



Sustitución constitucional: reflexiones a partir del principio de pesos y contrapesos*

Yenny Andrea Celemín Caicedo^a

Resumen: El presente trabajo revisa el control constitucional de las enmiendas constitucionales en Colombia a partir de la teoría de la sustitución constitucional. Mediante la identificación de las características y de las críticas elaboradas a la doctrina de la sustitución constitucional, se realiza un aporte a la materia. Este aporte está centrado en la evaluación y análisis de la forma en que esta doctrina afecta el principio de pesos y contrapesos. A través del estudio de algunas decisiones constitucionales, se evidencia que, a pesar de que con el control de las enmiendas constitucionales se pueden evitar ciertos excesos en los que incurrir las ramas Ejecutiva y Legislativa para traspasar límites constitucionales, la doctrina también induce al efecto opuesto. De acuerdo con este último, es la rama Judicial la que hace uso de la sustitución constitucional para proparar los parámetros que garantizan los contrapesos constitucionales.

Palabras clave: enmiendas constitucionales; teoría de la sustitución de la Constitución; principio de pesos y contrapesos

Recibido: 08 de agosto de 2018 **Aceptado:** 20 de febrero de 2020

Disponible en línea: 30 de octubre de 2020

Cómo citar: Celemín Caicedo, Y. A. (2020). Sustitución constitucional: reflexiones a partir del principio de pesos y contrapesos. *Prolegómenos*, 23(46). DOI: <https://doi.org/10.18359/prole.3601>

-
- * Artículo de reflexión derivado del proyecto de investigación: tensiones constitucionales en el ordenamiento jurídico colombiano.
 - a Doctora en derecho de la Universidad de los Andes. Magíster en Derecho de la Universidad Nacional. Profesora Asistente de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Miembro del grupo de investigación de Derecho Público de la Universidad de los Andes. Bogotá, Colombia.
Correo electrónico: ya.celemin24@uniandes.edu.co. **ORCID** ●

Constitutional Substitution: reflexions from the check and balances principle

Abstract: This work reviews the constitutional check of constitutional amendments in Colombia based on the constitutional substitution theory. A contribution to the topic is provided by identifying the characteristics and criticisms made to the constitutional substitution doctrine. This contribution is focused on the evaluation and analysis to the form this doctrine affects the principle of checks and balances. Through the study of some constitutional adjudications, it is evident that although certain excesses incurred by the Executive and Legislative branches crossing constitutional limits can be avoided with the controls to constitutional amendments, this doctrine can also induce the opposite effect. According to this, it is the Judicial Branch the one that uses the constitutional substitution to breach the parameters that guarantees the constitutional balances.

Keywords: Constitutional amendments; theory of Constitution substitution; checks and balances principle

Substituição constitucional: reflexões a partir do princípio de pesos e contrapesos

Resumo: este trabalho avalia o controle constitucional das entidades constitucionais na Colômbia a partir da teoria da substituição constitucional. Mediante a identificação das características e das críticas à doutrina da substituição constitucional, é realizada uma contribuição para a matéria. Essa contribuição está focada na avaliação e análise da forma em que essa doutrina afeta o princípio de pesos e contrapesos. Por meio do estudo de algumas decisões constitucionais, é verificado que, embora o controle das emendas constitucionais possa evitar certos excessos nos quais o Executivo e o Legislativo incorrem para exceder os limites constitucionais, a doutrina também induz ao efeito oposto. De acordo com este último, é o ramo Judicial que faz uso da substituição constitucional para ultrapassar os parâmetros que garantem os contrapesos constitucionais.

Palavras-chave: emendas constitucionais; teoria da substituição da Constituição; princípio de pesos e contrapesos

Introducción

Uno de los principios clásicos sobre los que se fundamentan los sistemas jurídicos está ligado a su concepción como un sistema compuesto por diferentes actos normativos que soportan su validez en normas superiores (Merkl, 2016; Kelsen, 2009). Esta representación del sistema en forma escalonada tiene muchas ventajas: permite efectos pedagógicos y una explicación adecuada para el concepto de validez de las normas jurídicas. De acuerdo con esta explicación, los actos normativos ubicados en las gradas inferiores del sistema jurídico deben ser promulgados a partir de los parámetros de creación y aplicación establecidos por las normas ubicadas en las escalas superiores (Kelsen, 2009).

Sin embargo, la utilidad de esta representación piramidal empieza a ser complicada¹, borrosa o inclusive a carecer de utilidad cuando es necesario responder a una pregunta que actualmente se están haciendo los constitucionalistas con mayor frecuencia (Gozler, 2008; Roiznai, 2014). Esta pregunta está ligada a la posibilidad que existan normas constitucionales inconstitucionales. Ante este supuesto, resulta factible desde el punto de

vista jurídico que una corte o un tribunal pueda declarar la inconstitucionalidad de una enmienda constitucional.

Las cortes o tribunales constitucionales usan diferentes justificaciones para declarar la inconstitucionalidad de las enmiendas constitucionales. Una de estas justificaciones, común en su utilización en diversos sistemas jurídicos, está relacionada con la revisión de la regularidad procedimental del trámite de reforma constitucional. Sin embargo, los tribunales alrededor del mundo han comenzado a utilizar otro tipo de argumentos para justificar el control constitucional de las enmiendas constitucionales, los cuales van más allá de los simples requisitos de trámite legislativo. Las justificaciones basadas en la idea del significado y el alcance de las palabras *modificar* o *enmendar*, los argumentos que defienden la existencia de principios de orden supraconstitucional o ciertos razonamientos a partir de los cuales se determina la existencia de diferentes jerarquías entre las disposiciones constitucionales son algunas de las principales motivaciones que han empezado a utilizar las Cortes Constitucionales (Gozler, 2008).

Cada una de estas justificaciones establece nuevos desafíos a la teoría constitucional, especialmente por los cuestionamientos que se generan acerca de la jerarquía de las ramas que conforman el Estado constitucional. Autores como Mendes (2005) han señalado sobre este particular que:

en momentos de desacuerdo moral, no hay parámetros cognitivos para demostrar que una solución es mejor que otra. Así, aún más importante que establecer lo que debe ser decidido, es fundamental determinar quién va a decidir, independientemente de la materia en cuestión. En este sentido, la búsqueda de un modelo procesal de la democracia no puede quedar atrás. Privados de este parámetro, podríamos más aceptar que ningún poder puede hacer cualquier tipo de decisión, teniendo como único criterio de aceptación, su grado de veracidad (p. 160).

El propósito de este trabajo es confrontar el control constitucional de las enmiendas constitucionales en Colombia con la doctrina de los pesos y contrapesos, sobre la que se fundamenta la idea del Estado constitucional. Se va a sostener que, si

1 Estas complicaciones implican la necesidad de determinar en cada escalón del sistema jurídico una nueva pirámide en la que existan grados de relación jerárquica entre las normas jurídicas que la componen, al estilo de las matrioskas rusas. Sobre esta complejidad puede referenciarse el trabajo de Bachof (2010) quien ha señalado que: “Debe dejarse claro que a los tribunales constitucionales les corresponde también el control de la constitucionalidad de normas constitucionales y, por cierto, de la constitucionalidad en el sentido amplio de la “validez” de las normas constitucionales con arreglo a la totalidad de normas incluidas en la Constitución (Ley Fundamental o Constituciones de los Länder) o al derecho presupuesto por ella. Todo lo engloba la competencia de control, lo engloba también la competencia decisoria conforme al artículo 93.1, 2 y 100 de la Ley Fundamental de Bonn, de manera que los tribunales constitucionales rechazarían una norma constitucional inválida no solo en vía de un examen incidental sino que podrían también constatar expresamente la invalidez” (p. 108).

bien este tipo control constitucional puede evitar los excesos en los que incurren las ramas Ejecutiva y Legislativa para traspasar, en su propio beneficio, algunos límites constitucionales, la doctrina también induce al efecto opuesto. Con este último, la rama Judicial utiliza la doctrina de la sustitución constitucional para proponer los parámetros constitucionales que garantizan los contrapesos constitucionales.

Para desarrollar esta tesis el artículo se divide en tres partes. En la primera, se revisa el control constitucional de las enmiendas constitucionales en virtud de la doctrina de la sustitución constitucional. En la segunda parte, se sistematizan las principales críticas a esta doctrina y se ofrecen elementos adicionales para la comprensión de tales críticas. A partir de esta revisión, en la tercera parte, se enfoca en el desarrollo de las garantías y las afectaciones al principio de *pesos y contrapesos* que se derivan por cuenta del uso de este tipo de control constitucional. Para realizar este análisis se utiliza el método de caso a partir del estudio de algunas decisiones de la Corte Constitucional colombiana sobre el tema de la sustitución constitucional.

