

La doctrina de la sustitución de la Constitución en Colombia

The Constitution Replacement doctrine in Colombia

Luis Alejandro SILVA¹

Universidad de los Andes

lsilva@uandes.cl

Fernando CONTRERAS²

Pontificia Universidad Católica de Chile

ftcontre@uc.cl

Resumen: La doctrina de la sustitución de la Constitución colombiana es una creación jurisprudencial que la Corte Constitucional ha desarrollado para controlar materialmente las reformas constitucionales, pese a que la Constitución prescribe que el control está circunscrito a los vicios de formación en el procedimiento. En este artículo se expone la doctrina, sus antecedentes y las premisas sobre las que se apoya, para luego criticarla. La crítica apunta, por una parte, a las inconsistencias teóricas de que adolece, desde una perspectiva lógica y jurídica; por otra, se dirige al efecto disonante que tiene en el concierto de los poderes estatales,

¹ Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de los Andes, Chile, Mons. Álvaro del Portillo 12.455, Santiago de Chile. lsilva@uandes.cl. El presente artículo se enmarca en el proyecto Fondecyt Regular N° 1161334. Agradecemos al profesor Vicente Benítez, de la Universidad de la Sabana, Colombia, los comentarios al borrador de este artículo.

² Profesor Instructor Adjunto, Pontificia Universidad Católica de Chile, Av. Libertador Bernardo O'Higgins, 340, Santiago de Chile. ftcontre@uc.cl

especialmente en relación con los poderes políticos. La crítica subraya lo problemático que resulta la posición de la Corte Constitucional como árbitro de la política colombiana, y cómo esta función distorsiona el principio de supremacía constitucional y sofoca el ámbito de legítima autonomía de lo político.

Palabras clave: Supremacía constitucional, reforma constitucional, gobierno de los jueces.

Abstract: The Colombian Constitutional Replacement Doctrine has been created by the Constitutional Court in order to review whether amendments to the Constitution are substantially constitutional or not, despite the fact that the Constitution prescribes that such a review is circumscribed to procedural defects in its creation only. In this article we present the Replacement Doctrine, its background and the premises on which it is built. We then provide a critique. On the one hand, the critique aims at the theoretical inconsistency of the doctrine, both from a logical and legal perspective. On the other, it points out the implications the doctrine has within the separation of powers structure. The critique emphasizes how problematic the position taken by the Constitutional Court as an arbiter of Colombian politics is. Also, it underscores how the doctrine distorts the principle of constitutional supremacy and the legitimate field of autonomy of the political.

Keywords: Constitution supremacy, constitutional amendment, government by the judiciary.

1. Introducción

*“Las democracias tiranizan preferentemente por medio del poder judicial”.*³ Este escolio del intelectual colombiano Nicolás Gómez Dávila expresa la preocupación que motiva este trabajo. Allí donde los jueces pueden aplicar directamente la Constitución con la autoridad de ser sus intérpretes últimos, late la amenaza de un gobierno judicial, que bien puede encubrir una tiranía. El caso colombiano es especialmente ilus-

3 GÓMEZ (2009), p. 1397.

trativo de este peligro y, en particular, la doctrina de la sustitución de la Constitución desarrollada por la Corte Constitucional.

La paradoja de una tiranía en democracia no es una idea novedosa: Tocqueville la hizo popular en su *La Democracia en América*. Pero se refirió a las mayorías. Gómez Dávila, en cambio, se refiere a los jueces. ¿Por qué los jueces? Porque pueden disimular el ejercicio del poder político bajo las apariencias de estar defendiendo el acuerdo democrático fundamental: la Constitución. La doctrina de la sustitución, que habilita a los jueces constitucionales para controlar materialmente las reformas constitucionales, se funda precisamente en la defensa de la Constitución y erige a la Corte en su guardián último. Es desde su posición como máximos garantes de la supremacía constitucional, que los jueces pueden convertirse en tiranos, tanto más cuanto mayor sea el celo que pongan en que se respete la Constitución siempre y por todos.

Sería apresurado, y probablemente injusto, calificar la doctrina colombiana de la sustitución de la Constitución como un ejemplo de tiranía judicial. Pero sí que sirve para ilustrar algo que se acerca a un gobierno de los jueces. En efecto, autoproclamándose intérprete final de la identidad, espíritu o esencia de la Constitución colombiana de 1991, la Corte Constitucional se yergue en el árbitro de lo que el poder constituyente derivado puede o no puede hacer. Es decir, está por sobre la más alta forma institucionalizada de expresión del poder soberano.⁴ Las decisiones políticas expresadas a través de un acto reformatorio de la Constitución, prácticamente no catalizan hasta haber recibido el *placeat* de la máxima jurisdicción constitucional del país.

El caso colombiano es tremendamente interesante, porque ofrece en abundancia el material necesario para explorar la frontera que separa las dimensiones jurídica y política de la Constitución. Y es que el control judicial de las reformas constitucionales sin duda nos sitúa frente a la dramática alternativa de afirmar la primacía absoluta del derecho sobre la política —un derecho justiciable ante los jueces, se entiende— o admitir un ámbito de autonomía de la política, esto es, libre de interferencia

⁴ Habría que exceptuar la reforma conducida por una Asamblea Constituyente. Ver nota 48.

judicial. La opción por una u otra es relevante tanto para el derecho como para la política.

La Corte Constitucional ha entendido que por estar la política (i.e. los poderes políticos) sujeta a la Constitución, está sujeta al derecho y, en consecuencia, a su jurisdicción. Es evidente que esta postura acarrea un costo para el ejercicio de la política. Lo que es menos evidente, pero no menos real, es que dicha postura también se cobra un precio en la administración de la justicia constitucional. Porque la Corte no puede hundir sus manos en la política —que eso significa controlar el fondo de las reformas a la Constitución— sin quedar politizada. La política no tiene nada de malo, pero sí es malo que los jueces hagan política.

Este artículo es crítico hacia la doctrina de la sustitución de la Constitución porque entendemos que comporta una forma de judicialización de la política y, en términos generales, este fenómeno lo juzgamos negativamente porque implica un desquiciamiento de la función judicial. Sin embargo, advertimos que las causas de que una doctrina así haya emergido y se esté desarrollando son profundas. Esto significa que nuestra intención no implica un cuestionamiento al rol que ha jugado la Corte Constitucional en la política colombiana.⁵

El plan de este trabajo se estructura en cuatro partes, fuera de la Introducción y la Conclusión. En primer lugar, se repasa el estatuto de las reformas constitucionales en la Constitución colombiana de 1991. En segundo lugar, se ofrece una descripción de la doctrina de la sustitución de la Constitución, con especial énfasis en el desarrollo de las premisas sobre las que se apoya. Luego, se enuncian tres posibles causas que explican la aparición y subsistencia de la doctrina en cuestión. En cuarto lugar, se desarrollan sendas críticas a las premisas de la doctrina de la sustitución, que representan los puntos en que descansa la posición adoptada en este trabajo.

⁵ CEPEDA y LANDAU (2017), pp. 16-19, ofrecen un buen resumen de la Corte en su contexto político.

2. El estatuto de las reformas constitucionales en Colombia

La Constitución de 1991 fue intencionalmente diseñada para ser reformada: la experiencia había enseñado que una Constitución inflexible podía provocar mayores males que aquellos que se buscan evitar con las cláusulas pétreas o quórum calificados para su reforma.⁶ Desde luego, la reforma de la Constitución es una facultad restringida a unos pocos titulares, que sólo bajo ciertas condiciones pueden servirse de ellas. En otras palabras, su flexibilidad es relativa.

El Título XIII regula la reforma constitucional. El artículo 374 indica sus únicas tres fuentes posibles: el Congreso, una Asamblea Constituyente y el pueblo mediante referendo. Estos son los únicos titulares del poder constituyente. Pero debe entenderse del poder constituyente derivado, porque el originario es el que da origen a la Constitución y, por tanto, no está sometido a ella.⁷

En cuanto poderes constituidos, el Congreso, la Asamblea Constituyente y el pueblo están sujetos a las reglas constitucionales y, en consecuencia, son sujetos pasivos de los mecanismos de control dispuestos para garantizar su cumplimiento. Sus actuaciones pueden ser declaradas inconstitucionales, pero “sólo (...) cuando se violen los requisitos establecidos en este título” (artículo 379). El órgano encargado de ejercer este control es la Corte Constitucional.

El artículo 241.1 de la Constitución le confiere a la Corte Constitucional la función de decidir sobre la constitucionalidad “de los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de

6 GONZÁLEZ (2015), p 41. Véase también Corte Constitucional C-551/03, de 9 de julio de 2003, c. 40. [Nota aclaratoria: las sentencias de la Corte Constitucional colombiana carecen de un sistema uniforme que sirva para referirse a sus contenidos específicos. A veces los párrafos están numerados y otros señalados con letras, y otros nada, sino agrupados bajo un subtítulo. En general, hemos optado por indicar con una c. (por considerando o consideración), seguido por su número respectivo, los párrafos que están individualizados así en la sentencia. Cuando no, indicamos la sección señalada por el subtítulo correspondiente].

7 “[E]l poder constituyente es el pueblo, el cual posee per se un poder soberano, absoluto, ilimitado, permanente, sin límites y sin control jurisdiccional, pues sus actos son políticos-fundacionales y no jurídicos, y cuya validez se deriva de la propia voluntad política de la sociedad”, Corte Constitucional C-536/98, de 1 de octubre de 1998.

procedimiento en su formación”. Y el artículo 241.2 la función de “decidir (...) sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación”. En el ejercicio de estas funciones, la Corte deberá conducirse “en los estrictos y precisos términos de este artículo” (artículo 241).

Es importante llamar la atención sobre la insistencia con que la Constitución precisa el alcance del control sobre el ejercicio del poder de reforma constitucional. Particularmente relevante es el texto del artículo 241.1 y 241.2: el juicio de constitucionalidad procede sólo respecto “de vicios de procedimiento en su formación”. La intencionalidad de esta condición se hace más clara cuando se la compara con las condiciones del control de constitucionalidad de las leyes (artículo 241.4) que, además de los vicios de procedimiento, admite un control sobre “su contenido material”.⁸

La limitación del poder de control de las reformas constitucionales a “los vicios de procedimiento en su formación” debe entenderse en el contexto de una Corte Constitucional con funciones llamativamente amplias. Sin embargo, al menos en la intención de la Asamblea Constituyente, la amplitud de los poderes de la Corte no ha de atribuirse a la intención de crear un órgano de control independiente del poder político, de acuerdo con la lógica “mientras más fuerte, más independiente”. Antes bien habría que atribuir las al doble deseo de, por una parte, terminar con la politización en que habría caído la Corte Suprema y, por otra, de contar con un poder que correspondiera de cerca a las políticas del gobierno de turno.⁹

El diseño de la Corte Constitucional habría que entenderlo como una combinación de mecanismos y atribuciones que garanticen el rol histórico del Poder Judicial en la política nacional y, al mismo tiempo, impidan

⁸ Lo mismo ocurre con el control de constitucionalidad de los decretos con fuerza de ley (artículo 241.5) y con el control de los proyectos de ley objetados por el Gobierno por inconstitucionales o los proyectos de leyes estatutarias (artículo 241.8).

