https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.es

EL DEBATE ENTRE LA DOCTRINA DE LA SUSTITUCIÓN Y LA REVISIÓN MATERIAL DE LA CONSTITUCIÓN

María Alejandra Chisaba Ramírez[1]

Resumen: Mediante la doctrina de la sustitución, la Corte Constitucional colombiana ha dictado algunas de sus más importantes sentencias en defensa del Estado Social y Democrático de Derecho y en especial de sus ejes definitorios. A pesar de ello, la doctrina de la sustitución ha recibido críticas desde el mismo momento en que el alto tribunal empezó a utilizarla. En el entendido que, para algunos doctrinantes esta teoría es contradictoria con las atribuciones que el artículo 241 de la Constitución otorga al alto tribunal.

Dado lo anterior, este escrito de investigación cuenta con dos propósitos: presentar la evolución jurisprudencial de la doctrina de la sustitución e identificar si la doctrina de la sustitución implica un desconocimiento de las facultades constitucionales de la Corte Constitucional.

Palabras clave: Sustitución, Constitución, Corte Constitucional, control de constitucionalidad.

Abstract: Abstract: Through the doctrine of substitution, the Colombian Constitutional Court has issued some of its most important rulings in defense of the Social and Democratic State of Law and especially its defining axes. Despite this, the doctrine of substitution has received criticism from the moment the high Court began to use it, in the understanding that, for some scholars, this theory is contradictory with the powers that article 241 of the Constitution grants to the high court.

Given the above, this research project has two purposes: to present the jurisprudential evolution of the substitution doctrine and to identify if the substitution doctrine implies a lack of knowledge of the constitutional powers of the Constitutional Court.

[1] Estudiante de la facultad de Derecho, octante al grado de abogada de la Universidad Católica de Colombia.

Key words: Substitution, Constitution, Constitutional Court, control of constitutionality.

INTRODUCCIÓN

La evolución de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana le ha valido la fama de ser uno de los tribunales más destacados de América Latina. Algunas de las teorías jurídicas que utiliza son innovadoras e incluso son citadas por tribunales internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Córdoba, 2007).

El activismo progresista que ha caracterizado a la Corte Constitucional colombiana le ha valido un prestigio importante entre los movimientos sociales que la consideran una de las pocas instituciones del Estado en donde pueden hacer valer sus derechos (Uprimny y García, 2005).

A pesar de ello, figuras jurídicas como la doctrina de la sustitución de la Constitución causan controversia y reviven debates como el del poder contra mayoritario de los tribunales constitucionales (Nino, 1989) o el de la judicialización de la política como lo señala Uprimny (2007). En Colombia la academia ha planteado varias críticas a esta doctrina que pueden encajarse en dos puntos principales: la revisión material de los actos reformatorios de la Carta por parte una Corte Constitucional sin facultad para ello y la violación del principio de pesos y contrapesos (Celemín, 2020).

Por otro lado, otro sector de la doctrina revindica la competencia de la Corte Constitucional para utilizar esta figura jurisprudencial en el análisis de constitucionalidad de las reformas a la norma de normas. El argumento principal gira en torno a los vicios de competencia en los que puede incurrir del poder constituyente derivado suplantando así al pueblo como poder constituyente originario.

En razón a lo anterior, este artículo se propone comparar las razones por las que un sector de la doctrina jurídica colombiana indica que la doctrina de la sustitución implica una revisión

material de la Constitución con su contraparte que señala que está teoría refiere a un vicio de competencia y por lo tanto la Corte Constitucional no desborda las atribuciones que el artículo 241 de la norma de normas le confiere. Ello a través de la siguiente pregunta de investigación ¿La doctrina de la sustitución de la Constitución es contraria a las funciones constitucionales de la Corte Constitucional?

Para dar respuesta a esta pregunta se abordarán los siguientes ejes temáticos: (i) en primer lugar se realizará una exposición de qué es la doctrina de la sustitución, cómo llegó a la jurisprudencia de la Corte Constitucional y cuáles son los parámetros para aplicarla; (ii) posterior a ello se presentarán las principales críticas que se han hecho a la teoría de la sustitución; (iii) en tercer lugar se analizará si la doctrina de la sustitución es contraria a las funciones constitucionales de la Corte Constitucional.

1. EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA DE LA SUSTITUCIÓN.

1.1.Historia

Con la sentencia C-551 de 2003 la Corte Constitucional introduce en su jurisprudencia por primera vez la doctrina de la sustitución de la Constitución. Como se cita en esta sentencia, la doctrina de la sustitución es adoptada de la jurisprudencia de la Corte Suprema de la India (Corte Constitucional, C-551, 2003). El Tribunal foráneo en el año 1967, en el caso Golaknath and Ors vs. State of Punjab determinó que una enmienda constitucional mediante la cual se pretendía limitar el derecho a la propiedad era inconstitucional por contravenir el preámbulo y los derechos fundamentales establecidos en la norma superior de ese país (Ramírez, 2019).

A esta regla, la Corte Suprema de la India la denominó teoría de la estructura básica de la Constitución (*Basic Structure Doctrine*) (Ramírez, 2019). En el caso Kesavanandabharati vs. State of Kerala un ciudadano demandó una enmienda constitucional que daba al parlamento la posibilidad de modificar cualquier parte de la Constitución incluyendo la relativa a derechos fundamentales. Al respecto la Corte señaló que si bien el poder legislativo tiene un poder de reforma amplio que incluye la posibilidad de cambiar disposiciones sobre derechos fundamentales,

tal modificación no debe ser contraria a la estructura básica de la norma de normas y que por lo tanto cualquier reforma debe realizarse respetando este límite (Agudelo, 2015).