El control constitucional de las enmiendas constitucionales en el sistema colombiano

Para comprender este tipo de control constitucional es necesario buscar en la autorización que la Constitución de 1991 le da a la Corte Constitucional colombiana para su ejercicio. De acuerdo con dicha autorización, la competencia del Tribunal se limitaría a verificar requisitos de procedimiento para la promulgación de una enmienda constitucional, tal y como ha sido señalado por Bernal (2013):

indudablemente, los artículos 241 y 379 de la Constitución otorgan poder a la Corte para hacer control constitucional de las enmiendas constitucionales. Sin embargo, de acuerdo con estos artículos, la Corte puede declarar que la enmienda es inconstitucional si y solo si hay una ruptura de las reglas de procedimiento de enmiendas establecidas. Se supone que este poder no incluye la facultad de hacer una revisión del contenido de la enmienda (p. 340)².

En seguimiento del principio de rigidez constitucional³, el texto de la Constitución le otorga al Tribunal una competencia para controlar la regularidad del proceso legislativo, mas no sus contenidos. Una explicación sobre esta característica del diseño constitucional colombiano puede encontrarse en la preferencia de la comprensión de sistemas jurídicos como sistemas dinámicos. Los sistemas normativos dinámicos pueden definirse como aquellos sistemas cuya validez no recae en su contenido, como ocurriría en los sistemas estáticos como la moral, sino que tienen como parámetro de validez una norma fundante contentiva de una regla. Sobre estos sistemas Kelsen (2009) dice que “el facultamiento de una autoridad normadora contiene una regla que determina cómo deben producirse las normas generales e individuales del orden sustentado en esta norma fundante básica”

2 Texto original: “*indubitably, articles 241 and 379 of the Constitution empower the Court to review constitutional amendments. Nonetheless, according to these articles, the Court can declare that an amendment is unconstitutional if and only if there is a breach of the rules establishing the amendment procedure. Supposedly, this does not include the power to review the content of the amendment*”.

3 Ruíz (2004) define este principio como “la dificultad agravada respecto de las leyes ordinarias para modificar o derogar la propia constitución” (p. 52).

4 Autores como Ruíz (2013) sostienen que, en la vigencia de la Constitución de 1886, doctrinantes como Melo Guevara y Devis Echandía defendían la capacidad ilimitada del órgano legislativo para modificar la Constitución. Sobre el particular se establece: “Para el primero, el Congreso de la República puede ejercer su Poder constituyente sin ninguna barrera en la materia, por lo que no es posible que existan reformas constitucionales inconstitucionales, prohibiciones que deben expresarse por el Constituyente Primario y de no hacerse, únicamente puede existir un control de constitucionalidad por vicios formales. Para el segundo autor, todos los textos de la constitución son reformables, derogables o sustituibles por quien ‘en cada momento histórico tenga la calidad jurídica constitucional de constituyente’ y, el procedimiento de reforma, es a su vez reformable” (p. 162).

(p. 204). Luego, si se toma en consideración la fuerte influencia del pensamiento de Kelsen en el ámbito jurídico colombiano (López, 2004, p. 132), esta puede ser una explicación plausible a la preferencia que ha caracterizado el diseño constitucional colombiano para el ejercicio del control constitucional de las enmiendas constitucionales (Lima y Celemín, 2019, p. 125)⁴.

En los inicios de su actividad como máximo tribunal de la jurisdicción constitucional en Colombia, la Corte constitucional colombiana jugó su papel de guardián de la integridad y supremacía de la Constitución dentro de los estrictos términos impuestos por el texto de los artículos 241 y 379. Algunos teóricos en su momento calificaron esta actitud de la Corte Constitucional como un signo que reflejaba un papel minimalista del Alto Tribunal en el control constitucional de las enmiendas constitucionales (Cajas, 2004). Dentro de las múltiples decisiones proferidas por el Alto Tribunal en esta etapa, la sentencia C-222 de 1997 es sin duda el mejor ejemplo posible de una decisión de índole minimalista o autorestringida. En esta decisión, la Corte utiliza una técnica que podría denominarse de *check list* para cotejar el proceso de creación de los actos legislativos establecido en el artículo 375, complementado con el artículo 150 y las disposiciones de la Ley 5 de 1992, y los trámites efectivamente adelantados por el Congreso en la expedición del acto legislativo estudiado.

Sin embargo, esta tendencia empezó a variar en el año de 2003, cuando la Corte Constitucional colombiana asumió la competencia de revisar sustantivamente la actividad del Congreso colombiano cuando este órgano efectúa enmiendas constitucionales. A partir de este momento, la Corte Constitucional dividió en dos partes el control constitucional de las enmiendas constitucionales (Lima y Celemín, 2019, p. 125). En la primera porción, la Corte generó una doctrina para la revisión de la regularidad del procedimiento legislativo en el trámite de los actos legislativos. En la segunda, creó una doctrina diversa para justificar un control constitucional más centrado en los contenidos materiales de los actos de enmienda constitucional creados por el Congreso de la República.

El control de los contenidos de los actos legislativos y la doctrina de la sustitución de la Constitución

La base para justificar el nuevo enfoque del control constitucional de las enmiendas constitucionales puede encontrarse en la sentencia C-551 de 2003. En esta sentencia la Corte escogió el argumento de interpretar la palabra *modificar* como la base para fundamentar el segundo tipo de control constitucional de las enmiendas constitucionales. Autores como Gozler (2008) han condensado este argumento de la siguiente forma:

a partir del sentido de la palabra enmendar, algunos académicos y hasta una Suprema Corte evaluaron que el poder de enmendar no puede reemplazar un sistema constitucional con otro o alterar la estructura básica o las características esenciales de la Constitución. Igualmente, algunos autores argumentan que la constitución tiene una “unidad interna”, “identidad” o “espíritu” y que el poder de enmienda no puede arruinar esta “unidad interna” o “espíritu” de la Constitución (p. 69)⁵.

Con esta decisión, la Corte colombiana inició un ejercicio maximalista del control constitucional de las enmiendas constitucionales (Lima y Celemín, 2019, p. 126), el cual va más allá del mero contraste de la regularidad de las distintas etapas y principios del procedimiento legislativo que la Constitución estableció y, que fue concebido bajo el rótulo de la doctrina de la sustitución de la Constitución. La literatura que se enfoca en describir esta vía del control constitucional en Colombia es bastante amplia (Bernal, 2013; Ramírez-Cleves, 2017; Higuera, 2016; Tovar, 2017; Jaramillo, 2013; García, 2016) y coincide en ubicar la sentencia C-551 de 2003 como el punto de partida de esta

5 Texto original: “*parting from this meaning of word ‘amend’, some scholars, and even a Supreme Court, asserted that the power to amend cannot replace one constitutional system with another or alter the basic structure or essential features of the constitution. Likewise, some authors argued that the constitution has an ‘inner unity’, ‘identity’ or ‘spirit’ and the amending power cannot ruin this ‘inner unity’, ‘identity’ or ‘spirit’ of the constitution.*”.

nueva manera de efectuar el control de las enmiendas constitucionales⁶.

Esta decisión judicial estableció que la Constitución le otorgó al Congreso una autorización para modificar, pero no para sustituir o reemplazar la Constitución. En esta interpretación, la distinción entre poderes constituyentes originales y derivados es crucial, debido a que cada agente del cambio constitucional tiene un rango de acción y alcance diferente para efectuar modificaciones a la Constitución (Bernal, 2013). Así, la Corte señala en esta sentencia que el ámbito de competencia del poder constituyente derivado es menor que el del poder constituyente originario. Mientras que, para el último de estos poderes, la autorización para modificar la Constitución es ilimitada, para el poder constituyente derivado esta capacidad está supeditada o es limitada. La razón para esta graduación de las capacidades de modificación o enmienda están dadas, de acuerdo con la propia Corte Constitucional, en la necesidad de permitir la distinción entre ambos tipos de poderes. En ese orden de ideas, sin esta distinción fundamental en la interpretación de la palabra *modificar*, la línea entre ambos poderes constituyentes es borrosa, y con ello se amenaza la función de una Constitución como dispositivo de estabilidad social⁷. Por esta razón, el poder de reforma que le ha sido otorgado al constituyente derivado no puede alterar la Constitución entera. Este poder tampoco puede llegar a trastocar algunos de los elementos que son esenciales en su identidad.

6 Por el contrario, autores como Jaramillo y Gnecco (2016) establecen el punto de partida de la teoría de la sustitución de la Constitución durante la vigencia de la Constitución de 1886 (p. 66).

7 Sobre este particular, Loewenstein (1983) ha señalado que una de las características esenciales o mínimos irreductibles del concepto de *Constitución* es la configuración de reglas de cambio que faciliten la incorporación de las transiciones sociales en el dispositivo constitucional sin necesidad de acudir al uso de la fuerza, “un método también establecido de antemano, para la adaptación pacífica del orden fundamental, a las cambiantes condiciones sociales y políticas —el método racional de la reforma constitucional— para evitar la ilegalidad, el uso de la fuerza o la revolución” (p. 153).

