

# Rigidez constitucional ¿flexible? El papel político de la Corte en el debate sobre la reforma constitucional colombiana (2003-2007)\*

*Is the Constitutional rigidity flexible? The Court's political role in the Colombian constitutional reform debate (2003-2017)*

Michael Cruz Rodríguez\*\*

Doctor en derecho Universidad Nacional de Colombia, Colombia

[mcruzro@unal.edu.co](mailto:mcruzro@unal.edu.co)

<https://orcid.org/0000-0003-3185-6381>

Recibido: 20/11/17 Aprobado 04/04/18

DOI: <http://dx.doi.org/10.25054/16576799.1834>

## RESUMEN

En este artículo se sostiene que la Corte Constitucional colombiana ha desempeñado un importante papel político para evitar la concentración del poder y defender su posición institucional, mediante la creación de una doctrina de la sustitución de la constitución lo suficientemente dúctil como para responder a los desafíos del contexto político. Esto le ha permitido adoptar estratégicamente decisiones que intervienen en el ámbito político sin perder su carácter judicial ni minar la legitimidad del control constitucional. Con todo, la refracción de la teoría ha producido un nuevo elemento teórico paradójico: la flexibilidad de la rigidez constitucional en relación con ciertos contextos políticos. Para demostrar este argumento, se examinan todas las decisiones judiciales producidas por la Corte relacionadas conceptualmente con la doctrina y se evalúan sus efectos institucionales en el ámbito político.

## PALABRAS CLAVE

Corte Constitucional Colombiana; Control Judicial; Reforma Constitucional; Rigidez Constitucional; Sustitución de la Constitución.

## ABSTRACT

This paper argues the relevant political role that the Colombian Constitutional Court has played to avoid the concentration of power and to defend its institutional position by creating a doctrine of the constitution's substitution, ductile enough to respond to the challenges of the context. Its role has allowed it to strategically adopt decisions that take part in the political sphere without losing its judicial nature or undermining the legitimacy of the judicial review. However, the theory's refraction has produced a new paradoxical theoretical element: the flexibility of constitutional rigidity in relation to certain political contexts. To demonstrate this argument, all judicial decisions produced by the Court about the doctrine are conceptually examined as well as their institutional effects in the political sphere.

## KEYWORDS

Colombian Constitutional Court; Constitutional Reform; Constitutional rigidity; Judicial Review; Unconstitutional Constitutional Amendment.

\*Artículo de investigación

\*\*Quiero agradecer especialmente a los estudiantes de derecho de la Universidad Nacional de Colombia: Carlos Mario Portillo Hoyos, Jorge Alejandro Niño Sandoval, Oscar Iván Molina Ardila, Ana María Peralta Agudelo y Diana María Buitrago Useche, quienes aportaron en el trabajo de sistematización jurisprudencial. Igualmente, los comentarios de Fabián Peña Gómez y Hobeth Martínez Carrillo a los borradores del artículo.

## INTRODUCCIÓN

En el constitucionalismo contemporáneo, la reforma constitucional es tal vez el escenario en el que se discute con mayor intensidad la legitimidad y la legalidad del ejercicio de control judicial. Las cuestiones más debatidas son, por un lado, la existencia explícita o implícita de límites al poder de reforma, allende los procedimientos más exigentes de una Constitución rígida; y, por el otro, el alcance del control judicial para interpretar la presencia de dichas cláusulas y declarar inconstitucionales sus cambios o reformas. De allí que la discusión académica suele enfocarse en la justificación o la crítica a las intervenciones judiciales, más que en el papel político que desempeñan las cortes mediante la elaboración de sus doctrinas a largo plazo.

En este trabajo se argumenta que la Corte ha expandido su influencia política mediante una doctrina, en lo formal, más o menos coherente que le permite actuar estratégicamente para evitar la concentración del poder y defender su posición institucional como guardiana de la Constitución. Esta hipótesis se evidencia mediante el análisis de la estructura de la doctrina de la sustitución de la constitución y su *ductilidad* para responder a las demandas del contexto político, flexibilizando incluso la idea de rigidez constitucional. Así, la influencia de la Corte ha operado con eficacia sobre el Congreso, el presidente y los demandantes actuales y potenciales, reforzando su competencia judicial en coyunturas particulares como los debates sobre la reelección presidencial o el proceso de paz con la guerrilla de las Farc-EP.

Para desarrollar esta idea el artículo se divide en dos secciones. La primera presenta los aspectos *dúctiles* de la doctrina de la sustitución de la constitución que expanden el alcance de la influencia de la Corte y sus perplejidades teóricas. La segunda analiza el éxito político de la doctrina y la paradoja constitucional que ha generado, no obstante lo cual, no ha minado las bases de la legitimidad judicial. Al final se presentan las conclusiones del estudio.

### 1. UNA PREOCUPACIÓN CONSTITUCIONAL GLOBAL

A escala global parece ir aceptándose la tesis de la existencia de límites explícitos o implícitos al poder de reforma y su consecuencia en términos del control judicial (Roznai, 2013). Cuando esta tesis no es aplicada por las cortes es sugerida por los doctrinantes, tal como lo hace Chan (2017) en el caso de Singapur. Asimismo, un gran volumen de literatura reciente se ha ocupado de los procedimientos formales de reforma constitucional (Albert, 2014; 2017), de

las vías informales que transforman la constitución (Albert, y Bernal, 2016; Cruz-Rodríguez, 2017) y de la posibilidad de que existan reformas constitucionales inconstitucionales (Jacobsohn, 2006; Samar, 2008; Colón-Ríos, 2008; Roznai, 2014; Albert, 2016; Doyle, 2017, pp. 73-96). Como extremos paradigmáticos suelen citarse Estados Unidos y Alemania, aunque el mayor desarrollo y crítica del control judicial a las reformas constitucionales se encuentra en países del hemisferio sur.

Los seguidores del modelo estadounidense plantean que la fórmula *genuinamente* democrática es excluir el control judicial material, en la medida en que así se protege la soberanía popular y se respeta la rigidez constitucional, pues no deben existir límites al poder de reforma (Benítez-Rojas, 2014). En el otro extremo se encuentra el caso alemán, cuya Constitución contempla explícitamente aspectos intangibles que pueden ser defendidos por el Supremo Tribunal Federal (Goerlich, 2008). Tal y como ha sucedido especialmente para condicionar la aplicación del derecho de la comunidad europea en el proceso de integración (Agudelo, 2015, pp.136-139; Faraguna, 2016).

En ambos casos las constituciones prevén procedimientos más complejos para la reforma constitucional, pero contemplan una manera diametralmente opuesta del ejercicio de control judicial.

Algunos autores suelen poner a Estados Unidos como un *ejemplo-excepción* en el que mayor rigidez constitucional y *estabilidad democrática* implican un menor uso del poder de reforma (Baber, 2014)<sup>1</sup>. A su vez, en forma inversamente proporcional se presentaría el control judicial: a menor estabilidad y rigidez, mayor intervención judicial. Este argumento se complementa con la idea de que la democracia liberal puede ser socavada mediante el uso de mecanismos de reforma, lo que Landau, D. (2013) denomina *constitucionalismo abusivo*. Fenómeno que se produce *principalmente* en países periféricos ante las amenazas contra la democracia, y frente al cual se justifica la intervención judicial (Dixon y Landau, 2015).

Los planteamientos institucionales centrados en Norteamérica, sin embargo, dejan de lado concepciones de democracia distintas a la liberal, refuerzan la idea de que solo el norte global tiene un constitucionalismo desarrollado y neutralizan las disputas políticas del contexto doméstico (González - Jácome, 2015; 2017). La consecuencia es la invisibilización de historias y pugnacidades que permiten comprender la existencia de límites al poder de reforma en *nuevas democracias* ubicadas en la

<sup>1</sup>Según Albert, R. (2016a), aunque Estados Unidos es excepcional, la rigidez constitucional es menor en las constituciones de cada Estado.

periferia (Halmai, 2015). Asimismo, opaca alternativas en otras latitudes que aportan soluciones de control judicial sin partir de los mismos presupuestos liberales (González-Jácome, 2017; Bieñ-Kacala, Csink, Milej, y Serowanec, 2017).

En efecto, el ejemplo con mayor influencia global es la doctrina de la *estructura básica de la constitución* desarrollada por la Corte Suprema de la India desde 1964, la cual se ha expandido con éxito por África, el sudeste asiático, América Central y Latinoamérica (Colón-Ríos, 2013; Roznai, 2013; 2014, pp. 48-80; Malek, 2017). Según esta teoría, existen límites implícitos al poder de reforma como la identidad misma de la Constitución y sus características definitorias, una suerte de valores o principios que no pueden ser suprimidos o transformados, cuya inferencia o identificación corresponde al poder judicial (Krishnaswamy, 2009; Gupta, 2016). De hecho, India no solo ha sido el ejemplo para Colombia sobre la revisión de las reformas basada en la defensa de los derechos (Benítez-Rojas, V. F., 2017), sino que, incluso, algunos autores recomiendan la aplicación de la misma doctrina por parte de cortes internacionales de justicia (Passchier y Strempler, 2016).

Por supuesto, el uso de dicha doctrina no ha estado exento de críticas, especialmente cuando la Constitución no establece límites explícitos al poder de reforma y la *estructura básica* de la Constitución es producto de una inferencia de las cortes. Para Mohallen, (2011), en países como India, Sudáfrica y Brasil, la existencia de dicha estructura *inmutable* ha transferido, del poder legislativo al judicial, la prerrogativa de interpretar y transformar la Constitución. De ese modo se exacerba la dificultad contramayoritaria: se vuelve “*super* contramayoritaria” para usar los términos de Albert (2009, p. 43), en tanto la última palabra sobre la reforma constitucional corresponde a las cortes (García-Jaramillo y Gneco-Estrada, 2016).

En Colombia, la Corte Constitucional ha construido la doctrina de la sustitución de la Constitución inspirada inicialmente en la Corte Suprema de la India. Para García (2016), el origen de la doctrina es la Constitución de Weimar y los debates sobre sus procedimientos de reforma, tanto lo que se puede reformar y los titulares de dicho poder de reforma, cuya recepción defectuosa en Colombia, según este autor, tuvo como resultado una corte que constituye un poder judicial ilimitado y debe autorestringirse. En la primera decisión judicial al respecto, la Corte mencionó que los límites al poder de reforma han sido discutidos en varios países, pero solamente se refirió a la India y citó sus decisiones más importantes (CConst, C-551/03 Montealegre, nota al pie No. 19).

Pese a que la mayoría de sus intervenciones hayan sido inhibitorias y hayan establecido mayores

requisitos argumentativos a las demandas que aleguen el remplazo de la Constitución, la Corte Constitucional colombiana ha adoptado sesenta y seis decisiones entre 2003 y 2017 en las que menciona dicha teoría en términos conceptuales. Reforzando una suerte de metodología de análisis de las reformas constitucionales que presuntamente sustituyen la Constitución, y ha evaluado la constitucionalidad de reformas constitucionales cruciales en el ámbito político (Molina-Ardila, Niño-Sandoval y Peralta-Agudelo, 2018). Así, no solo se ha ubicado en el ámbito del derecho comparado como un referente del ejercicio del control judicial sobre las reformas constitucionales, sino que ha afianzado su autoridad en el sistema político y judicial.