⁹ LANDAU (2015a), pp. 106-118. Esta aparente contradicción Landau la resuelve utilizando como clave explicativa la larga tradición colombiana de jueces solucionando problemas políticos, LANDAU (2015a), pp. 118-126. La politización que se trataba de evitar era aquella contraria a los intereses del gobierno.

que se vuelva contra las políticas del Gobierno.¹⁰ Quizá el mecanismo de contención más obvio sea el sistema de nombramiento de los magistrados. Pero no es el único. La cláusula del artículo 241.1 y 241.2, “sólo por vicios de procedimiento en su formación”, debería contarse entre ellos.

¿Por qué la Asamblea Constituyente decidió excluir del control de la Corte Constitucional el contenido material de las reformas constitucionales?¹¹ Uno de los motivos que puede aventurarse es el que señala la misma Corte Constitucional: admitir el control material de las reformas equivaldría a “petrificar el ordenamiento constitucional y anular la propia cláusula de reforma, por lo que la restricción impuesta por el artículo 241 a la competencia de la Corte es una consecuencia necesaria del propio mecanismo de reforma constitucional”.¹²

3. La doctrina de la sustitución

En esta sección se desarrolla la doctrina de la sustitución de la Constitución. En primer lugar, se ofrece una descripción de ella. Luego, una

¹⁰ MORENO (2015), p. 75, sobre el protagonismo adquirido por la Corte Suprema en la política nacional (y que aún se puede apreciar).

¹¹ El acto legislativo 2 de 1977, declarado inexecutable por la Corte Suprema en mayo de 1978, comprendía entre otras reformas a la Constitución, incorporar a las atribuciones de la Corte Suprema el poder para controlar las reformas constitucionales, aunque “sólo por vicios de forma en el procedimiento”, MORENO (2015), p. 81.

¹² Corte Constitucional C-551/03, de 9 de julio de 2003, c. 13. Aquí habría que añadir lo que dicen GARCÍA y GNECCO (2016), p. 85: “no puede afirmarse que el constituyente no tuvo interés alguno en las consideraciones sustantivas de los actos reformativos de la Constitución, sino que dejó en manos del pueblo este control material, en los términos del artículo 377 de la Constitución”. En convergencia con la motivación histórica, la cláusula que venimos comentando puede entenderse como una expresión de cierta autonomía de la política respecto del control judicial. En efecto, al restringir la competencia de la Corte a “los vicios de procedimiento en su formación”, el constituyente quiso defender ese espacio de deliberación política sobre los contenidos materiales de una reforma constitucional. La defensa de este ámbito se asienta en el reconocimiento de la naturaleza abierta e indeterminada del razonamiento político. En efecto, que la letra de la Constitución indique que el Poder Judicial está legitimado para pronunciarse sólo sobre aspectos procedimentales (artículos 241.1 y 241.2.) da cuenta de que la política tiene autonomía para escoger la manera de realizar exigencias de justicia salvo en los procedimientos. Este es el punto de CHAUX (2017), p. 237, cuando denuncia que el control material de las reformas constitucionales, practicado por la Corte Constitucional, petrifica los elementos esenciales de la Constitución, haciéndole perder “su conexión con el pueblo”, por la vía de eliminar “el derecho de las personas a cambiarla”.

referencia a sus antecedentes históricos, para terminar con el desarrollo de las premisas sobre las que se apoya

3.1. La doctrina de la sustitución: una descripción

La doctrina de la sustitución —“una de las más importantes de la Corte” —¹³ es una justificación teórica del control de constitucionalidad que la Corte Constitucional practica sobre el contenido material de las reformas constitucionales. El primer caso en que la Corte Constitucional desarrolló esta doctrina fue con ocasión del control de constitucionalidad de la ley 796 de 2003, por la que el Congreso convocó a un referendo para reformar la Constitución, de acuerdo con el artículo 378 de la Constitución. Por iniciativa del gobierno del expresidente Álvaro Uribe, la ley aprobada por el Congreso proponía 17 preguntas sobre distintas reformas al articulado de la Constitución, que incluían, entre otras disposiciones: reducir el tamaño del Congreso, intervenir el régimen de los partidos políticos, castigar la producción y el tráfico de droga, congelar los salarios públicos por dos años, ampliar las causales de pérdida de investiduras de congresistas y otras autoridades. El paquete de reformas era, ciertamente, ambicioso.

La convocatoria al referendo produjo una inmediata polarización política, cuyo árbitro final fue la Corte Constitucional. La primera cuestión que había de resolverse era acerca de la competencia de la Corte: ¿debía limitarse a constatar la corrección formal del procedimiento de convocatoria al referendo o debía extenderse también a su contenido? La lectura literal del texto constitucional establecía con claridad que la Corte debía optar por la primera opción. Para tomar el curso de acción de la segunda posibilidad, debía construir una teoría. La Corte Constitucional optó por la segunda y ofreció la doctrina de la sustitución.¹⁴

El desarrollo del argumento de la sustitución comienza ampliando la

13 CEPEDA y LANDAU (2017), p. 9.

14 CAJAS (2007), pp. 42-44, constata cómo la Corte se mueve desde un criterio de interpretación literal del texto constitucional, característico de su jurisprudencia hasta entonces (1992-2002) — etapa que PALACIO (2013), p. 445, califica de “control por vicios de trámite”—, hacia la aplicación de varios criterios de interpretación que le permiten ampliar sus facultades de control.

noción “vicios de procedimiento” del artículo 241.2. A juicio de la Corte, los vicios formales son de dos tipos. Por un lado, de trámite o procedimental; por otro, de competencia (i.e. ¿es competente el órgano para reformar la Constitución?).¹⁵ Este segundo tipo de vicio no está expresamente previsto en el texto constitucional, que no hace distinción cualitativa entre los distintos mecanismos de reforma: no limita qué se puede cambiar y qué no según el órgano del cual emane el proyecto de reforma. Aquí la Corte recurre a la distinción entre constituyente originario y derivado. Explica que sólo el constituyente primario —el pueblo— puede instituir el orden social, que denomina acto político “fundacional”.¹⁶ La *reforma* constitucional, en cambio, es un poder derivado y, por lo mismo, limitado. Estas limitaciones no serían meramente procedimentales; comprenderían también, necesariamente, la competencia del órgano, lo cual permite a la Corte afirmar que el poder constituyente derivado no tiene competencia para *sustituir* la Constitución, sino sólo para *reformularla*. La distinción entre reformar y sustituir descansa en la premisa de que la Constitución tiene una “identidad” o “ejes axiales”, impresos por el constituyente originario. Y es sólo éste, en consecuencia, quien puede modificarla, sustituyendo parcial o totalmente la Constitución. Luego, le corresponde a la Corte Constitucional la determinación de si el proyecto de reforma sustituye o no la Constitución.¹⁷

3.2. Antecedentes históricos

Es interesante reparar en que la doctrina de la sustitución no es un invento de la Corte Constitucional. A fines de la década de los 70, la Corte Suprema la utilizó para justificar su competencia para controlar las reformas a la Constitución. Apartándose de su propia jurisprudencia, inauguró una ampliación de su poder al mismo tiempo que introdujo los elementos

15 Corte Constitucional C-551/03, de 9 de julio de 2003, c.26 y c.31.

16 GONZÁLEZ (2015), p. 46. La distinción fuerte entre constituyente primario y derivado se basaría en la elaboración teórica de autores como Carl Schmitt, Georges Burdeau, Germán Bidart.

17 La Corte Constitucional ha desarrollado un “test” de sustitución. En la sentencia Corte Constitucional C-970/04, de 7 de octubre de 2004, lo expuso por primera vez y lo patentó en la sentencia Corte Constitucional C-1040/05, de 19 de octubre de 2005.

teóricos para sustentarla.¹⁸

Si bien la teoría de la sustitución tuvo su origen en la Corte Suprema, no debe olvidarse que fue hacia el final de su carrera como guardiana de la Constitución que ella apareció, poco antes de que fuera sustituida por la Corte Constitucional.¹⁹ Recién en 1978 acogió la idea de que el Poder Judicial era competente para controlar el ejercicio del poder de reforma de la Constitución. Previo a esta sentencia, la cuestión se había debatido pero, hasta 1977, la postura de la Corte era clara: la Constitución no consagra el control judicial sobre las reformas a la Constitución, y arrogarse tal atribución, “lejos de mantener para la Corte el papel que se le ha asignado por la Constitución como centro equilibrador de la acción de las ramas del poder público, la llevaría a convertirse en un poder absoluto, quebrando así uno de los principios cuya guarda le ha sido encomendada”.²⁰

En sentencia de 5 de mayo de 1978, la mayoría del Pleno acogió la demanda de inexecuibilidad contra un acto legislativo que convocaba a una asamblea constitucional para reformar algunas materias de la Constitución. La Corte Suprema carecía de habilitación expresa para controlar las reformas constitucionales.²¹ Al mismo tiempo, era evidente la existencia de un vicio en el procedimiento de formación del acto demandado (una de las votaciones de la Cámara de Representantes había infringido el artículo 81 de la Constitución). La intervención de la Corte parecía necesaria, pero ¿cómo justificarla?

El argumento de la sentencia contiene todos los elementos que serán posteriormente desarrollados por la Corte Constitucional en 2003: la

18 En efecto, la Corte Suprema ya se había pronunciado en contra de su competencia para conocer demandas contra actos reformativos de la Constitución, en: Sentencia Corte Suprema de 28 de octubre de 1955; Sentencia Corte Suprema de 28 de noviembre de 1957; y Sentencia Corte Suprema de 16 de abril de 1971. Una explicación de este viraje jurisprudencial y su contexto político, CAJAS (2015), pp. 197-216.

19 La máxima autoridad judicial estaba constitucionalmente encargada de velar por la integridad de la Constitución desde la reforma de 1910, TASCÓN (2005), p. 262.

20 Sentencia Corte Suprema de 16 de abril de 1971, fundamento 8.

21 La Constitución de 1886 no contemplaba en absoluto una competencia judicial para controlar los actos reformativos de la Constitución, ni por vicios de forma ni de fondo.

distinción entre constituyente originario y derivado (o poder constituyente y constituido), y la subsecuente dependencia del segundo respecto del primero; la distinción entre reforma y sustitución (o la identidad de la Constitución), y la incompetencia del poder constituido para obrar una sustitución; la distinción entre vicios de competencia y procedimiento, y la ventana que se abre para controlar los contenidos materiales.