El constructo de la Corte Constitucional para el control constitucional por sustitución de la Constitución se puede enmarcar, claramente, en una de las justificaciones que desde el derecho comparado se han elaborado para fundamentar el control constitucional de carácter sustantivo de las enmiendas constitucionales.

Tal como Gozler ha reseñado, la Corte ni está sola ni es la única que hace esfuerzos para justificar esta clase de control constitucional. De hecho, otro tribunal activista⁸, la Corte Suprema de India, fue el que comenzó el camino para interpretar el significado de la palabra *enmendar* como un mecanismo para hacer un control constitucional sustantivo de las enmiendas constitucionales. Para seguir estos pasos, la Corte Constitucional colombiana se apejó fielmente a la elaboración del Tribunal Supremo

8 Los tribunales constitucionales de índole activista han sido ligados desde la dogmática constitucional a la idea del neoconstitucionalismo, que se caracteriza por la existencia de fuertes medios y justificaciones para potenciar el principio de supremacía constitucional. Se ha señalado sobre el particular lo siguiente: “Pero la sentencia va más allá: si el neoconstitucionalismo nos tenía acostumbrados a atacar la centralidad de la ley como fuente de derecho, trasladándola a la Constitución y sus principios, la Sala de lo constitucional de la Corte hondureña desplazó aquí a la propia Constitución, por un bloque, paradójicamente llamado, ‘constitucional’ de derechos. En otras palabras, para defender la Constitución, como puede apreciarse, el fallo aquí reseñado se trata de un ejemplo patente —quizá el más patente— del activismo judicial que se aprecia en diversas latitudes actualmente, particularmente en nuestra región, así como del neoconstitucionalismo que se manifiesta en la permanente referencia a la jerarquía (supra) constitucional de tratados de derechos humanos (y otros instrumentos), un bloque constitucional de derechos y el control de convencionalidad, así como a derechos implícitos (que, en este caso, expresamente se buscan en el ‘derecho natural’)” (Urbina y Tapias, 2015, p. 227).

de la India para construir la conceptualización de su doctrina de la sustitución constitucional⁹. Es más, el uso de esta doctrina también tiene una coincidencia importante que vale la pena poner en evidencia: la Constitución de la India también carece de una disposición textual para derivar este tipo control constitucional:

no hay, en la Constitución de la India, una disposición que estipule que esta Constitución tiene una estructura básica y que esta estructura está más allá de la capacidad de modificar la Constitución. Por lo tanto la limitación del poder que modifica la estructura básica de la Constitución carece de validez legal positiva. Por otra parte, al no tener su origen en el texto de la Constitución, el concepto de la “estructura básica de la Constitución” no se puede definir (Gozler, 2008, p. 94).

Infortunadamente, en su obra Gozler no da mayores detalles de la manera como la Corte Suprema de India se enfrenta a la ausencia de autorización constitucional textual para realizar un control constitucional material a las enmiendas constitucionales. Pero en el constitucionalismo colombiano este no es el caso. Por ello es necesario establecer con mayor detalle los argumentos utilizados por la Corte Constitucional colombiana para sortear este vacío competencial.

Las justificaciones de la Corte Constitucional para desarrollar la doctrina de sustitución constitucional en contravía del texto constitucional

Desde la sentencia C-551 de 2003, la Corte Constitucional colombiana intentó llenar el vacío

9 En la decisión C-551 de 2003, los jueces de la Corte Constitucional colombiana reconocieron que siguieron la doctrina expuesta por la Corte Suprema de la India con el fin de volver a conceptualizar acerca de su propia competencia para la revisión judicial de las enmiendas constitucionales. En una de las notas de pie de página de esta decisión judicial se lee: “En derecho comparado, ver las sentencias de la Corte Suprema de India sobre el tema, como las siguientes: caso *Kesavanand Bharati v. Keral* A. I. R. 1973 S. C. 1461, *Indira Gandhi v. Raj Narain*, A. I. R. 1975 S. C. 2299”.

producido por la ausencia de una disposición constitucional textual en la que se sustentara el control constitucional de índole maximalista generado desde la doctrina de la sustitución de la Constitución. Las disertaciones del Alto Tribunal sobre este punto tendrían el propósito de anticiparse a las críticas respecto a la lógica paradójica subyacente a la teoría de la sustitución de la Constitución, que solo vendrían a aparecer más de diez años después de la elaboración de esta doctrina. Paradoja que se ha sugerido por autores como García (2016), pero que aquí se expresa más enfáticamente en la siguiente fórmula: los jueces que efectúan el control constitucional de las enmiendas constitucionales, como poderes constituidos, extralimitan sus competencias para controlar la extralimitación de las competencias de otros poderes constituidos, como es el caso del Congreso de la República.

Lo tardío del surgimiento de esta crítica se explica, posiblemente, en la sofisticación y complejidad del argumento elaborado por la Corte para ocultar la naturaleza sustantiva del juicio de sustitución constitucional. De acuerdo con este argumento, el control constitucional efectuado a partir de la doctrina de la sustitución de la Constitución no es un control de carácter sustantivo, sino que, en él, la Corte analiza una cuestión relacionada con el procedimiento. Este elemento es la competencia del constituyente derivado para enmendar la Constitución. En este orden de ideas, el Alto tribunal ha señalado que:

con respecto a los señalamientos acerca de la naturaleza sustancial del referido control, debe aclararse que aunque dentro de dicho examen se efectúa una confrontación entre dos contenidos, a saber, entre las normas que reforman la Constitución y los elementos definitorios del ordenamiento superior, la naturaleza, estructura y finalidad de ambos razonamientos es sustancialmente distinta en uno y otro caso: [...] (ii) segundo, el estándar con respecto al cual se efectúa la confrontación normativa es distinto en uno y otro caso: en el primer caso este parámetro son los principios transversales y estructurales que subyacen al ordenamiento superior, de modo que las disposiciones constitucionales son únicamente la materialización o concreción particular de tales elementos, y su función no es la de servir como

estándar del juicio de validez, sino la de permitir la identificación del elemento definitorio de la Carta Política; en el control material de la legislación, por el contrario, el estándar o parámetro de juicio sí son los preceptos constitucionales considerados en sí mismos (C-285, 2016).

En varias decisiones que siguieron a la sentencia la C-551 de 2003, la Corte centró su argumento en respaldar su propia tesis de la naturaleza procesal de la doctrina de la sustitución constitucional. Un análisis de las 103 sentencias sobre el tema de la sustitución constitucional, que desde 2003 hasta la fecha ha proferido la Corte Constitucional, pone en evidencia que el Alto Tribunal aún no abandona este argumento, a pesar de que la doctrina de la sustitución constitucional lleva más de quince años de haber sido creada. Decisiones muy recientes sobre esta materia, como las sentencias C-285 de 2016 o C-373 de 2017, ilustran este punto.

Pero la reiteración constante y continuada en el tiempo de la naturaleza procesal de esta clase de control constitucional no es la única estrategia que el Alto Tribunal ha venido utilizando para velar los cuestionamientos acerca de la ausencia de competencia constitucional con vistas a acometer este tipo de control a las enmiendas constitucionales. Adicionalmente, la Corte diseñó una metodología para acometer el juicio de sustitución constitucional con el exclusivo propósito de diferenciar el juicio de sustitución de una revisión sustantiva de las enmiendas constitucionales. Decisiones como las sentencias C-970 de 2005 y C-1040 de 2005 fueron las primeras en las que el Alto Tribunal diseñó y configuró tal metodología.

La metodología del juicio de sustitución de la Constitución se compone, principalmente, de tres pasos. Estos pasos se expresan en la forma de un silogismo conformado por: una premisa mayor, en la que se establece el elemento definitorio de la Constitución; una premisa menor, que establece la afectación jurídica realizada al eje definitorio de la Constitución por cuenta de la enmienda constitucional acusada de inconstitucional y una conclusión, en la que la Corte evalúa si con la enmienda constitucional se ha sustituido o no algún elemento definitorio de la Constitución (Bernal, 2013).

En esta metodología, la clave del razonamiento de la Corte para negar la naturaleza sustantiva de la doctrina de la sustitución constitucional se fundamenta en el primer paso mencionado: la determinación de la premisa mayor del silogismo. Según la teoría de la Corte Constitucional, la premisa mayor en el *test* de sustitución constitucional actúa como una pieza de razonamiento móvil o flexible, que no puede ser asimilable al concepto de cláusulas pétreas o intangibles, que se reduce a una disposición específica de la Constitución, o considerado siempre y en toda circunstancia como un eje inmodificable de la Constitución. Tampoco se lo puede comprender como un parámetro que pueda ser extrapolable de forma idéntica a futuros procesos de inexecutableidad.

