

DE LA TEORÍA DE LA SUSTITUCIÓN O DE LOS LÍMITES MATERIALES A LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES EN COLOMBIA

Juan Manuel Sánchez Osorio
Recibido: Mayo 31 de 2013
Aprobado: Junio 10 de 2013

RESUMEN

En Colombia, el procedimiento y límites a las reformas constitucionales han sido consagrados en la Constitución Política de 1991, cuya observancia no sólo corresponde a los órganos instituidos para tal fin, sino que, a su vez delimita la competencia de la Corte Constitucional de Colombia, para el control de constitucionalidad de dichos actos. En ese orden, la competencia encargada a la Corte se limita a corroborar la observación del procedimiento señalado para cada acto reformativo, quedándole prohibido conocer o pronunciarse sobre el contenido material de la reforma. Sin embargo, a partir del año 2003, la Corte Constitucional de Colombia ha establecido la línea jurisprudencial conocida como la *teoría de la sustitución de la Constitución*, como límite a las reformas constitucionales, que la faculta para decidir sobre la competencia de los órganos reformativos, derivada de la interpretación hecha por esta a la Constitución, abriendo el debate de si, con dicha teoría, estaría la Corte violando los límites que le impone la propia Constitución.

Palabras claves: Constitución Política, Control de constitucionalidad, Poder de reforma, Teoría de la sustitución.

THEORY OF REPLACEMENT OR MATERIAL LIMITS TO CONSTITUTIONAL REFORMS IN COLOMBIA

ABSTRACT

In Colombia, the procedure and limits of constitutional reforms have been enforced in the Constitution of 1991, which oblige the bodies set up for this

*Artículo producto de la investigación titulada La teoría de la sustitución como límite a las reformas constitucionales en Colombia, financiada por la Universidad Autónoma de Bucaramanga, UNAB, la cual se encuentra inscrita al Grupo de Familia, género y conflicto en la línea de Derechos humanos, niñez y adolescencia.

** Abogado, Especialista en Dercho de Familia de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, UNAB. Profesor - investigador del Centro de investigaciones Socio-jurídicas Laureano Gómez Serrano, vinculado a la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, UNAB. Correo electrónico jsanchez25@unab.edu.co

purpose, and it also defines the jurisdiction of the Constitutional Court for the constitutional review of such acts. The jurisdiction entrusted to the Court forbids hearing or commenting on the substance of the reform, and it limits its power to corroborate the compliance of the procedure outlined for each reformatory act. However, since 2003, the Constitutional Court has established the jurisprudential line known as the *theory of replacement of the Constitution* as a limit to the constitutional reforms, which empowers it to decide on the competence of the reformatory organs, derived from its interpretation of the Constitution. It opens the debate on whether according to this theory, the Court would be violating the limits imposed by the Constitution itself.

Key words: Constitution, constitutional revision, power reform, the replacement theory.

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo es producto de la investigación titulada “La teoría de la sustitución como límite a las reformas constitucionales en Colombia” en la cual, como problema de investigación, se indaga sobre la fundamentación jurídica del control de constitucionalidad de los actos reformativos de la Constitución Política colombiana, implementados por la Corte Constitucional de Colombia, Sentencia en su jurisprudencia proferida en el periodo 2003-2011, a través de la denominada *teoría de la sustitución de la Constitución*.

Así, se fijó como objetivo general determinar la fundamentación jurídica del control de constitucionalidad de los actos reformativos de la Constitución Política colombiana, implementados a través de la teoría de la sustitución; y como específicos, analizar la línea jurisprudencial de la teoría de la sustitución desarrollada por la Corte, delimitar el alcance jurídico o ámbito de aplicación del control, identificar la metodología del juicio de sustitución, identificar los límites a las reformas constitucionales en Colombia desde las teorías de los límites a las reformas desarrolladas por el Derecho constitucional.

En este orden, desde un enfoque descriptivo, la investigación abordó el estudio mediante la técnica del análisis de precedente y de línea jurisprudencial propuesto por el profesor Diego López, de las sentencias C-551 y C- 1200 de 2003, C-970 y C-971 de 2004, C-816 de 2004, C-1040 de 2005, C-588 de 2009, C141, C-303 y C-397 de 2010 y C-574 de 2011, en el periodo comprendido entre el 2003 al 2011, y la línea teórica sobre los límites a las reformas constitucionales elaborada principalmente por Carl Schmitt, Karl Loewenstein Peter Häberle.

2. EL PRECEDENTE DE LA SENTENCIA C 551 DE 2003

El 9 de julio del año 2003 la Corte Constitucional colombiana, con ponencia del magistrado Eduardo Montealegre Lynett, profirió la sentencia que da inicio a la

llamada *Teoría de la Sustitución de la Constitución*, como límite a las reformas constitucionales en nuestro país¹; la cual, siguiendo la línea jurisprudencial, también ha sido denominada como “juicio de competencia”, “metodología o juicio de la sustitución” o “inconstitucionalidad por sustitución”.

En dicha sentencia, se llevaba a cabo el control de constitucionalidad² automático de la ley 796 de 2003 la cual convocaba a un referendo para someter a decisión de los ciudadanos la modificación de varios artículos del texto constitucional. Anterior al fallo, esta había proferido un Auto en fecha del 20 de enero de 2003, el cual remitía al Presidente del Senado el Proyecto de ley número 47 de 2002 Senado- 57 de 2002 Cámara, para que en virtud de lo dispuesto por los artículos 241-2, 379 de la Constitución Política, y 60 de la ley 134 de 1994, estatutaria de los mecanismos de participación-LEMP- se sancionara la mencionada ley dado que el control judicial ejercido por la Corte era posterior a dicha sanción, lo cual no tendría implicaciones de cosa juzgada, dando así respuesta a la controversia generada por dicha actuación, puesto que sólo se trataba de dar cumplimiento al requisito dispuesto por las normas citadas.

Al proferirse el Auto, la Corte consignó que el tipo de control que se llevaría a cabo es “un control reforzado sobre la convocatoria de un referendo, porque además del control automático que ejerce la Corte sobre la ley de referendo, es viable la acción pública de inconstitucionalidad contra el acto reformativo de la Constitución”. (Corte Constitucional, C-551 de 2003).

Siendo dicho control razonable por cuanto...

[la] reforma a la Constitución por medio de un referendo es un procedimiento que comprende diversas etapas. Por ende, conforme al artículo 241 ord 2, la Corte ejerce el control automático definitivo sobre la ley que somete a decisión del pueblo un proyecto de reforma constitucional, sin perjuicio de lo señalado en el artículo 379 superior”; determinando que “[la] Corte ejerce un control automático sobre todos los eventuales vicios de procedimiento en la formación de la ley que convoca a referendo (CP art. 241 ord. 2). Esta sentencia de control automático hace tránsito a cosa juzgada, y por ende es definitiva en lo que concierne al acto objeto de control por la Corte, razón por la cual, obliga a todas las autoridades del Estado. (Corte Constitucional, C- 551/2003).

1 Presentaron salvamento de voto de los magistrados Alfredo Beltrán Sierra y Clara Inés Vargas Hernández, la decisión fue de siete-dos.

2 El antecedente del control de constitucionalidad en Colombia, lo encontramos en la Constitución del Estado soberano de Cundinamarca del 4 de abril de 1811 donde, siguiendo el pensamiento jacobino propio de la época, se estableció la figura del Senado de Censura y Protección, cuya función principal era la de procurar la guarda e integridad de la Constitución. El mismo camino fue seguido por los cartageneros al consagrar dicha figura en la Constitución del Estado soberano de Cartagena de Indias del 14 de junio de 1815, a cargo del Senado conservador. No obstante, dicha institución fue obviada en las constituciones nacionales promulgadas a lo largo del siglo XIX, y no fue sino hasta el Acto Legislativo N° 3 del 31 de octubre de 1910 que modificó la Constitución de 1886, que se introdujo nuevamente el control jurisdiccional de constitucionalidad a cargo de la Corte Suprema de Justicia. Ver (Pombo & Guerra, 1986) (Restrepo Piedrahita, 2004)

Con esto se daba inicio al debate sobre el control de constitucionalidad de los actos reformativos de la Constitución, así como sus límites materiales a la competencia de los órganos autorizados para tal fin.