La decisión de la Corte también representó un afinamiento del órgano judicial como árbitro de la política. La misma sentencia, en un salvamento de voto (i.e. voto disidente), contiene una advertencia contra el peligro que esto representa: “Llevar el control de la Corte a los actos reformativos de la Constitución, sin norma expresa, equivaldría a sustituir, aun de buena fe, los excesos del Congreso o del Gobierno por los excesos o despotismo del poder judicial”.²² Pero el parecer de la mayoría es ajeno a esta circunstancia: la Constitución tiene una identidad y la Corte Suprema es la guardiana de su integridad.²³

El caso de la Corte Constitucional guarda una diferencia importante respecto de la Corte Suprema: la Constitución de 1991 le reconoce expresamente la competencia para controlar el poder reformativo constitucional. La Corte Suprema había recurrido a la teoría de la sustitución para justificar el control sobre los vicios de procedimiento que afectaban al Acto legislativo 2 de 1977; esa conquista era ahora constitucional: el artículo 241.2 de la Constitución de 1991 encomendaba a la Corte Constitucional la función de controlar la constitucionalidad de los actos legislativos por vicios de procedimiento.

Revisando el periodo 1992-2003, puede decirse que la aplicación que la Corte Constitucional hizo del artículo 241.1 se atuvo a una interpretación bastante estricta de su texto.²⁴ Como subraya Cajas: “Desde el

22 Sentencia Corte Suprema de 5 de mayo de 1978, salvamento de voto del magistrado González Charry.

23 MORENO (2015), p. 84. Con posterioridad a esta sentencia, la Corte Suprema tuvo algunas otras oportunidades de afirmar su competencia, aunque ello no se tradujera siempre en una declaración de inexequibilidad del acto demandado, MORENO (2015), pp. 90-109.

24 CAJAS (2008), p. 100. GONZÁLEZ (2015), p. 44 resume la posición de la Corte Constitucional así: “... durante once años, la Corte se había inhibido de conocer posibles vicios competenciales o materiales en los actos legislativos, invocando los ‘estrictos y precisos’ términos con los que

comienzo de su jurisprudencia, la Corte Constitucional es enfática en sostener que el control de las reformas constitucionales únicamente comprende los aspectos formales”.²⁵ Será con la sentencia C-551/03 que esto cambie definitivamente.

3.3. Las premisas de la doctrina (implícitas y explícitas)

En esta sección queremos desarrollar las premisas de la doctrina de la sustitución que están en juego. Algunas de ellas son propias de la doctrina en cuestión —como la distinción entre reforma y sustitución— y otras, en cambio, subyacen al entero sistema de control de constitucionalidad, como el concepto de supremacía constitucional.

3.3.1. La Constitución como norma jurídica y la Corte Constitucional como su última guardiana

La supremacía constitucional requiere de un guardián que la custodie. Hoy apenas se discute que ese rol debe corresponder a los jueces.²⁶ En algunas jurisdicciones —como en la de los EE.UU.— ese rol ha sido autoatribuido por los jueces; en otras, en cambio, le ha sido atribuido por una decisión constitucional explícita plasmada en el texto de la Constitución. Este último es el caso colombiano.

El artículo 241 de la Constitución dispone: “A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución”. En el cumplimiento de su función, la Corte ha ido demostrando la amplitud de su competencia, hasta contarse entre las cortes más fuertes del

el constituyente de 1991 cinceló sus atribuciones”. La única reserva que tenemos para adherir a esta síntesis es que no encontramos en la jurisprudencia del periodo 1992-2002 ninguna sentencia en que pueda reconocerse a las claras una inhibición de la Corte por tratarse de un vicio competencial o material.

²⁵ CAJAS (2008), p. 97. Ha habido alguna sentencia más o menos reciente que se orienta en la misma dirección (Corte Constitucional C-053/16, de 10 de febrero de 2016), pero sentencias posteriores nos hacen ver que son excepcionales (por ejemplo, Corte Constitucional C-285/16, de 1 de junio de 2016; y Corte Constitucional C-373/16, de 13 de julio de 2016). Cit. en GARCÍA y GNECCO (2016), p. 84.

²⁶ La concepción moderna de los tribunales constitucionales descansa sobre esta premisa, que es prácticamente doctrina establecida, ejemplarmente desarrollada por GARCÍA DE ENTERRÍA (1982). Para Colombia, por vía ejemplar, QUINCHE (2015), pp. 62-68.

mundo.²⁷ Una enumeración rápida de algunos ejemplos del poder de la Corte como garante de la supremacía de la Constitución será suficientemente ilustrativa: controlar los motivos para decretar estados de excepción constitucional;²⁸ fijar plazos al legislador para dictar leyes;²⁹ modificar el texto de proyectos de leyes vigentes;³⁰ pedir cuentas al Ejecutivo del cumplimiento de sus sentencias;³¹ controlar el contenido material de las reformas constitucionales.³²

Por cierto, muchas de las formas en que la Corte Constitucional procura garantizar la integridad y supremacía de la Constitución no están en su texto.³³ Antes bien, son el resultado de un desarrollo hermenéutico de los fundamentos en que se asienta su competencia. Estos fundamentos son dos: la Constitución es norma jurídica y suprema, y corresponde al juez aplicarla.³⁴ La combinación de estos axiomas, como veremos, conduce a la Corte a la posición de árbitro supremo de las disputas constitucionales y explica por qué postular una doctrina como la de la sustitución.³⁵

Es la propia Constitución la que se define a sí misma como norma suprema; “norma de las normas”, dice el artículo 4. Debe entenderse allí donde dice norma, que se trata de una norma jurídica: “Las consecuencias que se derivan del principio de supremacía apuntan (...) al reconocimiento de una norma jurídica como piedra angular filosófico-política que rige todas las actividades estatales y a la cual están subordinados todos los ciudadanos y los poderes públicos”.³⁶ El carácter jurídico de

27 LANDAU (2015b), p. 204; entre las más “importantes, creativas y activistas del hemisferio sur”, BONILLA (2013), p. 21.

28 Corte Constitucional C-004/92, de 7 de mayo de 1992.

29 Corte Constitucional C-737/01, de 11 de julio de 2001.

30 Corte Constitucional C-109/95, de 15 de marzo de 1995.

31 Corte Constitucional T-025/04, de 22 de enero de 2004.

32 Corte Constitucional C-551/03, de 9 de julio de 2003.

33 Acerca de las innovaciones de la Corte Constitucional, BERNAL (2013a), nota 33. Un buen ejemplo es el de las sentencias moduladas, SOLANO (2007), pp. 527-529.

34 Corte Constitucional C-083/95, de 9 de marzo de 1995: “[puesto que] la Constitución es derecho legislado por excelencia, quien aplica la Constitución aplica la ley, en su expresión más primigenia y genuina”.

35 Sobre la Corte como órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, Corte Constitucional C-802/02, de 2 de octubre de 2002, sección b.2.

36 Corte Constitucional C-560/99, de 4 de agosto de 1999, sección 2.

la norma constitucional se corresponde con la idoneidad de los jueces para interpretarla, y con los jueces constitucionales para interpretarla auténticamente.³⁷

La Corte Constitucional es el intérprete supremo de la Constitución, lo cual significa que “el deber de respeto a la Constitución no puede entenderse como hacer una invocación meramente formal de la Carta Política en la decisión que se adopta, sino aplicar el ordenamiento jurídico conforme al alcance que para cada caso específico ha establecido su intérprete supremo, esto es, la Corte Constitucional”.³⁸

Paradigmática es la expresión siguiente: “entre la Constitución y la Corte Constitucional, cuando ésta interpreta aquélla, no puede interponerse ni una hoja de papel”.³⁹ Así, la supremacía de la Constitución viene a identificarse con la supremacía de la Corte Constitucional, porque admitir que la actuación de un poder estatal no esté sujeto al control de la Corte equivale a reconocer la existencia de un poder constituido supraconstitucional, lo cual sería una contradicción en los términos.⁴⁰ Esto implica que el poder de reforma de la Constitución está sujeto al control de la Corte como una consecuencia necesaria del principio de supremacía constitucional.

3.3.2. La diferencia entre el poder constituyente originario y derivado

La distinción entre poder constituyente originario y derivado tiene una importancia capital en la doctrina de la sustitución. En la medida en que el constituyente derivado es un poder constituido, está por ello condicio-

37 Corte Constitucional C-650/03, de 5 de agosto de 2003, c.4.8.2: “La autoridad pública que por Constitución está llamada a interpretar auténticamente el alcance y los efectos de los preceptos constitucionales es la Corte Constitucional”.

38 Corte Constitucional T-298/08, de 3 de abril de 2008, sección 1 *in fine*.

39 Corte Constitucional C-113/93, de 25 de marzo de 1993, sección 6.F.

40 Corte Constitucional C-539/11, de 6 de julio de 2011, c.5.2.7. “al ser guardiana de la supremacía e integridad de la Carta, la interpretación que la Corte haga del texto constitucional es vinculante para todos los operadores jurídicos, sea la administración o los jueces”. Es más: “el precedente constitucional sentado por la Corte Constitucional como guardiana de la supremacía de la Carta tiene fuerza vinculante no sólo para la interpretación de la Constitución, sino también para la interpretación de las leyes que obviamente debe hacerse de conformidad con la Carta”.

nado al poder que lo constituye. Esta dependencia de un poder respecto del otro es el punto en que pivota el control de constitucionalidad de los contenidos materiales de los actos legislativos.⁴¹

Esta diferencia entre los poderes constituyentes es un tópico en el Derecho Constitucional, sobre el cual es innecesario ahondar aquí. Lo peculiar de la doctrina desarrollada por la Corte Constitucional colombiana es extraer de ella los fundamentos de su competencia para el control material de los actos legislativos.⁴² En efecto, lo ordinario es que el constituyente originario asegure su obra en el tiempo mediante mecanismos que dificulten la reforma de la Constitución. Estos instrumentos apuntan a condicionar la reforma a la existencia de un consenso de amplias bases democráticas, que se traduce en la exigencia de distintos requisitos procedimentales como, por ejemplo, quórums calificados o ratificaciones. Otro mecanismo por el cual el constituyente originario protege su obra es prohibiendo su reforma total o parcialmente. En estos casos se habla de cláusulas pétreas o intangibles.⁴³

La Constitución de 1991 no incluye cláusulas pétreas. Sin embargo, la Corte Constitucional ha declarado inexecutable (i.e. contrarios a la constitución) actos legislativos que cumplieran con todas las condiciones señaladas por el constituyente originario para que pudiera reformarse la Constitución. ¿Cómo se explica esto?

El punto de partida del argumento de la Corte es este: admitir un poder de reforma de la Constitución sin límites materiales “elimina (...) la distinción básica entre poder constituyente originario y poder constituyente derivado o de reforma”.⁴⁴ Y ello es inaceptable. Esta conclusión de la Corte es independiente de la existencia de mecanismos que dificulten la

41 Actos legislativos es el nombre que designa los actos reformativos de la Constitución, de uso típico en la doctrina colombiana.

42 Aunque tampoco en esto es enteramente original, sino que sigue el precedente establecido por la Corte Suprema de India. Ver nota al pie 19 de la sentencia Corte Constitucional C-551/03, de 9 de julio de 2003. Para una comparación de las doctrinas de ambos países, DIXON y LANDAU (2015).