En otras palabras, la premisa que determina lo que constituye la identidad de la Constitución de 1991 actúa entonces como una pieza amorfa, que no necesariamente y en toda circunstancia es una parte esencial de la identidad constitucional (Lima y Celemín, 2019, p. 127). La condición para constituirse en un elemento esencial de la Constitución depende de factores tales como (i) las particularidades del caso concreto o (ii) la forma de estructuración del cargo por parte del demandante. En la doctrina de la Corte, esta ausencia de forma o la flexibilidad de la premisa mayor y su escasa vocación de univocidad le permite al Alto Tribunal negar que el control constitucional por sustitución de la Constitución tenga una naturaleza sustantiva. En este orden de ideas, la Corte desde los inicios del uso de la doctrina y de manera insistente y continua en el tiempo ha ocultado la naturaleza sustantiva del juicio de sustitución constitucional a través de las estrategias y argumentos aquí señalados.

Principales críticas a la doctrina de la sustitución de la Constitución

La sustitución de la constitución como control de carácter material

Muchos de los autores que han realizado abordajes teóricos frente al desarrollo de la teoría de la sustitución constitucional coinciden en señalar que, contrario a lo expresado por la Corte Constitucional,

el juicio de sustitución constitucional es un juicio de naturaleza sustantiva y no meramente un asunto de procedimiento por competencia. La siguiente

tabla recoge la literatura que da una amplia aceptación a esta crítica de la postura de la Corte en esta materia.

Tabla 1. Críticas sobre la naturaleza sustantiva de la doctrina de la sustitución constitucional

Autor de la crítica	Formulación de la crítica
Juan Esteban Jaramillo	“En tercer lugar, es cuestionable que la Corte Constitucional oculte, detrás del concepto de límites competenciales, los verdaderos límites materiales intangibles para el poder de reforma constitucional. Pretende salvar la consideración de los límites competenciales como contenidos intangibles, señalando que no se encuentran en una disposición específica del constitucional, sino para llegar a ellos se deben tomar en conjunto los principios y valores constitucionales. Sin embargo, una vez extraído el elemento definitorio de la Constitución, este se constituye en un límite material al poder de reforma, el cual no puede ser modificado” (Jaramillo, 2013, p. 346).
Juan Manuel Sánchez	“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” (Sánchez, 2013, p. 176).
Santiago García y Francisco Gnecco	“Ello parte, por ejemplo, del hecho de que la Corte Constitucional ha sido abiertamente contradictoria a la hora de definir la naturaleza del vicio de competencia: así, tratándose de revisión de leyes, ha señalado que tal vicio es material, mientras que para justificar su revisión —con apego al texto de la Constitución— ha argüido, desde la sentencia C-551-03, que tratándose de reformas constitucionales este es un verdadero vicio formal. Así, un mismo vicio resulta sustancialmente distinto, según el querer y la conveniencia de la Corte Constitucional” (García y Gnecco, 2016, p. 70).
Eloy García	“En este orden de consideraciones, es muy comprensible que la función del control material de la constitucionalidad de la reforma, la haya ido asumiendo la Corte gradualmente en base a dos sentencias separadas por el lapso temporal de casi seis años, en razón a la dificultad de fundamentar suficientemente tan importante atribución, que —conviene reiterarlo— no se encuentra prevista de manera expresa en la Constitución de 1991. Y es que más que interpretar la Constitución, en puridad lo que en este caso parece que se estaba haciendo, era proceder a establecer las bases de una doctrina —de toda una Teoría de la Constitución— que permitiera a la propia Corte ampliar notablemente sus atribuciones constitucionales” (García, 2016, p. 242).
Alfonso Tovar	“Además, resulta contradictorio que la Corte emplee criterios para evitar caer en juicios materiales frente a los cambios constitucionales y por otro lado emplee un test que consiste en verificar la literalidad del texto constitucional antes y después de una reforma. Se trata entonces de un juicio material evidente, pues su razón de ser más que verificar un exceso en la competencia del legislativo; se convierte en analizar en forma directa el contenido de una norma constitucional antes y después de su modificación, y en caso de que sus efectos sean los mismos, dice la Corte no es una reforma” (Tovar, 2017).

Fuente: elaboración propia.

A pesar de lo generalizado de estas críticas en la doctrina nacional, todavía es posible ofrecer razones adicionales para develar la naturaleza sustantiva del juicio de sustitución de la Constitución. En

efecto, según la metodología que desarrolla la Corte para justificar esta doctrina, la premisa mayor del silogismo del juicio de sustitución constitucional actúa como una pieza móvil o flexible que no

puede asimilarse a una cláusula intangible y que tampoco puede reducirse a una norma constitucional expresa. Pero esta misma característica de movilidad o flexibilidad no puede extrapolarse a la conclusión del silogismo del juicio de sustitución constitucional. En otros términos, en este tipo de juicios, la conclusión actúa como una pieza fija y estable, que comienza a constituirse, por cuenta de la decisión del órgano judicial, en un límite que el Congreso, como poder constituyente derivado, no puede volver a traspasar nunca más. En este sentido, una enmienda constitucional declarada como inconstitucional debido a este tipo de revisión judicial no puede ser reelaborada por el Congreso en virtud de lo dispuesto en el artículo 243 de la C. P., que señala que:

Artículo 243. Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución.

En otras palabras, mientras subsistan en la Constitución las cláusulas o los elementos definitivos que sirvieron de base para declarar la inconstitucionalidad de una enmienda a partir del juicio de sustitución, el poder constituyente derivado deberá abstenerse de producir una nueva enmienda constitucional que reproduzca dicho contenido normativo. Esta característica revela la proximidad de la doctrina de la sustitución constitucional con el control constitucional sustantivo por cuenta de sus efectos. De la misma manera, tal característica aleja enormemente el juicio de sustitución del control constitucional de índole procedimental.

Y es que la característica más importante del control constitucional, por razones de procedimiento, es el permitir que una norma tramitada irregularmente en el Congreso, y declarada como inconstitucional por vicios de trámite en su formación, pueda volver a tramitarse de nuevo. El control constitucional de esta naturaleza permite que la norma declarada como inexecutable por razones procedimentales pueda promulgarse

posteriormente, si en el nuevo trámite el Congreso cumple cabalmente los parámetros y principios del procedimiento legislativo. En este orden de ideas, el Congreso conserva completamente la competencia para tramitar y aprobar la enmienda constitucional en los términos previamente considerados y sin necesidad de cambiar de forma significativa el contenido de tal reforma¹⁰.

Por el contrario, si después de la declaratoria de inconstitucionalidad de una enmienda constitucional en virtud de la doctrina de la sustitución constitucional, el Congreso insistiera en rehacer la misma reforma, el resultado de una intervención posterior de la Corte Constitucional sería diferente. En efecto, al ser demandada la norma ante la Corte, el resultado del juicio de sustitución constitucional debería ser el mismo: la declaratoria de su inexecutable. Lo anterior, en la medida en la que la reforma sustituye un contenido esencial o un eje definitorio de la Constitución. Esto se sigue por cuenta de la ley fundamental de la consistencia en lógica formal, según la cual de un mismo conjunto de premisas no puede deducirse una afirmación y luego su contraria. En suma, la revisión de los efectos de la conclusión del juicio de sustitución de la Constitución, y no la manera como se construye la premisa mayor de dicho juicio por parte de la Corte, es lo que evidencia la naturaleza material de esta clase de juicios.

10 Un ejemplo que sirve para reforzar este argumento es el relacionado con la promulgación del Acto Legislativo 01 de 2015, en el que el Congreso de la República volvió a tramitar una iniciativa para consagrar modificaciones al fuero penal militar. Este acto legislativo se elaboró en términos muy similares a los que dieron origen al Acto Legislativo 02 de 2012, que es una enmienda constitucional que fue declarada como inexecutable por razones de procedimiento en la sentencia C-740 de 2013.

Las críticas sobre la arbitrariedad y subjetividad del juez constitucional en la determinación de la premisa mayor del test de sustitución

Además de las críticas sobre la naturaleza real de esta clase de control constitucional, otro ataque fuerte acerca del *test* de sustitución constitucional está directamente ligado con la idea de la subjetividad de los jueces en la determinación de “espíritu” o la “identidad” de la Constitución (Lima y Celestín, 2019, p. 128). Autores como García y Gnecco (2016) han dicho sobre este particular que:

al ser el “eje definitorio” la construcción de una norma implícita, se corre en el riesgo de que estas partan de razonamientos “que incluyen entre las premisas enunciados que constituyen construcciones dogmáticas de los juristas, más o menos arbitrarias”, en la medida en el intérprete de la Constitución no dispone de ningún parámetro objetivo para la definición de tales ejes (pp. 75-76).

Desde el principio del uso de la doctrina de la sustitución constitucional, la Corte Constitucional colombiana ha tenido la oportunidad de discutir esta crítica, inclusive, en sus propios debates internos. Cuando inician sus periodos como magistrados, una pequeña fracción de jueces disidentes, que se corresponden con la minoría de las fuerzas que componen el tribunal, votan en contra de la declaración de inconstitucionalidad de las enmiendas constitucionales por cuenta de la teoría de la sustitución de la Constitución. Sin embargo, esta resistencia temprana es derrotada paulatinamente por la fracción mayoritaria que sostiene la corrección de esta doctrina. Finalmente, cuando los magistrados ya tienen cierto tiempo en sus cargos dejan de ejercer esta resistencia, comenzando así a apoyar la doctrina de la sustitución constitucional¹¹.

