

**LÍMITES MATERIALES AL PODER DE REFORMA, ENMIENDAS A LA
CONSTITUCIÓN DE 1991 Y ORIGINALISMO ORGÁNICO**

TESIS DE GRADO

LUIS FERNANDO CRUZ

MAESTRÍA EN DERECHO

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

UNIVERSIDAD DEL ROSARIO

2023

Tabla de contenido

<i>DE LOS VICIOS DE FORMA A LOS VICIOS DE COMPETENCIA: REFORMAS CONSTITUCIONALES Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA</i>	14
Del ocaso de la Constitución de 1886 a la Asamblea Constituyente de 1991: antecedentes y desarrollo en torno al control de constitucionalidad de las reformas constitucionales.....	15
Gobierno Gaviria. Inicio de la Corte Constitucional y reformas de baja intensidad.....	22
Gobierno Samper. Extradición y prudencia de la Corte Constitucional.....	23
Gobierno Pastrana. Primera década de la Corte Constitucional.	25
Gobierno Uribe I. Alta favorabilidad presidencial, reelección y vicios de competencia.....	26
Gobierno Uribe II. Palacio de Nariño vs Rama Judicial.	44
Gobierno Santos I. Del uribismo al santismo.	52
Gobierno Santos II. Equilibrio de poderes e implementación de la paz.....	56
Gobierno Duque. De vuelta a la baja intensidad reformativa.	66
Corte Constitucional: control de fondo a las enmiendas y mayores facultades.	69
<i>INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. DIFERENTES MÉTODOS, DIFERENTES RESULTADOS.</i>	79
Originalismo, límites a la discrecionalidad judicial y conservatismo	82
Constitucionalismo viviente, activismo judicial y liberalismo	98
Interpretación finalista y sistemática. Corte Constitucional y sus técnicas de resolución de controversias constitucionales.	104
Originalismo orgánico	114
<i>CONCLUSIONES</i>	127
<i>REFERENCIAS</i>	132
<i>ANEXOS</i>	154
ANEXO 1. Evolución de la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia frente a la revisión de las reformas constitucionales.....	154
ANEXO 2. Proyectos presentados en la Asamblea Constituyente de 1991 frente a la competencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia/Corte Constitucional para examinar las demandas frente a las reformas constitucionales.....	156
ANEXO 3. Discusión en la Asamblea Constituyente de 1991 frente a la competencia de la Corte Constitucional para examinar las reformas constitucionales.....	158
ANEXO 4. Evolución de la discusión político-jurídica entre la Corte Suprema y el Parlamento de la India en torno al control de constitucionalidad de las reformas constitucionales.	159
ANEXO 5 Línea jurisprudencial.....	162

INTRODUCCIÓN

Los procesos de reformas constitucionales siempre han suscitado un profundo debate. Aunque estos por lo general se desarrollan en el entorno político propio de las diferentes fuerzas electorales que tienen representación en el Congreso, la intervención de la Corte Constitucional ha generado que dicho proceso argumentativo en el escenario colombiano se traslade al contexto jurídico.

Esto es así, más puntualmente, desde la sentencia C-551 del 2003, donde el Tribunal Constitucional decidió declarar la inexecutable de varias preguntas de la Ley 796 del 2003, por medio de la cual el Gobierno del entonces Presidente Uribe pretendía realizar un referendo constitucional para que la ciudadanía se pronunciara respecto del diseño institucional del Estado Colombiano.

Esa decisión, no obstante, no ha estado alejada de polémica. En especial, debido a que para llegar a la mencionada determinación la Corte, con ponencia del Magistrado Eduardo Montealegre Lynett, tomó la decisión de crear el control de constitucionalidad por vicios de competencia frente a los actos reformativos de la Constitución, también denominado como la teoría de la sustitución o los límites materiales al poder de reforma.

Este nuevo tipo de control, cabe señalar, se da en un contexto donde el artículo 241 superior, que tiene la naturaleza de una regla de competencia, establecía que la actuación de la Corte Constitucional frente a este tipo de procesos reformativos se debería limitar a determinar la eventual existencia de vicios de procedimiento y no de fondo, dada su naturaleza.

Sin embargo, y a pesar que hasta esa fecha el Tribunal Constitucional se había apegado al tenor literal del mencionado artículo (Castaño, 2010, p. 166), los Magistrados determinaron que era necesaria una nueva posición jurisprudencial al respecto, toda vez que el poder de reforma del Congreso implica que este, como constituyente derivado, no tiene la competencia para sustituir los elementos esenciales de la Constitución (C-551/03, F.J. 39) y como la competencia es un presupuesto ineludible del procedimiento (C-551/03, F.J. 22) es menester de la Corte examinar el contenido de la reforma para establecer si el Congreso había excedido los límites materiales al poder de reforma (C-551/03, F.J. 28).

Esta teoría, no obstante, presenta varias problemáticas. ¿Cuáles son los elementos esenciales de la Constitución? ¿Quién los determina? ¿Debe primar la interpretación literal de la Constitución por encima de la realizada por la Corte Constitucional? ¿Existen cláusulas intangibles en la Carta Magna? ¿Es legítimo que Magistrados no electos popularmente impidan que el constituyente primario se pronuncie en procesos de reforma constitucional?

Estos cuestionamientos han sido abordados no solamente por la jurisprudencia constitucional, que en pronunciamientos ulteriores (C-970/04, C-971/04, C-1040/05, C-588/09, C-141/10) continuó desarrollando la teoría de la sustitución, sino por varios actores que desde la doctrina han expuesto sus posiciones al respecto, las cuales se enmarcan en dos evidentes grupos: los defensores y los contradictores de la teoría de la sustitución.

En el primer grupo, aunque con diferentes matices, se encuentran doctrinantes como Manuel Quinche o Carlos Bernal Pulido. El primero, al realizar la reconstrucción del desarrollo

jurisprudencial de la teoría de la sustitución (Quinche, 2015, p. 610-611) (Quinche, 2004, p. 165-214) ha considerado las declaratorias de inexequibilidad de los apartes demandados en la citada sentencia como un acierto por parte de la Corte al evitar que en el texto constitucional se insertaran elementos perjudiciales propios de regímenes de fuerza (Quinche, 2004, p. 209).