43 El ejemplo típico es la Ley Fundamental de Bonn (1949), artículo 79.3, en relación con los artículos 1 y 20.

44 Corte Constitucional C-551/03, de 9 de julio de 2003, c.37.

reforma de la Constitución; más aún, reclama validez a pesar de ello. En otras palabras, la voluntad del constituyente originario debe ser protegida incluso contra el Título XIII de la Constitución. Lo contrario implicaría aceptar, por decirlo de algún modo, que el constituyente originario se vacía a sí mismo en el constituyente derivado.

Para la Corte, el hecho de que la Constitución contemple mecanismos de reforma constitucional es una prueba de que el constituyente originario quiso salvaguardar la identidad del proyecto constitucional. Esto porque, estando la reforma entregada a poderes constituidos, el poder de reforma es *per se* limitado. El único poder esencialmente ilimitado es el del constituyente originario.⁴⁵ Por supuesto, esta definición deja intacto el problema de determinar el límite material del poder constituido de reforma, sobre lo cuál volveremos más adelante.

3.3.3. La diferencia entre reforma y sustitución

Las consecuencias que la Corte Constitucional atribuye a la distinción entre el constituyente originario y derivado tendrían fundamento en el mismo texto de la Constitución, específicamente el término “reformular” del artículo 374. En la interpretación de la Corte, el verbo reformar implica necesariamente que el efecto de la acción conserva la identidad del objeto reformado.⁴⁶ En caso contrario, habría que hablar de sustituir. El objeto del poder de reforma del Título XIII es la Constitución colombiana de 1991, por lo tanto, su ejercicio no puede resultar en una sustitución: “la Constitución debe conservar su identidad en su conjunto y desde una perspectiva material, a pesar de las reformas que se le introduzcan”.⁴⁷

Cualquier reforma que altere la identidad de la Constitución, la transforma y deviene en sustitución. La Corte Constitucional no descarta, en

45 No obstante, la Corte Constitucional insinuó en la sentencia C-574/11, de 22 de julio de 2011, c.4.43, que incluso este podría ser limitado por ella. Debo esta interesante precisión al profesor Vicente Benítez.

46 Aquí, por una parte, se trata de una implicancia lógica exigida por el término reformar; por otra, su uso en la argumentación de la Corte Constitucional tiene un origen claro: la *Teoría de la Constitución*, de Carl Schmitt (Corte Constitucional C-1200/03, de 9 de diciembre de 2003, c.15).

47 Corte Constitucional C-551/03, de 9 de julio de 2003, c.34.

principio, la posibilidad de que una constitución sea sustituida. Pero para el caso de la colombiana de 1991, debió haberse contemplado un mecanismo *ad hoc*, como lo hizo la Constitución española de 1978.⁴⁸

Reformar y sustituir constituyen así dos categorías distintas de modificación del texto constitucional. Es importante no confundir el estándar de sustitución con contenidos intangibles de la Constitución. Al afirmar que el poder de reforma tiene límites materiales, no debe entenderse que la Constitución es inmodificable: la Corte Constitucional reconoce que la Constitución de 1991 no tiene cláusulas pétreas, con lo cual admite que es flexible.⁴⁹ Lo que ocurre —continúa la Corte— es que tiene distintos grados de flexibilidad, y la sustitución es un estándar más exigente que la reforma. Siguiendo los términos de la sentencia C-551/03, podría decirse que la sustitución equivale a destrucción y la reforma a revisión.⁵⁰

La identidad de la Constitución define las fronteras de los poderes de reforma y sustitución. Si el poder para reformar se utiliza para sustituir, entonces se produce un vicio de competencia. Toca a la Corte Constitucional controlar que el poder de reforma no exceda su competencia, porque los vicios de competencia están comprendidos dentro de los vicios de forma en el procedimiento, sobre los cuales tiene la Corte jurisdicción por expresa disposición del artículo 241.1 y 241.2.

3.3.4. La naturaleza formal de los vicios de competencia

El texto constitucional es muy preciso al señalar que la competencia de la Corte para controlar los actos legislativos se limita a los vicios de forma en el procedimiento de formación. Pese a ello, la Corte no acepta

48 Es el ejemplo que la Corte usa en Corte Constitucional C-551/03, de 9 de julio de 2003, c.35, donde se refiere al procedimiento del artículo 178 de la Constitución de 1978. En la misma sentencia, la Corte admite, aunque con reticencias y en abstracto, formas institucionalizadas del poder constituyente originario —hasta donde eso resulta posible— en Colombia, y en Corte Constitucional C-1040/05, de 19 de octubre de 2005, indicó que aquella sería sólo la Asamblea Constituyente.

49 Corte Constitucional C-551/03, de 9 de julio de 2003, c.39.

50 Corte Constitucional C-551/03, de 9 de julio de 2003, c.37. Las categorías destrucción y revisión están tomadas de SCHMITT (2011), p. 153. Para un estudio de esta sentencia, argumentando en favor de la idea de que la Constitución de 1991 tiene una identidad, MOTTA (2012), pp. 326-332.

limitarse al control de los aspectos meramente formales de una reforma constitucional, porque significaría renunciar al cumplimiento de su función de garantizar la integridad y supremacía de la Constitución.⁵¹ ¿Cómo resolver el dilema?

La Corte resuelve el problema ofreciendo una interpretación amplia —no literal— de la causal “vicios de procedimiento”.⁵² Es preciso advertir que el hilo argumental de la Corte es difícil de seguir en este punto, porque hay un uso —cómo decirlo— poco riguroso de las categorías conceptuales.⁵³ En primer lugar, la Corte se suma a aquella doctrina que desprende del género “vicios formales” dos categorías o especies: vicios de competencia y vicios de procedimiento.⁵⁴ Aquí se presenta una primera dificultad, porque el texto de la Constitución habla de vicios de procedimiento (especie), no de vicios formales (género). Sin embargo, la Corte parece ignorar esto y los homologa. Luego, la Corte estaría constitucionalmente autorizada para controlar vicios de competencia (especie), porque está autorizada para controlar los vicios formales. Aquí, sin embargo, debe enfrentarse a dos obstáculos.

En primer lugar, en su jurisprudencia, la Corte Constitucional ya había definido que los vicios de competencia eran infracciones de contenido material y, por lo tanto, debía inhibirse de controlarlos.⁵⁵ En segundo lugar, al observar el conjunto de las atribuciones conferidas a la Corte

51 Parte de la doctrina extiende la argumentación y sostienen que también se justifica porque el “Estado Constitucional y democrático” es más “complejo” que otros tipos de Estado, en que sólo sería necesaria la “simple verificación de las votaciones, los términos y el quorum”, CAJAS (2004), p. 29-30.

52 CAJAS, (2004), p. 26.

53 MORA (2009), p. 426, sintetiza su análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional diciendo que, en muchos casos, es posible hablar de un “uso arbitrario, indebido o tramposo de la interpretación constitucional”. En principio, este no sería un defecto de la Corte colombiana exclusivamente, sino en general, de los tribunales con jurisdicción constitucional.

54 Corte Constitucional C-551/03, de 9 de julio de 2003, c. 15.

55 Por ejemplo, Corte Constitucional C-546/93, de 25 de noviembre de 1993; Corte Constitucional C-531/95, de 20 de noviembre de 1995; Corte Constitucional C-600/95, de 11 de diciembre de 1995; Corte Constitucional C-222/97, de 29 de abril de 1997; Corte Constitucional C-543/98, de 1 de octubre de 1998; Corte Constitucional C-501/01, de 15 de mayo de 2001; Corte Constitucional C-487/02, de 26 de junio de 2002; Corte Constitucional C-987/02, de 14 de noviembre de 2002. Ver nota 15.

Constitucional por el artículo 241, se advierte una clara distinción entre infracciones formales y materiales, reservando el control de las reformas constitucionales sólo a las infracciones formales.

La Corte rompe el cerco lógico en que parece estar atrapada de un modo que resulta difícil de justificar. Lo que hace es invertir las categorías entre los vicios de competencia (especie) y los vicios formales (género): el que antes era especie pasa a ser género y viceversa. Es lo que se desprende del texto de la sentencia: “la presente sentencia no sostiene que los vicios de competencia sean exclusivamente vicios de forma o procedimiento, sino que los problemas de competencia se proyectan al estudio tanto de los vicios de procedimiento como de los vicios de contenido material”.⁵⁶ En este punto, lo que la Corte está diciendo es que los numerales 1 y 2 del artículo 241 le ordenan controlar los vicios de competencia, que comprende tanto aspectos formales como materiales.⁵⁷

3.3.5. La Política convertida en Derecho

El carácter supremo de la Constitución y su naturaleza jurídico-normativa realizan lo que podría llamarse en algunos círculos el ideal del constitucionalismo: el sometimiento del Poder al Derecho. La Constitución es la norma jurídica que condiciona la validez de todas las actuaciones de los poderes públicos y su eficacia está garantizada por la Corte Constitucional. Teóricamente al menos, la Política estaría sujeta al derecho: no hay espacios inmunes al control judicial, porque los órganos políticos actúan válidamente cuando lo hacen conforme a la Constitución. En esto consistiría el Estado de Derecho.

La doctrina de la sustitución ofrece un buen ejemplo de lo anterior. El control de constitucionalidad de las reformas constitucionales se apoya en la defensa de la identidad de la Constitución. Para reconocer si la identidad está siendo afectada, hay que examinar “los principios y valores que la Constitución contiene, y aquellos que surgen del bloque de

⁵⁶ Corte Constitucional C-551/03, de 9 de julio de 2003, c.25.

⁵⁷ Para un análisis más detallado, MORELLI (2006), pp. 451 – 463.

constitucionalidad”.⁵⁸ Estos parámetros, como es bien sabido, abren para el juez amplios márgenes de apreciación. En el contexto del control de reformas constitucionales, es difícil que pueda evitar el hacer consideraciones que los titulares de dicho poder de reforma juzguen —no sin razón— políticos.⁵⁹

Por supuesto que la Corte no se percibe a sí misma como un órgano político (lo cual obviamente, no implica que desconozca los efectos políticos de sus decisiones): es un órgano judicial y sus actuaciones son judiciales. La Corte no hace política, sino que aplica el derecho. El conflicto con los órganos políticos nace como consecuencia de los alcances del derecho que aplica. La libertad con que la Corte amasa principios, valores, reglas y derechos le confiere una tutela omnicompreensiva sobre las actuaciones políticas, empañando las fronteras que la separan de los poderes políticos al convertirse ella misma en la sede donde se deciden los asuntos más importantes de la Nación.⁶⁰

La Corte Constitucional es consciente de este fenómeno —la confusión entre el derecho y la política— y de los riesgos que entraña. En línea con esto, hay ejemplos que pueden enumerarse para ilustrar la deferencia que guarda con el ámbito propio de la política.⁶¹ Sin embargo, estos casos se pierden en medio de una abrumadora cantidad de ejemplos en el sentido contrario, al punto de que pasan a ser la excepción que confirma la regla.⁶² En definitiva, la actuación de la Corte Constitucional se

58 Corte Constitucional C-551/03, de 9 de julio de 2003, c.39.

59 MORA (2009), pp. 96-99.

60 Para una revisión de la evolución que conduce a este punto, LÓPEZ (2004), capítulos 3 y 4; y LÓPEZ (2006), particularmente el capítulo 7. Lo central en esta evolución es un cambio de mentalidad respecto de la función del derecho. Las corrientes actualmente dominantes tienen en común el mirar al derecho como instrumento de transformación social, como el vehículo por medio del cual se puede luchar contra estados de cosas que se consideran indeseados. Se ha sostenido que las especificidades culturales, políticas y sociales de Colombia —guerrilla, pobreza, desigualdad, entre otras— son un terreno fértil para concepciones como las que aquí describimos. En este sentido, para un análisis provocador, LEMAITRE (2009).