Así en el año 2003, la Corte Constitucional de Colombia al realizar control de constitucionalidad sobre la Ley 796 mediante la cual se convocaba al pueblo para votar un referendo con 17 preguntas que modificaban la Constitución en aspectos como la reducción del número de congresistas, el régimen de partidos políticos, las causales de perdida de investidura, entre otros optó por hacer uso de la doctrina de la sustitución de constitución.

El tribunal nacional citó a la Corte Suprema de India señalando:

> "El parlamento puede, según la Corte Suprema de India, revisar la Constitución siempre y cuando no afecte su "estructura básica", pues la identidad esencial de la Carta debe ser preservada, a pesar de las reformas. Y con esa doctrina, ese tribunal ha declarado inconstitucionales algunas reformas constitucionales, que pretendían afectar la estructura básica de esa constitución, por ejemplo, por excluir de control judicial la elección del Primer Ministro" (Corte Constitucional, C-551, 2003).

Desde esta primera ocasión, la Corte Constitucional colombiana ha hecho uso de la doctrina de la sustitución para analizar actos reformatorios de la Carta, ya sea mediante ley que convoca a referendo o actos legislativos. Son de resaltar casos como los de los actos legislativos referentes a la Jurisdicción Especial para la Paz o recientemente el que modificaba el artículo 34 constitucional para posibilitar la prisión perpetua en el país; también el del referendo con el que se buscaba permitir la segunda reelección presidencial.

1.2.Antecedentes en Colombia

Sí bien antes del año 2003, en Colombia no es posible hablar en concreto de una teoría o doctrina de la sustitución, si es factible rastrear en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia diferentes posturas sobre el control de constitucionalidad a actos reformatorios de la Constitución. (Quinche, 2013)

El Acto Legislativo 03 de 1910 introdujo la acción pública de inconstitucionalidad sobre las leyes, actos legislativos o decretos y dio esta facultad a la Corte Suprema de Justicia como

guardiana y garante de la Constitución. Respecto a los actos legislativos, la Corte solo los podía examinar si el Gobierno los objetaba. Sin embargo, con el Acto Legislativo 01 de 1986 se excluyó a éstos de control judicial (Quinche, 2013).

Así, el primer caso en el que este Tribunal es llamado a realizar un control sobre un acto reformatorio de la Carta y que presenta una primera postura frente a la sustitución, es en la demanda interpuesta contra el Decreto Legislativo 247 de 1957, el que diera nacimiento al Frente Nacional luego de la dictadura del General Rojas Pinilla. La demanda se erigía sobre el argumento de que solo el Congreso de la República tenía facultades para modificar la Ley Fundamental, tal como lo señalaba el artículo 218 de la Constitución de 1886 (Moreno, 2017).

En este caso, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia decidió declararse inhibida para examinar esta reforma, ya que al tenor del artículo 214 del texto superior, sus competencias de control constitucional se limitaban a las leyes y decretos y extenderlas a actos reformatorios de la Constitución sería anti jurídico. Esta postura es reafirmada con la sentencia del 16 de abril de 1971 en la que la Corte Suprema de Justicia vuelve a declararse inhibida por falta de competencia a la hora de examinar una demanda sobre un Acto Legislativo que modificada el inciso 3 del artículo 172 de la norma superior (Moreno, 2017).

La anterior postura frente a la incompetencia de la Corte Suprema de Justicia para realizar control de constitucionalidad a actos reformatorios de la Constitución sea por vicios de forma o de fondo, tuvo un drástico giro el 05 de mayo de 1978. En esta fecha la Corte declaro el inexequible al Acto Legislativo 02 de 1977 mediante el cual el Congreso de la República pretendía convocar a una Asamblea Constituyente que tuviese por tarea reformar el ordenamiento municipal y departamental de Colombia y cambiar la estructura judicial del país (Corte Suprema de Justicia, 1978).

La Corte manifestó tener competencia para examinar esta reforma constitucional con argumentos muy parecidos a los que serían usados 25 años después por la Corte Constitucional. En primer lugar, distinguió los conceptos de poder constituyente originario y derivado explicando que en un Estado de Derecho todo poder derivado está limitado en razón a una norma jurídica que

le da esa potestad, lo que lo hace subordinado del poder soberano del pueblo que es el que crea las instituciones y asigna sus funciones (Corte Suprema de Justicia, 1978).

En segundo lugar, la Corte Suprema de Justicia explicó que el poder constituyente soberano otorgó al Congreso de la República la facultad de reformar la Constitución como constituyente derivado. Para que el ejercicio de esta facultad sea válido, debe realizarse en concordancia con los preceptos procesales constitucionales en específico para el caso, los del artículo 218 de la Carta de 1886. Si el cuerpo colegiado se aleja de estas normas, el máximo tribunal justicia colombiano puede declarar inexequible la reforma, ya que, aunque los Actos Legislativos no estuviesen enunciados en el artículo 214[2] de la Ley Fundamental, su función como guardián y garante de la misma le permitía realizar el examen de constitucionalidad a fin de mantener su supremacía (Corte Suprema de Justicia, 1978).

