueden revisar sus actos (...)

²⁰ La “Séptima Papeleta” fue un movimiento ciudadano que promovía la convocatoria un plebiscito para reformar la Constitución de 1886, con el objeto de eliminar la exclusión política que ésta causaba (Cajas, 2008, p. 86).

²¹ 5.236.863 ciudadanos apoyaron el “Sí”, el 88% de los votantes (Lemaitre Ripoll, 2016, p. 12).

Cuando la nación, en ejercicio de su poder soberano e inalienable, decide pronunciarse sobre el estatuto constitucional que habrá de regir sus destinos, no está ni puede estar sometida a la normatividad jurídica que antecede a su decisión. El acto constituyente primario es en tal sentido, la expresión de la máxima voluntad política, cuyo ámbito de acción por su misma naturaleza, escapa a cualquier delimitación establecida por el orden jurídico anterior y, por ende, se sustrae también a todo tipo de juicio que pretenda compararlo con los preceptos de ese orden (Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia 138, 1990).

En consecuencia, la Corte no sólo declaró constitucional la convocatoria a la Asamblea, sino que declaró inconstitucional el temario por limitar la voluntad del constituyente primario (Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia 138, 1990), esto, pese a que, el artículo 209 de esa Constitución únicamente permitía la Constitución se reformara a través del Congreso de la República (Const., 1886, Art. 209).

Así, utilizando diferenciación entre constituyente primario y derivado, empezó el nacimiento de la Constitución de 1991²².

La llegada de la teoría de sustitución a la jurisprudencia constitucional colombiana de la Constitución de 1991

La Sentencia C-551/03^{23 24}, a partir de su fundamento jurídico 29, retomó, citando a Schmitt, la diferenciación entre constituyente primario y constituyente derivado (Corte

²² Colón Ríos (2011) advierte lo siguiente “la teoría del poder constituyente, en su formulación schmittiana, puede ser utilizada tanto para defender la idea de una voluntad popular ilimitada, como para limitar el poder político en formas profundas” (p. 366).

²³ Antes de esta sentencia, la Corte Constitucional aplicó la interpretación textual de la Constitución –es decir, nuestra **conclusión preliminar**–, pese a que se tramitaron 15 reformas constitucionales en 11 años. (Cajas Sarria, 2007, pp. 27-28).

²⁴ Cajas (2007) recuerda el contexto político en el que se expidió esa sentencia: “El gobierno del presidente Uribe llega al poder en el año 2002, con un fuerte apoyo electoral y una dura posición frente a la reforma del Congreso de la República, recorte al gasto público y a la corrupción administrativa, con medidas como la congelación de salarios de los servidores públicos, en las pensiones de jubilación, entre otros. Para estas reformas acude al constituyente primario, convocando a un referendo para modificar la Constitución. Aparentemente, la legitimidad de un pronunciamiento popular, dejarían sin duda las medidas, que podrían ser impopulares de ser aprobadas por el Congreso. Sin embargo, como lo prevé el artículo 378 de la Carta

Constitucional, Sentencia C-551, 2003). Esta diferenciación es fundamental, ya que mientras el poder constituyente primario no tiene límites jurídicos²⁵, el poder constituyente derivado sólo puede ejercerse dentro de los parámetros establecidos en la carta política. De esa premisa, la Corte concluye que el poder constituyente derivado puede reformar, más no sustituir la Constitución^{26 27}, pues éste es un límite de procedimiento establecido en la Carta Política²⁸ (Bernal, 2013, p. 342). La forma en la que la Corte llegó a esa conclusión se puede resumir de la siguiente manera:

Política, el Congreso debe aprobar una ley para convocar a un referendo. La ley que convocó el referendo fue la número 796 de 2003. En el control previo a la convocatoria, la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad (sentencia C-551 de 2003) de gran parte del articulado que contenía las preguntas que se harían al pueblo para incorporar nuevos enunciados jurídicos a la Constitución. Políticamente significa un intento de la Corte por establecer límite a la reforma por el Congreso. Era la primera vez que se convocaba al pueblo para adelantar una reforma constitucional, en la vigencia de la carta de 1991. La Corte considera que varias preguntas incluidas en la ley vulneran la Constitución y por lo tanto no pueden ser sometidas a la decisión ciudadana” (p. 29).