61 Uno de ellos es el reconocimiento a la libertad de configuración legislativa del Congreso, MORENO (2016), pp. 77 y ss. Ver nota 104.

62 Una sentencia temprana que fijó el tenor de lo que habría de significar la relación entre política y derecho para la Corte Constitucional fue la T-406/92, de 17 de junio de 1992. En ella, la Corte despliega el significado de una Constitución normativa en el contexto de un Estado Social

inscribe en un flujo en que alimenta y es alimentada por una concepción del derecho que no reconoce en la política un límite extrínseco.⁶³

4. El porqué de una doctrina como la sustitución

Como hemos adelantado, tenemos una visión crítica de la teoría de la sustitución. Eso no quiere decir, sin embargo, que ignoremos lo atendible que son las razones que explican su surgimiento. Por ello, antes de exponer nuestras críticas a la razonabilidad de la doctrina (sección V), quisiéramos explorar brevemente las causas que podrían explicar su creación. Los sistemas jurídicos no existen en el vacío: mantienen una relación simbiótica con la comunidad política que pretenden ordenar. En este sentido, las doctrinas jurídicas muchas veces nacen como reacción a determinados fenómenos políticos histórica y culturalmente situados.⁶⁴

4.1. Compensación del hiperpresidencialismo colombiano

Uno de los motivos más recurridos por la doctrina, para explicar la competencia autoatribuida de la Corte para controlar el fondo de las reformas constitucionales, es la desproporción del poder del Ejecutivo en el concierto de los poderes del Estado colombiano.⁶⁵ Este desbalance es histórico y se manifiesta especialmente en la escasa (por no decir nula) influencia de las minorías políticas de oposición para ejercer algún control sobre el Presidente.⁶⁶ La emergencia del Estado Social de Derecho y el

de Derecho, que representa para ella desafío de salvar la brecha entre la norma y el hecho social, con la consecuencia de relativizar la autoridad de las definiciones políticas (i.e. las leyes) y entenderse a sí misma autorizada para ignorar, contradecir o suplir las actuaciones del poder político cuando así lo exija la vigencia de los principios consagrados en la Constitución.

63 Afirma la sentencia Corte Constitucional T-406/92, de 17 de junio de 1992, c.10: “El juez, al poner en relación la Constitución (...) con la ley y con los hechos hace uso de una discrecionalidad interpretativa que necesariamente delimita el sentido político de los textos constitucionales. En este sentido la legislación y la decisión judicial son ambos procesos de creación de derecho”. Esta concepción tributa a la teoría interpretativista de Dworkin, en que la frontera entre el derecho y la política —entre interpretación y creación normativa— se desvanece, DWORKIN (2008), pp. 169 y 223. Sobre el influjo de Dworkin en la Corte Constitucional, LÓPEZ (2004), pp. 435-459.

64 Para una contextualización de la Corte Constitucional colombiana, LANDAU (2015b), pp. 195-256.

65 LANDAU (2015b), pp. 250-256; BENÍTEZ (2014), p. 27).

66 BERNAL (2013a): “It is difficult to accept that a hyper-presidential system, in which opposition

consiguiente mayor intervencionismo del Ejecutivo, sería otro ángulo del problema.⁶⁷ En consecuencia, la protección de los elementos esenciales para garantizar constitucionalmente la democracia deliberativa —amenazados por un Ejecutivo sin oposición efectiva en el Congreso— justificaría a la Corte para aplicar la doctrina de la sustitución.⁶⁸

4.2. Una forma de compensar la debilidad congénita del Congreso

El anverso del hiperpresidencialismo colombiano es la debilidad del Congreso como cuerpo político deliberativo e independiente. Compensar su precariedad, que es obsecuencia con el Ejecutivo, es un motivo que prácticamente recorre todo el trabajo de la Corte.⁶⁹ Esta percepción de la Corte coincide con la mala reputación del Congreso en Colombia.⁷⁰ Frente a situaciones que revelan un comportamiento ajeno a lo que cabe esperar que sea el Congreso —“atropellos a las minorías o que las decisiones legislativas no sean públicamente debatidas”, por ejemplo—⁷¹, la Corte no tiene empacho en intervenir. Restringir sólo a un control formal la reforma de la Constitución promovida por un órgano tan vulnerable a las presiones del Ejecutivo sería para la Corte lo mismo que abandonar

minorities are less likely to wield effective political control over the president, is a system of good working democratic institutions”.

67 Corte Constitucional T-406/92, de 17 de junio de 1992, c.9, “[l]as dificultades derivadas del crecimiento desbordante del poder ejecutivo en el estado intervencionista y de la pérdida de liderazgo político del órgano legislativo, deben ser compensadas, en la democracia constitucional, con el fortalecimiento del poder judicial, dotado por excelencia de la capacidad de control y de defensa del orden institucional. Sólo de esta manera puede lograrse un verdadero equilibrio y colaboración entre los poderes; de lo contrario, predominará el poder ejecutivo”.

68 BERNAL (2013a) admite la aplicación de esta doctrina, pero sólo cuando la reforma sea de tal magnitud que resulte incompatible con una democracia deliberativa. Para una descripción del caso del expresidente Álvaro Uribe y su impacto en las decisiones de la Corte Constitucional, LANDAU (2015b), pp. 36-41.

69 LANDAU (2015a), p. 139. Entre las razones que explican la debilidad del Congreso, BERNAL (2013a) señala dos: el fraccionamiento de los partidos políticos, lo que dificulta las mayorías y estimula el clientelismo, y la delegación de sus atribuciones a las agencias estatales.

70 BENÍTEZ (2014), p. 169 nota 7.

71 Corte Constitucional C-816/04, de 30 de agosto de 2004, c.139. A esto habría que añadir aquellos casos en que las reformas se dirigen a satisfacer los propios intereses de los parlamentarios, BENÍTEZ (2014), p. 169 y ejemplos en nota 6.

el cumplimiento de su función. Como la misma Corte explica: “una de las justificaciones esenciales de la justicia constitucional es que ésta debe operar como una guardiana del proceso democrático”.⁷²

4.3. Una forma de contener la vulnerabilidad de una Constitución tan flexible como la colombiana

Un tercer factor que justificaría la competencia de la Corte es la excesiva flexibilidad de la Constitución colombiana. En efecto, para reformar la Constitución, el Título XIII exige al Congreso mayorías relativamente fáciles de alcanzar: para los actos legislativos, mayoría de los asistentes en el primer periodo y mayoría de los miembros en el segundo periodo (artículo 375); para proponer al pueblo una convocatoria de Asamblea Constituyente, se requiere la mayoría de los miembros de ambas cámaras (artículo 376);⁷³ y la mayoría de los miembros de ambas cámaras para someter una reforma a referendo (artículo 378). El número de las reformas sufridas por la Constitución de 1991 vendría a ratificar su flexibilidad.⁷⁴ Así, la doctrina de la sustitución se ha incorporado como un límite implícito a la posibilidad de reformar la Constitución.⁷⁵

También cabe establecer una relación causal entre la facilidad para reformar la Constitución y ciertas prácticas que, con razón, pueden motivar la intervención de la Corte: las promesas políticas de reforma como solución a los problemas sociales; la precariedad técnica de las propuestas de reforma; la creencia de que una materia adquiere relevancia por estar

⁷² Corte Constitucional C-816/04, de 30 de agosto de 2004, c.139.

⁷³ Esto debe compensarse con la dificultad de cumplir con la aprobación de la convocatoria por la tercera parte del censo electoral, número que ni siquiera el expresidente Uribe en su mejor momento pudo alcanzar. Agradezco esta observación al profesor Vicente Benítez.

⁷⁴ Hasta la fecha suman 48. Esto sin mencionar el número de reformas declaradas inexecutable por la Corte Constitucional. BENÍTEZ (2014), p. 190: “una de las causas eficientes para que la Corte sostenga su tesis actual [esto es, la doctrina de la sustitución] es precisamente el alto reformismo constitucional y la consecuente pérdida de importancia de la reforma como algo verdaderamente excepcional”.

⁷⁵ Para LANDAU (2015a), p. 200, la distinción entre reforma y sustitución sobre la que la Corte ha construido la doctrina de la sustitución responde obviamente a la necesidad de conjurar el riesgo que representa una Constitución tan fácil de modificar; un riesgo incrementado “por la predominancia histórica del Ejecutivo y la debilidad del sistema de partidos políticos”.

en la Constitución (y el consecuente engrosamiento de su texto); la elusión del control de constitucionalidad de las leyes, que es más riguroso que el de las reformas.⁷⁶

5. Críticas a la doctrina de la sustitución

En esta sección se desarrollan sendas objeciones a las premisas de la doctrina de la sustitución, tal y como se presentaron en la sección III.C.

5.1. La arbitrariedad de la distinción entre reforma y sustitución

La distinción entre reforma y sustitución es problemática en dos niveles: en el de su campo semántico y en el de su uso.

En abstracto, reforma y sustitución son conceptos distintos, pero relacionados ambos a la idea de identidad: es reforma lo que deja intacta la identidad del objeto y sustitución lo contrario. Sin embargo, la idea de identidad plantea dificultades en tres planos distintos. El primero es filosófico/metafísico: ¿cuándo algo deja de ser lo que era?⁷⁷ El segundo es propio de la teoría constitucional: ¿qué es una Constitución? ¿cuál es su esencia? ¿qué define su identidad? El tercer nivel, que podríamos denominar local, sería: ¿cuál es la identidad de la Constitución colombiana de 1991?, cuestión que viene a complicarse por la inexistencia de cláusulas intangibles.

En la práctica, la distinción entre reforma y sustitución representa un criterio de control completamente entregado a la discrecionalidad de la Corte Constitucional. Esto tal vez no sería problemático si las condiciones de su utilización estuvieran definidas por un lenguaje que precisara el ámbito del arbitrio judicial. Pero ocurre que las categorías en cuestión están construidas en términos tales que la Corte puede usarlos sin

⁷⁶ BENÍTEZ (2014), pp. 169-170.