Pero, a pesar de las dinámicas de resistencia en el interior de la propia Corte Constitucional con base en esta crítica, es preciso señalar que la corporación no ha hecho oídos sordos a los cuestionamientos sobre los peligros latentes de la subjetividad en la determinación de lo que constituye el espíritu de la Constitución en la mencionada doctrina constitucional.

11 Un par de casos emblemáticos permiten ilustrar el punto. En el salvamento de voto de la sentencia C-1040 de 2005, el magistrado Huberto Sierra Porto, que llevaba poco más de un año en el cargo, señaló que la doctrina de la sustitución constitucional: “(i) supone introducir elementos restrictivos del concepto y alcance de la soberanía popular, (ii) implica un cambio radical y profundo en el concepto de constitución, al avanzar hacia el concepto de constitución material, (iii) desconoce el contenido textual o, literal de diversos preceptos constitucionales, (iv) en definitiva el concepto de vicios de competencia es la ‘forma’ ideada por la posición mayoritaria para justificar un control material o de ‘fondo’ de las reformas constitucionales”. Esta fuerte resistencia contrasta con el uso fluido de la doctrina de la sustitución constitucional que el mismo magistrado Sierra Porto utilizó en la sentencia C-141 de 2010; decisión mediante la cual se declaró la inexequibilidad de la ley que convocaba a un referendo para permitir una tercera reelección presidencial en Colombia. Un análisis idéntico se puede hacer de las decisiones del magistrado Alejandro Linares, quien apenas inició su periodo como magistrado en la Corte consignó sus aprensiones frente a esta doctrina en el fallo C-053 de 2016, señalando: “la Corte Constitucional debe ser prudente en el juicio de sustitución, por tres razones. En primer lugar (i) *no hay claridad respecto del parámetro normativo*. En este evento debe construirse jurisprudencialmente el pilar, y ahí es donde están los riesgos de un arbitrio judicial excesivo. En segundo lugar (ii) *la reforma constitucional tiene legitimidad democrática reforzada*. La Corte debe ser respetuosa del proceso democrático reforzado que surtió la reforma en el Congreso (ocho debates con mayorías reforzadas). En tercer lugar (iii) *los riesgos de cierre democrático*. Si la Corte anula las reformas constitucionales por violar pilares de la Constitución, la pregunta que surgirá es: ¿Dónde queda el debate democrático para adaptar la Constitución a nuevas realidades históricas?”. No obstante, cinco meses después de esta decisión, el magistrado Linares se apartó de estas aprensiones e hizo uso de la doctrina de la sustitución constitucional para declarar algunos apartes del Acto Legislativo 02 de 2015 en la decisión C-373 de 2016, de cual Linares fue ponente junto con el magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, esta última será analizada más adelante.

Por esa razón, la Corte ha sido cuidadosa en elaborar algunos argumentos para responder a estos cuestionamientos. Por ejemplo, a partir del año 2007 (sentencia C-153, 2007), la jurisprudencia constitucional estableció requisitos adicionales a los ciudadanos que pretenden incoar demandas de inconstitucionalidad de las enmiendas constitucionales mediante el uso de la doctrina de la sustitución constitucional tales como: deberes de integridad, claridad y concreción en las razones aducidas por las personas que activan la revisión judicial de las enmiendas constitucionales. Dicho de otro modo, si un demandante acude ante el tribunal sin cumplir con estos requisitos, la Corte se abstendría de conocer el caso. Además, la Corte ha señalado que la metodología diseñada para acometer el *test* de sustitución constitucional, así como el seguimiento del precedente constitucional, son otros de los mecanismos con los que el Alto Tribunal cuenta para reducir la subjetividad en el ejercicio de este tipo de revisión judicial:

con base en el análisis de la jurisprudencia acerca del juicio de sustitución, la Corte ha decantado la existencia de tres tipos de mecanismos destinados a restringir ese análisis, de modo que no se incurra en un desbordamiento de las competencias de este Tribunal: (i) la cualificación de la acción pública de inconstitucionalidad, (ii) la necesidad de conservar la precisión conceptual sobre la materia y (iii) la sujeción a una metodología particular para adelantar el juicio de sustitución (sentencia C-084, 2016).

No obstante lo anterior, este argumento no es suficiente para disipar las preocupaciones sobre la subjetividad y arbitrariedad del Alto Tribunal a la hora de acometer el juicio de sustitución constitucional. Lo anterior, por cuenta de la propia estructura de la acción de inconstitucionalidad en el ordenamiento jurídico colombiano. Esta estructura permite la intervención en las demandas de inconstitucionalidad mediante la elaboración de conceptos de otros actores interesados o expertos en las materias discutidas en esta clase de procesos (Decreto 2067, 1991, art. 13). Este factor hace factible que el alto tribunal, y, en el peor de los casos, cuando ello le resulte conveniente, haga a voluntad uso de alguna de estas intervenciones, no exclusivamente de la que originalmente inició

la demanda, para pronunciarse de fondo sobre la enmienda constitucional.

Un nuevo frente de crítica: el principio de pesos y contrapesos y su relación con la doctrina de la sustitución de la Constitución

La Corte Constitucional de Colombia ha elaborado justificaciones tendientes a desarmar las preocupaciones relacionadas con la subjetividad en el uso de la doctrina de la sustitución constitucional. No obstante, la negativa de afrontar la naturaleza sustantiva de tal doctrina, debido a la falta de autorización constitucional expresa para ejercer esta competencia, está produciendo un efecto colateral. Dicho efecto no ha sido objeto de suficiente análisis y se manifiesta en la producción de un desequilibrio de las ramas del poder público en la estructura del Estado en Colombia. A partir del desequilibrio que se crea mediante la doctrina de la sustitución de la Constitución se continúa desvalijando el ámbito de poder del órgano parlamentario en la estructura del Estado colombiano. Despojo que, sumado al gran poder que históricamente ha acumulado el presidente de la República en nuestro diseño institucional¹², deja al Congreso con menores capacidades para efectuar contrapesos efectivos a los excesos y extralimitaciones de las demás ramas del poder público.

En efecto, el Estado constitucional se soporta bajo el principio de *checks and balances*. Este principio precisa de la existencia de una simetría en la cantidad de poder que cada una de las ramas del poder público tiene frente a las otras. Con base en este principio, las Constituciones otorgan a las

12 Sobre el particular, autores como Fuentes (2018) han considerado que: “La afiliación a un modelo presidencial o presidencialista, como forma de gobierno, en el marco de la historia constitucional colombiana ha sido una constante incluso frente a los cambios constitucionales y aquellos que se han generado respecto a la forma de Estado. En esa medida, y pese a los cambios, el presidencialismo ha permanecido y solo ha oscilado a través de procesos de atenuación o fortalecimiento según sea el caso” (p. 277).

diversas ramas diferentes mecanismos para defender sus propios poderes de los intentos que los otros órganos realicen para alterar dicha simetría (Hamilton, Madison y Jay, 2001). En su mismo origen el control constitucional se fundamenta sobre la base de este principio, pero no es el único mecanismo del que disponen las Constituciones para su garantía y materialización.

Una aproximación a algunas de las decisiones adoptadas por la Corte, cuando ha hecho uso de la doctrina de la sustitución constitucional, evidencia que esta doctrina se ha venido aplicando para evitar los excesos en los que han pretendido incurrir las otras ramas del poder público en Colombia. Tanto la rama Ejecutiva, que tiene iniciativa en el trámite de los actos legislativos, como Legislativa han intentado traspasar, en su propio beneficio, ciertos límites constitucionales establecidos para configurar el principio de pesos y contrapesos. Ambas ramas han fracasado en algunos de estos intentos por cuenta de la doctrina de la sustitución constitucional¹³. Sin embargo, esta doctrina no solo tiene esta cara amable. La sustitución constitucional también induce al efecto contrario. En este orden de ideas, la rama Judicial también puede hacer uso de esta doctrina para proparar los parámetros constitucionales establecidos por otras ramas con el propósito de garantizar el sistema de contrapesos constitucionales. Estos dos efectos van a ser analizados enseguida con mayor detenimiento.