Finalmente, el Tribunal terminó declarando inexequible al Acto Legislativo 02 de 1977 por vicios en el procedimiento de formulación, ya que el proyecto pasó de una Cámara a otra sin contar con la votación mínima exigida por las normas procesales de la Constitución (Corte Suprema de Justicia, 1978).

1.3.Elementos

Desde el 2003 la Corte Constitucional ha ido puliendo su jurisprudencia sobre la sustitución de la constitución con el fin de evitar arbitrariedades y crear pasos que sirvan de guía tanto para futuros casos como para el constituyente derivado (Zamora, 2018). Para aplicar esta doctrina, la Corte en primer lugar definió los conceptos de sustitución y reforma y estableció la diferencia entre poder constituyente originario y poder constituyente derivado. Posteriormente, se realiza el test de sustitución que al igual que un silogismo consta de dos premisas y una conclusión (Guzmán, Lucio y Fajardo, 2017).

En la sentencia C-588 de 2009 la Corte definió rigurosamente el concepto de reforma, estableciendo que cuenta con las siguientes características: (i) se debe hacer sobre una Constitución

[2] Este artículo de la Constitución Política de Colombia de 1886 señalaba las funciones de la Corte Suprema de Justicia. El mismo, no incorporaba expresamente facultad alguna para que la Corte realizara control de constitucionalidad sobre Actos Legislativos, sea por vicios de fondo o de procedimiento.

escrita así adoptada por el constituyente originario; (ii) la reforma debe tener vocación de permanencia en el tiempo; (iii) esta debe ser expresa, no puede presentarse en un leguaje dudoso; (iv) por último la reforma debe ser contraria a la Constitución ya que lo que se busca es modificar las disposiciones existentes[3] (Corte Constitucional, C-588 de 2008).

El concepto de reforma entonces se diferencia del de sustitución, en el segundo, a pesar de que el trámite se haya realizado de acuerdo a las normas que lo regulan, el sujeto que la realiza carece de competencia para ello teniendo como consecuencia que la modificación sea inconstitucional "pues, como lo había puntualizado la Corte, la competencia es presupuesto de la forma" (Corte Constitucional, C-588 de 2008). Al señalar a la competencia como requisito para reformar la Carta es necesario abordar los conceptos de constituyente derivado y constituyente originario que definen quien es competente o no para realizar una reforma o una sustitución.

El concepto constituyente originario hace referencia al pueblo, que como soberano tiene la facultad de crear el marco legal al que desea someterse, es decir la Constitución, lo que le da la característica de poder fundacional. Así mismo, este no tiene límites y no está obligado a un control jurídico de sus actos (Corte Constitucional, C-1200, 2003). Por otro lado, el poder constituyente derivado, está representado en el Congreso de la República, el cual se encuentra restringido al marco legal que ofrece la Constitución y sus actos reformatorios están sometidos a un control formal posterior por parte de la Corte Constitucional. Al contar con este límite jurídico, el poder constituyente derivado no puede sustituir la Constitución mediante sus facultades de reforma, pues estaría suplantando al único con capacidad para hacerlo, esto es el pueblo (Corte Constitucional, C-551, 2003).

Aclarado estos conceptos es posible hablar ahora del test de sustitución. Este juicio consiste en una serie de pasos mediante los cuales la Corte puede determinar si una reforma es en realidad una sustitución, a saber: (i) una premisa mayor, compuesta por aquellos ejes axiales de la Carta que se supone sustituidos por el acto reformatorio; (ii) una premisa menor, en donde se analiza el alcance de la modificación y su impacto en los elementos estructurales de la Constitución y (iii)

[3] De acuerdo con Guzmán, Lucio y Fajardo (2017) esta última característica es otro limite al poder de reforma pues la misma debe ser efectiva y no un cambio cosmético. Si la supuesta modificación deja idéntica a la Carta luego de ser aprobada, sencillamente no existió reforma.

finalmente una conclusión en donde al contrastar las dos premisas se defina si hay o no una sustitución (Corte Constitucional, C-551, 2003).

Adicional a lo anterior, en la sentencia C-1040 de 2005, la Corte Constitucional indicó que para construir la premisa mayor del test es necesario (i) enunciar claramente cuál es el eje axial, (ii) señalar la presencia de este eje en diferentes normas de rango constitucional, (iii) explicar porque define la integridad de la Constitución de 1991, (iv) demostrar que este elemento estructural no se limita a un solo artículo de la Carta, (v) que señalar este elemento axial no implique poner límites materiales al poder de reforma. Señalados los puntos anteriores, puede la Corte determinar si este elemento ha sido reemplazado total o parcialmente por la reforma y como resultado de este análisis, definir si la reforma introdujo un nuevo elemento contrario a la estructura básica de la Constitución (Corte Constitucional, C-1040, 2005).

Dentro de este test cobran gran importancia los denominados ejes definitorios o axiales de la Constitución ya que estos son los que se deben ver afectados para que exista una sustitución. Esto nos lleva a la pregunta de ¿Qué son y cómo se definen estos elementos estructurales de la Carta?

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional un elemento esencial de la Constitución es aquel que da identidad a toda la norma superior y cuya esencia no se reduce a un artículo en particular, sino que es transversal a todo el texto de la Carta (Corte Constitucional, C-1040, 2005). Así, la Corte ha establecido como ejes identitarios al Estado Social y Democrático de Derecho, al principio de separación de poderes, la alternancia presidencial, al autogobierno judicial, a la dignidad humana, la deliberación legislativa, entre otros (Ríos, 2019, p. 112).