1.2 El parámetro de constitucionalidad que surge de la interpretación sistemática del artículo 379 superior.

La facultad que confiere la Constitución Política colombiana de 1991 a la Corte Constitucional para controlar los actos reformativos de la misma está limitada a lo dispuesto por el artículo 379, según el cual “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.”(Constitución Política de Colombia, 2012) Lo expresado hace referencia al Título XIII, último en el articulado constitucional, que contiene los mecanismos de reforma, así como los procedimientos establecidos para su aplicación o convocatoria. Al sentir de la Corte, dicha norma deja “*obvias perplejidades*” puesto que si bien fija los mecanismos para las reformas constitucionales en Colombia, no aborda todo el entramado normativo, ni las etapas y complejidades de dichos procedimientos que se encuentran en otras normas constitucionales las cuales, no obstante, guardan armonía con lo preceptuado en dicho artículo.

Es así como, en el caso del referendo, si bien este mecanismo se encuentra contemplado en el Título XIII, esto no significa que la Corte en el ejercicio del control sólo pueda tomar dicha disposición ya que, en aplicación del artículo 378 superior, tratándose de iniciativa gubernamental, habrá de determinarse en virtud del artículo 115 de la Constitución quiénes conforman el gobierno; y en el mismo sentido, si el proyecto de reforma se tramita mediante referendo de iniciativa ciudadana, habrá que cumplirse lo dispuesto por el artículo 155 de la Carta, en la medida en que exige que dicha iniciativa debe contar con el respaldo igual o superior al 5% del censo electoral vigente, al igual que faculta a los ciudadanos proponentes a designar un vocero que será oído por ambas cámaras en todas las etapas del trámite.

Así mismo, la citada norma tampoco contempla la intervención de la Corte para el ejercicio del control de constitucionalidad, la cual se encuentra regulada en los artículos 241 y 242. En este orden, la Corte, a través de su jurisprudencia, ha entendido la Constitución no como un número de normas separadas, sino que, con sujeción al método sistemático de interpretación, “obedece a un todo armónico que debe ser interpretado de manera sistemática, teniendo en cuenta, además, los propósitos pretendidos por el constituyente”. (Corte Constitucional, C- 551/2003).

Así, la Corte determinó que la restricción impuesta por el artículo 379 no impedía que la corporación pudiera tener en cuenta, para el examen de

constitucionalidad de la ley 796 de 2003, otras normas constitucionales que incidieran en el procedimiento del referendo, siendo así que, tomó en consideración lo dispuesto por el Título XIII de la Constitución, además de lo contemplado en los artículos 155, 241 numerales 1 y 2, 242; y lo estipulado en la Ley Estatutaria de Mecanismos de Participación-LEMP- así como la ley 5 de 1992, Orgánica del Congreso. (Corte Constitucional, C- 551/2003).

Con esto, se respeta la intención del artículo 379 sobre la restricción de que la declaratoria de inexequibilidad de los actos reformativos de la Constitución lo sea por la violación a los requisitos del Título XIII, esto es, los de su formación, lo que no excluye la integración de otras normas que conforman el trámite. (Corte Constitucional, C- 551/2003).

1.3 Alcance del parámetro de constitucionalidad.

Estando precisadas las normas de referencia para el control de constitucionalidad de los actos reformativos de la Carta Política, caso concreto del referendo, surgía ahora la delimitación del alcance de dicho parámetro, en la medida en que, a la interpretación del artículo 379 superior, habría que agregar la del artículo 241, el cual dispone que dicha facultad sólo recae sobre los vicios de procedimiento en su formación³. Siendo así, la Corte en anteriores pronunciamientos ya había manifestado que el control sobre los actos reformativos del texto constitucional por ella ejercido, recae sobre el procedimiento de reforma y no sobre el contenido material del acto reformativo⁴; disposición que, por lo demás, resulta lógica puesto que el control sobre los actos reformativos no puede ser material⁵ en la medida en que, por definición, todo acto reformativo de la Constitución resulta contrario a la misma, y a que, ejercer este tipo de control equivaldría a petrificar el ordenamiento constitucional y anular la cláusula de reforma impidiendo que este se ajuste a las realidades sociales cambiantes. En este orden, someter la ley que convoca a referendo a un control material equivaldría a comparar si los contenidos materiales del mismo son o no constitucionales o políticamente oportunos, lo cual no puede ser facultad del control judicial ejercido por el Tribunal Constitucional. (Corte Constitucional, C- 551/2003).

No obstante, la expresión *vicios en el procedimiento* como restricción al análisis que realiza la Corte, acarrea otra indeterminación en la medida en que por tal expresión bien puede interpretarse que se refiere a los vicios formales en el procedimiento de formación, o los vicios materiales en el procedimiento de formación.

3 Fija el artículo 241 ordinal 1 de la Constitución Política, para la competencia de control de constitucionalidad de la Corte Constitucional “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”(Constitución Política, 2012).

4 Puede verse las sentencias de la Corte Constitucional, C-543/1998 y C-487/2002.

5 Como sí ocurre con los actos, no reformativos sino legislativos, expedidos por el Congreso de la República y los excepcionales del Presidente de la República.

Así, luego de recorrer la doctrina comparada sobre la materia⁶ la Corte concluye que la competencia atribuida por el constituyente es sobre ambos, esto es, está facultada para conocer tanto para que se cumpla el procedimiento, como para determinar si el órgano encargado de expedir el acto era el competente para hacerlo o no, pues en su sentir

(...) no tendría sentido que la Constitución atribuyera a la Corte el control de los vicios de procedimiento de las reformas constitucionales, pero la excluyera de verificar si los órganos que adelantaron esa reforma tenían o no competencia para hacerlo, pues esa regulación lleva a una situación inaceptable: así, ¿qué ocurriría si un órgano incompetente adelanta una reforma constitucional, pero con un trámite impecable? ¿Debería la Corte Constitucional limitarse a considerar los trámites de la reforma, a pesar de la absoluta invalidez de la reforma por carencia de competencia? ¿En qué quedaría su función de velar por “la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución” que le asignan el artículo 241 de la Carta?. (Corte Constitucional, C- 551/2003).

De este modo, la Corte no es competente para conocer del contenido material del acto reformativo de la Constitución, sino que, dicha interpretación fija un límite material al órgano reformador al que el constituyente ha fijado dicha potestad, en la medida en que el Título XIII de la Carta Política lo faculta para reformarla y no para subvertirla, derogarla o sustituirla por otra, y sí corresponde al juez constitucional, velar porque se cumpla dicho precepto.

Así, si bien la Constitución de 1991 no fija cláusulas pétreas o de intangibilidad, en la jurisprudencia y doctrina actuales las constituciones democráticas fijan límites a los poderes, y en este orden, siendo el poder de reforma un poder constituido, reviste límites materiales que le permiten reformar el articulado constitucional, pero que le impiden sustituirlo por otro. (Corte Constitucional, C- 551/2003).