El segundo, por su parte, inicia su análisis desde una posición mucho más crítica a la doctrina de la sustitución al considerar el hecho que, por un lado, la Constitución no incorporó cláusulas de intangibilidad que impongan límites al poder de reforma (Bernal, 2013, p. 406) y, por otro lado, la argumentación de la Corte no tiene la capacidad para rebatir la objeción democrática (Bernal, 2013, p. 415) que se le hace (Bernal, 2013, p. 407).

Sin embargo, a pesar de estas dificultades, este autor termina apoyando la doctrina de la sustitución al presentar una nueva fundamentación de los elementos esenciales de la Constitución (Bernal, 2013, p. 424) y al considerar que este tipo de control está justificado en el contexto de un sistema político híper-presidencial como el colombiano (Bernal, 2013, p. 407).

Para esta corriente es más que necesaria una actuación por parte del Tribunal Constitucional para proteger de las coyunturas políticas los elementos esenciales de la Constitución, aquellos sin los cuales el texto superior no sería el mismo. Ahora bien, como su delimitación no fue realizada de forma taxativa en el texto superior, los defensores de esta postura han acudido a diferentes métodos para lograr identificarlos.

Por un lado, han sostenido la conveniencia de acudir al test de sustitución desarrollado por la Corte como una herramienta para evitar el subjetivismo judicial (Quinche, 2015, p. 611) o, por otro lado, han delimitado categorías puntuales sin las cuales el sistema político no podría considerarse como la institucionalización de la democracia deliberativa (Bernal, 2013, p. 429-430) y, por ende, son las que deben utilizarse para fundamentar la doctrina de la sustitución, tales como la protección de los derechos fundamentales, el principio del Estado de Derecho y el principio de la separación de poderes (Bernal, 2013, p. 424)

Esta corriente, en términos generales, entiende que la función de los tribunales constitucionales no se debe limitar a una interpretación y aplicación exegética de la Constitución, sino que su defensa también requiere de un ejercicio intensivo donde la Corte no se circunscribe a observar el mero procedimiento, tal como lo propuso el Procurador General en el proceso de análisis de la sentencia C-551/03 (Quinche, 2004, p. 189).

En el segundo grupo, por otro lado, se encuentran autores que han expuesto las diferentes falencias argumentativas (García, Gnecco, 2016, p. 72) que tiene la exposición jurisprudencial de los vicios de competencia, la cual se fundamenta en contextos lejanos al colombiano (Vila, 2012, p. 212), se aparta de la interpretación literal del artículo 241 superior (Vila, 2012, p. 211), desconoce el hecho que la Constitución no estableció cláusulas de intangibilidad (García, Gnecco, 2016, p. 74, 76) y que en la práctica, de acuerdo a esta postura, es utilizada por la Corte para efectuar un control material de las reformas.

Asimismo, estos autores observan con preocupación el hecho que este tipo de control crea un subjetivismo extremo donde la Corte actúa con amplias facultades discrecionales (Vila,

2012, p. 211) y se aparta de cualquier tipo de control por parte de otro tipo de poder (García, Gnecco, 2016, p. 80).

Tal como puede apreciarse en las consideraciones que han planteado diferentes actores internos y externos al Tribunal Constitucional, la discusión acerca de los vicios de competencia siempre se ha desarrollado alrededor de las mismas zonas comunes, a saber: la eventual extralimitación de funciones de la Corte Constitucional, la necesidad de contrarrestar el hiper presidencialismo en Colombia, la existencia o no de cláusulas pétreas en la Constitución, la legitimidad que tienen nueve magistrados no electos popularmente para impedir que el pueblo se pronuncie directamente sobre el andamiaje institucional del Estado o si el test de sustitución conlleva o no a un control material de las reformas constitucionales.

Estos elementos son importantes y han marcado la pauta de análisis jurisprudencial cada vez que la Corte se pronuncia sobre la exequibilidad de una reforma constitucional. Sin embargo, no son las únicas alternativas de estudio que existen y, ciertamente, el debate jurídico-político que conlleva el control a las enmiendas exige que estos se amplíen, a juicio del presente escrito, a un análisis de los métodos de interpretación que se pueden utilizar para abordar esta problemática.

En especial, porque los diferentes métodos de interpretación existentes son los caminos que se pueden tomar al momento de interpretar la Constitución para llegar a conclusiones semejantes o diametralmente opuestas, pero válidas y legítimas, sobre una misma discusión constitucional.

En este escenario, es necesario señalar que tanto en la jurisprudencia colombiana como en la mayoría de sectores académicos de nuestro País ha primado la interpretación sistemática-finalista de la Constitución y a partir de ella es que la Corte, entre otras cosas, construyó la doctrina de la sustitución.

Sin embargo, este no se puede convertir en el único método de interpretación aplicable en Colombia. Sobre todo, cuando la elección del método para resolver un caso concreto está directamente relacionada con la postura política de los diferentes bloques que integran el Tribunal Constitucional.

Por ello, en esta tesis no solamente se plantea la necesidad de analizar los componentes de la interpretación sistemática-finalista de la Constitución, sino de ampliar el espectro de estudio a otras variables interpretativas que permitan tener nuevas herramientas de análisis para abordar la problemática del control de constitucionalidad por vicios de competencia, para lo cual se presenta la posibilidad de incorporar a la discusión nacional los elementos de estudio que conllevan el originalismo y el constitucionalismo viviente, los dos principales métodos de interpretación que han dominado la discusión constitucional en Estados Unidos, sobretodo en la Corte Suprema.

Dicho esto, quizás la principal pregunta que emerge al momento de incorporar en el contexto colombiano las observaciones del originalismo y el constitucionalismo viviente americano es por qué traer a colación métodos de interpretación extranjeros que no guardan relación

con nuestra tradición jurídica. Un interrogante legítimo que debe ser resuelto antes de esbozar cualquier análisis y que encuentra respuesta en dos consideraciones.

Por un lado, el caso americano ejemplifica de manera óptima la tensión que se deriva de las lecturas conservadoras y liberales de la Constitución, a tal punto que la discusión constitucional se expresa en términos políticos que encuentran en los diferentes métodos de interpretación las herramientas argumentativas para la legitimación de las decisiones.