2. CRÍTICAS A LA DOCTRINA DE LA SUSTITUCIÓN

El contexto político en el que la Corte Constitucional ha aplicado la doctrina de la sustitución ha valido para revivir críticas al control judicial de constitucionalidad, tal es el caso de la

judicialización de la política[4] y la objeción al carácter contra mayoritario del Tribunal. Así, por ejemplo, con la sentencia C-141 de 2010 mediante la cual se declaró inexequible la Ley 1354 de 2009 por la cual se convocaba a un referendo que permitiese una segunda reelección presidencial. En este fallo la Corte considero que "una segunda reelección presidencial sustituye ejes estructurales de la Constitución Política y, por lo tanto, la Ley 1354 de 2009 que busca hacer posible una reforma constitucional que la instituya vulnera la Carta" (Corte Constitucional, C-141, 2010).

Precisamente por tratarse de una Ley que convocaba a un referendo se dijo que el Tribunal Constitucional limitó de forma indebida el poder de decisión del pueblo, al no permitir que se realizara el sufragio. Con la aplicación de la doctrina de la sustitución las voces críticas argumentaron que un órgano contra mayoritario no tenía legitimidad para decidir sobre el asunto y que la Corte estaba creando funciones que no le otorgaba la Ley Fundamental (Ferreyra, 2019).

Sin embargo, lo anterior está dirigido más a la figura del control de constitucionalidad que la construcción dogmática de la doctrina de la sustitución. Frente a la segunda se han erigido dos grandes objeciones: una que sostiene que esta desborda las facultades de la Corte previstas en el artículo 241 y otra que señala que esta doctrina desequilibra el sistema de pesos y contrapesos adoptado en nuestra Constitución.

2.1.Doctrina de la sustitución ¿Una revisión material de la Constitución?

La crítica más desarrollada en la academia a la doctrina de la sustitución es la que sostiene que esta es una revisión material a los actos reformatorios de la Constitución, lo cual está por fuera de las facultades que la Carta otorga al tribunal. Así, el artículo 241 de la Carta señala:

> "A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: 1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformatorios de la Constitución, cualquiera

[4] La judicialización de la política se presenta en casos en los cuales, cuestiones que normalmente deberían ser dirimidas por un órgano político como el Congreso de la República mediante la deliberación, son resueltos por tribunales o su resolución está condicionada a sus decisiones (Uprimny, 2007).

que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación" (Constitución Política de Colombia, 1991). (Subrayado propio).

Una interpretación exegética de este artículo tiene como resultado entender que la Corte solo puede declarar inexequible un acto reformatorio de la Constitución si se presentan vicios de procedimiento y por lo tanto excluye una revisión material o sobre el contenido de la reforma. Esto limita las facultades del Tribunal. Sin embargo, hay quienes argumentan que con el test de sustitución se desborda esta competencia y se crea una nueva que no existe de forma expresa en el texto de la Carta.

De acuerdo con Silva y Contreras (2020) el propio texto de la Constitución proscribe la teoría de la sustitución. Si bien la Corte señala que la sustitución constituye un vicio de procedimiento enmarcado en la falta de competencia, los doctrinantes indican que el test requiere de una revisión material de la reforma y por lo tanto esta por fuera de los "precisos y estrictos términos" del artículo 241 de la Carta. De esta manera, el Tribunal se auto atribuye una competencia que el poder constituyente originario (el pueblo) no le otorgó.

Bajo la anterior premisa, la Corte Constitucional pasa de ser un poder constituido a convertirse en un poder constituyente. Esto ocurre porque el poder soberano del pueblo delimitó las facultades del tribunal y no estableció clausulas pétreas en la Ley Fundamental, pero en virtud del test de sustitución la Corte se posiciona por encima del constituyente primario y define en cada caso que es modificable y que no, posicionándose así el Tribunal por encima de la Carta Fundamental (Silva y Contreras, 2020).

Así mismo, otra crítica que se erige sobre la ausencia de funciones que permitan realizar un control material a los actos reformatorios de la Constitución, es la que señala las debilidades en los argumentos que justifican la doctrina de la sustitución como un control sobre vicios de procedimiento. García y Gnecco (2016) reprochan que mientras en la sentencia C-551 de 2003 la falta de competencia es considerada un vicio de procedimiento, en el control constitucional a las leyes este se caracteriza como material. De la misma forma, el magistrado Alejandro Linares Cantillo en su aclaración de voto a la sentencia C-261 de 2016 resaltó la necesidad de que la Corte indicara con argumentos fuertes el alcance de los vicios de competencia:

> "En efecto, lo anterior demanda que esta Corte sea consistente a la hora de señalar el sentido y el alcance de los vicios de competencia, especialmente en su caracterización como formales o materiales, y no simplemente señalar que estos son formales para el control de actos reformatorios de la Constitución, con el propósito de adelantar un análisis, prima facie, al tenor de los artículos 241.1 y 379 superiores, (lo que puede implicar un verdadero control material de los actos reformatorios de la Constitución), mientras que en el control de Leyes o Decretos con fuerza de ley se consideran materiales" (Corte Constitucional, C-261, 2016, Aclaración de voto M. Alejandro Linares Cantillo).

Esta contradicción debilita la idea de que el defecto orgánico sea un vicio de procedimiento y mientras no se aclare las razones por las que es diferente dependiendo del objeto de la acción de constitucionalidad (reforma o Ley) puede entenderse que con el test de sustitución se realiza un control material a los actos reformatorios lo que lleva a que la Corte Constitucional desborde sus funciones.