⁶ “Así, un autor como Kelsen considera que todos esos vicios, incluso aquellos de contenido material, son siempre de forma o de procedimiento; según su parecer, un vicio material dejaría de existir si el contenido normativo inconstitucional hubiera sido aprobado, no a través de una ley sino por medio del procedimiento reforzado de reforma constitucional, lo cual evidencia que se trata de un vicio formal o de procedimiento. Para este jurista, toda inconstitucionalidad material puede entonces ser reducida a una inconstitucionalidad formal. En cambio otros autores, como Pizzorosso, discrepan de esa tesis y engloban los distintos vicios en dos categorías: vicios formales y vicios materiales; los primeros tienen que ver con la violación de las normas procedimentales que regulan la formación de la ley, mientras que los segundos están vinculados al contenido normativo de la ley. Zagrebelski recurre a una clasificación tripartita en vicios sustanciales, procedimentales y de competencia, pues en todo acto del poder público es posible distinguir la competencia del funcionario o autoridad que lo dicta, el procedimiento o trámite por el cual lo dicta, y el contenido material del acto. Otros sectores de la doctrina, especialmente italiana y española, parten de la distinción entre vicios materiales y vicios formales de la ley, siendo la característica esencial de estos últimos, que es posible determinar su ocurrencia sin necesidad de confrontar el contenido de la ley con la Constitución. Pero, a su vez, agregan una distinción entre los vicios formales, pues diferencian entre los vicios en los presupuestos del procedimiento y los vicios en el procedimiento como tal.” (Corte Constitucional, Sentencia C-551/2003).

2. EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LOS ACTOS REFORMATARIOS DE LA CONSTITUCIÓN

2.1 La interpretación del control.

La facultad que le otorgan los artículos 241 numeral 1, 374⁷ y 379 de la Carta Política a la Corte Constitucional, como guardián ante la ley fundamental, para llevar a cabo el control de constitucionalidad de los actos reformativos de la misma, entendidos desde su interpretación sistemática y no gramatical antes expuesta, le permiten a la Corte adelantar el examen tanto de la violación del procedimiento establecido, como de la competencia para la promulgación o convocatoria (en el caso de ley que convoca a referendo o Asamblea Constituyente) del acto. De este modo, la expresión “*vicios de procedimiento*” faculta a la Corte para conocer de los vicios materiales en el procedimiento de los actos reformativos de la Constitución, esto es, la competencia que tiene el órgano reformador para reformarla y no otra cosa.

Insiste la Corte en que esta interpretación no implica un control material de los actos reformativos de la Constitución, puesto que, hacerlo, equivaldría a equiparar dichos actos con las demás leyes, lo que implicaría conferirles un rango de inferioridad frente a la norma fundamental, lo cual resultaría a todas luces inadmisibles. Además, el control de constitucionalidad en este caso, distinto al control material de las leyes y decretos excepcionales del Presidente de la República, no es un control de grado, sino de naturaleza, esto es, no se trata de establecer en qué grado o medida los actos reformativos son contrarios a la Constitución, puesto que por naturaleza lo son, sino de demostrar que el acto reformativo en vez de modificar, sustituye la Constitución por otra diametralmente opuesta. En el sentir de la Corte

La reforma proviene de una decisión [que] (...) puede contradecir normas constitucionales preexistentes. Incluso, puede llegar a tratarse de una contradicción radical que directamente derogue mandatos o principios constitucionales fundamentales y que suponga la transformación dramática de algunas instituciones constitucionales o que contradiga la tradición constitucional. Todo esto es normal en procesos de reforma constitucional (...) Lo que no puede ocurrir, es que una tal modificación suponga la sustitución del modelo constitucional vigente, es decir, la sustitución de la opción política fundamental consagrada en la fórmula política de la Constitución. Todo lo demás, por grave, importante, definitivo que resulte, puede ser objeto de reforma constitucional sin que la Corte pueda oponer límite competencial alguno. (Corte Constitucional, C- 303 de 2010).

Así, vista la fundamentación jurídica, el parámetro del control de constitucionalidad de los actos reformativos de la Constitución se encuentra integrado por lo estipulado en el Título XIII superior, las demás normas

⁷ Fija el artículo 374 “La Constitución Política podrá ser reformada...”

constitucionales que inciden en el procedimiento de formación y las normas estatutarias y orgánicas aplicadas en cada caso concreto. (Corte Constitucional, C- 1200/2003 y C- 397/2010).⁸

De igual forma, lo anterior determina lo que la Corte ha designado como características de dicho control de constitucionalidad, cuales son las de ser: *posterior* a la sanción y promulgación de la ley que incorpora el texto que va a someterse al referendo pero, *previo* al pronunciamiento popular; *automático* en la medida en que opera por disposición imperativa de la propia Constitución, *concentrado*, ya que la competencia para el control radica exclusivamente en la Corte Constitucional; *reforzado*, dado que los actos reformativos pueden ser objeto de acción pública de inconstitucionalidad, *definitivo*, en el orden en que la decisión adoptada hace tránsito a cosa juzgada material; *integral*, en la medida en que el examen de constitucionalidad involucra todas las etapas de formación del acto, *específico*, dado que a la Corte le corresponde el control de los vicios en el procedimiento y en la competencia, pero le excluye el control material del acto, y *participativo*, ya que se faculta a los ciudadanos a coadyuvar o impugnar la constitucionalidad. (Corte Constitucional, C-397/2010).

2.2 Control de constitucionalidad y control de sustitución.

Para delimitar el ámbito del control constitucional de las reformas a la Carta política, la Corte ha expuesto la necesidad de distinguir entre el control judicial de violación material de una cláusula constitucional y el de sustitución. Así, haciendo la diferencia entre *violación* y *sustitución*, cuando la Corte realiza el examen de constitucionalidad en el primer caso, trata de determinar en qué grado una norma de inferior jerarquía, sujeta a lo dispuesto por la norma superior, la ha transgredido o violado. En este orden, llevar a cabo el control de los actos reformativos bajo el parámetro del control material de las normas, equivaldría a degradar al rango de norma inferior a la Constitución todo acto reformativo de la misma, lo cual escapa de la competencia del juez constitucional, desfigurando a su vez, el control judicial de las reformas constitucionales. (Corte Constitucional, C- 1200/2003) (C-303/2010).

2.3 Control de intangibilidad y control de sustitución.

El profesor Karl Loewenstein en su *Teoría de la Constitución*, define las “*disposiciones intangibles*” como aquellas medidas destinadas a liberar radicalmente las normas constitucionales de cualquier modificación, con lo cual, se puede decir que estos preceptos quedarían inmunizados de cualquier revisión frente a las mayorías parlamentarias deseosas de enmiendas constitucionales (1976). En este orden, dada la manera como son implementadas en las

⁸ Para la integración de estas normas, la Corte Constitucional ha utilizado el concepto de Bloque de constitucionalidad lato sensu, bajo el entendido de que las normas constitucionales no se agotan en el articulado de la Constitución, sino que existen otras investidas de fuerza constitucional que no se encuentran dentro de la codificación. Con esto, se hace necesaria la diferencia entre normas formalmente constitucionales y normas materialmente constitucionales. Ver (Quinche, 2010); (Uprimny, s.f.) (Corte Constitucional, C-228/2009 y C-238/2010).

constituciones, las disposiciones intangibles se clasifican en dos: las de “intangibilidad articulada”, esto es, aquellas que sustraen a determinadas instituciones jurídicas concretas de cualquier enmienda constitucional, estableciendo la prohibición de modificación de manera jurídico-constitucional, o, si se quiere, de manera textual; y las “implícitas”, “inmanentes” o “inherentes”, destinadas a salvaguardar determinados valores fundamentales que no necesariamente se encuentran explícitos en una institución jurídica concreta.

Seguido de lo anterior, el autor realiza una tipología de las disposiciones de intangibilidad articulada, de la siguiente manera: (i) las destinadas a la protección de la forma de gobierno republicana; (ii) la prohibición de reelección del Presidente de la República, propio de las constituciones iberoamericanas; (iii) la prohibición de modificar la forma democrática de gobierno; (iv) la prohibición de modificar los derechos fundamentales; (v) la protección de la estructura federal (Loewenstein, 1976).