La cara protectora de la sustitución: la sustitución constitucional como doctrina que fortalece el principio de *checks and balances*

Un ejemplo dicente del uso de la teoría de la sustitución constitucional para evitar lesiones al principio de pesos y contrapesos en nuestro ordenamiento constitucional se encuentra en la

13 Dos casos paradigmáticos de este fracaso del Ejecutivo son los de la sentencia C-141 de 2010 y la sentencia C-332 de 2017, en los que mediante el uso de la doctrina de sustitución constitucional el Alto Tribunal evita el avance del Ejecutivo y contiene sus ambiciones de poder.

sentencia C-1056 de 2012. En esta decisión, la Corte se pronunció frente a una demanda de inconstitucionalidad en contra del Acto Legislativo 01 de 2011, en el que se determinaba que, en el trámite de este tipo de actos normativos, los miembros del Congreso de la República no incurrían en violaciones del régimen de conflicto de intereses. De acuerdo con esta decisión del constituyente derivado, la naturaleza de los actos legislativos se encamina a la configuración de normas constitucionales, las cuales tienen como característica central su carácter de generalidad. Esta situación imposibilitaría la existencia de choques entre los intereses particulares de los miembros del Congreso y los intereses generales representados en las normas constitucionales. Tensiones sobre las que se fundamenta el régimen del conflicto de intereses.

Esta enmienda constitucional fue demandada por sustituir la Constitución, en especial, por afectar el principio democrático como uno de sus ejes estructurantes. De acuerdo con el caso, en la medida en la que a los legisladores se les permitiría, a partir del Acto Legislativo 01 de 2011, reformar la Constitución en su propio beneficio y no en seguimiento del interés público y el bien común, sin mayores controles “ni políticos, ni jurídicos”, se estaría alterando un pilar esencial de la Constitución (Intervención Consejo de Estado, sentencia C-1056 de 2012). La Corte encontró que el acto legislativo mencionado sustituía la Constitución y por tal motivo declaró su inexequibilidad. En esa oportunidad el Alto Tribunal señaló que:

en efecto, considera la Corte que las ya indicadas excepciones al principio democrático, al deber de los legisladores de actuar conforme a la justicia y el bien común, así como la garantía de que no se sancionará, y que por ende se permitirá, la ocurrencia de conflictos de interés en relación con el trámite de reformas constitucionales, afectan gravemente la identidad de la Constitución de 1991, que después de la incorporación de esta regla contiene una mayoría de normas democráticas y protectoras de la voluntad y el interés general, junto con otras que permiten todo lo contrario, la prevalencia de intereses particulares en materia tan sensible y esencial como lo es la reforma de la misma Constitución (sentencia C-1056, 2012).

En el caso concreto, la doctrina de la sustitución constitucional fue utilizada por el tribunal constitucional para evitar una afectación del principio de pesos y contrapesos. Modificación que ocurriría por la pretensión del órgano parlamentario de disminuir algunos de los controles internos y externos establecidos por la Constitución y la ley en el cumplimiento de su función como poder constituyente derivado. En efecto, la exclusión del régimen del conflicto de intereses para el trámite de actos legislativos haría inaplicables controles internos de la legislatura como la tramitación de impedimentos y la posibilidad de establecer recusaciones en el cumplimiento de la función de creación de normas constitucionales, así como la imposición de la pérdida de investidura como mecanismo de control externo por violación a las normas sobre esta clase de conflictos.

La cara peligrosa del test de sustitución: el principio de *checks and balances* y el uso instrumental de la doctrina de la sustitución de la Constitución

Así como la doctrina de la sustitución constitucional en Colombia ha sido usada para evitar afectaciones al principio de pesos y contrapesos, ella también se ha empleado para evitar su adecuado funcionamiento. A partir de esta situación es posible señalar que la Corte ha hecho un uso instrumental de la doctrina para evitar la imposición de controles encaminados a contener las extralimitaciones o los excesos de poder en los que incurre la propia rama Judicial¹⁴ o la Corte Constitucional en particular. Autores como Roiznai (2014) han

14 Dentro de estos excesos se destaca la problemática denominada por los medios de comunicación colombiana como el “cartel de la toga”. Esta problemática consiste en el cobro indebido de sumas a los usuarios del sistema de justicia, bien para iniciar o para terminar procesos judiciales de acuerdo con los intereses de quienes realizaron el pago. Sobre el particular se puede ver (Gómez, 2017), un artículo de prensa que condensa algunas de las manifestaciones de este tipo de cobros por parte de miembros de la magistratura Colombiana.

identificado este tipo de riesgos que apareja la doctrina de la sustitución constitucional en el contexto del derecho comparado:

la habilidad de las cortes de hacer el control constitucional sustantivo a las enmiendas les da presuntamente la última palabra sobre los problemas constitucionales. Esta es la última versión de la “judicialización de la mega política”. El control a la posibilidad de enmendar cambia el sitio del cambio constitucional de aquellas autoridades confiadas con el poder de enmienda hacia las cortes. Las cortes pueden usar la imposibilidad de hacer enmiendas como una carta estratégica de triunfo, aplicándola selectivamente, y sobre todo elevando sus poderes en presencia de las otras ramas. Este problema se acentúa en consideración a las limitaciones implícitas a los poderes de enmienda, donde, en contraste con situaciones en las que los estándares legales proveen guías y limitaciones, la judicatura ha barrido con el poder de determinar el “espíritu” o la “estructura básica” o los “principios básicos de la constitución” (p. 230)¹⁵.

Una de las más reciente sentencias de la Corte Constitucional colombiana, en la que este Alto Tribunal usó la doctrina de la sustitución constitucional para declarar la inconstitucionalidad de una enmienda constitucional con estas características, ayuda a destacar este punto. En efecto, en julio de 2015, el Congreso colombiano promulgó una enmienda constitucional para reestablecer el

15 Texto original: “*the ability of courts to substantively review constitutional amendments allegedly grants them the last word on constitutional issues. It is the ultimate ‘judicialisation of mega-politics.’ Enforceability of unamendability shifts the locus of constitutional change from those authorities entrusted with the amendment power toward the courts. Courts can use unamendability as a strategic trump, applying it selectively, and overall elevating their powers vis-à-vis other branches. This problem is accentuated with regards to implicit limitations on the amendment power, where, in contrast with situations in which the textual standard provides guidance and constraints, the judiciary has sweeping power to determine the ‘spirit’, ‘basic structure’, or ‘basic principles’ of the constitution.*”

equilibrio de poderes de la Constitución de Colombia, el cual ha venido siendo perturbado por cuenta de la gran cantidad de modificaciones y enmiendas que se han realizado sobre el texto original de la Constitución de 1991.

En el Acto Legislativo 02 de 2015, “por medio del cual se adopta una reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional”, el Congreso Colombiano, actuando como poder constituyente derivado, introdujo varios cambios en la estructura orgánica de la Constitución política colombiana. Dentro de estos casos se destaca la eliminación de la reelección presidencial que había sido aprobada en el Acto Legislativo 02 de 2004. Adicionalmente, un cambio significativo en este acto legislativo estuvo directamente relacionado con la determinación de importantes modificaciones a la estructura de la rama judicial. De esta manera, la enmienda se proponía efectuar una reestructuración profunda al diseño institucional de esta rama.

En primer lugar, el Acto Legislativo 02 de 2015 proponía una modificación del cuerpo administrativo que regenta el poder judicial a partir de la expedición de la Constitución colombiana de 1991: el Consejo Superior de la Judicatura. En este nuevo diseño institucional, la gestión de la rama iba a ser realizada por el Consejo de Gobierno Judicial. Este Consejo se diseñó como un organismo compuesto por dos cuerpos, la Gerencia Judicial, que se encargaría de la gestión de la rama judicial, y un Consejo Judicial, que se encargaría del diseño y elaboración de las políticas públicas para el adecuado funcionamiento de la rama judicial. Igualmente, el Acto Legislativo 02 de 2015 pretendía crear un órgano especial, *La Comisión de aforados*; este nuevo organismo se iba a encargar de controlar o frenar los excesos de los miembros del poder judicial y de otros aforados en el ejercicio de sus funciones. La esencia de la enmienda era corregir un vacío en los contrapesos al poder judicial debido a la ingenuidad del diseño original de la Constitución colombiana de 1991; diseño que dejó al Congreso el poder de actuar como juez de la rama judicial, pero sin otorgarle un conjunto claro de reglas para hacer esta tarea, y sin determinar los recursos técnicos y burocráticos para acometer este tipo de investigaciones¹⁶.

El Acto Legislativo 02 de 2015 fue un intento de corregir esta situación. Por lo tanto, en esta enmienda constitucional se separaban los juicios contra los miembros de la rama Judicial en diversas etapas, dependiendo de su naturaleza. Para el caso de las acusaciones de naturaleza disciplinaria, la primera etapa iba a ser acometida por *la Comisión de Aforados*, un organismo autónomo, elegido por los miembros de la Cámara de Representantes del Congreso colombiano. Este organismo tenía el trabajo de investigar y efectuar cargos a los miembros del poder judicial. Cargos que serían estudiados por la Cámara de Representantes, la cual tendría la labor de decidir su viabilidad y de proferir o no la acusación. Después de la incriminación, el Acto Legislativo 02 de 2015 dejaba la etapa de juzgamiento en cabeza del Senado de la República Colombia:

frente a esta propuesta, bien intencionada y perfecta desde todo punto de vista, no se demoraron en caer críticas principalmente originadas por los altos funcionarios y funcionarias que veían comprometida su inmunidad en casos que su juzgamiento recayera en un órgano de naturaleza judicial, con garantías de autonomía e independencia y no político como el actual [...]. Ello llevó a que el gobierno, a través de su bancada transformara en el proyecto de reforma constitucional la naturaleza jurisdiccional del Tribunal de Aforados para volverlo un simple apéndice del actual sistema de investigación y enjuiciamiento, cuya única función sería sustanciar este tipo de procesos para que la Cámara de Representantes sea quien en última instancia tome la decisión de carácter judicial, es decir, la de acusar o archivar el proceso (Corporación Konrad Adenauer, 2015, p. 8).