2.2.Afectación al principio de pesos y contrapesos.

Una crítica más reciente a la doctrina de la sustitución es la que señala la afectación que esta puede estar ocasionando al principio de pesos y contra pesos. Mediante esta teoría se desequilibra este principio (que la Corte ha considerado como eje axial de la Constitución) ya que al querer controlar los excesos en los que incurren el poder legislativo y ejecutivo, la Corte Constitucional como parte de la Rama Judicial recurre a un exceso de sus funciones.

Celemín (2020) advierte que, aunque la Corte haya hecho uso de la doctrina de la sustitución con el fin de proteger el sistema de pesos y contra pesos que rige al Estado de Derecho, también la ha utilizado con fines instrumentales. Así, cita el caso de la sentencia C-373 de 2016 en la que se demandó el Acto Legislativo 02 de 2015 y en la cual, el Tribunal declaró la inconstitucionalidad de la creación de la Comisión de Aforados por considerar que sustituía el principio de la autonomía de la Rama Judicial como eje axial de la Constitución de 1991.

En el caso anterior la Corte consideró que la Comisión de Aforados sustituía al Congreso de la República en la investigación y acusación de aforados con el fin de lograr "la imposición

periódica de sanciones" desconociendo el axioma de excepcionalidad que debe actuar en estos casos (Corte Constitucional, C-373, 2016).

De acuerdo con Celemín (2020) en este fallo se dio un paso atrás en el que era un intento de corregir un desequilibrio en la estructura institucional del Estado. La Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes no cuenta constitucionalmente con herramientas claras para realizar la indagación de las faltas cometidas por los aforados[5]; frente a este panorama una Comisión de Aforados sería útil para luchar contra la impunidad de quienes ejercen el poder en las grandes esferas. Sin embargo, la Corte al decir que el control de las faltas penales y disciplinarias de los aforados por parte de un órgano político hace parte del espíritu de la Constitución de 1991 flaquea, puesto que vendría a ser más provechoso para el principio de separación de poderes la creación de un órgano técnico encargado de esta tarea (Celemín, 2020).

3. ¿ES LA DOCTRINA DE LA SUSTITUCIÓN UNA REVISIÓN MATERIAL AL TEXTO DE LA CONSTITUCIÓN?

Así como las críticas a la doctrina de la sustitución son diversas y atacan diferentes puntos de su construcción dogmática, sus defensores también parten de diferentes enfoques. En este apartado se presentarán los argumentos que defienden esta teoría y rechazan que la misma implique un control material de los actos reformatorios de la Constitución por parte de la Corte Constitucional. Para ello se explicarán la justificación que en su jurisprudencia el alto tribunal ha desarrollado, la importancia de esta doctrina para el respeto de los derechos de minorías y sujetos vulnerables y su valor como una herramienta para frenar los abusos de las ramas ejecutiva y legislativa del poder público.

El punto de partida que justifica la doctrina de la sustitución está en la sentencia C-551 de 2003. Aquí, la Corte reconoce que no existen clausulas pétreas en la Carta de 1991, lo que no quiere decir que el poder de reforma no tenga límites. La Corte Constitucional ha desarrollado el

[5] A esta Comisión le corresponde la investigación de quejas penales y disciplinarias de las siguientes personas: "(i) el presidente de la República o quien haga sus veces; (ii) al Fiscal General de la Nación; (iii) a los magistrados de la Corte Constitucional; (iv) a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia; a los consejeros del Consejo de Estado; (v) a los magistrados del Consejo Superior de la Judicatura".

test de sustitución, en el que se hace necesario tener en cuenta los principios constitucionales no para compararlos con el contenido de la reforma y realizar un examen material de la misma, sino para determinar si quien la realiza tenía competencia o no para ello. De no realizarse un examen como este se podría permitir por ejemplo que el Congreso cambiase la formula del Estado Social de Derecho por un modelo de Estado autoritario totalmente contrario al espíritu que motivó la esencia de la Constitución actual (Corte Constitucional, C-551, 2003).

Como se examinó en las criticas anteriores esta fórmula de la doctrina de la sustitución puede dar a entender que la Corte "petrifica" algunas cláusulas de la Carta, además de presentar una clara tensión entre soberanía popular y el principio de supremacía de la Constitución. Sin embargo, la Corte en la sentencia C-249 de 2012 realizó un recorrido histórico por las reflexiones académicas que ha abordado esta cuestión y llegó a la conclusión de que la protección de la democracia constitucional requiere del bloqueo de supuestas reformas que, obedeciendo a la democracia de las mayorías, violan la voluntad popular expresada en la Constitución pretendiendo suplantar un eje axial de la misma. En palabras de la Corte:

> "Teniendo en cuenta esta doctrina en donde se establece el paso de la democracia de mayorías a la democracia constitucional y que resuelve la tensión entre el principio democrático y el principio de supremacía constitucional, la jurisprudencia de la Corte ha establecido que se constituye en un vicio de forma que el órgano de reforma ejerza funciones del órgano constituyente y suplante de este modo su competencia confundiendo en un mismo órgano la potestad de reforma con la potestad constituyente. En la Sentencia C- 551 de 2003 se estableció que los límites competenciales del poder de reforma constitucional son en primer lugar (i) aquellos principios y valores que identifican a la Constitución de 1991; y en segundo término (ii) aquellos elementos del bloque de constitucionalidad que son axiales o consustanciales a ésta" (Corte Constitucional, C-249, 2012).