De lo anterior podría concluirse que la implementación de las disposiciones intangibles articuladas corresponde al constituyente originario, al momento de darse su Constitución, y que por el contrario, las disposiciones intangibles implícitas, serían labor del juez constitucional en su función de guardián de la Norma Superior. Así mismo, que las primeras pueden ser de *textura cerrada*, en el caso en que “prohíban”, o *abierta*, en los casos en que “protegen”, dando margen esta última al juez constitucional en su interpretación.

Siguiendo este orden, la Corte Constitucional colombiana, para precisar el hecho de que el control de sustitución dista de ser un control de intangibilidad, se aparta de la segunda clasificación, y siguiendo la primera, esto es, las de intangibilidad articulada o explícita, concluye que en Colombia no es posible someter las reformas constitucionales a un control de intangibilidad, puesto que el constituyente de 1991 no consagró de manera expresa *cláusulas de intangibilidad* que restrinjan la competencia de modificación a los órganos instituidos para tal fin; recalcando, además, que la prohibición de sustitución de la Constitución no implica que al poder de reforma se le sustraiga de ser ejercido sobre ciertas cláusulas constitucionales, sino que, por el contrario, cualquier artículo de la Carta Política puede ser destinatario de dicho poder, sino que su facultad reviste el límite de reformarla y no subvertirla o sustituirla por otra opuestamente diferente a la que instituyó el constituyente primario u originario. Así mismo, que para evaluar si la reforma ha sustituido la Carta por otra distinta, no se deben considerar las reformas individualmente, sino que debe procederse a evaluar si la reforma en su conjunto sustituye la Constitución. (Corte Constitucional, C- 1200/2003 y C- 574/2011).⁹

⁹ La existencia de cláusulas de intangibilidad en la evolución del Derecho Constitucional colombiano, se dio en las constituciones provinciales de Cundinamarca, tanto en la monárquica de 1811, como la republicana de 1812, así como la de Cartagena de Indias de 1812, que fijaron límites a las reformas estableciendo que estas no podían llevarse a cabo respecto de las bases del Estado, y respecto a las ramas, sólo podían llevarse a cabo con límites de plazo. Esta tradición fue seguida solo por las dos primeras constituciones nacionales, las de la República de Colombia de 1821 y 1830, que fijaron como límite a las reformas la prohibición de modificar o cambiar la forma de gobierno republicana. Ver (Pombo & Guerra, 1986); (Restrepo Piedrahita, 2004).

Ante lo cual ha expresado la Corte que

Desfiguraría dicho control de sustitución (i) tratar la reforma constitucional como una ley de rango infraconstitucional que carece de fuerza jurídica para modificar la Constitución; (ii) elevar principios o reglas a normas intangibles que el órgano constituido titular del poder de revisión no puede tocar o reformar como si la prohibición de sustituir la Constitución equivaliera a la petrificación de una parte de la Constitución; (iii) anteponer al poder de revisión supuestos contenidos normativos supraconstitucionales intocables; (iv) efectuar una comparación entre contenidos específicos de la Constitución original y el contenido de la reforma como si el segundo no pudiera contradecir los primeros al reformarlos; (v) limitarse a señalar la inclusión de excepciones o restricciones introducidas por la reforma a la Constitución original sin analizar si las enmiendas en su conjunto constituyen una modificación de tal magnitud y trascendencia que resulta manifiesto que la Constitución original ha sido remplazada por una completamente diferente dado que las enmiendas representan una sustitución total o parcial de la misma. (Corte Constitucional, C- 1200/2003 y C- 574/2011).

2.4 Procedimiento para el control de sustitución de las reformas constitucionales.

Del estudio de la línea jurisprudencial puede deducirse que en el análisis de constitucionalidad de los actos reformativos de la Constitución Política colombiana, la Corte Constitucional ha establecido el procedimiento que debe seguirse para tal fin. Es así como, primero es menester realizar el “test de efectividad” para corroborar que efectivamente se trata de una reforma, esto es, que se han introducido cambios en las normas sujeto del análisis; y como segundo, debe procederse al “test o juicio de sustitución” para verificar si la Constitución ha sido sustituida o subvertida por otra. Así, el tema se estudia de manera detallada en el acápite VI del presente trabajo.

3. EL PODER DE REFORMA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991

3.1 Poder constituyente y Poder de reforma.

Afirma Carl Schmitt, con base en la distinción aportada por Sieyès que,

(...) el Poder constituyente se ejercita mediante el acto de la decisión política fundamental. La ejecución de esta puede abandonarse a encargados especiales, por ejemplo, a una llamada Asamblea nacional constituyente. También puede existir, a base de las normas legal-constitucionales así surgidas, un dispositivo legal-constitucional para <<reformas>> o <<revisiones>> de leyes constitucionales. Pero el Poder

constituyente mismo debe ser distinguido de estas. No es susceptible de traspaso, enajenación, absorción o consunción. Le queda siempre la posibilidad de seguir existiendo, y se encuentra al mismo tiempo y por encima de toda Constitución, derivada de él (...) (Schmitt, 2006).

Con esto, sigue el autor la necesaria distinción entre Poder constituyente y Poder constituido, siendo así que, todo acto que se somete a regulación “*legal-constitucional*” a base de la Constitución y que se verifica en el marco de estas competencias “*legal-constitucionales*”, escapa de la naturaleza del Poder constituyente, puesto que este último es la expresión de voluntad consciente de existencia política que da origen a la Constitución de todo Estado y, *contrario sensu*, todas las expresiones sometidas a la Constitución y demás normas, obedecen al Poder constituido. (Schmitt, 2006).

De igual forma, la Corte Constitucional, siguiendo esta distinción y apartándose de la clasificación que en el derecho francés hiciera Roger Benard citado por la Corte en la Sentencia C-1200 de 2003, entre Poder constituyente originario y Poder constituyente derivado, debido a las “imprecisiones semánticas” de esta clasificación, ha determinado que en un Estado democrático, según la interpretación constitucional, la soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emanan todas las demás manifestaciones del poder, y en la forma que éste lo indica. Así, el acto de revisión o reforma de la Constitución, no puede ser un acto de soberanía, puesto que la facultad otorgada por el Poder constituyente al órgano revisor de la carta Política lo limita a reformarla o modificarla, y no a sustituirla por otra, lo cual solo sería facultad de aquel. En este orden, el acto de revisión o reforma de la Constitución, llamado también, poder de reforma, es obra del Poder constituido, con lo cual, el Poder constituyente se reserva para sí la facultad de sustituir, destruir o abolir la Constitución, si a bien tiene, para lo cual la Carta del 91, aunque agravado, consagra un procedimiento.

Ha dicho la Corte:

La Constitución adoptada por el pueblo en un acto constituyente soberano y fundacional puede ser modificada por los mecanismos previstos por el propio soberano. La modificación de la Constitución no es un acto de soberanía, sino un acto de revisión en ejercicio de una competencia atribuida por el pueblo soberano a ciertos titulares, la cual habrá de ser ejercida siguiendo los procedimientos instituidos también por el soberano. Por eso, no se puede equiparar un acto de soberanía al ejercicio de una competencia atribuida por el soberano a un órgano. Tampoco se pueden asimilar el acto constituyente fundador de una Constitución adoptado por el soberano y el acto de revisión de la Constitución expedido por el Congreso de la República como órgano constituido titular del poder de reforma. (Corte Constitucional, C-1200/2003).

En palabras de Sieyés “Un cuerpo sometido a unas fuerzas constitutivas sólo puede decidir a partir de su Constitución. No puede otorgarse otra. Deja de existir en cuanto se mueve, habla, obra fuera de las normas que le han sido impuestas”. (2008).

Así, partiendo del análisis de la jurisprudencia constitucional, podemos determinar que son características del Poder constituyente (i) comportar un ejercicio pleno del poder político de los coasociados o el pueblo en el cual reside, y en tal sentido es (ii) fundacional; (iii) no tiene límites jurídicos dado que sus actos son político-fundacionales y por ende es (iv) absoluto y permanente; (v) se encuentra exento del control de constitucionalidad¹⁰, (vi) es expresión de la voluntad de todos y (vii) se materializa en la adopción de una Constitución.