### 1.1. Sustitución o reforma: el alcance del control judicial

En Colombia, los antecedentes de los límites al poder de reforma y el carácter del control judicial sobre los mismos se remontan a algunas constituciones del siglo XIX y a dos coyunturas políticas: el Frente Nacional en 1957 y la convocatoria a una Asamblea Constitucional en 1977. Según García-Jaramillo y Gneco-Estrada (2016) las cartas políticas de 1821 (Art. 190), 1830 (Art. 164), 1832 (Art. 218) y 1843 (Art. 172) prohibían la reforma constitucional de ciertos elementos, tales como la forma de Estado y algunas libertades civiles. De hecho, el *Acuerdo sobre la reforma constitucional* de 1885, que fungió como base de la Constitución de 1886, sería el contenido constitucional reconocido como irreformable en esta (Moreno-Ortiz, 2015, p. 76). Estos antecedentes remotos evidencian que lo nuevo del debate no son los límites al poder de reforma sino, más bien, el alcance del control judicial.

Posteriormente, entre 1957 y 1976 la Corte Suprema de Justicia se restringió a ejercer una revisión de forma y no de fondo sobre algunas reformas, lo cual se puede rastrear en dos hitos históricos. El primero fue la demanda contra el decreto presidencial (D247/57) que formalizó el Frente Nacional y el segundo fue la demanda contra la reforma política del AL 01/68 (Cajas, 2015, pp. 399-406; y 2015a, pp. 92-108). En ambos casos la Corte Suprema de Justicia se abstuvo de ejercer control material y se restringió a revisar el procedimiento de reforma. Se trató de decisiones divididas con extensos salvamentos de voto que debatieron el peligro del *gobierno de los jueces* (Moreno-Ortiz, 2015, pp. 66-79)

Este criterio cambió frente a la convocatoria a una Asamblea Constitucional en 1977 (Acto legislativo, AL 02/77). En esta ocasión, con el apoyo del Ministerio Público y en una decisión dividida, la Corte Suprema asumió la competencia del control material o de fondo y sostuvo que el poder de reforma debe conservar la identidad política de la Constitución así como el

fundamento de su propia competencia, dentro del que se encuentra la *rigidez constitucional* (Moreno-Ortiz, 2015, pp. 79-89). Esta posición fue reiterada en varias decisiones sobre reformas políticas y al procedimiento legislativo, una en la que se demandó el AL 01/68 y otra contra el AL 01/79 (Moreno-Ortiz, 2015, pp. 90-100). El último antecedente relevante sería la revisión de los decretos que dieron origen a la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, frente a los que la Corte Suprema de Justicia no cuestionó su propia competencia judicial y dio vía libre a la expresión de la *autoconvocatoria del pueblo*.

Con el advenimiento de la Constitución de 1991 y hasta el 2002 el criterio sobre la competencia para el control de fondo volvería a ser el inicial. La Corte se restringió al control de aspectos formales y osciló entre el control formal integral y los fallos limitados a los aspectos directamente señalados por el demandante (Moreno-Millán, 2016, pp. 259-262). Sin embargo, es a partir de 2003 que inicia la construcción de una doctrina más ambiciosa sobre el control judicial a la reforma de la Constitución.

Igual que la doctrina de la tutela contra sentencias, la doctrina de la sustitución de la Constitución plantea un *uso excepcional*, o de *ultima ratio*, que ha sido relativamente normalizado dada la frecuencia de las demandas (CConst, C-1041/05 F. 7 Cepeda, Escobar, Monroy, Sierra, Tafur y Vargas Hernández; CConst, C-053/16 Linares). Este control solamente se aplica, en teoría, cuando se presenta un reemplazo o una alteración material desproporcionada de la identidad de la Constitución originada en el poder constituido, en tanto un cambio de tal entidad corresponde al poder constituyente que es el soberano. Así, este vicio o exceso de competencia del poder constituido es justiciable ante la Corte como guardiana de la Constitución y por tanto legitimada para analizar si aconteció o no el reemplazo.

Los elementos más importantes de la doctrina, que fueron impulsados en dos decisiones de 2003 (CConst, C-551/03 Montealegre y CConst, C-1200/03 Cepeda y Escobar), fueron los siguientes: a) la distinción analítica entre reforma y sustitución a partir de la diferencia entre el poder constituido y el poder constituyente, b) la constatación de que no existen *cláusulas pétreas* o inmodificables en la Constitución de 1991, c) que, pese a lo anterior, sí existen *límites materiales implícitos* al poder de reforma del constituyente derivado o secundario para que no exceda su competencia, y, por consiguiente, d) además, el juicio que corresponde a la Corte tiene una metodología distinta a la revisión por violación de normas constitucionales, las cuales preexisten al juicio y no deben ser inferidas caso por caso como sucede con los elementos definitorios de la Constitución. Lo anterior no significa efectuar un control material de las reformas, sino solamente fijarse en la competencia

de quien pretende realizar la reforma.

La metodología (test o juicio) de inconstitucionalidad por sustitución fue refinada en las decisiones judiciales que siguieron (CConst, C-888/04 Vargas Hernández, CConst, C-970/04 Escobar y CConst, C-971/04 Cepeda). Allí se precisó que evaluar la competencia del poder constituido, según la entidad de la reforma, no constituye un control material sino un control formal. Pese a que no existan cláusulas pétreas, el parámetro de *control de la competencia* consiste en construir un *silogismo* conducente a evidenciar el reemplazo o supresión parcial o total de la Constitución. De ese modo, se supone que es posible construir una premisa mayor, que dé cuenta de los límites materiales implícitos o elementos definitorios de la Carta, para lo que se deben tener en cuenta los principios o valores que le dan identidad; una *premis menor*, que muestra la magnitud del cambio constitucional por vía de reforma; y una *conclusión*, que determina si existió una extralimitación del poder de reforma comparando las dos premisas anteriores.

Este resultado es evaluado según la aptitud para transformar la identidad de la Constitución, en tanto una reforma puede ser armonizada con los demás elementos esenciales de la Constitución, pero no así una sustitución (CConst, C-1040/05 Cepeda, Escobar, Monroy, Sierra, Tafur y Vargas Hernández). Los últimos pasos del *método* evalúan el resultado que tendría la reforma y su impacto institucional (CConst, C-588/09 Mendoza). El *test de efectividad*, como lo llamó la Corte, busca (i) identificar la diferencia entre las normas antes y después de la reforma, (ii) evitar que existan normas particulares que rompan con la universalidad que deben tener las normas constitucionales, y (iii) proscribir “modificaciones tácitas o de imposible, difícil o dudoso conocimiento” (CConst, C-249/12 Henao, F. 5.2.11).

Dicho *test de efectividad* es un intento de acomodar el test de proporcionalidad de Alexy (1989) atendiendo a los efectos de la decisión. Lo cual hace que los críticos, tanto a dicho autor como a los fallos de la Corte, tomen las decisiones judiciales como subjetivas y artificiosas. Efectivamente, la Corte advirtió tempranamente el peligro de *subjetivismo* que implica este juicio, así como el de *petrificar cláusulas constitucionales* por vía de decisiones judiciales, y decidió incrementar la carga argumentativa que corresponde a los demandantes (CConst, C-572/04 Uprimny, CConst, C-1124/04 Monroy, CConst, C-1056/12 Pinilla). Dentro de estos requisitos se encuentran precisamente la exigencia de argumentar con base en la metodología fijada por la Corte, ofreciendo razones que permitan construir inductivamente los elementos definitorios de la Constitución. Así, la Corte ha optado por inhibirse estratégicamente en la mayoría de demandas por sustitución, las cuales no cumplen con dicha carga argumentativa según el parecer de la mayoría (Cajas,

2004; Molina-Ardila; Niño-Sandoval y Peralta-Agudelo, 2018).

**1.2. Ductilidad de la doctrina**

La *ductilidad* de la doctrina creada por la Corte en más de una década ha permitido que sus decisiones tengan un mayor alcance político (Véase la Tabla 1). Mediante el análisis de la estructura de la propia doctrina se puede verificar la ampliación de algunas dimensiones conceptuales: 1) Fijar el problema de la sustitución como un asunto de competencia del poder constituido, pese a que así no estuviera planteado por los demandantes en la decisión original (CConst, C-551/03 Montealegre), posteriormente estos sí estuvieron sometidos a las reglas judiciales para alegar dicho *vicio competencial*

o la falta de competencia para realizar la reforma. 2) Expandir el rango de los actores objeto de control, incluso intentando *positivizar o formalizar* las manifestaciones del poder constituyente, de modo que pudiera juzgar mecanismos de reforma con mayor participación ciudadana, como el referendo (CConst, C-572/04 Uprimny, CConst, C-397/10 Henao, F. 2, CConst, C-141/10 Sierra, F. 1.3). 3) Y, por último, crear una especie de *esfera de lo indecible*, para usar los términos de Ferrajoli, L., (2008), a partir de la identificación de algunos principios *insustituibles* como parámetros de juicio, lo suficientemente vagos como para liberarse de presiones externas, maniobrar la incertidumbre política e incentivar la reproducción de su discurso (Staton y Vanberg, 2008; Corley y Wedeking, 2014).

Dimensiones Conceptuales	Expansiones
Problema jurídico	La Corte puede tomar como parámetro normativo otras normas constitucionales y no solo aquellas del título XIII de la Constitución, tales como el reglamento del Congreso (C551/03 Montealegre, C816/04 Córdoba y Uprimny) No se puede hacer control constitucional material o de fondo de una reforma porque ello equivale a petrificar la Constitución (C551/03 Montealegre, C816/04 Córdoba y Uprimny) Vicio competencial: la incompetencia es un vicio de procedimiento, pues si quien expide el acto jurídico no tiene la competencia para ello, el acto no puede considerarse constitucional por más que se ajuste al trámite; por consiguiente, el exceso en el vicio de competencia puede ser juzgado por la Corte (C551/03 Montealegre, C153/07 Vargas Hernández, C293/07 Escobar) El juicio de sustitución (Metodología) no consiste en confrontar normas constitucionales, sino en aplicar el test de efectividad que significa examinar si las normas constitucionales seguirían siendo las mismas (C588/09 Mendoza, C699/16 Calle) El poder constituyente no está sometido a límites jurídicos, en cambio el poder de reforma es derivado y limitado (C551/03 Montealegre, C970/04 Escobar) Si se identifica un vicio de procedimiento no hay que examinar la competencia —uso subsidiario— (C816/04 Córdoba y Uprimny)
Competencia	Vicio competencial justifica el control constitucional: La Corte es competente para controlar los vicios de competencia, el cual no equivale a control de fondo, se circunscribe a analizar si la Constitución fue sustituida por otra (C551/03 Montealegre). Lo anterior en virtud de que a ella se le confió la guarda e integridad de la Constitución (C888/04 Vargas Hernández). El referendo como mecanismo de reforma constitucional no es democracia directa pura y está sujeto a control judicial (C572/04 Uprimny –e-, C397/10 Henao) La Corte es competente para realizar el test de efectividad (C588/09 Mendoza, C249/12 Henao).
Agentes	Solo el poder constituyente puede sustituir la Constitución. El poder constituyente cuando actúa como poder constituido tiene control constitucional, casos de referendo (C572/04 Uprimny –e-, C397/10 Henao)

Soluciones	Mayor carga argumentativa para demandar por sustitución (C1200/03 Cepeda y Escobar, C888/04 Vargar H., A063/05 Tafur, A283/06 Tafur, C153/07 Vargas Hernández, C293/07 Escobar) Definición inductiva y vaga de elementos definitorios de la Constitución: <i>Principio de separación de poderes</i> (C1040/05 Cepeda, Escobar, Monroy, Sierra, Tafur y Vargas Hernández, C1056/12 Pinilla), <i>Principio de carrera administrativa</i> (C588/09 Mendoza, C249/12 Henao), <i>Principio de alternación en el poder</i> (C141/10 Sierra), <i>Principio de autogobierno judicial</i> (C285/16 Guerrero), <i>autonomía e independencia de la rama judicial</i> (C373/16 Linares y Mendoza), <i>Competencia deliberativa y decisoria del Congreso—como núcleo del Principio de separación y equilibrio de poderes—</i> (C332/17 Lizarazo).
------------	--

Tabla 1 Ductilidad de la doctrina de la sustitución constitucional en la dogmática jurisprudencial

Fuente: Elaboración del autor

### 1.3. La discusión académica

La literatura relacionada con la sustitución de la Constitución y algunos salvamentos de voto resaltan perplejidades teóricas frente a la democracia y algunas falacias lógicas en términos de la teoría del derecho. En términos teórico-jurídicos, se concluye que las decisiones no obedecen a parámetros de corrección estrictos sino más bien a estrategias judiciales guiadas por el resultado de la decisión. En términos de la democracia, los resultados de la decisión apuntan a evitar la concentración del poder y defender los derechos fundamentales aunque la capacidad de la Corte parezca ilimitada en dicha actividad.