16 Sobre el particular se ha señalado: “Se ha reconocido que los anteriores defectos tienen como fuente de origen, principalmente, el diseño institucional ambiguo creado por la Constitución de 1991 [...]. Ello ha hecho que los esfuerzos se concentren en diagnosticar los problemas que se presentan en la etapa de investigación y acusación, pues los propios miembros de la Comisión de Acusaciones han aceptado que no cuentan con recursos idóneos para realizar sus tareas, y lo por tanto se ha llegado al extremo de la ineficacia por cuanto no tienen los medios para aplicar justicia a los altos dignatarios” (Corporación Konrad Adenauer, 2015, p. 7).

El procedimiento y las etapas para el juzgamiento de las conductas penales en las que incurrieran los aforados en el Acto Legislativo 02 de 2015 eran diferentes. Para esta clase de materias, la enmienda constitucional establecía que *la Comisión de Aforados* tendría la labor de acusación de los aforados. Esta función debería ser completada con la actuación de la Corte Suprema de Justicia, a la que le correspondería el juzgamiento. De todas formas, es preciso señalar que en este acto legislativo los aforados respecto de los cuales esta comisión tenía competencia excluían al presidente de la República. En efecto, el acto legislativo disponía que el presidente continuaría siendo investigado y acusado exclusivamente por la Comisión de Acusaciones de la Cámara de Representantes, la Cámara en Pleno y el Senado de la República.

En el año 2016, el Acto legislativo 02 de 2015 fue objeto de una demanda de inconstitucionalidad por sustitución constitucional. Según el demandante, la creación de la *Comisión de Aforados* sustituía algunos de los principios axiales de la Constitución política colombiana tales como: la autonomía de la rama Judicial, el Estado de Derecho y el principio del debido proceso.

El demandante en este caso fue el exfiscal de la Nación durante el periodo de 2012 a 2016, señor Eduardo Montealegre Lynnet¹⁷. El accionante argumentó que en el Acto Legislativo 02 de 2015 no había una identificación clara de la naturaleza del nuevo organismo. Este silencio, de acuerdo con su demanda, atentaba contra la idea del Estado de Derecho porque el diseño creado en el acto legislativo no era claro en determinar el sitio o ubicación del nuevo organismo en la estructura del Estado colombiano. En las palabras del demandante:

el Acto Legislativo No. 02 de 2015 no estipula a qué rama del poder público pertenece la Comisión de Aforados. Como no se determina a qué rama del poder público pertenece la Comisión, “el control de sus actividades y decisiones se torna difuso en la medida en que no hay un organismo encargado de hacer un control de legalidad y constitucionalidad de las decisiones tomadas” por ella. Esta circunstancia rompe el equilibrio de los poderes y el Estado de Derecho, pues dicho organismo actuaría sin controles dentro del sistema político. [...] En cuarto lugar es

un elemento esencial en la idea de un Estado de Derecho que solo los poderes políticos puedan controlarse entre sí. Por esto, conceder a una entidad que no pertenece a ninguno de ellos, la posibilidad de juzgar a los funcionarios aforados, implica una afectación a este eje definitorio (sentencia C-373, 2016).

En una decisión bastante intrincada, de más de 250 páginas, la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de la reforma constitucional contenida en el Acto de Legislativo 02 de 2015. En la sentencia, la Corte declaró que la autonomía de la rama Judicial debe considerarse como un eje definitorio de la Constitución. De acuerdo con su análisis, esta autonomía se garantiza en la medida en que sea un cuerpo con sensibilidad política el órgano encargado de efectuar el juzgamiento de los aforados. Según la Corte, el juzgamiento de los miembros de la rama judicial debe tener las

17 Es preciso señalar que durante el ejercicio de su cargo, el demandante en este proceso fue seriamente cuestionado por múltiples irregularidades. Uno de los escándalos más sonados de su administración consistió en la celebración de millonarios contratos con el objeto de elaborar macrocontextualizaciones para los delitos ocurridos con ocasión del conflicto armado colombiano. Tanto los medios de comunicación como los entes de control señalaron las irregularidades que se presentaron en este caso: “El 17 de noviembre de 2015 se conformó una comisión en la Procuraduría para indagar la contratación de Natalia Springer. Durante casi un año, el Ministerio Público revisó con lupa este expediente, pidió información sobre los estudios previos que justificaron el cuantioso negocio, los perfiles de los investigadores de la firma Springer —que nunca fueron aportados al proceso— y la letra menuda de las pólizas y pagos desembolsados por la Fiscalía. Al final, dado que Eduardo Montealegre asumió la interventoría de estos contratos —tras enfrentarse al exfiscal Ramelli, el procurador para la Vigilancia Administrativa Gustavo Adolfo Castro no tuvo más remedio que enviar el caso a la Comisión de Acusación del Congreso el 30 de noviembre de 2016. Pero no desaprovechó la oportunidad para esbozar sus críticas a esta contratación. Incluso, dijo, no se pudo verificar que Springer hubiera cumplido el objeto de sus contratos” (Laverde, 2017).

capacidades de equilibrar y sopesar la imposición de sanción contra estas autoridades con otras consideraciones como “búsqueda del bien común”, “la estabilidad institucional” o la naturaleza “excepcionalísima” en el ejercicio de esta clase de competencias. La Corte en esta oportunidad dijo:

basta simplemente remitirse al estudio que la Corte ha hecho para concluir que el Acto Legislativo No. 02 de 2015, al crear la Comisión de Aforados, sustituyó la independencia judicial, privándola de las garantías que la hacían viable, ya que para insertar esa Comisión en el ordenamiento superior desplazó a órganos de origen popular en el cumplimiento de las labores de investigación y acusación, hizo desaparecer las consideraciones de estabilidad institucional o relativas al bien común e instauró un procedimiento destinado a hacer valer únicamente el régimen sancionatorio correspondiente y a lograr la imposición periódica de sanciones, en abierta contradicción con un régimen excepcional que, en atención a la independencia judicial y a otras circunstancias tratadas en esta sentencia, procuraba operar solo en situaciones graves y extremas. [...] la Corte encontró que la modificación del sistema de investigación, acusación y juzgamiento de los Magistrados de las Altas Cortes y del Fiscal General de la Nación en el Acto Legislativo No. 02 de 2015 sustituyó el eje definitorio “separación de poderes y autonomía e independencia de la rama judicial”. El desconocimiento de los límites competenciales del Congreso para reformar la Constitución se produjo dado que el régimen de suspensión, remoción y sanción de los Magistrados de las Altas Cortes y del Fiscal General de la Nación adoptado por el Congreso no es solo completamente novedoso, sino que resulta incompatible con los fines que perseguía el establecido en la Constitución de 1991, con el propósito de asegurar el equilibrio entre las ramas del poder público y la independencia de la Rama Judicial (Corte Constitucional, sentencia C-373, 2016).

Esta decisión es una muestra de los peligros que se pueden producir en el sistema constitucional por cuenta de los usos opacos de la doctrina de la sustitución constitucional en el sistema constitucional colombiano. Aunque el diseño institucional elaborado en el Acto Legislativo 02 de 2015 podría

ser criticado por muchas razones¹⁸, es difícil entender el argumento detrás de la decisión de la Corte colombiana para declarar la inconstitucionalidad de este diseño específico.

Atar el principio de la autonomía de la rama Judicial a la sensibilidad política del cuerpo con la función de controlar a los demás órganos públicos puede ser un argumento persuasivo pero no irrefutable. La posibilidad de refutar esta postura, por ejemplo, fue espléndidamente esbozada por el magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz en una de las mejores piezas producidas por la primera Corte Constitucional de Colombia: el salvamento de voto de la sentencia SU-047 de 1999.