Así mismo, si la competencia no fuera un límite al poder de reforma, se podría permitir entonces que cualquier órgano del Estado mediante un procedimiento ajustado a la norma modificara la Constitución. Esto es inadmisible, pues la Carta establece claramente quien tiene esta función (Corte Constitucional, C-551, 2003).

Por lo anterior, es factible señalar que la doctrina de la sustitución no es una excusa utilizada por el Tribunal Constitucional colombiano para realizar revisiones materiales a la Carta Superior, sino que es una herramienta interpretativa utilizada para evitar que el poder constituido suplante al poder constituyente y que además encaja dentro de las funciones que le atribuye el artículo 241 superior. Además, existen otros motivos que más allá de la vista jurisprudencial apoyan la existencia de la doctrina de la sustitución. Estos giran entrono de la defensa de una disminución de concentración de atribuciones en el poder ejecutivo y la tarea de la rama judicial en limitar excesos de las otras ramas.

Buena parte de las constituciones de los países latinoamericanos a lo largo de la historia poscolonial se han caracterizado por contener amplias cartas de derechos que reflejan las luchas sociales de la época, como por ejemplo la incorporación de derechos sociales y económicos o específicamente el reconocimiento de las comunidades indígenas como sujetos de derechos. Sin embargo, la organización del poder parece haber sido impermeable a estas reformas y se ha mantenido similar en los últimos 200 años (Gargarella, 2014). Colombia no ha sido la excepción y como consecuencia de ello nuestro país a pesar del gran cambio constitucional de 1991 sigue siendo una república hiperpresidencialista[6] (Arango, 2019).

El hiperpresidencialismo es considerado como la sobre acumulación de facultades y responsabilidades en la rama ejecutiva del poder público, en concreto la figura del presidente (Gargarella, 2014). Para Nino (Citado en Ospina, 2020) esta exacerbación del presidencialismo se caracteriza porque el presidente tiene la función de nombrar a su gabinete y a buena parte de los funcionarios de la rama ejecutiva, tiene desmedidas posibilidades de reglamentar leyes, puede entrometerse en el control de la rama legislativa y la rama judicial, el territorio nacional es administrado con un excesivo centralismo y sus facultades en los estados de excepción son desbordadas.

Con la Constitución de 1991 es cierto que se creó una estructura del Estado más resistente al poder presidencial eliminando varias funciones en las que el presidente podía elegir sin mayor

[6] Si bien la Constitución de 1991 trajo consigo un equilibrio de poderes más robustecido, el hiperpresidencialismo de la Constitución de 1886 muto para seguir siendo parte del diseño institucional. Así, el ejecutivo paso de dominar a través del abuso de los Estados de Excepción y la capacidad de nominar a latos cargos del Estado a hacer uso de "herramientas transaccionales". Ejemplo de ello han sido los conocidos como cupos indicativos o la negociación del Gobierno Nacional con los Congresistas para que a través de favores burocráticos (como nombramientos en cargos diplomáticos o "ternas de un solo candidato") aprueben sus proyectos más importantes (Arango, 2019, p. 105-106).

control por ejemplo al Procurador General de la Nación y estableciendo controles legislativos y judiciales a los estados de excepción. Aun así, hoy la rama ejecutiva en Colombia puede cohesionar a las otras dos ramas del poder público a partir de herramientas transaccionales (Arango, 2019).

Es aquí donde la Corte Constitucional cobra un gran peso para el sostenimiento del Estado Social de Derecho y donde la doctrina de la sustitución se presenta como una herramienta jurídica capaz de frenar los abusos del hiperpresidencialismo. De acuerdo con Bernal (2013) en condiciones en las que son casi nulas las posibilidades de control político al gobierno, la teoría de la sustitución puede ser usada para evitar que las enmiendas constitucionales sean arbitrarias y desconozcan el contenido original de la Carta creada por el poder constituyente originario.

Otro argumento a favor de la doctrina de la sustitución, es que esta compensa el débil control político del Congreso colombiano. Agudelo (2020) señala en defensa del control fuerte de constitucionalidad, que una condición para que exista un control popular de constitucionalidad es la existencia de una representación parlamentaria efectiva. Sin embargo, en Colombia el ejercicio legislativo ha demostrado su preferencia por la ponderación a favor de grupos económicos privados. Así:

> "Instaurar un modelo democrático de constitucionalidad para países como Colombia, requiere una representación parlamentaria efectiva. Sin embargo, el Congreso de la República resulta ser una de las instituciones con peor imagen de favorabilidad en el país, respecto a la ciudadanía. La razón está en la ponderación de intereses económicos privados y la representación ciudadana, cuyos resultados han demostrado múltiples casos de incumplimiento en la racionalidad de la legislación colombiana" (Agudelo, 2020, p. 117).

Frente a este panorama la doctrina de la sustitución sirve para limitar el poder de reforma de un cuerpo colegiado poco representativo y evita que este se sobreponga al poder soberano del pueblo al modificar ejes definitorios de la Constitución. De igual forma, aunque el Congreso puede mediante actos reformatorios de la Carta presentar reformas con un amplio respaldo democrático esto no significa que estos cambios respeten la esencia de la Carta fundamental.

Así, encontramos el caso de la prisión perpetua para violadores y homicidas de menores de edad. Han sido varios los intentos de instaurar esta pena en Colombia, como en el caso del referendo impulsado por la senadora Gilma Jiménez o diferentes proyectos de Acto Legislativo.