⁷⁷ Esto plantea delicados problemas jurídicos desde muy antiguo. Ilustrativa resulta la clasificación tripartita de las cosas (*corpora*) del Derecho Romano, según su naturaleza y principio de unidad (o de identidad), RIBAS (2012), pp. 70-76.

restricciones.⁷⁸ Esta libertad se traduce en la imposibilidad práctica de construir una crítica basada en las propias categorías introducidas por la Corte y la eliminación consecuente de un patrón de verificación de uso (una aspiración siempre viva en la doctrina).⁷⁹

En la medida en que reforma y sustitución son categorías que pivotan en la identidad de la Constitución, la idea misma de identidad se revela como un criterio a merced de la voluntad de la Corte Constitucional.⁸⁰ El caso que mejor ilustra el punto es la sentencia C-588/2009. En ella, la Corte declaró que la inclusión de varios grupos de funcionarios públicos en la carrera administrativa, para que dejaran su carácter provisorio y adquirieran uno permanente, no era una reforma del artículo 125 de la Constitución, sino la sustitución de los principios constitucionales de igualdad y mérito. Con una decisión como esta, evidentemente, no hay reforma a la Constitución que pueda quedar fuera del rango de la sustitución.

5.2. La trampa envuelta en la comprensión de la competencia como un vicio de forma

En la jurisprudencia de la Corte Constitucional hasta 2003, los vicios de competencia eran vicios materiales. La competencia sería “el presupes-

⁷⁸ LANDAU (2015b), p. 125, sostiene que la doctrina de la sustitución adolece de un vacío teórico y práctico, haciéndola “susceptible de ser usada indebidamente por actores poderosos o grupos que proclaman actuar en nombre del pueblo”.

⁷⁹ Una crítica similar ha sido proferida por autores que comparten la doctrina de la sustitución y sus premisas. Véase, por ejemplo, RAMÍREZ (2008), pp. 169-72, quien afirma que la Corte “ha tenido el problema lógico de implementar la tesis de las limitaciones materiales o competenciales en el análisis de cada una de las demandas de inconstitucionalidad que por sustitución de presentan”; y sigue: “pensamos que la adopción de la tesis de las limitaciones materiales del poder de reforma en Colombia, o como sostiene la Corte, la falta de competencia del órgano reformador, resulta compleja en su implementación práctica, en especial cuando se trata de cuándo se están sustituyendo o alterando los principios básicos de la Constitución o del bloque de constitucionalidad”.

⁸⁰ El magistrado Sierra Porto, en aclaración de voto en Corte Constitucional C-141/2010, de 26 de febrero de 2010, señala que “los elementos estructurales de la Constitución”, esto es, aquellos que definen su identidad —a veces también expresados en la fórmula “elementos definitorios identificadores de la Constitución”— es un parámetro de control “indefinido (...), ambiguo, poco preciso y lo que es más peligroso, disponible por parte del órgano de control”.

to esencial que da [al órgano] legitimidad para acceder a la forma”;⁸¹ “un precedente obligado del uso de la forma”,⁸² equivalente a la capacidad en el derecho privado.⁸³ Por ello, “asimilar este presupuesto a la forma, [era] incurrir en una confusión inadmisibles”.⁸⁴ Dos años antes de acoger la teoría de la sustitución, aún afirmaba la Corte Constitucional: “constituyen vicios materiales (...) los problemas de competencia en cuanto ésta constituye un presupuesto esencial para acceder a las formas legales”.⁸⁵

No pudiendo eludir la literalidad del texto del artículo 241.1 de la Constitución, que dice que toca a la Corte Constitucional “decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad (...) contra los actos reformativos de la Constitución (...) sólo por vicios de procedimiento en su formación”, la Corte debe interpretarlo para justificar la doctrina de la sustitución. Y lo hace sirviéndose del concepto de competencia, después de redefinirlo. En efecto, puesto que la Corte Constitucional sólo puede controlar los vicios de forma de los actos legislativos, y los vicios de competencia son materiales, ofrece una nueva definición de competencia: “un pilar básico y un presupuesto tanto del procedimiento como del contenido de las disposiciones sujetas a control de la Corte”.⁸⁶

Pese a que la Corte Constitucional amplía el control de los vicios de forma hacia la competencia del órgano que dicta el acto legislativo, sostiene que aquello no implica controlar los contenidos materiales de la reforma: asume que la distinción entre forma y fondo se mantendría in-

81 Corte Constitucional C-600/95, de 11 de diciembre de 1995, c.5.

82 Corte Constitucional C-546/93, de 25 de noviembre de 1993, c.b.4.

83 Corte Constitucional C-546/93, de 25 de noviembre de 1993, c.b.1.

84 Corte Constitucional C-546/93, de 25 de noviembre de 1993, c.b.1.

85 Corte Constitucional C-501/01, de 15 de mayo de 2001, sección 1.

86 Corte Constitucional C-551/03, de 9 de julio de 2003, c.25. Aunque esta definición de la competencia sea verdadera, no lo es necesariamente: la competencia podría estar sujeta sólo a condiciones procedimentales (BERNAL (2013b) p. 418). De hecho, la Corte se hace cargo de esta posibilidad al preguntarse si “los únicos límites que la Carta [de 1991] prevé para el poder de reforma son de carácter estrictamente formal y procedimental” (Corte Constitucional C-551/03, de 9 de julio de 2003, c. 27). Y responde que no, porque la Constitución, aunque no lo diga expresamente, establece límites materiales al constituyente derivado (Corte Constitucional C-551/03, de 9 de julio de 2003, c. 28). En el fondo, pretende demostrar que los vicios de competencia son formales y materiales, definiendo que la competencia es un presupuesto formal y material. Así no se demuestra nada en realidad.

tacta. Este razonamiento, sin embargo, adolece de un problema lógico. Si las categorías materia/forma designan realidades autoexcluyentes, no es lógico que una esté comprendida en la otra.⁸⁷ Pero la Corte parece ignorarlo y, a pesar de sus declaraciones en el sentido contrario, la incorporación de la competencia como un asunto de forma termina aguando la distinción entre forma y fondo: analizar la competencia implica, por necesidad, entrar a ver la materia sobre la cual versa la reforma.⁸⁸

En definitiva, la Corte Constitucional construye un argumento circular para justificar su poder de control sobre el contenido de las reformas constitucionales. Argumento que comienza (y termina) en una decisión autocrática de la Corte: su competencia para controlar el contenido de los actos legislativos.

5.3. La Corte Constitucional: ¿poder constituido o constituyente?

La Corte, como guardiana de la supremacía constitucional, tiene el deber de controlar las actuaciones de los poderes constituidos. Este deber respondería a un mandato del constituyente originario para que se custodie su obra. La Corte Constitucional actúa, así, en nombre del constituyente originario. Quedar en esta posición es complejo, porque la propia Constitución dispone que el único poder originario, propiamente tal, es el pueblo (artículo 3). En estricto rigor, la Corte Constitucional es un poder constituido; sin embargo, en virtud de la doctrina de la sustitución, comienza a obrar como un poder constituyente.

La Constitución ha determinado la competencia de la Corte Constitu-

87 Con ironía, el magistrado Sierra Porto, en su aclaración de voto en Corte Constitucional C-141/10, de 26 de febrero de 2010, concluye que “ensanchar el control de los vicios de procedimiento al examen material de los actos reformativos de la Constitución, supone una nueva categoría: la de los vicios de procedimiento ‘sustanciales’, engendro de peculiar naturaleza que engloba en su interior y de manera simultánea los dos tipos de vicios, de manera tal que las distinciones creadas por la doctrina y adoptadas por la Constitución [i.e. materiales y formales] perderían su razón de ser”.

88 Sierra Porto, en su aclaración de voto en la Corte Constitucional C-141/10, de 26 de febrero de 2010, sostiene: “en cualquiera de sus versiones, el concepto de vicios de competencias supone siempre un control material de las reformas constitucionales, en el cual el parámetro de control estará conformado por preceptos constitucionales”.

cional, al igual que la de todos los órganos del Estado. En este sentido, no se distingue de ningún otro. Sin embargo, no existe quien la controle: la Corte se ha posicionado como el órgano de clausura del ordenamiento jurídico y su palabra es definitiva.⁸⁹

En virtud de la doctrina de la sustitución, la Corte se ha transformado en poder soberano para determinar qué corresponde al constituyente derivado y qué no; en otras palabras, la doctrina de la sustitución la habilita para trazar esa línea. Lo interesante es que al esclarecer los límites materiales de la Constitución —una tarea que debe realizarse caso a caso, porque la sustitución de la Constitución “no es un concepto completo, acabado o definitivamente agotado”—⁹⁰, la Corte necesariamente se posiciona por sobre la Constitución.⁹¹ Y este es precisamente el lugar propio del constituyente originario.⁹²

Para fijar un estándar de control material a las reformas a la Constitución es preciso recurrir a límites jerárquicamente superiores a la Constitución misma o anteriores a la Constitución.⁹³ Pero este “lugar” por definición carece de límites jurídicos: desde allí precisamente se definen esos límites. Este es el lugar del soberano, típicamente reservado al pueblo cuando ejerce el poder constituyente originario.⁹⁴

89 En esta situación, la necesidad de observar el *self-restraint* sería una condición para mantener el equilibrio entre los poderes; más aún, sería una condición para conservar la distinción entre el poder constituyente originario y derivado. Pero la Corte Constitucional no practica el *self-restraint*. El magistrado Linares Quintana, en una aclaración de voto en Corte Constitucional C-230/16, de 11 de mayo de 2016, exhorta a la práctica del *self-restraint* en el control de los actos legislativos, porque la doctrina de la sustitución: 1) “adolece problemas de fundamentación”, 2) “afecta de manera importante el principio democrático”, 3) “limita indebidamente la competencia del Congreso”, 4) desconoce la idoneidad del proceso de reforma de la Constitución, 5) “atribuye a la Corte Constitucional un poder excesivo que no se desprende del artículo 241”, 6) “convierte [a la Corte] en una instancia adicional del procedimiento de reforma”, 7) su abuso amenaza con convertir a la Corte Constitucional en un poder absoluto.

90 Corte Constitucional C-141/10, de 26 de febrero de 2010, sección 1.6.4 *in fine*. Se repite en Corte Constitucional C-249/12, de 29 de marzo de 2012, c.5.2.7.

91 BENÍTEZ (2014), p. 37.

92 MORELLI (2006), p. 478, “no deja de ser paradójico que la Corte, empecinada en defender al pueblo, resulte alejándolo del transcurrir cotidiano de su Constitución y (...) le recorte sus posibilidades de incidir profundamente en las decisiones referentes a su propio destino”.

93 Porque si no, las reformas, que son de la misma jerarquía que la Constitución, no podrían ser invalidadas por la Constitución, BENÍTEZ (2014), p. 36.