Mucho más complejo resulta establecer que la sensibilidad política de los órganos que efectúan el control judicial de los aforados constituye el “espíritu” de la Constitución Colombiana de 1991. Si se toma en consideración que, de todas formas, de acuerdo con el Acto Legislativo 02 de 2015, la Comisión de Aforados no tenía la facultad de decir la última palabra sobre la acusación y juzgamiento de este tipo de funcionarios en los juicios de naturaleza disciplinaria, ya que esta labor iba a ser realizada por el Congreso, no resulta ni siquiera entendible la decisión del Alto Tribunal de declarar la inexequibilidad total del nuevo diseño constitucional y no solo de los apartes referidos a las causas penales, que eran las que prescindían de la actuación del Congreso en la investigación y juzgamiento de los aforados. Como se puso en evidencia

18 Algunas de las críticas que se hicieron en su momento al diseño de la comisión de aforados finalmente aprobado por el Congreso de Colombia en su calidad de constituyente derivado fueron: (i) como la Cámara de Representantes continuaba teniendo la última palabra en la etapa de instrucción, y el acto legislativo preveía que la decisión debería emitirse mediante voto secreto, se disminuiría la posibilidad de efectuar control a las decisiones de los Congresistas; (ii) la competencia de la Comisión de Aforados excluía el conocimiento de las causas contra el presidente de la República y dejaba sin control judicial efectivo a las personas que en Colombia han ostentado esta dignidad (Corporación Konrad Adenauer, 2015).

anteriormente, tanto la Cámara de Representantes como el Senado de la República conservaban en el acto legislativo la función definitiva de acusar y juzgar a los aforados, luego de la actuación de la Comisión en los casos de las causas de naturaleza disciplinaria¹⁹. Más bien, esta decisión judicial puede evaluarse como un esfuerzo a la Corte para evitar mecanismos de control horizontal externos efectivos. Controles externos que cualquier poder u órgano del Estado, incluyendo la rama Judicial, debe tener en un Estado constitucional de Derecho.

Conclusión

Las discusiones constitucionales que se generan por cuenta del control constitucional material de las enmiendas constitucionales están lejos de ser resueltas. Determinar quién tiene la última palabra para la modificación de la Constitución es un asunto que está directamente conectado con el principio de pesos y contrapesos en la medida en la

que esta facultad finalmente termina afectando el balance de las estructuras constitucionales. Como se observó en este artículo, el control sustantivo de las enmiendas constitucionales a través de doctrinas como la sustitución constitucional, si bien puede materializar el principio de pesos y contrapesos al retrotraer los excesos de poder de las ramas Ejecutiva y Legislativa, también pueden producir graves afectaciones a este principio por su uso ligero por parte de los tribunales constitucionales. El derecho constitucional comparado debe empezar a detectar si la existencia de estos usos estratégicos se presenta de forma esporádica o si más bien es una constante en los contextos en los que los tribunales se abrogan la competencia de declarar la inconstitucionalidad de las enmiendas constitucionales. Esta atención se requiere con el propósito de evaluar alternativas de diseño institucional que se constituyan en controles efectivos a esta clase alteraciones del sentido de la Constitución como dispositivo que limita el poder.

Referencias

- 19 Señalaba el texto del Acto Legislativo 02 de 2015: “Una Comisión de Aforados será competente para investigar y acusar, conforme a la ley y los principios del debido proceso, a los funcionarios señalados en el inciso anterior, aunque hubieren cesado en el ejercicio de sus cargos. En este caso, será competente para conocer de los hechos u omisiones ocurridos en el desempeño de los mismos. Si la investigación se refiere a faltas disciplinarias de indignidad por mala conducta, la Comisión de Aforados adelantará la investigación y cuando hubiere lugar, presentará la acusación ante la Cámara de Representantes. En ningún caso se podrán imponer otras penas que la de suspensión o destitución del empleo. La decisión de la Cámara de Representantes podrá ser apelada ante el Senado de la República. El Congreso en ningún caso practicará pruebas. Contra la decisión del Senado no procederá ningún recurso ni acción. Si la investigación se refiere a delitos, la Comisión de Aforados también presentará la acusación a la Corte Suprema de Justicia, para que allí se adelante el juzgamiento. En el caso de juicios contra magistrados de la Corte Suprema de Justicia, los conjuces serán designados por el Consejo de Estado” (Congreso, acto legislativo 02, 2015).
- Bachof, O. (2010). *¿Normas constitucionales inconstitucionales?* Lima: Palestra Editores.
- 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 Law Review*, 11(2), 339-357. doi: 10.1093/icon/mot007.
- Cajas, M. (2004). La reforma constitucional: límites de la Corte al Congreso. *Precedente*, 13-48. doi: 10.18046/prec.v0.
- Congreso de Colombia. (2015). *Acto Legislativo 02 de 2015*.
- Corporación Konrad Adenauer. (2015). El juzgamiento de altos funcionarios: de la Comisión de Acusaciones al tribunal de Aforados. *KASPapers*, 23. ISSN: 2322-9896.
- Corte Constitucional. (2003). Sentencia C-551 de 2003. M. P.: Alfredo Beltrán Sierra y Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional. (2007). Sentencia C-153 de 2007. M. P.: Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Constitucional. (2012). Sentencia C-1056 de 2012. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Corte Constitucional. (2016). Sentencia C-084 de 2016. M. P.: Gloria Stella Ortiz Delgado.

- Corte Constitucional. (2016). Sentencia C-285 de 2016. M. P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez.
- Corte Constitucional. (2016). Sentencia C-373 de 2016. M. P.: Gloria Stella Ortiz Delgado.
- Fuentes, E. (2018). *Legislación en Sentido Material*. Bogotá: Ibáñez.
- García, E. (2016). La Sustitución de la Constitución en el Derecho Constitucional Colombiano. *Revista de Derecho Político*, 95, 229-246. doi: 10.5944/rdp.95.2016.16237.
- García, S. y Gnecco, F. (2016). La teoría de la sustitución de la Constitución: de la protección de la supremacía e integridad de la Constitución, a la aniquilación de la titularidad del poder de reforma en el órgano legislativo. *Universitas*, 133, 59-104. doi: 10.11144/Javeriana.vj133.tsps.
- Gómez, C. (2017). Seis lecturas para entender el cartel de la toga. *El Espectador*. Recuperado de: <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/seis-lecturas-para-entender-el-cartel-de-la-toga-articulo-715926>
- Gozler, K. (2008). *Judicial Review of Constitutional amendments*. Turquía: Ekin Press.
- Hamilton, A., Madison, J. y Jay J. (2001). *El Federalista*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica.
- Higuera, D. (2016). Análisis dinámico de la línea jurisprudencial respecto de la sustitución de la Constitución. *Principia Iuris*, 13(26), 213-242. ISSN 0124-2067.
- Jaramillo, J. E. (2013). La problemática de los límites al poder de reforma de la Constitución Política de 1991. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias políticas, Facultad de Derecho*, 43(118), 309-348. ISSN 0120-38.
- Kelsen, H. (2009). *Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires: Porrúa.
- Laverde, J. D. (2017, ago. 26). Las críticas de la Procuraduría a los millonarios contratos de Natalia Springer. *El Espectador*. Recuperado de: <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/las-criticas-de-la-procuraduria-los-millonarios-contratos-de-natalia-springer-articulo-710031>
- Lima, J., y Celemin, A. (2019). Unconstitutional Constitutional Amendments: A Comparative Analysis Between Brazil and Colombia. En A. D. Alexandre (Ed.), *Aspectos Políticos e Históricos do Constitucionalismo* (vol. 3, pp. 123-133). Belo Horizonte: Arraes Editores.
- Loewenstein, K. (1983). *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel.
- López, D. (2004). *Teoría Impura del Derecho*. Bogotá: Legis.
- Mendes, C. (2005). Judicial review of constitutional amendments in the Brazilian Supreme Court. *Florida Journal of International Law*, 17(3), 449-461. ISSN 1556-2670.
- Merkel, A. (2016). *Teoría General del Derecho Administrativo*. España: Comares.
- Presidencia de la República de Colombia. (1991). Decreto 2067. Diario Oficial n.º 40.012
- Ramírez-Cleves, G. (2017). La inconstitucionalidad de las reformas constitucionales en Colombia: tensión entre democracia de mayorías y democracia constitucional. En C. León, *La reforma constitucional y su problemática en el derecho comparado* (pp. 67-97). México D. F.: Vlex.
- Roiznai, Y. (2014). *Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers*. Londres: London School of Economic.
- Ruiz, A. (2004). Constitucionalismo y Democracia. *Isonomía*, 21, 51-84. ISSN 1405-0218.
- Ruiz, W. (2013). *Responsabilidad Social del Estado por Actos del Poder Constituyente*. Bogotá: Ecoe Ediciones.
- Sánchez, J. M. (2013). De la teoría de la sustitución o de los límites materiales a las reformas de la Constitución en Colombia. *Revista Temas Sociojurídicos*, 32(65), 155-178. Recuperado de: <https://revistas.unab.edu.co/index.php/sociojuridico/article/view/1932>.
- Tovar, F. A. (2017). Sustitución Constitucional y objeción democrática: una tensión aparente. *Revista Eunomía*, 12, 61-76. doi: 10.20318/eunomia.2017.3642.
- Urbina, F. Z., y Tapias, R. (2015). ¿Inconstitucionalidad de normas constitucionales?: Un caso de constitucionalismo abusivo. *Derecho Público Iberoamericano*, 7, 219-237. ISSN 0719-2959.