²⁵ Así lo dice la Corte: "el poder constituyente es el pueblo, el cual posee per se un poder soberano, absoluto, ilimitado, permanente, sin límites y sin control jurisdiccional, pues sus actos son político-fundacionales y no jurídicos, y cuya validez se deriva de la propia voluntad política de la sociedad" (Corte Constitucional, Sentencia C-551, 2003, p. 95).

²⁶ En palabras de la Corte: “La alteración de un principio fundamental no puede tenerse, per se, como sustitución de la Constitución, porque ese es, precisamente, el contenido del poder de reforma constitucional que, como tal, tiene capacidad para alterar principios fundamentales. Una cosa es alterar un principio fundamental y otra distinta sustituir un elemento definitorio de la identidad de la Constitución” (Corte Constitucional, Sentencia C-970, 2004, p. 28). En otro fallo, pero en el mismo sentido: “La Corte ha dicho que la aplicación del método para identificar sustituciones en ningún caso puede conducir a volver irreformables normas de la Carta porque no hay normas pétreas ni principios intangibles en la Carta de 1991. Toda ella es reformable, más no sustituible” (Corte Constitucional, Sentencia C-1040, 2005, p. 65).

²⁷ Para Ramírez Cleves (2006) con ello se puede evitar un posible fraude constitucional, es decir, “la utilización del procedimiento de reforma que se utiliza para que ‘sin romper con el sistema de legalidad establecido, proceder a la creación de un nuevo régimen político y un ordenamiento constitucional diferente” (p.6).

²⁸ A juicio de Bernal (2013, p. 343) este caso es un auténtico *non-sequitur*. Sin embargo, como lo reconoce el mismo Bernal (2013, p. 349), Colón-Ríos (2011) “ha sugerido plausiblemente que se puede extraer una justificación adicional de la reclamación hasta ahora injustificada sobre la falta de competencia del poder constituyente derivativo para reemplazar la Constitución a partir del concepto de poder constituyente de Carl Schmitt. Según Schmitt, el poder constituyente, que es el fundamento de la validez de la Constitución, es una "decisión política" o una "voluntad política" sobre el "tipo y forma" de un ser político. Esta voluntad política no tiene restricciones legales. Esta decisión define el tipo y la forma del ser política al tomar algunas decisiones políticas fundamentales sobre los elementos estructurales básicos de la Constitución, como la institucionalización de una república, un estado unitario y una democracia liberal. Las reformas constitucionales no pueden cambiar estas decisiones políticas fundamentales porque sólo el poder constituyente puede tomar tales decisiones y el poder de enmienda es un mero poder constituido. El poder de enmienda puede introducir cambios en la Constitución, como afirma Schmitt, ‘sólo bajo la presuposición de que se preserva la identidad y la continuidad de la Constitución como una totalidad”” (p. 349).

La primera premisa establece que la facultad de revisar el cumplimiento de los procedimientos de reforma comprende la facultad de revisar la competencia²⁹ de la autoridad que expide la enmienda. La segunda premisa afirma que el poder de reformar la Constitución no implica el poder de reemplazarla, sino solo de modificarla. La tercera afirmación de este argumento, que se desprende de las premisas primera y segunda, es que la Corte tiene la facultad de revisar si la autoridad de modificación está, de hecho, solo modificando, en lugar de sustituyendo la Constitución. El cuarto elemento es la premisa de que sólo un análisis de contenido permite al Tribunal determinar si la Constitución ha sido modificada o reemplazada. El último elemento es la conclusión de que el poder de revisar si la Constitución ha sido reemplazada implica la competencia para revisar el contenido de las enmiendas constitucionales (Bernal, 2013, p. 240).