En el 2020 el Congreso logró aprobar esta sanción eliminando la prohibición de cadena perpetua del artículo 34 de la Constitución.

Si bien el Acto Legislativo 01 de 2020 fue recibido por un gran apoyo popular, la medida era abiertamente contraria a principios constitucionales y del bloque de constitucionalidad. Debido a ello la Corte Constitucional terminó declarando inexequible esta reforma mediante la sentencia C-294 de 2021 por sustituir ejes definitorios de la Carta como al Estado Social y Democrático de Derecho fundado en la dignidad humana y la resocialización (Nossa, 2022). Aquí el poder contramayoritario del Tribunal, acompañado de la doctrina de la sustitución justifica en razón a la protección a un grupo vulnerable de personas que se encuentra en minoría.

De acuerdo con Nino (1989) el hecho de que los miembros de los tribunales constitucionales no sean elegidos por voto popular no los hace carecer de legitimidad. Su legitimación para tomar decisiones contrarias a la opinión de las mayorías se funda en que son una institución creada y dotada de autoridad por el constituyente originario. Las mayorías no pueden decidir abiertamente en contra de los derechos de las minorías. De esta forma la doctrina de la sustitución protege a estos grupos frente a reformas constitucionales contrarias a sus garantías fundamentales.

CONCLUSIONES

El desarrollo jurisprudencial que la Corte Constitucional ha dado a la doctrina de la sustitución se nutre tanto de antecedentes nacionales como internacionales. Así, la dogmática que utilizado el alto Tribunal desde el año 2003 encuentra la base de sus conceptos en sentencias de la Corte Suprema de India de donde extrae la teoría de la estructura básica de la Constitución; pero también de la Corte Suprema de Justicia antes de la asamblea constituyente de 1991, donde ya se debatía acerca de posibilidad que tenía la jurisdicción constitucional de realizar control a los actos reformatorios de la Carta.

Así, la Corte Constitucional ha construido y definido los elementos del test de sustitución en los últimos años, haciéndolo cada vez más riguroso y dejando claridad de cuales son aquellos ejes esenciales que dan identidad a la Constitución de 1991 y que por su relevancia al permear todo el ordenamiento jurídico superior, solo pueden ser sustituidos por el poder constituyente originario.

Las críticas en torno al test se han enfocado en demostrar que este sobrepasa las funciones que el artículo 241 superior otorga al Tribunal Constitucional pues consideran que al realizar este examen a los actos legislativos se tiene que hacer una valoración del contenido de los mismos. Sin embargo, la Corte ha insistido que la falta de competencia es un vicio de forma y que para poder identificar si el Congreso estaba facultado para llevar al cabo un determinado cambio en la Constitución, es necesario precisar sus ejes principales, lo cual no significa hacer un análisis de fondo.

Criticas más recientes atacan lo que consideran un debilitamiento del sistema de pesos y contrapesos colombiano, concretamente en la sentencia C-373 de 2016. En este fallo la Corte declaró inexequible un acto legislativo que pretendía reforzar el equilibrio institucional creando nuevos organismos como la Comisión de Aforados, pero al usar el test de sustitución no dejó claramente establecidas las razones por las que esta reforma sustituía el principio de autonomía de la rama judicial.

Si bien las críticas que se han generado al uso de esta teoría por parte de la Corte Constitucional gozan de rigurosidad teórica y apuntan claras debilidades en su dogmática, los argumentos a favor demuestran que no necesariamente esto implica un exceso en las funciones del Tribunal. Por el contrario, la doctrina de la sustitución ha sido de gran importancia para limitar el abuso de los poderes legislativo y ejecutivo en contra del Estado Social y Democrático de Derecho.

Es necesario que la Corte siga trabajando en la construcción dogmática del test para superar algunos errores y que se especifique con más rigurosidad por qué se habla de la falta de competencia como un vicio de forma en los actos legislativos y no en el control de constitucionalidad a las leyes. Entre tanto el test seguirá siendo una herramienta jurídica útil contra el hiperpresidencialismo y los excesos de la rama legislativa.

REFERENCIAS

Agudelo Giraldo, O. A. (2020). ¿Es posible un sistema democrático de control de constitucionalidad en Colombia? En O. A. Agudelo Giraldo (Ed.), Derechos humanos,

democracia y poder judicial (págs. 101-119). Editorial Universidad Católica de Colombia. https://doi.org/10.14718/9789585133020.2020.5

Agudelo, S. (2015). Identidad Constitucional: límite a la reforma constitucional en Alemania, Italia y la India. Academia & Derecho, (11), 123-154. Recuperado de: file:///C:/Users/Sistems/Downloads/Dialnet-IdentidadConstitucional-6713579.pdf

Arango, A. (2019). Mutaciones del presidencialismo. La transformación del poder presidencial en Colombia (1974-2018). Estudios constitucionales, 17(2), 91-120. https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002019000200091

Bernal, C. (2013). Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine. International journal of constitutional law, 11(2), 339-357. Recuperado de: https://doi.org/10.1093/icon/mot007

Celemín, A. (2020). Sustitución constitucional: reflexiones a partir del principio de pesos y contrapesos. Prolegómenos, 23(46), 15-33. Recuperado de: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-182X2020000200015

Córdoba, J. (2007). Aplicación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al derecho constitucional colombiano. (pp. 667-684). Recuperado de: https://www.corteidh.or.cr/tablas/r38249.pdf

Ferreyra, R. (2019). Gobierno de los jueces. La Corte Constitucional de Colombia y la "segunda reelección presidencial. Derechos en Acción, 10(10), 245-245. Recuperado de: https://doi.org/10.24215/25251678e245

García, S. y Gnecco, F. (2016). La teoría de la sustitución: de la protección de la supremacía e integridad de la constitución, a la aniquilación de la titularidad del poder de reforma constitucional en el órgano legislativo. Vniversitas, núm. 133, julio-diciembre, 2016, pp.