Por su parte, son características del poder de reforma (i) residir en los órganos instituidos por el Poder constituyente para tal fin, y por tanto es (ii) Poder constituido y (iii) limitado; (iv) comporta la facultad de revisar, modificar o reformar la Constitución, por lo cual (v) está sujeto al control de constitucionalidad. (Corte Constitucional, C-551/2003); (C-1200/2003).

3.2 Los actos reformativos y los límites al poder de reforma en la Constitución.

La expresión **vicios de procedimiento en su formación**, como delimitación del ámbito del control de constitucionalidad de los actos reformativos de la Constitución, fija a su vez los límites al poder de reforma para su ejercicio. Es así que, se distingue entre “límites materiales” y los “límites del procedimiento”. Respecto de los primeros, estos hacen alusión a la competencia desde, por un lado, el sujeto calificado para llevarla a cabo, que tratándose de Asamblea Constituyente, convocada para reforma de la Constitución; o de referendo, la titularidad radica en el pueblo, bien sea este de iniciativa ciudadana o gubernamental; y por el otro, tratándose de Acto Legislativo, la titularidad reside exclusivamente en el Congreso de la República. A su vez, la competencia otorgada por el Poder constituyente es para reformar, lo cual se desprende de la interpretación sistemática del artículo 374 superior, que indica “La Constitución Política podrá ser reformada...” Por su parte, los límites en el procedimiento se encuentran fijados por lo estipulado en el Título XIII superior, las demás normas constitucionales que inciden en el procedimiento de formación y las normas estatutarias y orgánicas aplicadas en cada caso concreto¹¹. No obstante, existe una suspensión a la competencia que reside en el Congreso para reformar la Constitución, la cual se encuentra taxativamente

10 Al respecto manifestó la Corte en la sentencia C-544 de 1992, con ponencia del magistrado Alejandro Martínez Caballero, en la decisión adoptada frente a la demanda impetrada por varios ciudadanos en contra de algunos artículos de la recién promulgada Constitución Política de 1991 “el poder constituyente es el pueblo, el cual posee per se un poder soberano, absoluto, 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”. (Negrillas fuera de texto).

11 Puede verse las Sentencias de la Corte Constitucional C-551/2003, C-1200/2003, C-588/2009.

señalada en el artículo 376 superior, que opera en las circunstancias en que se encuentre en vigencia la Asamblea Nacional Constituyente.

Cabe mencionar que en la sentencia C-141 de 2010 la Corte Constitucional en el ejercicio del control de constitucionalidad automático de la ley 1354 de 2009 convocatoria de referendo, a través de la cual se pretendía modificar la Constitución Política para incluir la segunda reelección presidencial, y ante los argumentos de varias intervenciones ciudadanas de que dicho acto se trataba de la *voluntad soberana de un pueblo*; ratificando el hecho de que aún en trámite de referendo de iniciativa ciudadana, el pueblo se comporta como Poder constituido y no como Poder constituyente, manifestó “Parafraseando a Elster el pueblo también está atado a la Constitución de 1991 y por lo tanto no puede modificar sus elementos definitorios cuando actúa en el ejercicio del poder de reforma”. (C-141/2010).

De igual forma, se concluye que son actos de reforma en cabeza del pueblo la Asamblea Constituyente, cuando se convoca para tal fin, y el referendo; y el Acto legislativo, cuya titularidad reside en el Congreso de la República.

3.3 Requisitos de las reformas constitucionales.

El análisis jurisprudencial permite identificar los requisitos formales y el requisito material o sustancial de las reformas. En ese orden, son requisitos formales aquellos que establecen las formalidades a las que se someten los actos modificatorios, enumerados así: (i) sujeción al órgano competente y al procedimiento establecido en la Carta Política para tal fin; (ii) la disposición modificatoria de la Constitución debe constar por escrito, dado al carácter escrito de la Constitución Política de 1991 y (iii) la reforma debe ser expresa, esto es, que en procura de certeza, la disposición debe expresar de manera clara el sentido de la modificación incorporada. Respecto a esto último, ha precisado la Corte que:

(...) en la tradición constitucional colombiana la reforma de la Constitución tiene que ser expresa, lo que implica la clara identificación de los textos que mediante los especiales procedimientos son sometidos a modificación y que, efectivamente, se produzcan transformaciones a tal punto verificables que la certeza acerca de aquello que rige, en la cima del ordenamiento y como Derecho superior del Estado, aflore con facilidad, acompañe la variación y sea prenda de garantía de la seguridad jurídica. (Corte Constitucional. C-588/2009).

Por otro lado, el requisito material o sustancial hace alusión a que el contenido del acto reformativo debe modificar la Constitución. En este sentido, también podemos identificar diversas tipologías de reformas recogidas por la Corte en su jurisprudencia, a saber:

- (i) las reformulaciones positivas, entendidas como el cambio en la redacción de una norma sin modificación de su esencia (ej. “Estado de derecho, social y democrático por Estado democrático y social de derecho”);
- (ii) las reconceptualizaciones, es decir, el cambio conceptual de un valor constitucionalmente protegido (ej. “el pueblo es el único titular de la soberanía” por “la soberanía reside exclusiva e indivisiblemente en el pueblo”);
- (iii) las excepciones específicas, esto es, excepcionar o establecer una salvedad en la aplicación de una norma que sin embargo conserva su alcance general (ej. “Establecer la inhabilidad indefinida por pérdida de investidura como excepción a la regla general que prohíbe las penas perpetuas”);
- (iv) las limitaciones o restricciones, generalmente de ciertos derechos fundamentales con el fin de mantener la armonía entre valores e intereses enfrentados (ej. “Introducir como límite a la libertad de prensa el respeto a la honra o permitir la suspensión de la ciudadanía para los condenados a pena de prisión en los casos que señale la ley”) y, finalmente
- (v) las alteraciones puntuales, excepcionales, transitorias y específicas, la posibilidad específica permitida al poder de reforma de alterar principios fundamentales para un determinado fin, que por lo general se establece a través de la incorporación de párrafos transitorios (ej. Otorgar en casos excepcionales y por un tiempo determinado la facultad al Presidente de la República de expedir decretos con fuerza de ley, que guardan reserva estatutaria u orgánica).

Así mismo, en las reformas se podrá adicionar nuevas normas que consagren nuevas garantías o nuevos esquemas de organización, o incluso, nuevos procedimientos en procura de reforzar la garantía de ciertas instituciones; así como la adopción de medidas excepcionales y transitorias encaminadas a garantizar las reformas incorporadas. (Corte Constitucional, C- 1200/2003).

3.4 Tensión entre los principios de *soberanía popular* y *supremacía constitucional*.

A la pregunta sobre *qué es el Tercer Estado*, responde SIEYÈS que lo es todo; esto es, la nación entendida como el conjunto de ciudadanos. Así, influenciado por las ideas de HOBBS, LOCKE y ROSSEAU, determina que la Constitución es la expresión de la “*voluntad común*” de todos los coasociados de implementar un orden con el fin de establecer cuáles son las necesidades públicas e implementar los medios para satisfacerlas. En este orden:

La nación existe ante todo, es el origen de todo. Su voluntad es siempre legal, ella es la propia ley, antes y por encima de ella solo existe el derecho natural. Si queremos hacernos una idea justa de la serie de leyes positivas

que pueden emanar de su voluntad, vemos en primera línea las leyes constitucionales... [por esto] (...) la constitución no es obra del poder constituido, sino del poder constituyente. (Sieyès, 2008).