Dicho de otra forma:

La extralimitación de la facultad de reforma constitucional es un vicio de procedimiento que obliga a la Corte a ejercer su control para establecer si el Congreso rompió este límite. Para determinar los límites competenciales es necesario que la Corte defina si el Congreso reformó o sustituyó la Constitución. Este juicio lo hace con el análisis de los elementos que dotan de identidad a la carta vigente, frente a los que se introducen en la reforma. (Cajas Sarria, 2007, pp. 29-30).

Por otra parte, en la misma Sentencia C-551/03, la Corte añadió a la teoría de la sustitución los siguientes elementos: (i) en la Constitución Política de 1991 no existen cláusulas pétreas (como ya se había anticipado en el apartado anterior), (ii) que las sustituciones pueden ser parciales o totales y, por último (iii) que es el demandante el que

²⁹ En palabras de la Corte: “la competencia es un presupuesto ineludible del procedimiento, a tal punto que el procedimiento está siempre viciado si el órgano que dicta un acto jurídico carece de competencia, por más de que su actuación, en lo que al trámite se refiere, haya sido impecable” (Corte Constitucional, Sentencia C-551, 2003, p. 93).

tiene la carga de establecer que la reforma es una sustitución de la Constitución (Bernal, 2013, p. 343).

En conclusión, la jurisprudencia de la Corte Constitucional establece que el poder constituyente derivado sólo tiene la competencia para reformar la Constitución Política, más no para sustituirla. Si esta competencia se excede (es decir, el constituyente derivado la sustituye), se produciría ‘vicio de competencia’ en la expedición del acto, lo que llevaría a su declaratoria de inconstitucionalidad (Pardo Schlesinger, 2006, p. 281).

¿Cómo saber si una reforma sustituyó la Constitución Política?

Para determinar en qué casos hay una sustitución de la Constitución, la Corte desarrolló en la sentencia C-970 de 2004 una metodología: el juicio de sustitución de la Constitución (también conocido como *test* de sustitución). La finalidad de este juicio, con estructura de silogismo, es determinar si en un caso específico hay o no una sustitución de la Carta política (Bernal, 2013, p. 343). Según la jurisprudencia, el juicio tiene su fundamento en principio de auto restricción judicial (Corte Constitucional, Sentencia C-332, 2017), que plantea los siguientes objetivos: (i) amparar la identidad de la Constitución de ejercicios arbitrarios del poder de reforma que transformen sus ejes definitorios; (ii) permitir que la Carta se adapte a los cambios sociopolíticos más trascendentales, mediante el uso de los mecanismos de reforma de la Constitución, con miras a mantener la vigencia del compromiso social que le sirve de fundamento; y (iii) evitar, de forma estricta, que el límite competencial derivado de la prohibición de sustitución se confunda con un control material de las reformas constitucionales, tarea que en modo alguno (...) hace parte de las competencias de la Corte. (Corte Constitucional, Sentencia C-332, 2017).

El juicio debe utilizarse únicamente ante la presencia de un poder constituido, puesto que, como se ha expuesto reiteradamente en este punto, el poder constituyente primario no tiene límites. Ahora bien, cabría preguntarse ¿cuándo se está en presencia del constituyente primario y cuándo ante la presencia del constituyente derivado?

Según la Corte, los referendos, los Actos Legislativos y las Asambleas Constituyentes con temario son expresiones del poder constituyente derivado; mientras que las vías de hecho y las Asambleas Constituyentes sin temario son una exteriorización del poder constituyente primario. (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-141, 2010).

El primer paso del juicio es la **premisa mayor**. En esta premisa se estudian los rasgos definitorios de la Carta, que el demandante considere que han sido sustituidos, es decir, “exige precisar cuál es el eje definitorio posiblemente sustituido por el acto reformativo del que se trate, evaluar su incidencia en la estructura constitucional y caracterizarlo como auténtico elemento que fija la identidad configuradora de la Carta”. (Corte Constitucional, Sentencia C-332, 2017, p. 95).