Esta disputa, completamente válida y legítima en un contexto democrático, deja en evidencia que es prácticamente imposible separar las tensiones políticas de las constitucionales, dada la estrecha relación que guardan estos dos campos de batalla institucional.

Por otro lado, para nadie es un secreto que el derecho constitucional colombiano ha venido incorporando algunos elementos del derecho americano y la tradición jurídica anglosajona a lo largo de las últimas dos décadas. Sobre todo, a partir de la mutación constitucional que sufrió el artículo 230, la cual permitió modificar el sistema de fuentes y le reconoció a la jurisprudencia una jerarquía especial dentro del ordenamiento, justo como opera en los sistemas de *common law* como el estadounidense.

Esta nueva dinámica dentro del ordenamiento llevó, entre otras cosas, a establecer la vinculatoriedad del precedente constitucional, tanto en fallos de tutela como de constitucionalidad, con los matices correspondientes, e, inclusive, a concluir que el desconocimiento del precedente constituye prevaricato.

Claramente, esta es una realidad relativamente nueva para un sistema jurídico como el colombiano que históricamente había sido más cercano a la tradición jurídica romano-germánica y había encontrado en el derecho continental europeo, sobre todo desde Alemania y Francia, los cimientos doctrinales sobre los cuales se estructuró nuestro modelo legal, pero que poco a poco han sido modificados, e inclusive sustituidos, por elementos del derecho constitucional americano.

Esto, al punto que hoy en día el derecho constitucional colombiano y el americano guardan más puntos de conexión que discrepancias. El estudio y el desarrollo de la jurisprudencia constitucional, con los nuevos alcances que implican reconocer su vinculatoriedad dentro del ordenamiento, hace que nuestra tradición jurídica encuentre en el derecho americano un elemento válido de análisis.

Por ello, es procedente y pertinente incorporar a la discusión que se ha desarrollado en torno al control de constitucionalidad de las reformas constitucionales en Colombia al originalismo como método válido de interpretación constitucional. Más aún, cuando este puede aportar nuevas herramientas de discusión que no se han tenido en cuenta a la fecha.

Mencionado lo anterior, la presente tesis se desarrollará bajo el marco del siguiente planteamiento metodológico. En primer lugar, se realizará un análisis histórico-político de la confrontación institucional que ocurrió entre la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, el Congreso, el Gobierno y la clase política durante la década de los 70's y 80's

en torno al alcance del control de constitucionalidad en la Constitución de 1886, la discusión que se llevó a cabo en la Asamblea Constituyente frente a las facultades que se le asignaron al Tribunal Constitucional respecto del estudio de las enmiendas a la Carta, las reformas que se han efectuado durante cada mandato presidencial y la respuesta que ha tenido la Corte a cada una de ellas.

Esta reconstrucción histórica permitirá, por un lado, determinar las razones institucionales que motivaron al alto tribunal a modificar su jurisprudencia y crear un nuevo tipo de control de constitucionalidad que no estaba previsto en el artículo 241 y, por otro lado, identificar cuáles son los sucesos jurídico-político más relevantes que han incidido en las posturas adoptadas por el Tribunal Constitucional en la materia referida.

Al concluir este proceso, al final del capítulo se plantearán unas conclusiones donde, adicional a los elementos ya señalados, se expondrán unas consideraciones personales al respecto, donde se le mostrará al lector la postura constitucional, política y jurídica que se asume en esta investigación.

En segundo lugar, se efectuará un estudio comparativo de los tres métodos de interpretación constitucional referidos previamente: el originalismo, el constitucionalismo viviente y la interpretación sistemática-finalista, con el propósito de dar cuenta de las diferentes lecturas que pueden darse del texto constitucional, identificar las ventajas y desventajas de cada uno de ellos, sobre todo a la luz de una eventual aplicación en el contexto colombiano para el caso de los métodos americanos, y dar cuenta de los matices con los cuales se pueden implementar en diferentes escenarios.

Finalizado este análisis, se expondrá la propuesta planteada en la presente investigación, la cual partirá de los elementos identificados en la reconstrucción histórico-política y los aspectos favorables y desfavorables de cada uno de los métodos de interpretación estudiados.

Este planteamiento consta de un nuevo método, denominado originalismo orgánico, que expondrá como aporte innovador al debate constitucional la pertinencia y procedencia de interpretar el acápite orgánico de la Constitución de acuerdo a la intención original del constituyente, lo cual permitirá tener un marco de referencia plausible que las autoridades públicas deberían observar al momento de interpretar las competencias que la Constitución les confiere, de forma tal que sea posible evitar, o limitar, que expandan sus facultades vía interpretación.

Sobre todo, porque el trasfondo que suscita la creación y aplicación del control de constitucionalidad por vicios de competencia no es en sí mismo la conveniencia o no de examinar el contenido de fondo de las enmiendas, sino el hecho que la Corte Constitucional se abrogue facultades no establecidas por el constituyente y sus actuaciones no tengan ningún tipo de control por parte de otra autoridad pública.

Esta es una particularidad que incide en el desarrollo del marco institucional colombiano, la separación de poderes y la consolidación o no de poderes absolutos, o con mínimas limitaciones, en cabeza de autoridades públicas y que debe ser puesto sobre la mesa como tema de debate. Las altas cortes, al igual que las demás entidades estatales, deben estar sujetas a límites competenciales y sus actuaciones no pueden convertirse en ruedas sueltas dentro de

la Constitución sin responsabilidad política ni jurídica, para lo cual el originalismo orgánico brindará una herramienta de análisis que no se ha aplicado en Colombia hasta la fecha y que permitirá contrarrestar el desbordamiento de facultades de las autoridades públicas.

Finalmente, respecto del alcance de la investigación, vale señalar que este método no se planteará como un mecanismo de análisis de derechos o de lectura de la parte dogmática de la Carta, sino como una herramienta hermenéutica a la cual pueden acudir las autoridades judiciales, en especial la Corte Constitucional, para resolver las controversias constitucionales que impliquen el estudio del marco competencial establecido en el acápite orgánico de la Constitución.