De esta manera, daba el abate a la teoría constitucional su mayor aporte: la diferenciación entre Poder constituyente y Poder constituido. Su distinción, tres siglos después, sume a la Corte Constitucional colombiana en la tensión entre dos modelos de Estado; el democrático, bajo el principio de soberanía popular, y el constitucional, bajo el principio de supremacía de la Constitución. Dicha tensión se proyecta al ejercicio de los mecanismos de reforma constitucional, en la medida en que corresponde al juez constitucional por un lado, guardar la expresión originaria del poder constituyente materializada en una Constitución, y por el otro, garantizar el deseo del pueblo, ya sea de manera directa o a través de sus representantes, de ajustar o abolir ese “acto demiurgo” a las cambiantes dinámicas sociales, lo que, contradictoriamente, de igual forma ayuda a preservarla.

Respecto a sus modificaciones, ha expresado la Corte que:

El poder de revisión de la Constitución es una de las formas de preservar la Constitución adaptándola a la evolución de una sociedad, ajustándola a necesidades y propósitos que se han tornado imperativos o corrigiendo fallas específicas en el diseño inicial. Su función es garantizar la permanencia de la Constitución adoptada por el poder constituyente, no sustituir la Constitución por otra diferente. Así lo han entendido los teóricos del poder constituyente que han conceptualizado el poder de revisión como una forma de garantizar la permanencia de la Constitución. Por eso, impedir que la Constitución sea reformada es sembrar la semilla de su destrucción, lo cual va en contra de la misión del juez constitucional de defender la Constitución. (Corte Constitucional, C- 1200/2003).

Respecto a la posibilidad de sustituir o abolir la Constitución, a juicio de la Corte, dicha tensión se resuelve con el hecho de que el constituyente previó en la Constitución de 1991 el mecanismo que, aunque agravado, garantiza la expresión del pueblo de sustituir la propia Constitución por otra distinta si se quiere, pero debiendo estar sometido a dicho mecanismo, que no es otro que la Asamblea Constituyente, convocada para este fin.

No obstante, la tensión no se resuelve del todo puesto que una de las características del Poder constituyente es, precisamente, ser ilimitado y, como lo expresara Sieyès “Aún cuando pudiera, una nación no debe encerrarse en las trabas de una forma positiva”. (2008).

Siguiendo esta línea, más reciente que el abate, Karl Olivercrona en su tesis sobre el establecimiento originario de las constituciones, señala que estas se

deben a “*situaciones revolucionarias*” producto del apremio de las condiciones económicas y sociales que llevan a las comunidades a subvertir el orden preestablecido con actos de violencia o ilegalidad, y que generalmente obedecen a circunstancias que escapan de límites jurídicos. En su sentir

(...) en la mayor parte de los casos, si no en todos, las constituciones de los países han sido establecidas por medio de una revolución o de una guerra, esto es, por la fuerza (...) Por lo tanto, la cadena del desenvolvimiento jurídico se rompe en algún punto por actos de violencia o, en general, por actos ilegales, que parecen, en consecuencia, ser la fuente real y originaria del orden existente. (Olivercrona, 1959).

Así, la Corte en su momento fue consciente de lo anterior, expresando en dicha sentencia, que

La fijación de un cauce al poder constituyente originario es siempre imperfecta, pues el poder constituyente, por sus propias características, es 'rebelde a una integración total en un sistema de normas y competencias', y por ello no admite una institucionalización total. Sin embargo, ese cauce busca facilitar, no impedir, la expresión del Constituyente originario sin ocasionar innecesarias rupturas institucionales. (Corte Constitucional, C-551/2003).

Sin embargo, apartándose de lo que antes había precisado, y quizás llevada por lo que Olivercrona señala como la paradoja surgida entre el establecimiento de normas obligatorias que tienen origen en actos de violencia, por un lado, y que sea la Constitución la base de esas nuevas normas, por el otro; y, más aún, por encontrarse sumergida dentro de los “*engranajes de su nuevo sistema*”, la Corte Constitucional, en lo que pareciera más un afán de conservar la Constitución que le dio origen, así lo expresó en la sentencia C-574 de 2011:

(...) la única posibilidad para hacer una transformación total de la Carta Política es a través de la Convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente del artículo 376 de la C.P., '...siempre que sea convocada expresamente para proferir una nueva Carta...'. Sin embargo, sobre esta posibilidad también se ha establecido por parte de la doctrina que el poder constituyente no es absoluto, ilimitado y soberano en su labor, ya que tiene que cumplir con una serie de limitaciones propias de su labor que ya habían sido anunciadas por Siéyes en el Capítulo V de Qué es el tercer Estado y que se refieren a que (i) tiene que hacer una Constitución y no otra cosa; (ii) tiene que actuar por un tiempo limitado, (iii) y no puede defraudar la voluntad de los representados. Así mismo tendría que tener en cuenta los precompromisos en materia de tratados internacionales sobre derechos humanos y las normas del *Ius cogens*, si quiere seguir estableciendo una Constitución democrática liberal y no otra cosa, circunstancias que la Corte Constitucional tendrá que evaluar en su momento.

Con esto, la Corte fijó límites al Poder constituyente originario, esto es, ha fijado límites a lo que por esencia no lo tiene.

4. EL JUICIO DE SUSTITUCIÓN

Advierte la Corte en su jurisprudencia que el concepto de *sustitución* no es un concepto acabado, completo o en definitiva agotado, que permita establecer un conjunto total de premisas y casos hipotéticos aplicados de manera concreta, sino que, por el contrario, el conjunto de casos concretos le ha permitido avanzar en la necesidad de identificar un método como límite a las reformas constitucionales, partiendo de los usos del precedente para constatar, en cada análisis, si hay reforma o sustitución. En este orden, el método que sigue el *juicio de sustitución* es el del método inductivo, pues se trata de analizar en cada caso concreto si el *elemento esencial* fue sustituido.

4.1 Destrucción, supresión, quebrantamiento, suspensión y sustitución de la Constitución.

Por reforma se entiende la incorporación de un nuevo precepto al texto constitucional mediante el procedimiento establecido para tal fin, lo que en la tradición constitucional se ha conocido como enmienda, cuyas tipologías adoptadas por Colombia ya fueron abordadas. Así, de la mano de Carls Schmitt podemos distinguir aquellos actos que no se pueden confundir con reforma constitucional. En este orden, se puede concluir que la enmienda de la Constitución no puede asimilarse con la destrucción, supresión, quebrantamiento o suspensión de la misma.

Por destrucción de la Constitución, se entiende la supresión tanto de las leyes constitucionales, como del Poder constituyente; por supresión de la Constitución, se entiende la supresión tan solo del texto constitucional, pero conservando el Poder Constituyente. El quebrantamiento de la Constitución ocurre cuando se violan de manera excepcional ciertos preceptos constitucionales, bajo el supuesto que afecta su validez de manera temporal y se mantienen inalterables en todo lo demás. El quebrantamiento puede ser inconstitucional, esto es, cuando se hace por fuera del procedimiento estipulado; o bien puede ser constitucional, cuando se hace con atención al procedimiento señalado en la Constitución. Por último, ocurre la suspensión de la Constitución cuando a una o varias cláusulas constitucionales provisionalmente, se les suspenden sus efectos jurídicos; la cual, al igual que el quebrantamiento, puede ser constitucional, esto es, cuando la Constitución lo permite; o inconstitucional, cuando se hace con violación de la misma. (Schmitt, 2006).

En la elaboración de la definición de sustitución, la Corte Constitucional ha manifestado que tal expresión puede equipararse, sujeto a las particularidades de cada caso concreto, con las definiciones de quebrantamiento y suspensión de la Constitución.

Así mismo, señala la Corte, que otras de las circunstancias que pueden llevar a una sustitución de la Carta son la modificación tácita, la mutación y el fraude a la Constitución. La primera ocurre cuando la pretendida reforma no es visible en el lugar del texto donde específicamente se ha efectuado, bien sea por no quedar señalada, o por encontrarse dispersa en el articulado constitucional. La segunda sucede cuando se dan transformaciones en la configuración del poder político, sin que el texto constitucional sufra alteración, que por lo general ocurre con las constituciones escritas. (Loewenstein, 1976). Por último, el fraude a la Constitución ocurre cuando se introducen reformas al texto constitucional evitando el procedimiento de reforma establecido, que por lo general ocurre con las modificaciones tácitas¹².