94 Ver nota 8.

Situada sobre el vértice del ordenamiento jurídico, la Corte “no obedece a estándares jurídicos sino políticos”, que son los estándares propios del poder constituyente originario.⁹⁵ Esto la diferenciaría radicalmente de los poderes constituidos, todos sujetos a estándares jurídicos. Lo dicho hasta aquí se resume en lo siguiente: la Corte Constitucional “asume una suerte de poder constituyente permanente, reemplazando al pueblo como decisor último de los asuntos constitucionales del país.”⁹⁶

5.4. La Constitución no es algo exclusivamente jurídico y su carácter supremo no requiere necesariamente un único guardián

Uno de los puntos de apoyo de la teoría de la sustitución es la función de la Corte Constitucional como guardián último de la Constitución. A su vez, esta premisa se apoya en las siguientes dos ideas: la Constitución requiere necesariamente un intérprete final y definitivo, y éste sólo puede ser un órgano judicial. Sin embargo, estas dos ideas están sujetas a discusión.

En primer lugar, es discutible el carácter necesario —en sentido fuerte— de un intérprete definitivo de la Constitución. La cuestión, en realidad, sería prudencial: en ciertos casos puede ser conveniente —necesario en sentido débil— que haya un intérprete final y definitivo. No se sigue de la esencia de la Constitución la existencia de un órgano de clausura del debate sobre su interpretación; es plausible defender la idea de que la Constitución admite múltiples intérpretes, cada uno definitivo en su propia esfera de competencia.⁹⁷

Frente al argumento en contrario que representaría el texto del artículo 241 de la Constitución (“A la Corte Constitucional se le confía la guarda

95 BENÍTEZ (2014), p. 37, donde enumera cuatro razones para explicar esto; en el mismo sentido, LANCHEROS (2011), pp. 427-431.

96 BENÍTEZ (2014), p. 41; LANCHEROS (2011), p. 430). CHAUX (2017), p. 247: “se produce el ocaso de la democracia cuando el guardián de la Constitución privilegia la sustancia constitucional actual frente al posible desarrollo que el pueblo pueda dar [sic] de su Constitución”.

97 En los EE.UU. se conoce como la doctrina del *departmentalism*, que sería congruente con la sentencia *Marbury v. Madison*, PAULSEN (2003).

de la integridad y supremacía de la Constitución”), podría responderse que la lectura que la Corte Constitucional ha hecho de él no es la única posible. De hecho, una interpretación del texto que reconozca límites a la competencia de la Corte Constitucional parece más acorde con el diseño de la Constitución, y con el texto del mismo artículo 241, que acota la competencia de la Corte a “los estrictos y precisos términos de este artículo”.⁹⁸

En segundo lugar, es discutible que el intérprete final —suponiendo que lo haya— deba ser un órgano judicial. Esta creencia de ordinario obedece a una ampliación del silogismo utilizado por Marshall en *Marbury v. Madison*: la Constitución es Derecho, los jueces dicen lo que el Derecho es; luego, los jueces dicen lo que es la Constitución.⁹⁹ Aparte de que esta interpretación del argumento de la sentencia *Marbury v. Madison* merece serias objeciones,¹⁰⁰ la experiencia comparada nos demuestra que ello no es necesariamente cierto.¹⁰¹

Si el supuesto de un órgano judicial como intérprete supremo de la Constitución admite objeciones, podría ser porque la concepción de Constitución que subyace a este planteamiento estaría recogiendo sólo parcialmente su naturaleza.¹⁰² En caso de que se acogiera la idea de Constitución como un instrumento de naturaleza jurídica y política a la vez, entonces sería razonable objetar la exclusividad que reclama la Corte Constitucional como garante final de la Constitución; habría que aceptar al lado suyo otros garantes, ahora de naturaleza política.¹⁰³ En esta

98 GARCÍA y GNECCO (2016), pp. 67-68. GONZÁLEZ (2015), p. 43, interpreta la expresión “en los estrictos y precisos términos de este artículo” en el sentido de prevenir excesos en el control de constitucionalidad que conduzcan a un gobierno de los jueces. Es interesante hacer notar que esta fórmula no se encuentra en ninguna otra disposición del texto constitucional.

99 Es lo que hizo la Corte Suprema de los EE.UU. en la sentencia *Cooper vs. Aaron*, 358 U.S. 1 (1958), dando cuerpo a la doctrina de la *judicial supremacy*.

100 PAULSEN (2003).

101 Dos ejemplos suficientemente ilustrativos son el caso de Inglaterra y la supremacía del Parlamento, y el caso canadiense, que admite un sistema compartido de clausura del conflicto constitucional entre el Congreso y la Corte Suprema.

102 RAMÍREZ (2005), p. 338, sobre la doble dimensión de la Constitución, política y jurídica, y la necesidad de articularlas equilibradamente.

103 Por supuesto, otra posibilidad sería admitir que la Corte Constitucional es un órgano político que practica un control político, cuestión que sería más acorde con su *modus operandi*, pero

línea, y si es cierto que la Constitución tiene una identidad que trasciende su texto, entonces ¿no podría postularse que el Congreso o el Pueblo son los garantes (políticos) finales de la Constitución cuando ejercen su poder de reforma?

5.5. La autonomía de la política como límite al poder de la Corte

Si se acepta que el derecho sirve a un fin más allá de sí mismo, entonces deberá convenirse en la existencia de ciertos límites intrínsecos al derecho, exigidos por el fin hacia el que se ordena. Desde esta perspectiva resulta posible distinguir, por ejemplo, el derecho de la moral, de la etiqueta, y de la política. En estas tres comparaciones ejemplares, la línea que separa el derecho de lo demás puede resultar difícil de trazar. Pero lo arduo de la tarea no justifica abdicar de ella ni menos declararla inútil.

La política, como un ámbito conceptualmente distinto del derecho, reclama una relativa autonomía: la política no se disuelve en el derecho; la política no está sometida por entero al derecho. Al decir esto no estamos negando que la política esté sujeta a la Constitución, sino afirmando que la Constitución es un pacto político, además de una norma jurídica. Postular que el derecho está por sobre la política es una pretensión vana, que en definitiva termina por disimular la política bajo las apariencias del derecho.

La política es, en cierto punto, un límite al derecho. Este límite debe observarse so pena de desnaturalizar tanto la política como el derecho. Tratándose de la Corte Constitucional, la política representa un límite a su competencia, que viene intrínsecamente delimitada por su naturaleza jurisdiccional. La Corte es —o al menos se supone que es— un órgano judicial, no político. Si se excede en su competencia, la Corte deviene en un órgano político, aunque se conserven las apariencias.¹⁰⁴

definitivamente incompatible con su definición orgánica.

104 Ni siquiera la Corte parece estar demasiado interesada en guardar las apariencias. La sentencia Corte Constitucional T-406/92, de 17 de junio de 1992, equivale a afirmar que “su poder interpretativo es un poder activo que suple las falencias del legislativo [y] que dicho poder se equipara a aquel que ejerce el Parlamento en cuanto a la creación de normas”, MOLINA (2009),

El derecho no debería servir para la consecución de bienes sociales tan importantes como la salud, la igualdad o la paz, si en el proceso de conseguirlos se le exige más de lo que puede dar. Hay un límite más allá del cual la respuesta a las demandas sociales corresponde a la política, no al derecho; traspasarlo significa comenzar a hacer política con los despojos de un naufragio.

El *self-restraint* judicial puede justificarse precisamente sobre esta base: los jueces reconocen un límite a su competencia y se abstienen de franquearlo porque entienden que más allá son incompetentes. Por supuesto que el borde que separa derecho y política es permeable y dinámico, de tal modo que sería incorrecto e inconducente pretender una definición exacta de los supuestos en que la Corte Constitucional debe abstenerse de actuar. Sin embargo, ello no debe llevarnos a renunciar a la existencia de un límite —la política— a la competencia de la Corte.¹⁰⁵

6. Conclusión

La doctrina de la sustitución le permite a la Corte Constitucional colombiana arbitrar los grandes debates políticos del país, pues gracias a ella se encumbra por sobre todos los poderes del Estado. Pero la doctrina, desde el punto de vista jurídico, adolece de serias debilidades teóricas y apenas puede disimular que en realidad se trata de una excusa para encubrir la decisión (política) de la Corte Constitucional de entrar en el juego político. No estamos en condiciones de juzgar si la posición de la Corte ha sido el resultado forzoso de las circunstancias locales; tampoco podemos pronunciarnos si ha sido más o menos conveniente para el

pp. 233-234.

¹⁰⁵ Por lo demás, esta distinción entre derecho y política, que debería operar como un límite al control de constitucionalidad de las reformas constitucionales, es conocida para la Corte Constitucional. Así lo atestigua su jurisprudencia en relación a la interpretación auténtica realizada por el legislador: “A diferencia de otras funciones de interpretación de las leyes, como por ejemplo, las que se realizan en la actividad del juez o por la Administración Pública; la interpretación auténtica realizada por el propio legislador no requiere ser motivada, pues tiene su origen en un acto eminentemente político, cuya fuerza vinculante emana directamente del poder soberano, como se deduce de lo previsto en los artículos 3° y 133 de la Constitución Política”, Corte Constitucional C-076/07, de 7 de febrero de 2007.

país. En cambio, sí podemos decir que, con la doctrina de la sustitución, la Corte Constitucional ha distorsionado el significado de la supremacía constitucional y anulado (al menos en el plano del discurso) el espacio de legítima autonomía de la política —que significa libre de la interferencia judicial— garantizado por la Constitución.

Bibliografía

- BENÍTEZ, Vicente (2014): *Constitución popular, no judicial* (Bogotá, Universidad de la Sabana y Editorial Temis).
- BERNAL, Carlos (2013a): “Unconstitutional Constitutional Amendments in the Case Study of Colombia: An analysis of the justification and Meaning of the Constitutional Replacement Doctrine”, en *International Journal of Constitutional Law*, (Vol. 11, N° 2), pp. 339–357.
- BERNAL, Carlos (2013b): “Fundamentación y significado de la doctrina de la sustitución de la Constitución. Un análisis del control de constitucionalidad de las reformas a la Constitución de Colombia”, en Henao, Juan Carlos (ed.) *Diálogos constitucionales de Colombia con el mundo. VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia), pp. 403-432.
- BONILLA, Daniel (2013): “Introduction: Toward a Constitutionalism of the Global South”, en *Constitutionalism of the Global South. The activist tribunals of India, South Africa, and Colombia* (Cambridge, Cambridge University Press), pp. 1-37
- CAJAS, Mario (2015): *La historia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 1886-1991* (Bogotá, Universidad de los Andes y Universidad ICESI), Tomo II.
- CAJAS, Mario (2008): *El control judicial a la reforma constitucional, Colombia, 1910-2007* (Cali, Universidad Icesi).
- CAJAS, Mario (2007): “Acerca de la interpretación en el control de las reformas constitucionales”, en *Dikaion* (21, N° 16), pp. 31 – 47.
- CAJAS, Mario (2004): “La reforma constitucional: límites de la Corte al Congreso”, en *Precedente. Revista Jurídica* pp. 13 – 48.
- CEPEDA, Manuel José y LANDAU, David (2017): *Colombian Constitutional*