**DE LOS VICIOS DE FORMA A LOS VICIOS DE COMPETENCIA: REFORMAS
CONSTITUCIONALES Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN
COLOMBIA**

Comprender el alcance del control de constitucionalidad por vicios de competencia exige, ante todo, analizar el desarrollo histórico que ha tenido el control de constitucionalidad en Colombia durante la vigencia de la Constitución de 1991 y los últimos años de la Constitución de 1886, dado que las discusiones político-jurídicas en torno a las cuales se desenvuelve el entendimiento de la Carta Magna son las que moldean las actuaciones de las diferentes ramas del poder público y, en últimas, terminan definiendo su marco competencial.

Debido a lo anterior, en el presente capítulo se examinará dicho proceso en varias etapas. La primera, comprende el ocaso de la Constitución de 1886 y el surgimiento de la Constituyente de 1991, haciendo un especial énfasis en el control de constitucionalidad ejercido por la Corte Suprema de Justicia. La segunda, examina cada una de las reformas constitucionales adelantadas por los Gobiernos Gaviria, Samper, Pastrana, Uribe, Santos y Duque, teniendo en cuenta el contexto político en que se desarrollaron y las implicaciones institucionales que originaron, sobre todo las referentes a la construcción jurisprudencial que frente al control de constitucionalidad realizó la Corte Constitucional. Finalmente, se plantearán unas consideraciones a manera de conclusión que permitirán continuar la discusión planteada por la tesis en el siguiente acápite de la misma.

Del ocaso de la Constitución de 1886 a la Asamblea Constituyente de 1991: antecedentes y desarrollo en torno al control de constitucionalidad de las reformas constitucionales

La Asamblea Nacional Constituyente de 1991 significó un punto de quiebre en la historia constitucional colombiana. La mezcla entre guerrillas, paramilitares y narcotráfico derivó en un contexto de violencia sin precedentes en los 80's donde una de las soluciones propuestas para pasar la página, muy ligada a nuestra cultura legalista que cree que expidiendo normas se esfuman las preocupaciones, fue cambiar la centenaria Constitución que había regido los destinos de la Nación desde 1886.

Ya sea por el activismo de los movimientos estudiantiles que abogaban por un marco jurídico más incluyente y progresista (BBC, 2020), por una oportunidad que encontraron los Gobiernos Barco y Gaviria de plantear respuestas a las dificultades del País y mejorar su imagen ante la opinión pública (El Tiempo, 1991), por la presión de los narcotraficantes de prohibir la extradición a Estados Unidos (Caracol TV, 2021) o por la unión de todos estos factores, lo cierto es que Colombia a comienzos de los 90's decidió llevar a cabo un cambio constitucional que permitiera dar respuesta a la crisis institucional vista en años anteriores (Segura y Bejarano, 2020, p. 80), el cual se construyó, debido a los factores descritos, en torno a un sujeto constituyente pluralista que no necesitó de un liderazgo carismático, sino que congregó a la clase política, los sectores populares y los grupos armados desmovilizados con el objetivo de poner fin a la violencia y brindar respuestas efectivas a las necesidades sociales desde el Estado (Figuroa, 2020, p. 225-226).

De hecho, fue tan sui generis la forma en que confluyeron estas circunstancias que ni siquiera se tuvo en cuenta el procedimiento de reforma establecido en la Constitución de 1886, la cual solo contemplaba modificaciones vía acto legislativo, sino que se adelantó una asamblea constituyente.

Aunque fueron muchos los temas que se tocaron y los debates que se llevaron a cabo, en esta oportunidad se examinará lo que sucedió en torno al control de constitucionalidad de las reformas constitucionales, para lo cual es necesario hacer referencia al contexto institucional vigente en ese momento como punto de partida de la recapitulación propuesta.

Como tal, durante la vigencia de la Constitución conservadora de 1886 confluyeron dos factores que terminaron siendo determinantes en la constituyente de 1991. El primero, era que dicho texto establecía un ultra rígido procedimiento de reforma que solo permitía que fuera el Congreso, vía acto legislativo, quien actualizara el texto superior, sin contemplar otras opciones como el referendo o la constituyente.

El segundo, las decisiones de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia habían generado, en últimas, una petrificación de la Constitución, lo cual no era un secreto a voces sino una postura compartida, entre otros, por el Presidente Gaviria. (Semana, 2021a).

Frente a este aspecto, cabe señalar que se llegó a tal circunstancia tras una interpretación que realizó la Sala de sus facultades. En efecto, durante un primer momento, de 1955 a 1978, la Corte sostuvo que carecía de competencia para examinar las demandas contra las reformas constitucionales, toda vez que las enmiendas no debían estar sujetas a revisión por parte de

los poderes constituidos (Ver Anexo 1). Una postura similar a la expuesta por la Corte Suprema de Estados Unidos, la cual ha argumentado desde *Coleman v. Miller* (1939) hasta la actualidad que el proceso de reforma es una cuestión política que no está sujeta a control judicial (Roznai, 2013b, p. 673; Jacobsohn, 2006, p. 479).

Sin embargo, a partir de la sentencia del 5 de mayo de 1978 la Corte adoptó una postura diametralmente opuesta, donde se abrogó la facultad de examinar las demandas contra las enmiendas constitucionales con base en tres grandes argumentos. El primero, era que “el poder de reforma constitucional es un poder constituido y debe ejercerse dentro de las reglas constitucionales del artículo 218, y sus decisiones no escapan a la jurisdicción constitucional de la Corte Suprema de Justicia” (Corte Suprema de Justicia, 1978)

El segundo, era que “la guarda de la Constitución, a ese Tribunal confiada, se refiere a *la totalidad* de sus preceptos, como lo indica aquel texto en los términos “guarda de la integridad de la Constitución” y por lo tanto, su jurisdicción comprende todo acto que pueda vulnerar esa integridad, así no se haya expresado esa posibilidad en el referido texto” (Corte Suprema de Justicia, 1978)

El tercero, sostuvo que “la Constitución es una unidad normativa sistemática. Sus normas carecen de sentido consideradas aisladamente. Su interpretación debe integrarse y complementarse armónicamente. Es lo científico. Por eso, la regulación del control de constitucionalidad que compete a la Corte, debe complementarse, para el caso en estudio,

con los efectos lógicos que se deducen de los artículos 2 y 218, integrados con los resultantes del 214” (Corte Suprema de Justicia, 1978).