4.2 El test de efectividad de la reforma.

Ha señalado la Corte que el *test de efectividad* puede ser utilizado en el análisis de las reformas constitucionales para establecer si las normas constitucionales siguen siendo las mismas antes y después de la reforma, o por el contrario, si al seguir siendo idénticas, lo que se realizó fue la inclusión de normas para favorecer intereses de sujetos determinados, o bien, se utilizó para evaluar políticas gubernamentales, caso en el cual se debió recurrir al mecanismo del plebiscito o, si se produjo una modificación tácita.

De este modo, en la sentencia C-588 de 2009, la Corte Constitucional introduce el *test de efectividad* en la metodología de la sustitución para corroborar si efectivamente, la norma analizada había sido reformada, o se trataba de *modificación tácita* y por consiguiente, de un fraude a la Constitución. Para esto, la Corte recurrió a los ámbitos de validez de las normas establecidos por Kelsen en su *Teoría Pura del Derecho*, para determinar si dichos ámbitos habían sufrido modificación, y por tanto se tratara de una reforma. Así, establece Kelsen que son ámbitos de validez de las normas: *el espacial*, esto es, el espacio en que la norma es aplicable, el cual puede ser ilimitado o general, o limitado o local; *el temporal*, es decir, el lapso en el cual se aplica, en este orden puede ser ilimitado o con vigencia indeterminada o, limitado, esto es, con vigencia determinada. También está el ámbito *material*, es decir, los hechos o conductas reguladas, y *el personal*, esto es, el sujeto regulado por la norma, que a su vez puede ser ilimitado o genérico, es decir, todos los designados dentro de una clase o categoría y, limitado o individualizado, queriendo decir uno o varios individualmente determinados. (Kelsen, 2008).

4.3 El test de sustitución de la Constitución.

Ha precisado la Corte que se entiende por sustitución el

¹² En la sentencia C-588 de 2009, la Corte Constitucional llevó a cabo el control de constitucionalidad del Acto Legislativo 01 de 2008, el cual introducía una reforma al artículo 125 superior, excepcionando en los casos señalados, el concurso de méritos para el acceso a los cargos públicos a través del sistema de carrera administrativa. En el análisis, la Corte Constitucional encontró que la pretendida reforma también introducía modificaciones tácitas a los artículos 13, sobre igualdad, y 40-7, sobre acceso a los cargos o desempeño de funciones públicas, lo que generaba un fraude a la Constitución.

(...) reemplazo de la Constitución en términos materiales [que] implica franca oposición entre lo nuevo y lo anterior, en la medida en que, so pretexto de la reforma, la Constitución es transformada en otra 'completamente distinta' lo cual ocurre cuando "...un elemento definitorio de la esencia de la Constitución (...) en lugar de ser modificado, es reemplazado por uno opuesto o integralmente diferente. Así, después de la sustitución de la Carta, como es imposible reconocerla en su identidad básica, no cabe afirmar que la Constitución reformada sigue siendo la Carta de 1991". (Corte Constitucional, C-588/2009); (C- 574/2011).

A su vez, ha dicho que este fenómeno está motivado por las circunstancias antes señaladas; y que en virtud del *principio de eficiencia procesal*, según el cual, la labor de los jueces no versa sobre discusiones teóricas sino en la resolución de los casos, en las situaciones en que los *vicios de forma* sean claros, la Corte debe pronunciarse para una pronta respuesta sobre estos, dejando a un lado la discusión sobre los problemas teóricos de los *vicios sobre la competencia*. (Corte Constitucional, C- 816/2004).

Quedando claro lo anterior, ha señalado la Corte que el *juicio de sustitución* debe seguir la siguiente metodología:

Premisa mayor: que consiste en señalar el *elemento esencial* (también denominado *elemento estructural, eje definitorio o elemento axial*) de identidad de la Constitución que se supone ha sido sustituido.

En este aspecto es necesario precisar que se entiende por elemento esencial, *aquellos ejes definitorios de la identidad de la Constitución de 1991 sin los cuales no sería la misma, los que a su vez no se encuentran plasmados en un artículo, sino que deben ser entendidos a luz de toda la Constitución*; así mismo, que para su determinación es necesario recurrir a los métodos del análisis sistemático e histórico.

Premisa menor: consiste en fijar el acto acusado u objeto del análisis de constitucionalidad, para determinar cuál es su alcance jurídico frente al elemento esencial señalado.

Premisa de síntesis: en la que se verifica si el acto reformativo bajo análisis reemplaza el elemento esencial definitorio de la Constitución, lo que implicaría un vicio de competencia.

Conclusión: finalmente, lo anterior debe derivar en que el elemento esencial ha sido cambiado por otro opuesto o diferente, lo que no permite armonizar el acto reformativo pretendido, con el resto de las normas constitucionales. (Corte Constitucional, C-970/2004).¹³

¹³ Puede verse también Corte Constitucional, Sentencias C- 971/2004, C-578 /2009, C-1040/2005, C-303/2010, C-574/ 2011.

4.4 Clases de sustitución.

Ahora bien, ha distinguido la Corte en su jurisprudencia, que dicha sustitución puede ser total o parcial; y según se extiendan sus efectos en el tiempo, permanente o transitoria.

En este orden, la sustitución puede ser total, cuando la Constitución como un todo es cambiada por otra, y parcial, cuando se cambian ciertos elementos por otros a los dispuestos por el constituyente del 91; por otro lado, según se extiendan sus efectos jurídicos en el tiempo, esta podrá ser permanente o transitoria. Así, la modalidad de supresión de la Constitución obedecería a una sustitución total, y la de quebrantamiento, según se produzca, podrá ser parcial o total. (Corte Constitucional, C-588/2009).

4.5 Los límites a la subjetividad del juez constitucional.

Dado que el *test de sustitución*, reviste dos graves peligros, como lo son, por un lado, la petrificación de la Constitución, entendida como la imposibilidad de que esta pueda ser reformada; y el de la subjetividad del juez, por el otro, que no es otra cosa que la aplicación por parte del juez constitucional de sus propios valores y concepciones, se han establecido jurisprudencialmente unos límites que buscan evitar la desfiguración del juicio, a los cuales debe someterse tanto el juez, como el accionante en demanda de inconstitucionalidad. En este orden, dichos límites son, (i) *la cualificación de la acción pública de inconstitucionalidad*, esto es, la carga argumentativa mínima que debe cumplir el accionante, sin perjuicio del carácter público de la acción, que permita demostrar: (a) que el parámetro de control se basa en un eje definitorio y no un determinado artículo constitucional, lo que implicaría un control material, y (b) que la norma acusada subvierte en forma integral ese eje definitorio que otorga identidad a la Constitución;¹⁴ (ii) *la precisión conceptual sobre la materia*, entendida como la aplicación plena del *principio de suficiencia argumentativa* por parte del juez constitucional, que le implica demostrar con suficiencia en los argumentos, la sustitución del eje definitorio de la Carta Política, el cual se aumenta en el *control automático* y, (iii) *el juicio de sustitución*, es decir, que en el control de constitucionalidad de los actos reformativos de la Constitución, la Corte Constitucional ha de someterse a la metodología implementada. (Corte Constitucional, C-303/2010)

5. LOS ELEMENTOS ESENCIALES DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991

Peter Häberle en *El Estado Constitucional* siguiendo lo expresado por Loewenstein en cuanto a las *disposiciones intangibles implícitas o inmanentes*,

¹⁴ Por falta de cualificación de la acción, la Corte se declaró inhibida en las sentencias C-181, C-472, C-740, C-986 de 2006 y C-153 y C-293 de 2007, que resolvieron las demandas contra el Acto Legislativo 01 de 2005, al considerar que estas no eran claras, pertinentes, concretas, congruentes y específicas en la determinación del eje definitorio y de la sustitución.

conviene en la necesidad de que en aquellas constituciones que no contengan límites taxativamente señalados (disposiciones intangibles articuladas) estos sean implementados por el juez constitucional a través de la interpretación constitucional comparada. (Häberle, 2007) Así, el autor denomina a estas *disposiciones inmanentes* que fijan límites a las reformas constitucionales como “*cláusulas de eternidad*” referidas a aquellos elementos definitorios de la identidad de las constituciones del modelo de Estado constitucional, las cuales pueden ser escritas o no escritas, y cuya interpretación ha de realizarse desde un enfoque material, ya que “*tales cláusulas son de naturaleza declarativa, en la medida en que definan, total o parcialmente, elementos de la 'sustancia' de estas constituciones.*” Son cláusulas de este tipo, “los derechos fundamentales, con la dignidad humana en su vértice”; “la democracia y la división de poderes”, “la cláusula republicana (entendida como no monarquía)” etc. (Häberle, 2007).