Las críticas, desde el punto de vista de la teoría del derecho, se derivan de la interpretación que hace la Corte de su propia función, al dar un alcance más allá del literal al artículo que la faculta para controlar reformas “solo por vicios de procedimiento en su formación” (Art. 241 No. 1 CP). Pues la Corte sostiene que está legitimada para evaluar la competencia sin que esto implique un control material o de fondo<sup>2</sup>, mientras que los críticos afirman que esta debe restringirse a lo que textualmente establece la Constitución (Ramírez-Cleves, 2006).

De ese modo suelen presentarse las siguientes críticas a la coherencia de la doctrina. En primer lugar, la contradicción entre afirmar que la Constitución no tiene *cláusulas pétreas* y al mismo tiempo sostener que existen elementos definitorios de la misma, pues la identificación por vía judicial conduciría a una suerte de petrificación (García - Jaramillo y Gnneco - Estrada, 2016, pp. 77-80). En segundo lugar, la contradicción en que incurre la Corte al señalar que el poder constituido, representado por el Congreso, no puede exceder su competencia, pero que la propia Corte sí puede hacerlo cuando supervisa o vigila que

el Congreso no incurra en excesos, pese a que la Corte también es un poder constituido (Benítez-Rojas, 2012). Finalmente, la crítica más importante se refiere a la imposibilidad lógica de inferir los elementos definitorios de la Constitución como parámetro de control de constitucionalidad, pues eso significa plantear la existencia de *normas supraconstitucionales* o con mayor jerarquía que la propia Constitución (Benítez-Rojas, 2014; Benítez-Rojas y González, 2015).

Desde el punto de vista teórico sobre la democracia, además de reiterarse las críticas generales a la legitimidad del poder judicial, se plantea el carácter ilimitado de su poder. En general, los críticos suelen asociar la facultad que la propia Corte se adjudicó mediante el uso de la doctrina, al *decisionismo* y la arbitrariedad (Moreno-Millán, 2016; García, 2016, p. 242). Para ello se apoyan en Carl Schmitt e incluso comparan el ejercicio del control de la Corte con las razones de Estado del Tercer Reich, en términos de la carencia de legitimidad y de sustento legal (Jaramillo-Giraldo, 2013, pp. 328-330). Empero, el mismo Schmitt es usado, incluso por la propia Corte, para justificar la diferencia entre el poder constituyente y el poder constituido, la cual se encuentra en la base de la doctrina.

Algo similar sucede con Hans Kelsen (Jaramillo-Giraldo, 2013, pp. 323-327)<sup>3</sup>. Basados en él, los críticos sostienen que en su teoría la norma fundamental carece de contenido *prima facie* y que toda facultad, como la supervisión ejercida por la Corte, debe estar previamente estipulada de manera expresa, pues quien no tiene competencia para expedir un acto no tiene competencia para seguir un procedimiento. Así lo planteó el magistrado Escobar en una aclaración de voto, en contra de la posición de los ponentes (AV CConst, C-816/04 Escobar).

<sup>2</sup>Algunas decisiones admitieron que valorar la competencia significaba hacer un control material específico, tal como la CConst, C-472/06 Cepeda. Jaramillo-Giraldo, J. E. (2013, p. 335) sostiene que esa fue la posición inicial en la primera decisión al respecto, pero finalmente la Corte tomó el asunto como procedimental.

<sup>3</sup>Schmitt y Kelsen dominan el debate teórico en la literatura nacional, con algunas excepciones como Benítez-Rojas, (2014). Rawls no ha sido instrumentalizado en defensa de la doctrina como sugiere Kelbley (2004) respecto a Estados Unidos.

Por su parte, los defensores plantean que el argumento de la competencia sigue siendo un argumento formal aplicable al poder constituido representado por el Congreso y no a la Corte, pues el soporte jurídico de las decisiones de la Corte se encuentra en su función de guardiana de la Constitución. Adicionalmente, cuando la Corte ejerce control no mina las bases de su propia competencia, pues es precisamente la defensa de principios y valores definitorios de la Constitución lo que le da sentido a sus intervenciones.

La conclusión que se deriva de estas críticas es un llamado generalizado a la autorrestricción judicial (González-Bertomeu, 2017, p. 22; García, 2016). Otras fórmulas sugieren arreglos institucionales que delimiten la competencia de la Corte, tales como establecer cláusulas pétreas o someter a referendo ciudadano las reformas constitucionales que afecten derechos fundamentales (Durango-Álvarez, 2015). Pero antes que debilitar la doctrina de la Corte han permitido su reproducción.

Pese a las críticas y los intensos debates teóricos, el papel que desempeña la Corte dentro del sistema político es considerado legítimo como freno a la concentración del poder y por eso se justifican los límites sustantivos al poder de reforma (Gómez-Albarello, 2012). Por ejemplo, Bernal (2013), aunque comparte las críticas a la lógica jurídica usada por la Corte, estima que sus actuaciones han servido para menguar el *hiperpresidencialismo* latinoamericano, y para hacer contrapeso a las mayorías políticas en el Congreso (Ramírez-Cleves, 2008). En la misma dirección, Dixon y Landau (2015), sostienen que, dado que las reformas constitucionales pueden usarse abusivamente en contra de la democracia liberal, la Corte puede intervenir legítimamente en algunos eventos como guardiana de la democracia. Esto sería especialmente válido en contextos en los que las modificaciones de la Constitución son relativamente fáciles de realizar (Albert, 2017a). Con todo, estas propuestas no reparan en el carácter netamente jurídico de la doctrina sino, más bien, en el contexto, asumiendo que la causa de las decisiones siempre es política (Dixon y Landau, 2015; Benítez-Rojas y González, 2016).

## 2. LOS RESULTADOS Y LAS PARADOJAS

Aunque las críticas apuntan a considerar que la Corte desconoce el poder constituyente o las mayorías, el uso efectivo de la doctrina ha sido restringido en las decisiones de inexequibilidad. De sesenta y seis (66) decisiones en las que desarrolló conceptualmente la doctrina entre 2003 y 2017, solamente declaró la inexequibilidad en once (11) y únicamente ocho (8) de ellas han tenido como razón de la decisión (*ratio decidendi*) de inexequibilidad la sustitución efectiva

de la Constitución<sup>4</sup>.

De hecho, en las tres (3) decisiones restantes de inexequibilidad reafirmó su competencia, pero evitó la aplicación del *test de sustitución* (CConst, C-551/03 Montealegre, CConst, C-816/04 Córdoba y Uprimny, CConst, C-397/10). En efecto, la Corte no llegó a un consenso sobre la pertinencia de evaluar el *vicio competencial* y prefirió declarar la inconstitucionalidad de las reformas basada en otros vicios de procedimiento, tales como la redacción de las preguntas que serían sometidas a referendo o los requisitos formales del procedimiento legislativo. No obstante, en los salvamentos de voto se cuestionó el proceder de la Corte. Para algunos magistrados, los vicios de procedimiento eran inexistentes y la verdadera razón para esgrimirlos era un desacuerdo de fondo con la reforma; para otros la razón de la decisión debió ser el juicio sobre la competencia del Congreso. Por ejemplo, en el referendo que promovía la pena de cadena perpetua para delitos contra menores de catorce años, se sustituía el principio de dignidad humana según la aclaración de voto del magistrado Palacio.

### 2.1. Menguar la concentración del poder

El uso restringido de la doctrina, solamente ocho decisiones como se anotó, es opuesto al amplio uso conceptual en las demás decisiones y pone en evidencia que, lejos de ejercer un poder contramayoritario, la Corte ha usado la doctrina para evitar una concentración del poder y mantener su posición institucional en escasas oportunidades políticas. A su vez, la vaguedad con que ha construido las *premisas mayores* que fungen como elementos definitorios de la Constitución, aunque resultan cuestionables en algunos casos, está lejos de caracterizarse como un poder contramayoritario que actúe contra el régimen o *petrifique* determinadas cláusulas constitucionales.

La primera decisión en la que se usó la doctrina fue frente a la reelección presidencial, pero no para declarar inconstitucional la reelección sino para proscribir la delegación del poder legislativo en el Consejo de Estado, con base en el *principio de separación de poderes* (CConst, C-1040/05 Cepeda, Escobar, Monroy, Sierra, Tafur y Vargas Hernández). Luego se declaró inconstitucional una reforma que planteaba la inscripción extraordinaria en la carrera administrativa sin previo concurso, ya que, según la Corte, esto violaba el *principio de carrera administrativa* (CConst, C-588/09 Mendoza). Posteriormente, una iniciativa ciudadana de referendo que permitía la segunda reelección presidencial fue considerada como una sustitución del principio de separación de poderes y del *principio de alternancia en el poder* (CConst, C-141/10 Sierra).

<sup>4</sup>Véase la Tabla 3: Inconstitucionalidad por sustitución de la Constitución, al final del artículo.

Dos años después la Corte defendería nuevamente el *principio de carrera administrativa* declarando que no se podía homologar las pruebas del concurso público como pretendía la reforma (CConst, C-249/12 Henao). El mismo año, la Corte consideró que el trámite de normas en las que exista conflicto de intereses así sea excepcionalmente afectaba varios elementos definitorios de la Carta, entre los que destacó el *principio democrático, la prevalencia del interés general y la separación de poderes* (CConst, C-1056/12 Pinilla).

Asimismo, adoptó decisiones de inexecutable frente a la reforma de la estructura de gobierno de la rama judicial por estimar que sustituía el *principio de autogobierno judicial* (CConst, C-285/16 Guerrero), y la reforma que planteó la creación de una Comisión de Aforados, para juzgar a los magistrados de las altas cortes, por sustituir los *principios de separación de poderes y autonomía e independencia de la rama judicial* (CConst, C-373/16 Linares y Mendoza). Por último, frente a la reforma que disponía que los proyectos de regulación requerían el aval del Gobierno, incluso para modificarse en el curso de los debates, en el contexto de la reforma constitucional que buscó asegurar el acuerdo entre el Gobierno y las Farc-EP, la Corte sostuvo que había sustitución por afectación de la *competencia deliberativa y decisoria del Congreso, como núcleo del principio de separación y equilibrio de poderes* (CConst, C-332/17 Lizarazo).