A partir de ese momento, y hasta la Constituyente de 1991, la Corte Suprema argumentó que una reforma constitucional era inconstitucional cuando fuera en contra de los límites implícitos de la Constitución, afectara normas sustanciales o inobservara el trámite de reforma (Corte Suprema de Justicia, 1981).

De hecho, como respuesta a esta nueva postura, donde la Corte examinaba el contenido y la forma de las enmiendas, el Congreso expidió el Acto Legislativo 01 de 1979, el cual pretendía sacar adelante, entre otros aspectos, una reforma a la justicia que incluía temas como la creación de la Fiscalía General de la Nación, la implementación del sistema penal acusatorio, la creación del Consejo Superior de la Judicatura, quien enviaría a las demás Cortes las listas de candidatos a magistrados, eliminaba el carácter vitalicio de los togados y les establecía un periodo fijo sin posibilidad de reelección, modificaba el procedimiento de cooptación como método de elección de los magistrados y, respecto al control de constitucionalidad a las enmiendas a la Carta, restringía el margen de acción del Tribunal a tres vicios de procedimiento: falta de mayorías, errores en la promulgación y no haber sido aprobado en dos legislaturas ordinarias consecutivas (Cajas, 2015, p. 242-243).

Es decir, con esta enmienda el legislativo pretendió retomar a plenitud su poder de reforma y escapar a los nuevos parámetros del control de constitucionalidad que había creado la Sala Constitucional de la Corte, sobretodo los referentes a los límites materiales. Sin embargo, el

Tribunal, en sentencia del 3 de noviembre de 1981, respondió a esa movida del Parlamento y tras una dura confrontación con el Gobierno Turbay que terminaría calificando de autoritaria a esa administración y le ganaría enemigos al Tribunal dentro de la clase política (Cajas, 2015, 245-254) declaró inexecutable dicho acto legislativo y reafirmó la postura sostenida desde 1978, dejando en claro que no perdería la facultad de examinar la constitucionalidad de las enmiendas, circunstancia que generaría durante los 80's la irreformabilidad de la Constitución a la que en su momento hizo referencia el Presidente Gaviria.

Bajo estas circunstancias inició la Constituyente de 1991. Aunque en principio pudiera pensarse que el alcance del control de constitucionalidad frente a las enmiendas iba a ser uno de los puntos más álgidos de discusión, esto no fue así. Es más, si algo denotan los 11 proyectos (Ver Anexo 2) presentados por los constituyentes, el Gobierno Nacional y las Cortes, incluida la Corte Suprema, es que existió unanimidad en torno a que la revisión de las reformas se limitara a aspectos de forma y no de fondo, circunstancia que se replicó durante toda la discusión y aprobación del articulado (Ver Anexo 3) y era una clara respuesta a la disputa previamente reseñada entre el Congreso y la Corte Suprema.

En últimas, la Constituyente se inclinó por acoger las preocupaciones de los sectores políticos antes que refrendar la jurisprudencia de la Corte, de tal forma que la nueva Constitución no solamente no estuviera limitada por un procedimiento de reforma ultra rígido, sino que no encontrara en las decisiones del Tribunal Constitucional un bloqueo constante al poder de

reforma del Congreso que generara una petrificación vía interpretación constitucional, lo cual quedó plasmado en la redacción del artículo 241:

“**Artículo 241.** A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, **en los estrictos y precisos términos de este artículo.**

Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, **sólo por vicios de procedimiento en su formación.**

2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, 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.** (Subrayado y negrillas por fuera del texto original) (Constitución Política de Colombia, 1991).

Por el contrario, lo que sí generó tensión al interior de la Asamblea fue determinar si la Sala Constitucional de la Corte Suprema iba a seguir siendo el Tribunal Constitucional de Colombia o si se iba a crear una Corte Constitucional. Una disputa donde la Corte Suprema intentó fallidamente no perder las facultades que se derivan del control de constitucionalidad, dado que, lógicamente, eso le permite tener una preponderancia indiscutible dentro del marco institucional.

Sin embargo, la mayoría de los constituyentes, con el respaldo del Gobierno Nacional, decidieron acabar con la Sala Constitucional de la Corte Suprema y dar vida a la Corte

Constitucional. Ahora bien, ¿hasta qué punto la creación de la nueva Corte fue una retaliación de la clase política contra la Corte Suprema por la postura adoptada desde 1978?

Muchas son las especulaciones y deducciones que se pueden hacer al respecto. Por ejemplo, Mario Cajas recapitula cómo la agenda reformista de los políticos en la Asamblea tenía una intención de revancha contra ese Tribunal:

“ya desde finales de los setenta criticaban fuertemente el poder que había adquirido la Corte Suprema gracias a un control constitucional que cada vez más era sentido como un poder excesivo sobre el Ejecutivo y el Congreso, por lo que se requería un tribunal con un origen político: con injerencia del Congreso y del Ejecutivo como fuente de legitimidad” (Cajas, 2015, p. 241)

Circunstancia que va de la mano con los múltiples intentos que durante veinte años la clase política hizo para quitarle el control de constitucionalidad a la Corte Suprema, desde las discusiones que se dieron en la reforma de 1968 del Gobierno Lleras, la pequeña constituyente de 1977 del Gobierno López, la reforma a la justicia de 1979 del Gobierno Turbay, la propuesta fallida del Gobierno Betancourt y los conatos reformistas del Gobierno Barco (Cajas, 2015, p. 401-411).

Quizás, acudiendo al terreno de las especulaciones, tanto el Gobierno Gaviria como los partidos que participaron en la Asamblea tenían la convicción que la creación de una Corte Constitucional con un catálogo de competencias claramente delimitado evitaría una potencial

extralimitación de funciones que interfiriera con las futuras agendas reformistas de la Casa de Nariño y el Congreso, cerrando así la puerta a que se repitieran las tensiones del pasado.