De lo anterior podría deducirse que cuando la Corte Constitucional colombiana establece los “*elementos esenciales*” como premisa mayor del *juicio de sustitución* de la Constitución, sin los cuales la Carta del 91 no sería la misma, se estaría refiriendo a las “*cláusulas de eternidad*” expuestas por el profesor alemán.

6. LA CONSTITUCIÓN MATERIAL Y LOS LÍMITES INTRÍNECOS

En la sentencia C-574 de 2011, la Corte Constitucional introduce dos conceptos nuevos al desarrollo jurisprudencial sobre los límites a las reformas constitucionales en Colombia. Por un lado, ha establecido que en ejercicio del control de constitucionalidad, la Constitución reviste un sentido material, al consagrar esta los “*finés políticos en vista de los cuales las fuerzas dominantes inspiran la acción estatal*” (Guastini, s.f.), que en su sentir, siguiendo lo expuesto por Mortati (2000), la Constitución... “se plantea como un fin o función política de la organización estatal, que contiene los valores y fines de la fuerza o fuerzas que constituyeron dicha normatividad.”

Por el otro, siguiendo la evolución del Derecho Constitucional sobre los límites a las reformas, ya sean de implementación explícita o implícita ha expresado la Corte que:

(...) dentro de la clasificación de los límites al poder de reforma constitucional, la Corte Constitucional a través de la teoría de la inconstitucionalidad por sustitución ha reconocido que existen unos límites intrínsecos, ya que estos se encuentran reflejados en la Constitución misma o en los elementos del bloque de constitucionalidad. Sin embargo, estos límites intrínsecos al poder de reforma no deben confundirse con elementos intangibles ni inmanentes, como en las Constituciones que establecen cláusulas de intangibilidad expresas o cláusulas pétreas. (Corte Constitucional, C- 574/2011).

7. CONCLUSIÓN

Con base en lo expuesto, se concluye que la fundamentación jurídica del control de constitucionalidad de los actos reformativos de la Constitución Política de 1991, llevado a cabo por la Corte Constitucional colombiana entre el período 2003 a 2011, es el de un *control material* sobre dichos actos. Así, la Corte siguiendo el desarrollo teórico del Derecho Constitucional comparado -en particular lo dispuesto por la dogmática alemana-, afirma que la Constitución no establece *cláusulas de intangibilidad*, pero acto seguido, implementa unos *elementos esenciales* que operan como límite material al poder de reforma. Por otro lado, mantiene la Corte su posición según la cual, el control de constitucionalidad de los actos reformativos dista de ser un *control material*, pero no obstante, los supuestos *ejes definitorios* terminan por convertirse en el parámetro del control para el juicio de constitucionalidad de la reforma. En síntesis, la fijación de la *premisa mayor* en el *juicio de sustitución*, no es otra cosa que establecer el parámetro material de control a partir del cual se somete la metodología a seguir, dejando al arbitrio del juez constitucional fijar, a su vez, el alcance jurídico del elemento y su carácter de esencial.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Arbelaéz Jaramillo, L. F. (1991). *Doce ensayos sobre la nueva Constitución*. Medellín, Colombia: Señal Editora.

Bernal Pulido, C. (2007). *El Derecho de los derechos*. Bogotá, Colombia: Editorial Universiad Externado de Colombia.

Elster, J. (2002). *Ulises desatado: Estudio sobre racionalidad, precompromiso y restricciones*. Barcelona, España: Editorial Gedisa.

Gómez Serrano, L. (2001). *El control constitucional en Colombia: evolución histórica*. Bucaramanga, Colombia: Editorial UNAB, colección HEXDOC.

Gómez Serrano, L. (2008). *Hermeneútica jurídica: la interpretación a la luz de la Constitución*. Bogotá, Colombia: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

Guastini, R. (s.f.). *Sobre el concepto de Constitución. Cuestiones constitucionales, revista mexicana de Derecho Constitucional*. Obtenido de www.juridicas.unam.mx

Häberle, P. (2007). *El Estado constitucional*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.

Kelsen, H. (2008). *Teoría pura del derecho: introducción a la ciencia del derecho*. México D.F., México: Ediciones Coyoacán S.A de C.V.

Lasalle, F. (1964). *¿Qué es una constitución?* Buenos Aires, Argentina: Siglo Veinte editores.

Linares, S. (2008). *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid, España: Editorial Marcial Pons, colección de filosofía y derecho.

López Medina, D. E. (2011). *El derecho de los jueces* (2 edición ed.). Editorial Legis.

Loewenstein, K. (1976). *Teoría de la Constitución*. Editorial Ariel.

Mortati, C. (2000). *La constitución en sentido material*. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales .

Naranjo Mesa, V. (2008). *Teoría constitucional e instituciones políticas*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.

Olivercrona, K. (1959). *El derecho como hecho*. Buenos Aires, Argentina: Roque Depalma editor.

Pombo, M. A., & Guerra, J. J. (1986). *Constituciones de Colombia*. Bogotá, Colombia: Biblioteca Banco Popular.

Quinche Ramírez, M. F. (2010). *Derecho Constitucional colombiano: de la Carta de 1991 y sus reformas* (4 edición ed.). Bogotá, Colombia: Ediciones doctrina y ley Ltda.

Restrepo Piedrahita, C. (2004). *Constituciones políticas nacionales de Colombia*. Bogotá, Colombia: Instituto de estudios constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita - Universidad Externado de Colombia.

Sánchez Sánchez, A. (2006). *Sentencias interpretativas y control de constitucionalidad en Colombia*. Bogotá, Colombia: Ediciones jurídicas Gustavo Ibañez.

Schmitt, C. (2006). *Teoría de la Constitución*. Madrid, España: Alianza Editorial.

Sieyès, E. (2008). *¿Qué es el Tercer Estado? Ensayo sobre los privilegios*. Madrid, España: Alianza editores.

Uprimy Yepes, R. (s.f.). *El bloque de constitucionalidad en Colombia: Un análisis jurisprudencial y una sistematización doctrinal*. Obtenido de www.dejusticia.org

Legislación y Jurisprudencia Colombia, *Constitución Política de Colombia de 1991*. (s.f.). Disponible en: www.secretariassenado.gov.co

Congreso de Colombia, (1992) *Ley 5 de 1992, Orgánica del Congreso*. Disponible en: www.secretariassenado.gov.co

Congreso de Colombia, (1994) *Ley 134 de 1994, Estatutaria de los Mecanismos de participación LEMP*. Disponible en: www.secretariassenado.gov.co

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-544/1992.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-543/1998.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-487/2002.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C- 802/ 2002.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-551/2003.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1200/2003.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-806/2004.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-970/2004.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C- 971/2004.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1040/2005.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-588/2009.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-141/2010.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-303/2010.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-397/2010.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-574/ 201.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-132/2012.