- Law* (Oxford, Oxford University Press).
- CHAUX, Francisco José (2017): *Adiós a la Constitución. ¿Por qué la Constitución de 1991 ya no le perteneces al pueblo de Colombia?* (Bogotá, Editorial Temis).
- DIXON, Rosalind y LANDAU, David (2015): “Transnational Constitutionalism and a Limited Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendment”, en *International Journal of Constitutional Law* (13) pp. 606 – 638.
- DWORKIN, Ronald (2008): *El imperio de la justicia*, (Traducc. Claudia FERRARI, Barcelona, Gedisa Editorial).
- GARCÍA, Santiago y GNECCO, Francisco (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”, en *Vniversitas* (133), pp. 59-104.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1982): *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional* (Madrid, Editorial Civitas).
- GÓMEZ, Nicolás (2009): *Escolios a un texto implícito* (Madrid, Ediciones Atalanta).
- GONZÁLEZ, Mauricio (2015): “La teoría de la sustitución constitucional”, en Fajardo, Luis Andrés y González, Mauricio (comp.) *La sustitución de la constitución. Un análisis teórico, jurisprudencial y comparado* (Barranquilla, Universidad Sergio Arboleda), pp. 33-57
- LANDAU, David (2015a): *Beyond Judicial Independence: The Construction of Judicial Power in Colombia* (Doctoral dissertation, Harvard University, Graduate School of Arts & Sciences) [fecha de consulta: 21 de enero de 2019]. Disponible en <http://nrs.harvard.edu/urn-3:HUL.InstRepos:14226088>
- LANDAU, David (2015b): *Derechos sociales y límites a la reforma constitucional: la influencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en el derecho comparado* (Traducc. María José VIANAS CLEVES, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia).
- LANCHEROS, Juan Carlos (2011): “Sustitución de la Constitución”, en Jost, Stefan (ed.) *20 años de la Constitución colombiana: logros, retrocesos y agenda pendiente* (Bogotá, Fundación Konrad Adenauer-KAS), pp. 418 – 431.

- LEMAITRE, Julieta (2009): *El derecho como conjuro: fetichismo legal, violencia y movimientos sociales* (Bogotá, Siglo de Hombre Editores y Universidad de los Andes).
- LÓPEZ, Diego (2006): *El Derecho de los Jueces*, 2ª edición, (Bogotá, Editorial Legis).
- LÓPEZ, Diego (2004): *Teoría Impura del Derecho* (Bogotá, Editorial Legis).
- MOLINA, Carlos Mario (2009): “Problemas actuales de la justicia en Colombia: el protagonismo de la Corte Constitucional”, en Mantilla, Fabricio (ed.) *Controversias Constitucionales* (Bogotá, Editorial Universidad del Rosario), pp. 224-267
- MORELLI, Sandra (2006): “Algunas consideraciones sobre el tratamiento del poder de reforma de la Constitución en la sentencia C-551 de 2003”, en Javier Celis (coord.) *Reforma de la Constitución y control de constitucionalidad* (Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana), pp. 445-499.
- MORENO, Luis Javier (2015): “La doctrina de la sustitución de la Constitución en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (1910-1991)”, en Fajardo, Luis Andrés y González, Mauricio (comp.) *La sustitución de la constitución. Un análisis teórico, jurisprudencial y comparado* (Barranquilla, Universidad Sergio Arboleda) pp. 59-110.
- MORA, Gabriel (2009): *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces* (Madrid, Marcial Pons).
- MORENO, Diana (2016): *La libertad de configuración legislativa: un límite a la interpretación constitucional*, (Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley).
- MOTTA, Álvaro (2011): “La reforma y la sustitución de la constitución” en Yepes, Hernando (ed.) *La constitución 20 años después visiones desde la teoría y la práctica constitucional* (Bogotá, Editorial Pontificia Universidad Javeriana), pp. 318 – 354.
- PALACIO, Jorge Iván (2013): “La reforma constitucional en Colombia”, en Henao, Juan Carlos (ed.) *Diálogos constitucionales de Colombia con el mundo. VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia), pp. 443-452.
- PAULSEN, Michael (2003): “The Irrepressible Myth of Marbury”, en *Michigan Law Review* (101), pp. 2706 – 2743.

- QUINCHE, Manuel Fernando (2015): *Derecho Constitucional Colombiano*, 6ª edición (Bogotá, Temis).
- RAMÍREZ, Gonzalo (2005): *Límites a la reforma constitucional en Colombia* (Bogotá, Universidad del Externado de Colombia)
- RAMÍREZ, Gonzalo (2006); “El control material de las reformas constitucionales mediante acto legislativo a partir de la jurisprudencia establecida en la Sentencia C-551 de 2003”, en *Revista Derecho del Estado* (18) pp. 3-32.
- RAMÍREZ, Gonzalo (2008), “Reformas a la Constitución de 1991 y su control de constitucionalidad: entre democracia y demagogia”, en *Revista Derecho del Estado* (21, N° 1), pp. 145-176.
- RIBAS, José María (2012): *Personas. Desde el derecho romano a la teología cristiana*, 2ª edición (Granada, Editorial Comares).
- SCHMITT, Carl (2011): *Teoría de la Constitución* (Madrid, Alianza Editorial).
- SOLANO, Edgar (2007): “La modulación de los efectos de las sentencias de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, en Julio, Alexei (coord.) *Teoría Constitucional y Políticas Públicas* (Bogotá, Universidad del Externado de Colombia), pp. 521-614.
- TASCÓN, Tulio Enrique (2005): *Historia del Derecho Constitucional Colombiano* (Bogotá, Universidad del Externado de Colombia).

Normas jurídicas citadas

Constitución Política de Colombia, 4 de julio de 1991.

Ley Fundamental para la República Federal de Alemania, 23 de mayo de 1949.

Jurisprudencia citada

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

Corte Constitucional C-004/92, de 7 de mayo de 1992 [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/C-004-92.htm>, consultado el 23 de febrero de 2019]

Corte Constitucional T-406/92, de 17 de junio de 1992 [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-406-92.htm>, consultado el 23 de

febrero de 2019]

Corte Constitucional C-113/93, de 25 de marzo de 1993 [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-113-93.htm>, consultado el 23 de febrero de 2019]

Corte Constitucional C-546/93, de 25 de noviembre de 1993 [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/c-546-93.htm>, consultado el 23 de febrero de 2019]

Corte Constitucional C-109/95, de 15 de marzo de 1995 [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-109-95.htm>, consultado el 23 de febrero de 2019]

Corte Constitucional C-531/95, de 20 de noviembre de 1995 [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-531-95.htm>, consultado el 23 de febrero de 2019]

Corte Constitucional C-600/95, de 11 de diciembre de 1995 [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-600-95.htm>, consultado el 23 de febrero de 2019]

Corte Constitucional C-222/97, de 29 de abril de 1997 [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-222-97.htm>, consultado el 23 de febrero de 2019]

Corte Constitucional C-543/98, de 1 de octubre de 1998 [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-543-98.htm>, consultado el 23 de febrero de 2019]

Corte Constitucional C-536/98, de 1 de octubre de 1998 [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-546-98.htm>, consultado el 23 de febrero de 2019]

Corte Constitucional C-560/99, de 4 de agosto de 1999 [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-560-99.htm>, consultado el 23 de febrero de 2019]

Corte Constitucional C-501/01, de 15 de mayo de 2001 [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-501-01.htm>, consultado el 23 de febrero de 2019]

Corte Constitucional C-737/01, de 11 de julio de 2001 [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-737-01.htm>, consultado el 23 de febrero de 2019]

- Corte Constitucional C-802/02, de 2 de octubre de 2002 [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-802-02.htm>, consultado el 23 de febrero de 2019]
- Corte Constitucional C-487/02, de 26 de junio de 2002 [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-487-02.htm>, consultado el 23 de febrero de 2019]
- Corte Constitucional C-987/02, de 14 de noviembre de 2002 [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-987-02.htm>, consultado el 23 de febrero de 2019]
- Corte Constitucional C-551/03, de 9 de julio de 2003 [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-551-03.htm>, consultado el 23 de febrero de 2019]
- Corte Constitucional C-650/03, de 5 de agosto de 2003 [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-650-03.htm>, consultado el 23 de febrero de 2019]
- Corte Constitucional C-1200/03, de 9 de diciembre de 2003 [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-1200-03.htm>, consultado el 23 de febrero de 2019]
- Corte Constitucional C-816/04, de 30 de agosto de 2004 [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-816-04.htm>, consultado el 23 de febrero de 2019]
- Corte Constitucional T-025/04, de 22 de enero de 2004 [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/T-025-04.htm>, consultado el 23 de febrero de 2019]
- Corte Constitucional C-970/04, de 7 de octubre de 2004 [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-970-04.htm>, consultado el 23 de febrero de 2019]
- Corte Constitucional C-1040/05, de 19 de octubre de 2005 [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-1040-05.htm>, consultado el 23 de febrero de 2019]
- Corte Constitucional C-076/07, de 7 de febrero de 2007 [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-076-07.htm>, consultado el 23 de febrero de 2019]
- Corte Constitucional T-298/08, de 3 de abril de 2008 [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/T-298-08.htm>, consultado el 23 de febrero de 2019]

constitucional.gov.co/relatoria/2001/T-298-08.htm, consultado el 23 de febrero de 2019]

Corte Constitucional C-141/2010, de 26 de febrero de 2010 [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-141-10.htm>, consultado el 23 de febrero de 2019]

Corte Constitucional C-539/11, de 6 de julio de 2011 [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-539-11.htm>, consultado el 23 de febrero de 2019]

Corte Constitucional C-574/11, de 22 de julio de 2011 [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-574-11.htm>, consultado el 27 de febrero de 2019]

Corte Constitucional C-249/12, de 29 de marzo de 2012 [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-249-12.htm>, consultado el 23 de febrero de 2019]

Corte Constitucional C-053/16, de 10 de febrero de 2016 [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-053-16.htm>, consultado el 23 de febrero de 2019]

Corte Constitucional C-230/16, de 11 de mayo de 2016 [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-230-16.htm>, consultado el 23 de febrero de 2019]

Corte Constitucional C-285/16, de 1 de junio de 2016 [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-285-16.htm>, consultado el 23 de febrero de 2019]

Corte Constitucional C-373/16, de 13 de julio de 2016 [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-373-16.htm>, consultado el 23 de febrero de 2019]

CORTE SUPREMA DE COLOMBIA

Corte Suprema 28 octubre 1955 (acusación de inexecutable) en: *Gaceta Judicial*, Tomo 131 (1955) N° 2159, pp. 362 – 363.

Corte Suprema 28 noviembre 1957 (acusación de inexecutable) en: *Gaceta Judicial*, Tomo 135 (1957) Nos. 2188 – 2120, pp. 430 – 448.

Corte Suprema 16 de abril 1971 (acusación de inexecutable) en: *Gaceta*

ta Judicial, Tomo 138 (1971) Nos. 2340 – 2342, pp. 148 – 165.
Corte Suprema 5 mayo 1978 (acusación de inexecuibilidad) en: *Gaceta Judicial*, Tomo 157 (1978) N° 2937, pp. 91 – 125.

CORTE SUPREMA ESTADOS UNIDOS

Cooper vs. Aaron, 358 U.S. 1 (1958).