Seguramente la respuesta a dicho interrogante solamente reposa en la memoria de los pasillos y salones del Capitolio donde los constituyentes le propinaron una estocada letal a la Corte Suprema. Lo que sí es cierto, es que la Asamblea de 1991 estructuró un control de constitucionalidad que quería evitar que el Tribunal Constitucional examinara el contenido de las reformas y, vía jurisprudencia, terminara convirtiendo la Constitución en un texto irreformable. O sea, buscó evitar que se repitiera el conflicto institucional de los 70's-80's entre legislativo y judicial.

Gobierno Gaviria. Inicio de la Corte Constitucional y reformas de baja intensidad.

Dentro de ese marco competencial inició su operación en 1992 la Corte Constitucional. En sus dos primeros años de operación, que coincidieron con la segunda mitad del Gobierno Gaviria, el Congreso reformó en tres ocasiones la nueva Constitución a través de los actos legislativos 01, 02 y 03 de 1993, los cuales, respectivamente, erigieron a Barranquilla como Distrito, adoptaron medidas transitorias frente a la ejecución del Plan Nacional de Desarrollo y adoptaron disposiciones frente a las faltas temporales o absolutas de las corporaciones públicas.

Como puede observarse, estas fueron enmiendas que no representaron mayor complejidad política ni suscitaron un debate relevante a nivel nacional, a tal punto que la Corte nunca se pronunció sobre ellas toda vez que no fueron demandadas por ningún ciudadano.

Gobierno Samper. Extradición y prudencia de la Corte Constitucional.

Posteriormente, en el Gobierno Samper, se adelantaron cuatro reformas. La primera, el acto legislativo 01 de 1995, le permitió a los municipios, de manera transitoria hasta 1999, destinar libremente un porcentaje de los recursos que reciben como participación de los ingresos de la Nación. La segunda, el acto legislativo 02 de 1995, estableció que los tribunales de la jurisdicción penal militar debían estar integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o retiro. La tercera, el acto legislativo 01 de 1996, modificó algunas funciones de las Asambleas Departamentales. Finalmente, la cuarta, el acto legislativo 01 de 1997, revivió la extradición en Colombia.

Claramente, de las cuatro enmiendas, las tres primeras, al igual que las adelantadas en el Gobierno Gaviria, no revistieron mayor complejidad política. Fueron temas principalmente presupuestales y funcionales que tampoco generaron discusiones en el ámbito del control de constitucionalidad. Sin embargo, con la cuarta reforma la situación fue distinta.

En efecto, como se mencionó previamente, uno de los puntos más importantes de la Constituyente de 1991 fue la prohibición de la extradición, a tal punto que Pablo Escobar se entregó a la justicia el día siguiente a que fue establecida esa disposición en la Asamblea (Semana, 1996). Un hecho que siempre dejará un manto de dudas sobre la legitimidad de una

carta que terminó fungiendo como moneda de cambio entre los extraditables y el Gobierno Gaviria.

Desde ese entonces hasta 1996, en Colombia la discusión al respecto se había apaciguado. No obstante, las circunstancias políticas en que se desarrolló el Gobierno Samper cambiaron está dinámica. Por un lado, el estallido del proceso 8.000 puso contra la pared al Presidente y generó una de las crisis institucionales más fuertes de la era reciente del País, dada la gravedad que significaba el ingreso de dineros del narcotráfico a la campaña presidencial. Una tensión que derivó en interminables confrontaciones entre Pastrana y Samper, los candidatos de la elección de 1994, y un fallido proceso de destitución del primer mandatario en el Congreso (El Tiempo, 2021).

Por otro lado, de 1995 a 1997 Estados Unidos descertificó al Gobierno Samper por la poca cooperación de esa administración en la lucha contra las drogas, lo cual implicó presiones diplomáticas, revocatoria de visas, incluso al Presidente de la República, y amenazas de sanciones económicas que habrían causado serias afectaciones presupuestales para la Nación (El Tiempo, 1996; 1997a).

En este contexto, una de las salidas que encontró el Presidente Samper para recomponer las relaciones con la Casa Blanca y aliviar la presión que conllevaba el avance del 8.000 fue el reestablecimiento de la extradición. Una medida que desde el inicio de su mandato había solicitado el Gobierno Americano y que, aunque en un principio no fue acogida por el Palacio de Nariño, terminó siendo aceptada por el Gobierno Nacional tras el cambio de

circunstancias, para lo cual el Presidente designó a Carlos Holmes Trujillo como Ministro del Interior y lo encargó de sacar adelante la respectiva enmienda constitucional en el Congreso (El Tiempo, 1997b; 1997c; 1997d; Caracol Radio, 1997).

Como resultado, tras el respectivo debate parlamentario, Colombia revivió la extradición a través de un acto legislativo que fue posteriormente demandado y que le permitió a la Corte Constitucional empezar a moldear su posición jurisprudencial respecto del control constitucional a las reformas constitucionales.

Sin embargo, vale señalar que la actuación de la Corte en ese escenario fue bastante prudente, dado que se apoyó en la interpretación literal del artículo 241 y sostuvo que no tenía competencia para examinar el contenido de las enmiendas. De hecho, en este pronunciamiento se enfocó en delinear los requisitos que deben cumplir las demandas contra este tipo de reformas y no se adentró en la discusión de fondo, lo cual, en cierta medida, era esperable, toda vez que asumir una posición contraria le habría implicado un desgaste institucional con el Gobierno Clinton que había desplegado múltiples presiones para revivir el referido instrumento de cooperación judicial (Corte Constitucional, C-543/98).

Gobierno Pastrana. Primera década de la Corte Constitucional.

Posteriormente, durante el Gobierno Pastrana, de 1998 a 2002, se llevaron a cabo siete reformas constitucionales, de las cuales dos revistieron una alta relevancia política. La primera, el acto legislativo 01 de 2001, creó el Sistema General de Participaciones, el cual estableció nuevas reglas para la transferencia de recursos a las entidades territoriales por parte

del Gobierno Nacional para financiar los gastos de salud y educación. La segunda, el acto legislativo 02 de 2002, reconoció la competencia de la Corte Penal Internacional de acuerdo a lo establecido en el Estatuto de Roma.