De estas decisiones vale la pena enfocarse en aquellas relativas a la reelección presidencial por primera y segunda vez. Mientras que la primera decisión se dio en un contexto en el que el presidente contó con altos índices de aceptación pública y con mayorías en el Congreso, en la segunda la correlación de fuerzas y el panorama electoral evidenciaban que el respaldo no era unánime para aprobar la reelección. A su vez, la concentración del poder que significó la primera reelección era un incentivo jurídico y político para proscribir constitucionalmente una nueva reelección, incluso para la propia supervivencia de la Corte.

En efecto, el soporte político era favorable a la primera reelección y a su ratificación por parte de la Corte, tal y como sucedió en la decisión (CConst, C-1040/05 Cepeda, Escobar, Monroy, Sierra, Tafur y Vargas Hernández). Para ese entonces el presidente (Álvaro Uribe Vélez) contaba con mayorías en el Congreso y su figura personal de caudillo con gran aprobación pública. Los márgenes de aprobación pública de Uribe estuvieron siempre por encima del 60% e incluso bordearon el 80% a finales de 2003, mientras que su desaprobación nunca fue superior al 22% durante el primer período (Boesten, 2016, p. 214). Igualmente, Uribe contó con las mayorías

del Congreso: inicialmente un 65,1% (Cámara) y un 58,8% (Senado), y finalizando el primer mandato con un 62,6% (Cámara) y un 69,9% (Senado), dada la Coalición entre varios partidos en su favor (Boesten, 2016, p. 221). En suma, la correlación de fuerzas no respaldaba una decisión judicial en contra del Congreso y especialmente contra el presidente.

De ese modo, la decisión de la Corte ante la primera reelección no contrarió las mayorías, pese a que los cargos contra la reforma se basaron en la sustitución de la Constitución (CConst, C-1040/05 Cepeda, Escobar, Monroy, Sierra, Tafur y Vargas Hernández). La Corte consideró que la reelección no sustituía la Constitución, pero limitó dicha posibilidad únicamente a un mandato adicional de cuatro años. En cambio, consideró que delegar la facultad de regular las garantías electorales que harían posible la reelección presidencial no era competencia del Consejo de Estado, tal y como estipulaba la reforma, y que dicha delegación sí constituía una sustitución de la Constitución. Por su parte, Araújo, Beltrán y Córdoba salvaron el voto por considerar que la reelección sí configuraba una sustitución y que existieron injerencias indebidas del Presidente que buscaban su beneficio inmediato, lo cual también configuraba algunos vicios de procedimiento.

Aunque Uribe continuó con similares índices de aprobación pública y con respaldo en el Congreso (Boesten, 2016, pp. 124 y 221), el contexto se vio afectado por varios factores que ofrecieron a la Corte una oportunidad política con mayor margen de maniobra para proscribir la reelección Presidencial por segunda vez. Primero, la *Yidispolítica*, escándalo en el cual una congresista, Yidis Medina, cuyo voto fue decisivo para aprobar la primera reelección, se entregó a las autoridades afirmando que su decisión había sido comprada (Boesten, 2016, pp. 177-178). Segundo, la *parapolítica*, que consistió en investigaciones y condenas penales contra la mayoría de los Congresistas por sus vínculos con grupos paramilitares (Romero, 2007; Boesten, 2016, 327-329; Cruz-Rodríguez, 2017a). Tercero, los ataques del propio presidente en contra de las cortes para defender a sus aliados políticos, instrumentalizando los medios de comunicación, los mecanismos legales e instituciones como el DAS<sup>5</sup>. Las interceptaciones ilegales de magistrados y figuras públicas que se oponían al régimen de Uribe y que tuvieron como resultado órdenes de investigación penal en su contra (hasta el momento sin resultados). Fruto de dichas interpretaciones, aparecieron condenas a algunos de sus subalternos como el Exdirector del DAS Jorge Noguera (*El tiempo*, 11 sep. 2017). Luego de dos periodos de gobierno era evidente además la concentración del poder y la influencia indebida del

<sup>5</sup>El Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) fue la entidad dependiente de la Presidencia, encargada de la inteligencia y la contrainteligencia estatal entre 1960 y 2011.

presidente en instituciones que deberían controlarle (García-Villegas y Revelo-Rebolledo, 2009).

De ahí que la segunda decisión tuviera más oportunidades de ir en contra de las aspiraciones presidenciales y estudiara directamente la sustitución de la Constitución como argumento contra la reelección (CConst, C-141/10 Sierra). La Corte consideró directamente el *principio de alternancia en el poder* como un elemento definitorio de la Constitución que sería sustituido si se aceptaba la reelección indefinida, constató el riesgo de hegemonía y la falta de control recíproco entre poderes que había desencadenado la primera reelección, y aplicando el *test de efectividad*, identificó que la reforma tenía la intención de privilegiar al presidente en el cargo (Uribe) y no de producir una norma de carácter general y abstracto. De los tres magistrados ternados por el presidente<sup>6</sup>, y respecto a los cuales subsistieron sospechas de fallar en su favor por dicha razón (Durán - Crane, 2014), solamente el magistrado González salvó su voto criticando lo que consideró una extralimitación de la Corte.

En suma, entre las decisiones de inexecuibilidad adoptadas por la Corte solamente aquella que proscribió la reelección por segunda vez tuvo la aptitud para ejercer un verdadero poder contramayoritario. De esa manera, las críticas relacionadas con el rol antidemocrático de la Corte por ejercer revisión sobre el poder constituyente o limitar los mecanismos democráticos como el referendo, resultan débiles en la práctica, pues las decisiones de inexecuibilidad de la Corte no han jugado ese papel y la mayor parte de las demás decisiones no han ido en contra del régimen o las mayorías, aunque sí han evitado la concentración del poder en algunos casos específicos.

## 2.2. Defender la posición institucional

El otro éxito de la Corte ha sido defender su posición institucional ante los ataques a su competencia general y no solo respecto al uso de la doctrina. De hecho, los magistrados que respaldaron la doctrina empezaron a ser mayoría: el magistrado Pinilla cambió su posición inicial en contra del uso de la doctrina y empezó a apoyarla a partir de la decisión CConst, C-249/12 Henao, y así lo ratificó como ponente (CConst, C-1056/12 Pinilla). Igualmente, González, que salvó su voto en la mayoría de las decisiones, consideró en uno de sus salvamentos la posibilidad de replantear el juicio de sustitución identificando referentes normativos explícitos en la normatividad internacional —*ius cogens*— que permitieran realizar el control material (SVoto CConst, C-249/12 González).

De las reformas judiciales que podrían considerarse reacciones ante la Corte, una de ellas no fue más

que un proyecto en tanto que la otra fue neutralizada usando la propia doctrina de la sustitución de la Constitución. La reacción más directa fue el intento de reforma judicial promovida en el 2006 con el objetivo explícito de limitar el control constitucional de las reformas constitucionales. El proyecto buscó restringir el control material que la Corte empezó a ejercer por vía de evaluar los *vicios competenciales*. Vale la pena retomar la exposición de motivos de dicho proyecto:

En la medida en que el texto vigente ha dado a interpretaciones por parte de la Corte Constitucional que van más allá del querer del constituyente de 1991, y que limitan el ejercicio del poder constituyente secundario, en cuanto esa Corporación interpreta que su facultad de ejercer el control constitucional de los actos legislativos no sólo comprende los aspectos de forma, como expresa y taxativamente lo enuncia el numeral 1 del artículo 241 de la Carta, sino que puede incluso llegar hasta un control material de los actos legislativos expedidos por quien actúa como constituyente secundario.

A juicio del Gobierno, es importante precisar, a partir del reconocimiento de las facultades inherentes al Congreso como poder constituyente, que a la Corte Constitucional como poder constituido no le puede estar permitido examinar el contenido y la materia de los actos legislativos, pues hacerlo desnaturaliza el verdadero sentido y los alcances del control constitucional. Por ello, se ha considerado de la mayor pertinencia y relevancia que se adicione el numeral 1 del artículo 241 de la Carta actualmente vigente, con un texto en virtud del cual se prohíba en todos los casos el control constitucional sobre el contenido material de los actos legislativos reformativos de la Constitución.

En el mismo sentido, se incluye en el articulado del proyecto, una adición al texto del artículo 374 de la Carta Política, que consagra las denominadas cláusulas de reforma constitucional, en el sentido de que no habrá límite material al poder de reforma de la Constitución distinto al que señale expresamente la norma constitucional (Proyecto de Acto Legislativo, PAL 133 C, G.J. 412/06, 489/06, 490/06).

Esta iniciativa del Gobierno no contó con el apoyo suficiente en el Congreso para concretarse en una reforma. No obstante, es el único intento expreso por

<sup>6</sup>Según el artículo 239 de la Constitución el Presidente, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado deben presentar ternas para que el Senado elija a los magistrados de la Corte Constitucional.

limitar el uso de la doctrina de la sustitución de la Constitución hecho por la Corte.

Por otra parte, la reforma judicial tramitada en el 2015 (CConst, AL-02/15), conocida como reforma al equilibrio de poderes y reajuste institucional, fue neutralizada por la propia Corte Constitucional en los aspectos que implicaban una reducción de su capacidad y jurisdicción. De un lado, reemplazaba el Consejo Superior de la Judicatura por un Consejo de Gobierno Judicial con más injerencia de las altas cortes y el Ejecutivo, respondiendo a un cambio en el sistema de gobierno de la rama judicial. De otro lado, establecía una Comisión de Aforados encargado de juzgar, precisamente, a los magistrados de las altas cortes, modificando de este modo el inservible sistema de control y juzgamiento que reposa en la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes. Este último elemento era el que tenía la potencialidad de afectar en mayor medida la posición institucional de la Corte Constitucional.

Los dos propósitos de la reforma fueron bloqueados por la Corte aplicando la doctrina de la sustitución de la Constitución por suprimir los *principios de autogobierno judicial, separación de poderes y autonomía e independencia de la rama judicial*. Las dos decisiones recibieron cuestionamientos, tanto dentro como fuera de la Corte, en tanto esta actuaba como juez y parte. Adicionalmente, en el ámbito político se escucharon propuestas de *asamblea constituyente* con el objetivo explícito de limitar a la Corte, aunque ninguna de estas propuestas se ha materializado.

En la primera decisión judicial la Corte estimó que, valorada en su conjunto, la reforma al gobierno judicial sustituía la Constitución (CConst, C-285/16 Guerrero). Según la Corte, el cambio de perfil de los encargados de la dirección y administración de la rama judicial, la modificación de la estructura institucional y las relaciones entre las nuevas instancias, así como las relaciones de los nuevos órganos de gobierno y los demás jueces, suprimió el principio de autogobierno en *lo sustancial* y solo mantuvo una formalidad. De ahí que la inexecutable del Consejo de Gobierno Judicial le devolviera funciones al Consejo Superior de la Judicatura.

Los salvamentos de voto de Calle y Linares reflejan la tensión: para Calle la Corte se extralimitó al definir a quién corresponden las funciones del órgano que la reforma pretendía crear (Consejo de Gobierno Judicial) y adujo que la Corte no dio argumentos suficientes que sustentaran la supuesta supresión del *principio de autogobierno*. Por su parte, Linares criticó el uso del test por considerar que petrificaba un diseño institucional existente al impedir la reforma. Ambos sostuvieron que el elemento definitorio reconstruido por la Corte no era preciso.