En consecuencia, la jurisprudencia constitucional exige que, el demandante, a la hora de exponer esta premisa, no debe restringirse a exponer una sola disposición constitucional. Por el contrario, éste debe servirse de *referentes normativos múltiples* con el objetivo de exhibir el “impacto que tiene en la Constitución y, con base en ese punto de partida, apreciar el alcance del acto reformativo acusado de haber sustituido la Carta mediante su comparación con los elementos que conforman el eje definidor previamente identificado”. (Corte Constitucional, Sentencia C-332, 2017, p. 95).

No obstante, en caso de que la jurisprudencia haya identificado como un elemento de la identidad de la Constitución como tal, es suficiente con que “los demandantes lo invoquen e indiquen el precedente respectivo”. (Corte Constitucional, Sentencia C-373, 2016, p. 85).

El segundo paso del juicio es la **premisa menor**, en el que se evalúa la reforma con el fin de determinar “su alcance, no en abstracto, sino en relación con los elementos que, de acuerdo con la construcción de la respectiva premisa mayor, identifican la

Constitución o el eje definitorio que se estima sustituido”. (Corte Constitucional, Sentencia C-332, 2017, p. 94).

Por último, la conclusión del *test* se obtiene de la **síntesis**, que consiste en “el contraste entre la premisa mayor y la menor” (Corte Constitucional, Sentencia C-332, 2017, p. 94) para determinar si el reformador cometió un vicio de competencia, es decir, una evaluación de “si la reforma es tal o se ha desbordado hacia la sustitución, caso en el cual ha de quedar claramente establecido que el texto constitucional, o alguno de sus elementos definitorios, ha sido reemplazado por otro opuesto o integralmente diferente”. (Corte Constitucional, Sentencia C-332, 2017, p. 94).

Sin embargo, no es claro ¿Cuál es el concepto de elemento esencial de la Constitución³⁰?. De hecho, así lo ha reconocido la misma Corte:

No precisó la Corte [en la sentencia C-551/03] cuáles principios y valores contenidos en la Constitución son definitorios de su identidad, ni tampoco de qué manera, principios y valores no contenidos en la Constitución, pero que surgen del bloque de constitucionalidad, pueden contribuir a identificar los elementos definitorios de la identidad de la Constitución. Esa es una labor que corresponde adelantar al juez constitucional cuando las circunstancias del caso concreto le exijan precisar el alcance de esas afirmaciones. (Corte Constitucional, Sentencia C-1040, 2005, p. 712).

Los retos respecto a la Teoría de la Sustitución de la Constitución

³⁰ Bernal Pulido (2013) critica de la siguiente forma la argumentación de la Corte: “estrictamente hablando, toda enmienda necesariamente modifica la identidad de la Constitución. No hay enmienda sin modificar la identidad de la Constitución, ya que la Constitución nunca es la misma antes y después de la enmienda” (p. 342). Para Jorge Andrés Hernández (2016), es contradictorio que sea Bernal quien haga esta afirmación, ya que a Bernal se le “considera uno de los militantes más renombrados del autodenominado neoconstitucionalismo, que precisamente dice defender la idea de que una constitución (sic) está definida por un conjunto de valores y de principios” (p. 13).

A continuación, se expondrán dos retos, que son relevantes a corto y mediano plazo en la discusión alrededor de la doctrina de la sustitución de la Constitución.

El primer reto, Bernal Pulido (2013) lo denomina *reto democrático*. A su juicio, la teoría de la sustitución de la Constitución termina facultando a la Corte para determinar cuáles elementos hacen parte de la esencia de la Constitución y cuáles no, impidiendo que los ciudadanos, por sí mismos o través de sus representantes decidan sobre las reformas constitucionales. (Bernal, 2013, p. 347). Por ello, a juicio de Bernal (2017), esta teoría debería “reservarse para refrenar abusos del constitucionalismo que pretendan desintegrar la democracia y el Estado de derecho”(Párrafo 4.) Estas tesis podrían ser consideradas conservadoras por quienes defienden modelo de activismo judicial emancipatorio (MAJE) con una intervención firme del juez en favor de los derechos de las personas y el proyecto constitucional de 1991 (García Villegas & Uprimny Yepes, 2004).