Ambas enmiendas fueron demandadas ante la Corte, la cual mantuvo la posición previamente establecida y se limitó a examinar el cumplimiento del procedimiento legislativo por parte del Congreso, sin entrar a discutir en ningún momento si el contenido de las enmiendas se encontraban ajustadas o no a los preceptos constitucionales (Corte Constitucional, C-487/02; C-614/02).

Básicamente, esta primera década de funcionamiento de la Corte Constitucional estuvo marcada por una jurisprudencia prudente y respetuosa de su marco competencial frente al control a las reformas constitucionales. El Tribunal se ajustó a una lectura literal de la Carta y no contrarió la voluntad del constituyente que circunscribió su margen de acción a los vicios de forma y no de fondo de las enmiendas. Fue un periodo, en general, de calma constitucional donde los Gobiernos de turno, si bien adelantaron reformas importantes como el reestablecimiento de la extradición o la creación del SGP, no promovieron cambios que concentraran de manera significativa poder en el ejecutivo. Circunstancia que cambiaría en los años siguientes con la llegada de Álvaro Uribe Vélez al solio de Bolívar.

Gobierno Uribe I. Alta favorabilidad presidencial, reelección y vicios de competencia.

Colombia en 2002 reportaba cerca de 3.000 secuestros al año (CNN, 2019), 1.645 atentados terroristas (MinDefensa, 2008, p. 17) y 28.837 homicidios (MinDefensa, 2008, p. 17). El

proceso de paz con las Farc en el Caguán había fracasado, las filas guerrilleras sumaban 24.000 personas y los paramilitares ascendían a 31.000 hombres (El Espectador, 2010). Más de 300 alcaldes habían sido desplazados de sus municipios (El Tiempo, 2002) y para muchos estábamos en presencia de un Estado fallido (Caracol Radio, 2010).

En este contexto, durante la contienda presidencial de ese año Álvaro Uribe le presentó al País una propuesta basada en el ejercicio de la legítima autoridad del Estado para combatir a los grupos violentos y recuperar el control territorial por parte de la institucionalidad. Un discurso de mano firme que era coherente con la permanente oposición que desplegó el ex Gobernador a la negociación del Caguán y tuvo una profunda acogida en el electorado, sobretodo después que el Gobierno Pastrana finalizó el proceso, a tal punto que Uribe se convirtió en el único candidato hasta el momento en ganar las elecciones en primera vuelta.

Dicha dialéctica, cabe señalar, también incluía como parte esencial de la misma la participación de los ciudadanos en la toma de decisiones públicas, en lo que el Gobierno Uribe consideraba la construcción de un Estado Comunitario (DNP, 2002, p. 19), lo cual contemplaba, entre otros aspectos, acudir a mecanismos de participación directa como el referendo para materializar las propuestas del primer mandatario.

Ahora bien, una vez inició el Gobierno, la adopción de medidas a corto plazo como la declaratoria del estado de conmoción interior, la expansión operativa de la Fuerza Pública, la reducción en las cifras de criminalidad, las caravanas Vive Colombia, los consejos comunitarios en zonas rojas o el impuesto al patrimonio, permitieron posicionar al Presidente

Uribe como una especie de salvador que le había devuelto la esperanza a un País perdido y que gozaba de índices de popularidad superiores al 70%, algo nunca antes visto en la historia reciente de la Nación (Semana, 2003).

En otras palabras, el Gobierno Uribe logró poner en marcha una revolución al interior del Estado en cabeza de un líder profundamente carismático que contaba con el respaldo masivo de la población y cuyas decisiones habían permitido empezar a mejorar las condiciones de seguridad del País, que para ese entonces era el principal problema que aquejaba a los colombianos.

En este contexto, acudiendo a la conceptualización planteada por Ackerman, el Presidente Uribe empezó un proceso para constitucionalizar su carisma, lo cual se traduce en la consolidación a nivel constitucional de la visión de País planteada por el Gobierno (Ackerman, 2019, p. 4), circunstancia que se empezó a reflejar en las nueve reformas que se impulsaron de 2002 a 2006 y que conllevaron un escenario nuevo en materia de control de constitucionalidad.

Por ejemplo, una de las primeras prácticas que se empezaron a adelantar en los actos legislativos fue la habilitación legislativa al Presidente, a través de los artículos/parágrafos transitorios de las enmiendas, si el Congreso no regulaba la respectiva materia en un periodo de tiempo determinado, lo cual sucedió en el acto legislativo 03 de 2002, que implementaba el sistema penal acusatorio, y en el acto legislativo 01 de 2003, que llevó a cabo la única reforma política que se ha adelantado durante la vigencia de la Constitución de 1991.

Cabe señalar que esta era una particularidad que no había sucedido de 1992 a 2002 y que empezaba a generar las condiciones para una mayor concentración de poder en cabeza del ejecutivo.

Adicional a esta circunstancia, y al hecho que las reformas impulsadas durante ese mandato implicaban cambios de fondo en el diseño del Estado, el Gobierno Uribe cumplió su propuesta de campaña de adelantar un referendo anticorrupción (MinEducación, 2002) que incluyera, entre otros temas, la reducción del tamaño del Congreso, la eliminación de las contralorías territoriales y las personerías y la supresión de los auxilios parlamentarios. Medidas de corte fiscal que buscaban disminuir los gastos de funcionamiento del Estado y liberar recursos para destinar a inversión social y seguridad.

Como se mencionó anteriormente, la concepción del Estado comunitario que planteaba el Presidente Uribe iba ligada a la participación de la ciudadanía en la toma de decisiones, lo cual, por un lado, le otorgaba un blindaje de legitimidad a las políticas impulsadas por el Gobierno y, por otro lado, le permitía al primer mandatario crear escenarios electorales que impulsaran la elección de las fuerzas políticas oficialistas en las contiendas nacionales y territoriales ordinarias.

Dicho notorio cambio de circunstancias políticas e institucionales hicieron que poco a poco la Corte Constitucional modificara, a su vez, su jurisprudencia. En efecto, aunque durante el 2002 el Tribunal mantuvo su postura de no revisar el fondo de las enmiendas, en 2003,

cuando examinó la Ley 796 de 2003 por medio de la sentencia C-551/03, introdujo la noción de los vicios de competencia, los cuales se derivan de los vicios de forma en el entendido que la competencia es un presupuesto ineludible del procedimiento.