En la segunda decisión judicial, la sustitución se configuró por la modificación del sistema de investigación, acusación y juzgamiento de los magistrados de las altas cortes y del Fiscal General de la Nación, el cual concentraba el poder en el Congreso y violaba garantías penales de los aforados constitucionales (CConst, C-373/16 Linares y Mendoza). Según la Corte, por un lado, la Comisión de Aforados carecía de controles por no estar adscrita a ninguna rama del poder, su procedimiento eliminaba el debido proceso ante la imposibilidad de allegar o controvertir pruebas y convertía al Congreso en juez y parte; y por otro lado, la supresión del antejuicio político ante la Cámara de Representantes eliminaba la garantía de la separación de poderes. Solo se publicó la aclaración de Mendoza que sostuvo que también existían vicios en el trámite legislativo.

De ese modo, puede afirmarse que la Corte defendió su posición institucional bloqueando las reformas judiciales que potencialmente le afectarían. Primero, eliminando las injerencias indebidas del Ejecutivo en el ámbito del gobierno judicial e impidiendo que su supremacía se convirtiera en un poder jerárquico en términos disciplinarios. Segundo, manteniendo inalteradas en lo sustancial las relaciones entre los órganos de gobierno judicial, el Fiscal General y las altas cortes, de modo que el sistema de juzgamiento de los aforados constitucionales no desfigurara su capacidad de intervenir en el sistema político y judicial. Así, conservó su posición institucional mediante la ductilidad de doctrina de la sustitución de la Constitución en forma similar a como lo ha realizado la Corte Suprema de la India en sus decisiones más importantes.

### 2.3. La paradoja: ¿rigidez constitucional flexible?

Una nueva oportunidad política para la intervención estratégica de la Corte se abrió a propósito del Acuerdo de Paz entre el Gobierno del presidente Juan Manuel Santos y las Farc-EP. Con el propósito de *blindar jurídicamente* el Acuerdo de Paz, se realizó una reforma constitucional que permitiera producir regulación expedita para desarrollarlo e investir de facultades legislativas al presidente con tal fin, todo lo cual tendría revisión de constitucionalidad por parte de la Corte. Adicionalmente, dicha reforma entraría a regir una vez fuera *refrendada popularmente*, para lo cual se convocó un plebiscito el 2 de octubre de 2016.

La reforma constitucional estableció un procedimiento legislativo especial para producir la normatividad de paz con mayor agilidad, conocido como *fast track* (CConst, AL-01/16). Según esta reforma, el procedimiento para producir Actos Legislativos que reformaran la Constitución para desarrollar el Acuerdo de Paz sería menos exigente: a) La iniciativa sería

exclusiva del Gobierno, excluyendo al Congreso y a la ciudadanía; b) Los debates se restringieron de ocho (8) a cuatro (4), pudiendo realizarse en sesiones conjuntas y extraordinarias, con trámite de urgencia y en un solo período ordinario; c) Las modificaciones al texto de la reforma durante los debates en el Congreso requerían del aval del Gobierno y las votaciones debían hacerse en bloque y no artículo por artículo. De esta manera, el grado de *rigidez constitucional* consignado en el artículo 375 de la Constitución fue transformado en función del Acuerdo de Paz.

La revisión constitucional de dicha reforma promovida mediante una demanda de los opositores al Acuerdo de Paz, consideró que ese cambio constitucional transitorio en el principio de rigidez constitucional no sustituía la Constitución (CConst, C-699/06 Calle). Lo más importante de la decisión judicial fue la elaboración de una suerte de *teoría de la resistencia de las normas al cambio constitucional*, la cual enfatizó en la existencia de distintos *grados*

*de rigidez constitucional* según el elemento definitorio de la Carta que se pretendiera sustituir. Lo anterior en la medida en que, según la Corte, la Constitución debía adaptarse y no contaba con cláusulas pétreas, de hecho, los grados de rigidez se podían inferir de los distintos mecanismos de reforma previstos en la Carta.

De ese modo, la Corte construyó *el principio de rigidez específica* como premisa mayor que se enjuiciaba en la demanda, pero precisando el significado de dicha *rigidez o resistencia constitucional*. Planteó que existe una rigidez constitucional específica en el ordenamiento constitucional colombiano, la cual se encuentra revestida de características que le permiten *adaptación transicional*. Dentro de estas características la resistencia es *relativa, variable, diversa y con funcionalidad diferenciada*. Con base en esta *rigidez constitucional específica* la Corte consideró que la reforma constitucional no sustituía la Constitución. El siguiente cuadro sintetiza cada uno de dichos elementos usando las palabras de la Corte:

<b>Teoría de la resistencia de las normas al cambio constitucional</b>	
<b>Relatividad</b>	<p><i>Sus normas son más resistentes al cambio que las de la ley y contemplan requisitos que promueven una mayor participación y consenso, resistencia susceptible de adaptarse a la transición.</i></p> <p>Las normas constitucionales tienen un nivel de resistencia al cambio superior a las leyes, pero <i>el grado de superioridad es susceptible de adaptación transicional</i>. En contextos de transición de un conflicto armado hacia su terminación, la garantía de la <i>“integridad”</i> del orden constitucional que esta Corte debe guardar (CP art 241), implica examinar el principio de resistencia constitucional con una dosis de adaptabilidad que asegure la conservación de sus compromisos. (F. 35.4.)</p>
<b>Variabilidad</b>	<p><i>Sus cláusulas de reforma no son intangibles</i></p> <p>El esquema de reforma constitucional no es intangible, puede ser modificado por el poder de reforma ejercido por el Congreso, el pueblo mediante referendo y la asamblea nacional constituyente.</p>
<b>Diversidad</b>	<p><i>Prevé una diversificación de mecanismos de reforma constitucional, susceptibles de activarse por la ciudadanía y organismos distintos al Congreso, asegura que en la mayoría de ellos tenga participación necesaria directa el pueblo, y prevé la posibilidad de contrapesar sin la intervención del Congreso reformas sobre asuntos fundamentales</i></p> <p>No existe monopolio del cambio constitucional (como ocurría en la Constitución anterior después del plebiscito de 1957): la Constitución de 1991 contempla diversos mecanismos de reforma.</p> <p>No se trata, sin embargo, solo de una variedad de procedimientos sino además de una pluralidad de organismos, actores y de competencias diferenciadas para su activación (F. 37.2)</p>
<b>Funcionalidad diferenciada</b>	<p><i>Ofrece una resistencia diferenciada si la función no es la reforma sino la sustitución de la Constitución</i></p> <p>La resistencia al cambio es diferente si la función no es reformar las previsiones constitucionales (ejercer el poder de revisión) sino constituir un nuevo orden político (ejercer el poder constituyente), por lo cual puede hablarse de una <i>resistencia funcionalmente diferenciada</i>. (F. 38)</p>

Tabla 2 Teoría de la resistencia de las normas al cambio constitucional  
Fuente: Elaboración del autor con base en la sentencia C699/06 Calle

Aunque la decisión de constitucionalidad aceptó el procedimiento excepcional, las críticas no se hicieron esperar, especialmente en relación con la normatividad que eventualmente se produjera. Para algunos críticos de la decisión, esta transformación del principio de rigidez constitucional supuso una contradicción lógica: el procedimiento de *Fast Track* produciría reformas constitucionales que no cumplirían con un procedimiento más complejo, requisito *sine qua non* de ese tipo de reformas (Pulido-Ortiz, 2017).

Posteriormente, la primera reforma constitucional tramitada por vía *Fast Track*, que adolecería de la invalidez argumentada por los críticos, adicionó un título a la Constitución compuesto por disposiciones transitorias para implementar el Acuerdo de Paz (CConst, AL-01/17)<sup>7</sup>. La reforma dispuso un Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición. Creó, además, la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No repetición; la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado; y la Jurisdicción Especial para la Paz.

Aunque la decisión de la Corte (CConst, C-674/17 Guerrero) tardó en ser publicada, el comunicado de prensa expedido por la Corte reveló que el sentido de la decisión fue la exequibilidad en los aspectos sustanciales (Corte Constitucional, comunicado No. 55). Asimismo, la Corte reafirmó una suerte de *rigidez constitucional flexible* en contextos de transición, los cuales amplían el poder de reforma del Congreso:

6. Respecto de los vicios competenciales derivados de una posible sustitución de la Constitución, la Corte precisó que la paz fue asumida como uno de los principales propósitos constituyentes y, en esa medida, el rigor del juicio de sustitución de las reformas adoptadas por el Congreso en contextos de transición dirigidos a su realización, debe atenuarse, aminorarse o moderarse de manera que sea posible, con ese propósito, introducir modificaciones -incluso profundas- al ordenamiento constitucional. En esa dirección, señaló la Corte, resultaría incompatible con los fundamentos del Texto Superior interpretar las normas que establecen competencias para su reforma de manera que impidan la adopción de instrumentos transicionales dirigidos a la búsqueda de la paz.

7. Conforme a ello advirtió (i) que debían tenerse en cuenta los requerimientos generales del juicio de sustitución relativos, entre otras

cosas, a la identificación de los ejes definitorios de la Carta a partir de una lectura completa, sistemática y transversal de la misma, así como a la improcedencia de confundir los ejes definitorios con manifestaciones específicas y accidentales de los mismos. En adición a ello, sostuvo (ii) que es también necesario reconocer que al juzgar los límites competenciales del Congreso en contextos de transición hacia la paz, debe reconocerse una extendida atribución para emprender reformas que, en otros contextos, no estarían comprendidos por el poder de revisión constitucional asignado al Congreso. Así, en este contexto, la Corte entiende que la resistencia al cambio que detentan las normas constitucionales en pro de la garantía de la integridad del orden constitucional que esta debe guardar, se flexibiliza con una dosis de adaptabilidad que asegure la validez de reformas más amplias que las que pueden darse en tiempos ordinarios, tal y como lo ha sostenido en las sentencias CConst, C-579 de 2013 y CConst, C-699 de 2016 (comunicado No. 55).

## CONCLUSIONES

El control constitucional sobre las reformas constitucionales mediante la doctrina de la sustitución de la Constitución ha permitido a la Corte desempeñar un importante rol para menguar la concentración del poder y defender su posición institucional. Esta doctrina estuvo inspirada en la *doctrina de la estructura básica* de la Constitución empleada por la Corte Suprema de la India, para defender contenidos irremplazables de la Constitución frente a las reformas realizadas por el Congreso. Aunque la Corte Constitucional colombiana ha usado la doctrina en escasas oportunidades, esta ha tenido un prolífico desarrollo jurisprudencial en términos conceptuales a través de la mayoría de decisiones de inhibición o exequibilidad sobre las reformas.

La Corte aplica una metodología tendiente a determinar si existió un vicio competencial o, en otros términos, un exceso de competencia del poder de reforma. Dicha metodología establece el elemento insustituible como premisa mayor, la magnitud del cambio que pretende la reforma como premisa menor y como conclusión compara las dos premisas anteriores para determinar si existió un reemplazo y de qué entidad. Adicionalmente, esta metodología o test de sustitución es complementada por el test de efectividad, el cual está centrado en el resultado de la reforma y evalúa sus efectos sobre la identidad de la Constitución.

<sup>7</sup>La segunda, el AL 02/17, dio estabilidad y seguridad jurídica al acuerdo, fijándolo como parámetro de interpretación junto con las normas de derecho internacional humanitario (CConst, C-630/17 Guerrero y Lizarazo).

Con estos elementos la Corte expandió las dimensiones conceptuales de la doctrina. Fijó el problema jurídico como un asunto formal de competencia del poder constituido, extendió los agentes involucrados incluso a la *positivación* de las manifestaciones del poder constituyente sujetas a su control, y creó, como forma de autoprotección, mayores requisitos para las demandas que alegaran la sustitución de la Constitución. Además, la vaguedad del marco creado por la Corte en punto a la definición de los elementos que dan identidad a la Constitución le ha permitido un amplio margen de maniobra.