El segundo reto que queremos proponer tiene que ver con la implementación jurídica del Acuerdo de Paz entre el gobierno colombiano y las FARC. La Corte declaró exequible la mayoría del Acto Legislativo 01 de 2016, pero al hacerlo debilitó la diferenciación entre constituyente primario y constituyente derivado (Dimaté y Vernaza, 2017). Ese Acto Legislativo establecía que su vigencia comenzaba con la refrendación popular del Acuerdo. Al interpretar “refrendación popular”, la Corte, tras el triunfo del “no” en el plebiscito, permitió que dicha refrendación fuera celebrada por “una autoridad revestida de autoridad democrática” debilitando así “la línea que divide al pueblo de sus representantes” (Dimaté y Vernaza, 2017, p. 5), pues le dio la facultad al Congreso de la República de interpretar cuándo había refrendación popular y cuando no. Esto podría abrir un boquete hacia interpretaciones constitucionales peligrosas con el fin de evadir la teoría de la sustitución: ¿puede el Congreso interpretar quién es (y quién no) el constituyente primario? ¿Puede el Congreso fijar mecanismos constitucionales de “refrendación popular” a procesos constituyentes no listados en la Carta Política (por ejemplo, otro Acuerdo de Paz)?

Conclusión

En síntesis, (i) la conclusión preliminar a la que se llegó al inicio de la segunda parte del texto (el hecho de que el control respecto de las reformas constitucionales es solamente formal) es falsa a la luz de jurisprudencia constitucional, (ii) la Constitución de 1991 no tiene cláusulas pétreas, probablemente porque no es una institución arraigada en nuestra historia constitucional y por la ausencia de traumas históricos que los justifiquen y (iii) en Colombia el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales es de creación jurisprudencial y previo a 1991.

El objetivo de este artículo era explicar de forma breve la teoría de la sustitución de la Constitución. No es un tema menor. Por el contrario, se trata de una teoría creada para garantizar que la esencia de la Carta Política no sea reemplazada ante las mayorías coyunturales. Sin embargo, a su vez, implica un límite al poder de reforma constitucional al constituyente derivado. Podría decirse que, en otras palabras, es el reflejo de una tensión entre el principio de supremacía constitucional y el principio democrático. Lamentablemente, salvo el artículo de Dimaté y Vernaza (2017), los trabajos revisados sólo exploran superficialmente esa tensión.

Como esa tensión es compleja de resolver, la Corte desarrolló una metodología que explicamos: el silogismo o *test* de sustitución con el fin de restringir su discrecionalidad judicial. Como todos los *test*, aunque limita las categorías de análisis, sigue siendo muy amplio, en especial, porque no hay una lista preestablecida de cuáles son los elementos de la esencia de la Constitución colombiana. En la literatura académica no existen propuestas para proponer mejoras al *test* de la Corte Constitucional colombiana. Esta última agenda de investigación es clave, toda vez que es poco probable que la teoría se deje de aplicar. Por el contrario, debido al momento de erosión democrática global que vivimos (Pérez Liñán, 2017), es probable que el *test* sea la herramienta clave para evitar la concentración del poder por parte del gobernante de turno, de forma que logremos mantener nuestra problemática pero estable democracia colombiana (Gutiérrez, 2014). Un *test* robusto podría contribuir a la legitimidad de las

decisiones en las que se aplique la teoría, en el marco de una institución cuya confianza ha disminuido notablemente en los últimos años (Botero, 2020).