59-103 Pontificia Universidad Javeriana Bogotá, Colombia. Recuperado de: https://www.redalyc.org/pdf/825/82548473003.pdf

Gargarella, R. (2014). La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010). Ed. Katz.

Guzmán, C., Lucio, C., y Fajardo, L. (2017). Análisis conceptual y metodología de la sustitución de la Constitución. En Ed. Fajardo y González. La sustitución de la constitución: un análisis teórico, jurisprudencial y comparado. (pp. 111-140). Universidad Sergio Arboleda. http://repository.usergioarboleda.edu.co/handle/11232/886

Moreno, L. (2017). La doctrina de la sustitución de la Constitución en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (1910-1991). En Ed. Fajardo y González. La sustitución de la constitución: un análisis teórico, jurisprudencial y comparado. (pp. 59-110). Universidad Sergio Arboleda. http://repository.usergioarboleda.edu.co/handle/11232/886

Nino, C. S. (1989). La filosofía del control judicial de constitucionalidad. Revista del Centro de Estudios Constitucionales, (4), 79-88. Recuperado de: https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1049078.pdf

Nossa, A. (2022). Imposibilidad jurídica para el establecimiento de la cadena perpetua en Colombia a la luz de la jurisprudencia nacional. Trabajo de Grado. Universidad Católica de Colombia. Facultad de Derecho. Bogotá, Colombia. Recuperado de: https://hdl.handle.net/10983/27457

Ospina, S. (2020). Del presidencialismo al hiperpresidencialismo: una realidad innegable en América Latina. Revista Criterio Libre Jurídico. Universidad Libre seccional Cali. Recuperado de: http://dx.doi.org/10.18041/1794-7200/clj.2020.v17n2.7080

Quinche, M. (2013). El control de constitucionalidad. Editorial Universidad del Rosario

Ramírez, G. (2019). Origen y desarrollo de la Estructura Básica de la Constitución de la India. Ámbito Jurídico. Recuperado de: https://www.ambitojuridico.com/noticias/etcetera/constitucional-y-derechos-humanos/origen-y-desarrollo-de-la-estructura-basica-de

Ríos, J. (2019). Los elementos esenciales de la Constitución. Un análisis desde el control judicial de la Corte Constitucional. Ed. Universidad de Antioquia. Recuperado de: https://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/13597/1/RiosFredy_2019_ElementosEsencialesConstituci%C3%B3n.pdf

Silva, L. & Contreras, F. (2020). La doctrina de la sustitución de la Constitución en Colombia. Estudios constitucionales, 18(1), 395-434. Recuperado de: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S071852002020000100395&script=sci_arttext&tlng=p

Uprimny, R. y García, M. (2005) Corte Constitucional y emancipación social en Colombia. Recuperado de: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:JC8JYdJalbEJ:derechoycambiosocial.pbworks.com/f/VillegasUprimny2-Version%252Bcompleta%252Bespa%2525C3%2525B1ol%255B1%255D.doc+&cd=10&hl=es-419&ct=clnk&gl=co

Uprimny, R. (2007). La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos. Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos, 4, 52-69. Recuperado de: https://www.scielo.br/j/sur/a/ZgmvQKYdgyJFCv5hTHDYygS/abstract/?lang=es

Zamora, A. (2018). Reforma sin sustitución de la Constitución: constitucionalidad de la Jurisdicción Especial para la Paz aprobada por el del Acto Legislativo 01 de 2017. Trabajo de Grado. Universidad Católica de Colombia. Facultad de Derecho. Bogotá, Colombia. Recuperado de: http://hdl.handle.net/10983/15988

Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. Sentencia C-1040 (19 de octubre de 2005). [M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández]

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. Sentencia C-141. (26 de febrero de 2010). [M.P. Humberto Antonio Sierra Porto].

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. Sentencia C-551 (09 de julio de 2003). [M.P. Eduardo Montealegre Lynett].

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. Sentencia C-588 (27 de agosto de 2009). [M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo].

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-1200 (09 de diciembre de 2003). [M.P. Rodrigo Escobar Gil y Manuel José Cepeda Espinosa].

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. Sentencia C-261. (18 de mayo de 2016). [M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez].

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. Sentencia C-294. (02 de septiembre de 2021). [M.P. Cristina Pardo Schlesinger].

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. Sentencia C-373. (13 de julio de 2016). [M.P. Alejandro Linares Cantillo y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo].

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. Sentencia C-249. (29 de marzo de 2012). [M.P. Juna Carlos Henao Pérez].

Corte Suprema de Justicia. (1978). Asamblea Constitucional. Ed. Corte Suprema de Justicia. Gaceta judicial, Jurisprudencia Constitucional. (pp. 91-126). Recuperado de: https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-

content/uploads/subpage/GJ/Gaceta%20Judicial/GJ%20CLVII%20n.%202397%20(1978).pdf