Precisamente, la discusión académica sobre la doctrina se ha enfocado en los problemas teóricos de su uso, en tanto parece un imposible lógico la creación de categorías supraconstitucionales para evaluar o impedir las reformas a la Constitución. Desde la óptica de las teorías de la democracia subsisten las críticas relacionadas con la legitimidad de la Corte para adoptar decisiones que vinculan colectivamente y que estarían mejor representadas por el poder constituyente, especialmente en procedimientos de reforma que comportan una mayor participación ciudadana. Con todo, algunos magistrados de la Corte han cambiado su posición inicial en contra del uso del marco de sustitución de la Constitución, y han considerado que este es admisible en algunos contextos, tales como evitar la concentración del poder o defender a la propia institucionalidad de la rama judicial.

De hecho, de las ocho (8) decisiones en las que la Corte ha usado efectivamente el marco de la sustitución de la Constitución para declarar la inexecutable de una reforma constitucional, solamente aquella relacionada con la segunda reelección podría calificarse como un ejercicio contramayoritario del poder judicial. En efecto, en esa decisión la oportunidad política permitió a la Corte actuar en contra de las mayorías en el Congreso y de la alta aprobación del presidente que buscaba su reelección por segunda vez. Sin embargo, las demás decisiones de inexecutable han tratado de defender la posición institucional de la Corte antes que ejercer un poder contramayoritario.

Así sucedió con las decisiones de la Corte que neutralizaron las reformas judiciales en las que se cambiaba el gobierno judicial o se establecía un procedimiento de juzgamiento de los magistrados de las altas cortes. La vaguedad con que se definió en estas decisiones los elementos definitorios de la Carta permitió declarar inexecutable aspectos sustanciales de la reforma con la potencialidad de afectar la capacidad de la Corte. Este parece ser el uso más efectivo del marco y la evidencia más importante de la capacidad de influencia de la Corte, pues no contó con reacciones adversas por parte de los actores políticos, salvo por un proyecto de acto legislativo para evitar el control de la Corte que no tuvo éxito.

Por último, vale la pena indicar que la Corte ha marchado con el régimen antes que en contra de éste o en contra de las mayorías. Este argumento se ha evidenciado no solo en la mayoría de decisiones inhibitorias o de exequibilidad y el escaso uso del marco para declarar la inexecutable, sino también en el control constitucional que ha efectuado en el contexto del Acuerdo de Paz para terminar el conflicto armado con las Farc-EP. En este caso la Corte ha creado una teoría de la resistencia de las normas al cambio constitucional según la cual el principio de rigidez constitucional admite variaciones a favor de la paz. Aunque este nuevo *principio* es cuestionable en la medida en que exacerba la paradoja de la propia doctrina de la sustitución, el período de transición hacia la paz parece ser muy joven como para juzgar la *ductibilidad* de dicho concepto. Con todo, los debates sintetizados en este artículo pueden contribuir a futuras investigaciones para arrojar luz sobre su utilidad y sus aspectos críticos.

#### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- I. Agudelo, S. J. (2015). Identidad constitucional: límite a la reforma constitucional en Alemania, Italia y la India. *Revista Academia & Derecho*, 6(11), 123-154.
- II. Albert, R. (2017). *Formas y función de la enmienda constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- III. Albert, R. (2017a). How a court becomes supreme: defending the Constitution from unconstitutional amendments. *Maryland Law Review*, 77, 181-191.
- IV. Albert, R. (2016). Constitutional amendment and dismemberment. *Boston College Law School, Research Paper 424*. (*Yale Journal of International Law*, 43, Forthcoming).
- V. Albert, R. (2016a). American exceptionalism in constitutional amendment, *Arkansas Law Review*, 69, 217-152.
- VI. Albert, R. (2014). The structure of constitutional amendment rules, *Wake Forest Law Review*, 49, 913-973.
- VII. Albert, R. (2009). Nonconstitutional amendments, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 22 (1), 5-48.
- VIII. Alexy, R. (1989). *Teoría de la Argumentación Jurídica: Teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- IX. Baber, J. J. (2014). An analysis of different constitutional amendment models. *Law School Student Scholarship*, paper 435. Disponible en:

<http://scholarship.shu.edu/studentso>

[larship/435](http://scholarship.shu.edu/studentso)

- X. Benítez-Rojas, V. F. (2012). Jueces y democracia: entre Ulises y los cantos de sirenas. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 42 (117), 359-391.
- XI. Benítez - Rojas, V. F. (2014). *Constitución Popular, no judicial. Una teoría democrática del control de constitucionalidad de las reformas a la Constitución en Colombia*. Bogota Bogotá: Universidad de la Sabana y Temis.
- XII. Benítez - Rojas, V. F. (2017). La doctrina de la “estructura básica” en la India: algunas luces para el caso colombiano. En Correa Henao, M., ‘y Robledo Silva, P. (Coords.)’ *Memoria: XII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional: el diseño institucional del Estado democrático Tomo II* (pp. 101-128). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- XIII. Benítez-Rojas, V. F., y González, J. (2015). Cuando las constituciones callan: omisiones constitucionales relativas y la sentencia C-579 de 2013. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 21, 437-478.
- XIV. Benítez-Rojas, V. F., y González, G. A. (2016). El rol de las Cortes y la protección de la democracia: una aproximación desde regímenes transicionales. *Revista Derecho del Estado*, 36, 41-67.
- XV. 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.
- XVI. Boesten, J. (2016). Between democratic security and democratic legality: discursive institutionalism and Colombia’s Constitutional Court (PhD. Thesis). The University of British Columbia, Vancouver.
- XVII. Bien-Kacala, A., Csink, L., Milej, T., y Serowanec, M. (Eds.) (2017). *Liberal constitutionalism – between individual and collective interests*. Torún: Nicolas Copernicus University.
- XVIII. Cajas, M. A. (2004). La reforma constitucional: límites de la Corte al Congreso. *Precedente*, 13-48.
- XIX. Cajas, M. A. (2015). *La historia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 1886-1991. Tomo I: De la regeneración al régimen militar, 1886-1958*. Bogotá: Universidad de los Andes y Universidad Icesi.
- XX. Cajas, M. A. (2015a). *La historia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 1886-1991. Tomo II: Del Frente Nacional a la Asamblea Constituyente, 1958-1991*. Bogotá: Universidad de los Andes y Universidad Icesi.
- XXI. Chan, S. K. (2017). Basic structure and supremacy of the Singapore Constitution. *Singapore Academic of Law Journal*, 29, 619-666.
- XXII. Colón-Ríos, J. (2008). ¿Pueden Haber Enmiendas Constitucionales Inconstitucionales? Una Mirada Al Derecho Comparado. *Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico*, 42, 207.
- XXIII. Colón - Ríos, J. (2013). Beyond parliamentary sovereignty and judicial supremacy: the doctrine of implicit limits to constitutional reform in Latin America. *Victoria University of Wellington Law Review*, 44, 521-534.
- XXIV. Corley, P.C. y Wedeking, J. (2014). The (Dis) advantage of certainty: the importance of certainty in language. *Law and Society Review*, 48(1), 35-62.
- XXV. Cruz-Rodríguez, M. (2017). Reseña del libro: Richard ‘Albert, R. (2017) y Carlos Bernal (Eds.) (2015). Cambio constitucional informal. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia. *Teoría Jurídica Contemporánea*, 2 (2), 270-274.
- XXVI. Cruz-Rodríguez, M. (2017a). Corte Suprema de Justicia y Parapolítica (2007-2013). Una interpretación sociojurídica. *DÍKÊ*, 10 (20), 237-270.
- XXVII. Dixon, R. y Landau, D. (2015). Transnational constitutionalism and a limited doctrine of unconstitutional constitutional amendment. *International Journal of Constitutional Law*, 13 (3), 606-638.
- XXVIII. Doyle, O. (2017). Constraints on constitutional amendment powers, en Albert, R., Contiades, X., y Fotiadou, A. (Eds.) *The foundations and traditions of constitutional amendment* (73-96). Oxford and Portland: Hart Publishing.
- XXIX. Durán-Crane, H. (2014). ¿Una Corte de bolsillo? Reección presidencial e independencia judicial: un contraste entre las consecuencias institucionales de la reelección presidencial en

- Colombia y la percepción de la opinión pública tras la elección de la tercera Corte Constitucional. *Revista de derecho público*, 32, 4-34.
- XXX. Durango - Álvarez, G. A. (2015). Cláusulas de intangibilidad de protección de los derechos fundamentales como garantía frente a las mayorías - minorías democráticas. *Análisis Político*, 84, 102-114.
- XXXI. Faraguna, P. (2016). Taking constitutional identities away from the courts. *Brooklyn Journal of International Law*, 41, 491-578.
- XXXII. Ferrajoli, L. (2008). La esfera de lo indecible y la separación de poderes. *Estudios Constitucionales*, 6 (1), 337-343.
- XXXIII. García-Jaramillo, S. y Gnneco-Estrada, 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*, 133, 59-104.
- XXXIV. García, E. (2016). La sustitución de la Constitución en el derecho constitucional colombiano. *Revista de Derecho Político*, 95, 229-246
- XXXV. García-Villegas, M. y Revelo Rebolledo, J. E. (2009). *Mayorías sin democracia. Desequilibrio de poderes y Estado de Derecho en Colombia (2002-2009)*. Bogotá: Dejusticia.
- XXXVI. Goerlich, H. (2008). Concept of special protection for certain elements and principles of the Constitution against amendments and article 79(3), basic law of germany, *NUJS Law Review*, 397-416.
- XXXVII. González-Bertomeu, J. (2017). Relying on the Vibe of the Thing: The Colombian Constitutional Court's Doctrine on the Substitution of the Constitution. *Working paper*, available: [https://papers.ssrn.com/Sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2970851](https://papers.ssrn.com/Sol3/papers.cfm?abstract_id=2970851)
- XXXVIII. González - Jácome, J. (2015). El autoritarismo latinoamericano en la 'Era democrática', *Precedente*, 6, 9-31.
- XXXIX. González - Jácome, J. (2017). From abusive constitutionalism to a multilayered understanding of constitutionalism: Lessons from Latin America. *International Journal of Constitutional Law*, 15(2), 447-468.
- XL. Gómez-Albarello, J, G. (2012). Reformas inconstitucionales a la Constitución: ¿un caso agravado de la tensión entre la democracia y el constitucionalismo? *Análisis Político*, 75, 67-88.
- XLI. Gupta, S. (2016). Vicissitudes and limitations of the doctrine of basic structure. *The Indian Law Institute Review, Winter Issue*, 110-122.
- XLII. Halmai, G. (2015). Judicial review of constitutional amendments and new constitutions in comparative perspective. *Wake Forest Law Review*, 50, 951-984.
- XLIII. Jacobsohn, G. J. (2006). An unconstitutional constitution? A comparative perspectiva. *International Journal of Constitutional Law*, 4(3), 460-487.
- XLIV. Jaramillo - Giraldo, 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*, 43 (118), 309-348. <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/1952/1794>
- XLV. Kelbley, C. A. (2004). Are There Limits to Constitutional Change - Rawls on Comprehensive Doctrines Unconstitutional Amendments, and the Basis of Equality. *Fordham Law Review*, 72, 1487-1536.
- XLVI. Krishnaswamy, S. (2009). *Democracy and constitutionalism in India: a study of the basic structure*. New Delhi: Oxford University Press.
- XLVII. Landau, D. (2013). Abusive constitutionalism. *University of California Davis Law Review*, 47, 189-260.
- XLVIII. Malek, A. (2017). Vice and virtue of the Basic Structure Doctrine: a comparative analytic reconsideration of the Indian sub-continent's constitutional practices, *Commonwealth Law Bulletin*, 43 (1), 48-74.
- XLIX. Mohallen, M. F. (2011). Immutable clauses and judicial review in India, Brazil and South Africa: expanding constitutional courts' authority, *The International Journal of Human Rights*, 15 (5), 765-786.
- L. Molina - Ardila, O. I.; Niño - Sandoval, J. A., y Peralta-Agudelo, A. M. (2018). Poder judicial y democracia constitucional. La teoría de la sustitución de la Constitución en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. En *Investigaciones en construcción No. 31. Resultado de semilleros de investigación 2017* (pp. 17-45). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- LI. Moreno-Millán, F. (2016). La tesis de los límites competenciales al poder de reforma de la Constitución de Colombia de 1991: una mirada crítica desde la