Referencias

- Bernal, C. (2013). Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine. *International Journal of Constitutional Law*, 11(2), 339-357. DOI: <https://doi.org/10.1093/icon/mot007>
- Bernal, C. (2017). Un juez se expresa por medio de sus sentencias. [online] *Ámbito Jurídico*. Disponible en: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/administracion-publica/un-juez-se-expresa-por-medio-de-sus-sentencias> [Recuperado 19 Jun. 2018]
- Bonnard, Roger R. (1878-1944), “Les actes constitutionnels de 1940,” *BabordNum*, consulté le 21 juin 2018, <http://www.babordnum.fr/items/show/544>.
- Bonnard, R. (1942). Les actes constitutionnels de 1940. *BabordNum*, consultado el 13 de junio 2018. Recuperado de: DOI: <http://www.babordnum.fr/items/show/544>
- Botero, S. (2020). Confianza, apoyo a la democracia y corrupción: una mirada a la Corte Constitucional en la opinión pública colombiana. *Latin American Law Review*, (4), 25–47. <https://doi.org/10.29263/lar04.2020.02>
- Cajas Sarria, M. (2004). La reforma constitucional: Límites de la corte al congreso. *Precedente. Revista Jurídica*, (-), 13-48. <https://doi.org/10.18046/prec.v0.1412>
- Cajas Sarria, M. (2007). Acerca del control judicial de la reforma constitucional en Colombia. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 7, 19-40. Disponible en: https://www.researchgate.net/profile/Mario_Cajas-Sarria/publication/28249343_Acerca_del_control_judicial_de_la_reforma_constitucional_en_Colombia/links/0deec5271c8b173d5400000/Acerca-del-control-judicial-de-la-reforma-constitucional-en-Colombia.pdf
- Cajas, M. (2008). *El control judicial a la reforma constitucional. Colombia, 1910-2007*. 1° ed. Cali: Universidad Icesi. Disponible en:

http://repository.icesi.edu.co/biblioteca_digital/bitstream/10906/5208/5/cajas_control_judicial_2008.pdf

Cepeda Espinosa, M. (2014). Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court. *Washington University Global Studies Law Review*, [online] 3(4), pp.529-700. Disponible en: https://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1256&context=law_globalstudies [Recuperado 27 Jun. 2018].

Colón-Ríos, J. I. (2011), Carl Schmitt and Constituent Power in Latin American Courts: The Cases of Venezuela and Colombia. *Constellations*, 18: 365-388. [doi:10.1111/j.1467-8675.2011.00643.x](https://doi.org/10.1111/j.1467-8675.2011.00643.x)

Constitución Política de Colombia. 1886. Bogotá, Colombia. Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=7153>

Constitución Política de Colombia. 1991. Bogotá, Colombia: 34° Ed. Legis.

Corte Constitucional. Sentencia C-1040 de 2005. Magistrados Ponentes: Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-1040-05.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C-141 de 2010. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-141-10.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C-332 de 2017. Magistrado Ponente: Antonio José Lizarazo Ocampo. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-332-17.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C-373 de 2016. Magistrados ponentes: Alejandro Linares Cantillo, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-373-16.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C-551 de 2003. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-551-03.htm>

-
- Corte Constitucional. Sentencia C-970 de 2004. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/c-970-04.htm>
- Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. (28 de noviembre de 1957). [MP Guillermo Hernández Peñalosa] Gaceta Judicial, No. 2188-2188-2190, Bogotá.
- Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. (9 de octubre de 1990). Sentencia 138. Recuperado en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=30014406>
- Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Sentencia 59 de 1990. Recuperado de: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=30017305>
- Dimaté, J. y Vernaza, S. (2017). Control de constitucionalidad al fast track: ¿debilitando el poder constituyente? *UNA Revista de Derecho*, [online] 2. Disponible en: <https://una.uniandes.edu.co/images/pdfedicion2/lineasjurisprudenciales/Dimat.-Vernaza-2017---UNA-Revista-de-Derecho.pdf> [Recuperado 27 Jun. 2018].
- Figuroa García-Herreros, N. (2019). Derecho, dominación y hegemonía: la teoría jurídica del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. *Latin American Law Review*, (2), 125–149. <https://doi.org/10.29263/lar02.2019.06>
- García Villegas, M., & Uprimny Yepes, R. (2004). Corte Constitucional y emancipación social en Colombia. In B. de Sousa Santos & M. García Villegas (Eds.), *Emancipación social y violencia en Colombia* (pp. 255–288). Bogotá: Norma.
- Guirao Goris, S. J. A. (2015). Utilidad y tipos de revisión de literatura. *Ene*, 9(2). <https://doi.org/10.4321/S1988-348X2015000200002>
- Gutiérrez, F. (2014). *El orangután con sacoleva: cien años de democracia y represión en Colombia (1910-2010)*. Bogotá: IEPRI, Debate, Universidad Nacional de Colombia.
- Halperin Dongui, T. (1972). *Historia Contemporánea de América Latina*. Madrid: Alianza.
- Hernández, J. (2016). Los límites materiales de la reforma constitucional en Alemania y Colombia. Manuscrito no publicado. Bogotá, Universidad del Rosario.
- Lemaitre Ripoll, J. (2016). El origen de la Constitución de 1991: la reforma institucional como respuesta a “la presente crisis”. En: H. Alviar García, J. Lemaitre Ripoll y