- discrecionalidad judicial, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 20, 257-285.
- LII. Moreno-Ortiz, L.J. (2015). La doctrina de la sustitución de la constitución en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (1910-1991), en Fajardo, L. A., y González Cuervo, M. (Comps.) *La sustitución de la constitución: un análisis teórico, jurisprudencial y comparado*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.
- LIII. Passchier, R. y Stremler, M. (2016). Unconstitutional Constitutional Amendments in European Union Law: Considering the Existence of Substantive Constraints on Treaty Revision, *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 5(2), 337-362.
- LIV. Pulido-Ortiz, F. E. (2017). La validez de los procedimientos de reforma constitucional fast track. *International Law Review Colombia*, 30, 151-184.
- LV. Ramírez-Cleves, G. (2006). El control material de las reformas constitucionales mediante acto legislativo. *Revista Derecho del Estado*, 18, 3-32.
- LVI. Ramírez-Cleves, G. (2008). Reformas a la Constitución de 1991 y su control de constitucionalidad: entre democracia y demagogia. *Revista Derecho del Estado*, 21, 145-176.
- LVII. Romero, M. (Ed) (2007). *Parapolítica. La ruta de la expansión paramilitar y los acuerdos políticos*. Bogotá: Cerec-Corporación Nuevo Arco Iris.
- LVIII. Roznai, Y. (2013). Unconstitutional constitutional amendments The migration and succes of a constitutional idea. *The American Journal of Comparative Law*, 61, 657-720.
- LIX. Roznai, Y. (2014). *Unconstitutional constitutional amendments: a study of nature and limits of constitutional amendment powers*. (PhD. Dissertati-on). London School of Economics and Political Science, London.
- LX. Samar, V. J. (2008). Can a constitutional amendment be unconstitutional? *Oklahoma City University Law Review*, 33(3), 667-748.
- LXI. Staton, J.K., y Vanberg, G. (2008). The value of vagueness: delegation, defiance, and judicial opinions, *American Journal of Political Science*, 52(3), 504-519.
- LXII. CConst C-551/03 Montealegre.
- LXIII. CConst C-1200/03 Cepeda y Escobar.
- LXIV. CConst C-572/04 Uprimny -e-.
- LXV. CConst C-816/04 Córdoba y Uprimny.
- LXVI. CConst C-888/04 Vargas Hernández.
- LXVII. CConst C-970/04 Escobar.
- LXVIII. CConst C-971/04 Cepeda.
- LXIX. CConst C-1124/04 Monroy.
- LXX. CConst A-063/05 Tafur.
- LXXI. CConst C-1040/05 Cepeda, Escobar, Monroy, Sierra, Tafur y Vargas Hernández.
- LXXII. CConst C-1041/05 Cepeda, Escobar, Monroy, Sierra, Tafur y Vargas Hernández.
- LXXIII. CConst A-283/06 Tafur.
- LXXIV. CConst C-472/06 Cepeda.
- LXXV. CConst C-153/07 Vargas Hernández.
- LXXVI. CConst C-293/07 Escobar.
- LXXVII. CConst C-588/09 Mendoza.
- LXXVIII. CConst C-141/10 Sierra.
- LXXIX. CConst C-397/10 Henao.
- LXXX. CConst C-170/12 Palacio.
- LXXXI. CConst C-249/12 Henao.
- LXXXII. CConst C-1056/12 Pinilla.
- LXXXIII. CConst C-053/16 Linares.
- LXXXIV. CConst C-285/16 Guerrero.
- LXXXV. CConst C-373/16 Linares y Mendoza.
- LXXXVI. CConst C-699/16 Calle.
- LXXXVII. CConst C-630/17 Guerrero y Lizarazo.
- LXXXVIII. CConst C-332/17 Lizarazo.
- LXXXIX. CConst C-674/17 Guerrero.

#### REFERENCIAS NORMATIVAS

- XC. PAL 133 C, Por el cual se reforman algunas disposiciones de la Constitución Política en materia de justicia. GJ. 412/06, 489/06, 490/06
- XCI. D247/57 Sobre plebiscito para una reforma constitucional (4 Oct.)
- XCII. AL 01/68 Por el cual se reforma la Constitución Política (11 Dic.)
- XCIII. AL 02/77 Por el cual se reforma la Constitución Nacional (9 Dic.)
- XCIV. AL 01/79 Por el cual se reforma la Constitución Nacional. Diario Oficial 35.416 (20 Dic. 1979).
- XCv. AL 02/15 Por medio del cual se adopta una reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial 49.560 (1 de Jul. 2015)
- XCVI. AL 01/16 Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. Diario Oficial 49.927 (7 de Jul. 2016)

#### REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

- LXII. CConst C-551/03 Montealegre.

- XCVII. AL 01/17 Por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones (4 Abr.)
- XCVIII. AL 02/17 Por medio del cual se adiciona un artículo transitorio a la Constitución el propósito de dar estabilidad y seguridad jurídica al acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una Paz Estable y Duradera. Diario Oficial 50.230 (11 de May. 2017)

#### **PRENSA**

- XCIX. El Tiempo, 11 Sep. 2017. Redacción Justicia: Corte compulsa copias a la Cámara para que se investigue a Uribe. Disponible en:  
<http://www.eltiempo.com/justicia/cortes/compulsan-copia-por-chuzadas-a-la-camara-para-investigar-a-alvaro-uribe-129488>

**Anexos**

**Tabla 3:** Inconstitucionalidad por sustitución de la Constitución. Nota: El uso de la doctrina como parte de la ratio se presenta en las decisiones resaltadas en gris.

Sentencia	Síntesis	Límites al poder de reforma	Uso de la metodología	Salvamentos y/o aclaraciones de voto
C551/03 Montealegre	Revisión automática de ley que convocaba a referendo —iniciativa del Congreso—(L796/03). Se realizó audiencia pública para escuchar intervenciones. La Corte fija las bases de su competencia frente al control de reformas constitucionales e indica que existen límites competenciales que deben ser controlados. Pese a que las declaraciones de inexequibilidad se refirieron la redacción de las preguntas (como los títulos y las notas introductorias) para garantizar la libertad del votante.	Génesis de la teoría de los límites materiales al poder de reforma circunscritos a la prohibición de sustituir la Constitución. No existe un contenido específico de dichos límites enunciado por la Corte.	La Corte sostiene que el control sobre la competencia del poder de reforma es formal y no de fondo. No especificó los pasos para saber si se sustituyó la constitución peso sostuvo que era una actividad del juez constitucional.	<i>Beltrán y Vargas H.</i> Salvaron parcialmente el voto principalmente por argumentos formales. Sin embargo, plantearon que algunas preguntas del referendo tenían la vocación de sustituir la Constitución, por lo tanto, existía un vicio de competencia del poder de reforma.
CConst. C-816/04 Córdoba y Uprimny	Demanda de inconstitucionalidad contra AL02/03. El demandante plantea la sustitución de aspectos como la separación de poderes y los tratados internacionales sobre DDHH. La Corte reitera su competencia pero se abstiene de usar el juicio de sustitución, declarando la inexequibilidad por aspectos de procedimiento. Aparentemente distingue entre dichos aspectos procedimentales y el control de competencia, aunque ambos sean controles formales.	La Corte no se pronuncia sobre un contenido específico que sugiera un límite material, pues para efectos de declarar la inexequibilidad bastaban los vicios formales que se encontraron. Sin embargo, se debate entre los magistrados el carácter formal o material del vicio competencial del Congreso y la oportunidad para controlarlo: como presupuesto del procedimiento o después de verificar el procedimiento de reforma.	No se hace el juicio de sustitución porque no se alcanzó un acuerdo entre los magistrados. La Corte concentra el problema en un aspecto del procedimiento distinto a la competencia para evadir la polémica sobre ésta. No obstante, Cepeda plantea la diferencia entre el <i>método</i> y el <i>resultado</i> en su aclaración y salvamento de voto.	Todos los magistrados aclaran el voto: a) para indicar que no hubo acuerdo sobre la afectación de principios esenciales de la Constitución ( <i>Beltrán</i> ); b) para reclamar la procedencia del control de fondo ( <i>Araújo</i> ); c) para afirmar que el control de la competencia era un paso previo al de los otros vicios de procedimiento ( <i>Escobar</i> ); d) para defender el orden metodológico de la decisión ( <i>Córdoba y Uprimny</i> ); e) o para afirmar que sí existía sustitución y debía hacerse el respectivo juicio ( <i>Cepeda</i> ).

<p>C1040/05 Cepeda, Escobar, Monroy, Sierra, Tafur y Vargas Hernández</p>	<p>Demanda contra el AL02/04 que estipuló la reelección presidencial inmediata. La demandante plantea directamente el cargo por sustitución y la mayoría de intervenciones se refieren al mismo tanto por permitir la reelección como por delegar la competencia legislativa para regularla en el Consejo de Estado. La declaración de inexecutable solo operó respecto a este último aspecto, aunque el mayor debate tanto en las intervenciones ciudadanas como en los salvamentos de voto giró en torno a la reelección presidencial.</p>	<p><i>Principio de separación de poderes:</i> no es posible delegar la competencia legislativa en el Consejo de Estado. El aspecto más debatido fue la reelección presidencial pero la Corte consideró que no sustituía la Constitución.</p>	<p>Reitera el método del juicio de sustitución construido en la C970 y C971/04, precisa siete momentos del mismo y lo aplica: a) desestima el cargo por sustitución en relación con la reelección presidencial porque no sustituye el régimen político; b) sostiene que habilitar al Consejo de Estado para expedir normas estatutarias sobre la reelección sí constituye una sustitución parcial y temporal de la Constitución, por crear un poder legislativo transitorio carente de controles, sin origen, composición y funcionamiento democrático.</p>	<p><i>Araújo, Beltrán y Córdoba</i> salvan el voto: a) con una amplia disertación teórica e histórica (centrada en la ANC y más extensa que la propia decisión judicial) defendieron el uso del marco de sustitución en contra de la reelección haciendo hincapié en que se trata de un vicio de competencia, b) coadyuvaron en fundamentar el marco argumentativo incluso señalando la injerencia indebida del Ejecutivo en su beneficio inmediato y otros vicios de procedimiento en el trámite del Congreso (ausencia de debate, impedimentos y recusaciones). <i>Sierra</i> sostuvo que la Corte debió declararse inhibida para evaluar vicios de competencia pues la Corte carece de dicha facultad</p>
<p>C588/09 Mendoza</p>	<p>Demanda contra el AL01/08 que plantea inscripción extraordinaria en carrera administrativa sin previo concurso. La demanda plantea que suspender el concurso público de empleos desnaturaliza los elementos definitorios de la Constitución, por tanto el Congreso se extralimitó al tratar de favorecer a un grupo determinado de personas que desempeñan cargos en provisionalidad.</p>	<p><i>Principio de carrera administrativa:</i> El ingreso automático de los empleados en provisionalidad al régimen de carrera sustituye parcial y temporalmente la Constitución.</p>	<p>La Corte construye la premisa mayor (el principio de carrera administrativa) y reitera que es ella la legitimada para efectuar dicha inferencia; luego describe la premisa menor como una excepción a dicha premisa y concluye que existe sustitución comparando los dos contenidos constitucionales. Aplica además el test de efectividad: argumenta que la reforma tiene el resultado potencial de alterar otros contenidos constitucionales de la estructura básica</p>	<p>Salvamentos: <i>Pinilla</i> porque consideró convierte su misión de guardiana en una obligación de resultado y que no existen límites al poder de reforma que la Corte se extralimita. <i>Sierra</i> argumenta que el concepto de vicio de competencia implica siempre un control material para el cual la Corte no está habilitada. <i>González</i> pues consideró que la carrera administrativa no es un elemento definitorio de la Constitución, ya las excepciones en la propia Constitución</p>

			de la Constitución. Asimismo, la Corte fija efectos retroactivos a fin de que se continúen realizando los concursos públicos.	confirmar que es sustituible. <i>Pretelt</i> sostuvo que la Corte ha creado un nuevo límite (de carácter temporal) al poder de reforma que no está en la Constitución.
C141/10 Sierra	Revisión automática del ley que convocaba a referendo—iniciativa ciudadana— (L1354/09), segunda reelección presidencial. La intervención del Gobierno solicita la exequibilidad y dice que no hay lugar a la sustitución. La Corte declara la inexecutable analizando tanto algunos vicios de trámite en el Congreso como la sustitución de ejes esenciales de la Constitución.	<i>a) Principio de separación de poderes y b) alternación en el poder:</i> permitir una segunda reelección rompe el equilibrio entre poderes y su coordinación entre períodos	Aplica el juicio de sustitución sobre el contenido de la reforma evaluando el impacto institucional que tendría una segunda reelección presidencial, como el riesgo de hegemonía y la falta de control recíproco entre poderes, y la intención de privilegiar al Presidente en el cargo (Uribe) y no de producir una norma de carácter general y abstracto.	<i>Sierra</i> aclaró su voto para oponerse al uso del juicio de sustitución porque desborda la competencia de la Corte: el control de competencia es material y está proscrito por la Constitución. <i>Pinilla</i> aclara su voto porque consideró que la Corte amplió el alcance del control sobre leyes que convocan el referendo en forma inaceptable pues el poder de reforma es ilimitado. <i>González</i> salvó el voto y afirmó que la Corte desbordó los límites de su competencia al hacer control material y establecer competencias diferenciales en el proceso de reforma
C397/10 Henao	Revisión automática de ley que convocaba referendo—iniciativa ciudadana— (L1327/09), cadena perpetua por algunos delitos contra menores de 14 años. La intervención del Gobierno solicita la exequibilidad y dice que no hay lugar a la sustitución. La Corte declaró la inexecutable con base en violación de requisitos formales (identidad y consecutividad) en el trámite legislativo, absteniéndose de	No se estableció explícitamente. La Corte solamente reiteró su competencia para evaluar vicios competenciales frente a leyes que convocan referendo de iniciativa ciudadana como expresión del poder constituido y no del poder constituyente.	No se usó la metodología del juicio de sustitución pero se reiteró la jurisprudencia sobre su procedencia respecto a leyes que convocan referendo de iniciativa ciudadana.	<i>González</i> salvó el voto porque, según él, no existían los vicios de procedimiento en que se basó la Corte. <i>Calle</i> salvó y sostuvo que los vicios eran subsanables y que la Corte debió realizar el juicio de sustitución, el cual según ella era negativo pues la reforma solo establecía una excepción pero no alteraba los elementos definitorios de la carta. <i>Palacio</i> aclaró que debió hacerse el juicio

	evaluar vicios competenciales del poder de reforma.			de sustitución porque la reforma excedía los límites competenciales violando la dignidad humana. <i>Mendoza</i> aclaró breves aspectos procedimentales que apoyaban la decisión.
C249/12 Henao	Demanda contra el AL04/11 que buscó homologar las pruebas del concurso público para ingresar a la carrera administrativa por experiencia y estudios adicionales. El gobierno solicita la exequibilidad. La demanda plantea directamente vicios competencial por sustitución del principio de carrera administrativa. La Corte declara la inexecutable con base en la sustitución parcial y temporal del principio de carrera administrativa.	<i>Principio de carrera administrativa:</i> la selección del personal debe basarse en la evaluación y determinación de la capacidad e idoneidad del aspirante y no en otros criterios que violen la igualdad y desnaturalicen el proceso de selección.	Usa el test de sustitución y el test de efectividad sin dar mayor importancia a otros requisitos de trámite. Este último indica la prohibición de reformas de contenido particular y concreto, tal y como la que se estudia, la cual beneficia a un grupo de ciudadanos determinados.	<i>Sierra</i> salvó el voto, reiteró su posición contra el uso del marco de sustitución, advirtió que la Corte transformó y cerró el ordenamiento colombiano haciendo control político e ideológico, desbordando sus competencias. <i>Pinilla</i> aclaró que la reforma pretendía burlar el precedente de la Corte (CConst, C-588/09) y así debió advertirse en la sentencia, en esta decisión cambio su posición sobre el juicio de sustitución acogéndolo y apoyando la decisión. <i>González</i> salvó el voto porque, a su juicio, no había sustitución de la Constitución. Recalcó las inconsistencias de dicha teoría y propuso replantear la metodología del juicio de sustitución: identificando referentes normativos explícitos en el ordenamiento jurídico internacional ( <i>ius cogens</i> )
C1056/12 Pinilla	Demanda contra el AL01/11, que buscó eliminar el régimen de conflicto de intereses para los Congresistas durante el trámite de reformas constitucionales. El gobierno solicita la exequibilidad. La	<i>Principio democrático, prevalencia del interés general y separación de poderes:</i> afecta varios principios y valores constitucionales tramitar normas en	La Corte evalúa la competencia del Congreso sin detenerse en el trámite. Construye la premisa mayor valiéndose de una lectura <i>exhaustiva y transversal de la Constitución</i> . La	<i>González</i> salvó el voto y consideró que la Corte debió declararse inhibida por ineptitud sustancial de la demanda. <i>Estrada-e-</i> salvó el voto argumentando que la Corte es

	<p>demanda plantea la sustitución de la Constitución.</p>	<p>las que exista conflicto de intereses así sea excepcionalmente.</p>	<p>premisa menor es interpretada según el método histórico, literal o semántico, teleológico, sistemático, para afirmar que la regla acusada introduce un cambio de gran magnitud en la Constitución. Dicho cambio, concluyó, sustituye la Constitución.</p>	<p>incompetente para pronunciarse de fondo.  <i>Palacio</i> aclaró que la reforma alteraba el modelo de la función pública y profundizó el test de sustitución.  <i>Pinilla</i> aclaró que su posición sobre la sustitución cambió desde la CConst, C-249/12 y que apoya los límites materiales al poder de reforma.  <i>Calle</i> aclaró que el lenguaje usado en la sentencia no describía el teste de sustitución en forma correcta y sintetizó la manera en que debió enunciarse.</p>
<p>C285/16 Guerrero</p>	<p>Demanda contra el AL02/15(parcial), reforma judicial y de equilibrio de poderes (Consejo de Gobierno Judicial). El Gobierno solicita fallo inhibitorio por ineptitud de la demanda, se realizó una audiencia pública ante la Corte. La demanda plantea que la reforma suprime los principios de independencia y autonomía judicial</p>	<p><i>Principio de autogobierno judicial:</i> el autogobierno exige una institucionalidad endógena a la rama judicial, no puede serlo solo nominalmente ni institucionalizar las interferencias externas</p>	<p>La Corte efectúa el juicio de sustitución. Construyó la premisa mayor partiendo del modelo de autogobierno judicial de la Constitución de 1991. La premisa menor fue el cambio de perfil de los encargados de la dirección y administración de la rama judicial, la modificación de la estructura institucional y las relaciones entre las nuevas instancias, y las de los nuevos órganos de gobierno y los demás jueces. Según la Corte el principio de autogobierno se suprimió porque solo se respetó en la forma pero no en la sustancia. Finalmente decide “ajustar” las normas que fueron declaradas inexequibles asignando funciones al Consejo Superior de la Judicatura,</p>	<p><i>Calle</i> salvó parcialmente el voto pues consideró que la Corte se extralimitó al definir a quién corresponden las funciones del órgano que la reforma pretendía crear (Consejo de Gobierno Judicial) y adujo que la Corte no dio argumentos suficientes que sustentaran la supuesta supresión del principio de autogobierno.  <i>Linares</i> critica el uso del test por considerar porque petrifica un diseño institucional existente al impedir la reforma y no define con claridad ni la separación de poderes ni el principio de autogobierno judicial.</p>

			que por su Ministerio no se suprimió como pretendía la reforma.	
C373/16 Linares y Mendoza	Demanda contra el AL02/15(parcial), reforma judicial y de equilibrio de poderes (Comisión de Aforados). El gobierno solicita la exequibilidad de las normas, se realiza audiencia pública. La demanda plantea directamente la sustitución de varios principios definitorio de la Constitución.	<i>Principios de separación de poderes y autonomía e independencia de la rama judicial:</i> la modificación del sistema de investigación, acusación y juzgamiento de los Magistrados de las Altas Cortes y del Fiscal General de la Nación concentra el poder en el Congreso y viola garantías penales.	La Corte encuentra que la demanda construye acertadamente la premisa mayor y la interpreta. Construye varias premisas menores: a) la Comisión de aforados carece de controles por no estar adscrita a ninguna rama del poder, su procedimiento elimina el debido proceso ante la imposibilidad de allegar o controvertir pruebas, no hay reserva judicial, convierte al	Solo se publicó la aclaración de <i>Mendoza</i> que sostuvo que también existían vicios en el trámite legislativo. No se publicaron las aclaraciones de <i>Guerrero, Linares y Ortiz</i> .
C332/17 Lizarazo	Demanda contra el AL01/16, por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. La demanda plantea la sustitución del principio de separación de poderes	<i>Competencia deliberativa y decisoria del Congreso (como núcleo del Principio de separación y equilibrio de poderes):</i> Un acto legislativo no puede afectar el ejercicio de la función legislativa, su facultad de deliberación y decisión.	La Corte usa el juicio de sustitución solo respecto a un cargo. La premisa menor constituye una afectación a la competencia deliberativa y decisoria del Congreso que le impide introducir cambios en el los proyectos de ley presentados por el Gobierno sin su aval. La conclusión es que sustituye la Constitución y que el Congreso puede hacer modificaciones siempre que cumplan con el requisito de conexidad.	<i>Rojas</i> salvó el voto y sostiene que el juicio de sustitución debe variar en función de las normas de justicia transicional, debido a las tensiones entre los ejes definitorios de la Constitución que estas comportan por sí mismas. Además, el test no es un procedimiento mecánico sino que debe adaptarse a las circunstancias históricas. No compartió la decisión por considerar que la limitación al Congreso superaba el test de razonabilidad. <i>Lizarazo</i> salvó parcialmente el voto porque estaba en contra del uso del marco de sustitución, y porque su uso no incluyó la paz como premisa mayor