-
- B. Perafán Liévano, ed., *Constitución y democracia en movimiento*, 2º ed. Bogotá: Universidad de los Andes, pp.3-23.
- Loewenstein, K. (1937). Militant Democracy and Fundamental Rights, *American Political Science Review*, 31(3), 417-432. [doi:10.2307/1948164](https://doi.org/10.2307/1948164)
- López Medina, D. E. (2006). *El derecho de los jueces*. Bogotá: Universidad de los Andes, Legis.
- Martínez Caballero, A. (2000). Tipos de sentencias en el control constitucional de las leyes: la experiencia colombiana. *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*, [online] (2), pp.9-32. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2725336.pdf> [Disponible 26 Jun. 2018].
- Pardo Schlesinger, C. (2006). La reforma de la Constitución Política. En: C. Pardo Schlesinger y C. Parra Dussan, ed., *Teoría Constitucional. Liber amicorum en homenaje a Vladimiro Naranjo*, 1º ed. Bogotá: Universidad del Rosario, pp.281-283.
- Pérez-Liñán, A. (2017). ¿Podrá la democracia sobrevivir al siglo XXI? *Nueva Sociedad*, 267, 1–11.
- Presidencia de la República de Colombia. (24 de agosto de 1990). Decreto por el cual dictan medidas tendientes al restablecimiento del orden público. [Decreto 1926 de 1990]. Disponible en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1371701>
- Presidencia de la República de Colombia. (3 de mayo de 1990). Decreto por el cual dictan medidas tendientes al restablecimiento del orden público. [Decreto 927 de 1990]. Disponible en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1191574>
- Quinche, M. (2004). El control de los actos de la Carta "sólo por vicios de procedimiento en su formación." En: E. Montealegre Lynett, ed., *Anuario de Derecho Constitucional: análisis de jurisprudencia de la Corte constitucional. Período 2002 y primer semestre de 2003*, 1º ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp.42-53.
- Ramírez Cleves, G. (2008). Reformas a la Constitución de 1991 y su control de constitucionalidad: entre democracia y demagogia. *Revista Derecho del Estado*,

-
- (21). Disponible en:
<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/497/475>
- Ramírez Cleves, G. A. (2005). *Límites de la reforma constitucional en Colombia. El concepto de Constitución como fundamento de la restricción* (Vol. 1). Universidad Externado de Colombia, Facultad de Derecho.
- Ramírez Cleves, G. A. (2006). El control material de las reformas constitucionales mediante acto legislativo a partir de la jurisprudencia establecida en la Sentencia C-551 de 2003. *Revista Derecho del Estado*, (18). Disponible en:
<http://www.redalyc.org/pdf/3376/337630227001.pdf>
- Rodríguez, C. G. (2019). Elecciones bajo sospecha. Análisis de las elecciones generales en Honduras 2017. *Estudios Políticos (Medellín)*, (54), 203–232.
<https://doi.org/10.17533/udea.espo.n54a11>
- Romero, J. (2018). Democracias y dictaduras. En: J. Romero, ed., *Situaciones e ideologías en Latinoamérica*. Buenos Aires: Sudamericana.
- Roznai, Y. (2020). *Reformas constitucionales inconstitucionales: los límites al poder de reforma*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Valencia Villa, H. (1987). Cartas de batalla: una crítica del constitucionalismo colombiano (No. 11). Universidad Nacional de Colombia.



Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0)

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.es>