Este tipo de control constitucional, no establecido directamente por el constituyente, afirma que es necesario examinar si el Congreso como poder constituido era o no competente para llevar a cabo la reforma y si esta afecta los elementos esenciales de la Constitución.

Al respecto, cabe señalar que esta no era una aproximación nueva en la jurisprudencia constitucional colombiana. Recordemos, por ejemplo, que la Corte Suprema de Justicia en 1981, tras la polémica que suscitó la aprobación del acto legislativo 01 de 1979, ya había contemplado la posibilidad de examinar la constitucionalidad de las reformas cuando estas afectaran los límites implícitos de la Constitución.

Sin embargo, en 2003, la Corte fue precabida y no citó este antecedente patrio como soporte de su decisión, quizás para evitar revivir la confrontación entre legislativo y judicial de aquel entonces. Por el contrario, acudió al derecho extranjero, puntualmente a la jurisprudencia india (Ver Anexo 4), para utilizar la doctrina de los límites materiales al poder de reforma como soporte comparado, al igual que a la distinción planteada por Schmitt entre poder constituyente y constituido:

“En línea con la distinción planteada por Carl Schmitt entre el poder constituyente y los poderes constituidos, la Corte Constitucional estableció que el poder de reforma atribuido a los segundos no puede utilizarse para sustituir la Constitución, esto es, para

introducir en el ordenamiento constitucional rasgos contrarios a la identidad o a la esencia del régimen político adoptado por el pueblo en ejercicio de su poder soberano. Según lo indicó la Corte de manera tentativa, esto se daría cuando por medio del poder de reforma se buscara convertir el Estado social y democrático de derecho en un Estado totalitario, una dictadura o una monarquía. Solo el poder constituyente estaría en condiciones de sustituir la Constitución: los poderes constituidos, por el contrario, se encuentran limitados por las decisiones del poder constituyente referentes a la forma de Estado bajo la cual se organiza la comunidad política. Los poderes constituidos únicamente son competentes para hacer cambios a las leyes constitucionales: aquellos aspectos del texto constitucional que, según Carl Schmitt, no tocan la esencia del tipo de Estado adoptado por el pueblo soberano” (Figueroa, 2020a, p. 145)

Adicional a ello, la Corte esbozó el siguiente conjunto de consideraciones a través de las cuales sentó las bases del mencionado control por vicios de competencia.

En primer lugar, el Alto Tribunal sostuvo que al momento de adelantar el control de las reformas constitucionales no solamente se deben aplicar las normas del Título XIII, sino también las disposiciones orgánicas pertinentes para examinar el mecanismo de reforma constitucional y aquellas de rango constitucional que regulan la competencia en materia de enmiendas al texto superior.

En segundo lugar, la Corte manifestó que en ocasiones anteriores no se había visto en la necesidad de delimitar su competencia, dado que al ser el control de las reformas

constitucionales un acto rogado y no oficioso tales consideraciones no habían sido formuladas por los accionantes en los respectivos cargos.

En tercer lugar, el Tribunal sostuvo que la competencia es un presupuesto ineludible del procedimiento, razón por la cual no tiene sentido que la Constitución le atribuya a la Corte el control de los vicios de procedimiento de las reformas constitucionales, pero la excluyera de verificar si los órganos que la adelantaron eran competentes para hacerlo.

En cuarto lugar, si bien es verdad anteriormente la Corte había considerado otros vicios de procedimiento como la extralimitación de las facultades extraordinarias, la violación de la unidad de materia o la reserva de ley orgánica como violaciones materiales a la Carta, no hay contradicción con lo manifestado en esta sentencia, dado que, por un lado, la competencia es un presupuesto tanto del procedimiento como del contenido material y, por otro lado, reducir el control de procedimiento a aspectos formales de trámite es contrario al artículo 379.

En quinto lugar, el Tribunal abordó la distinción entre poder constituyente y poder derivado para concluir que el titular del poder de reforma, como poder constituido, está sujeto a unos límites materiales y, por ende, no tiene competencia para sustituir la Constitución, dado que tal posibilidad está reservada para el constituyente.

Frente a lo anterior, es interesante observar cómo la Corte da un giro en su jurisprudencia y desarrolla una lectura de los vicios de procedimiento que nunca había aplicado con anterioridad. Así mismo, el gran interrogante que surge de este nuevo tipo de control planteado por el Tribunal es si el examen de competencia implicará un control material a las

reformas y hasta qué punto es válido que la Corte se abrogue esa facultad que fue expresamente negada por parte del constituyente.

Ahora bien, es necesario señalar que la Corte no utilizó esta nueva aproximación de control constitucional como soporte de la referida sentencia. De hecho, en esa oportunidad simplemente desarrolló el concepto y dejó abierta la posibilidad de acudir a él más adelante, lo cual tiene dos posibles interpretaciones. La primera, es que el Tribunal ya era consciente de la estrategia jurídica del Gobierno Uribe para implementar cambios de fondo en la Constitución y quiso diseñar un plan de contingencia para evitar potenciales concentraciones de poder en un futuro.

La segunda, es que la Corte, que durante del primer mandato Uribe tuvo una especial cercanía con la Casa de Nariño (Semana, 2006a), veía la necesidad de reforzar la argumentación a favor de las reformas constitucionales promovidas por el Gobierno y brindar mayor legitimidad jurídica a los fallos que las avalaban, para lo cual no solamente era necesario revisar el trámite legislativo sino justificar que las enmiendas no contrariaban la esencia de la Carta.

Independientemente de cuál fue la razón de fondo, lo cierto es que la adopción de la doctrina de los límites materiales al poder de reforma significaba un cambio sustancial en la jurisprudencia de la corporación y revivía el fantasma de la revisión material de las enmiendas que por unanimidad decidió acabar la constituyente de 1991, con un aspecto adicional, y es el referente a que la Constitución de 1991 no estableció cláusulas pétreas, lo

cual significaba que sería la Corte el órgano encargado de identificar los elementos inmodificables de la Carta a partir de un examen caso a caso.

Lógicamente, a medida que se fueron presentando nuevas demandas contra actos legislativos, la Corte fue delineando de manera más precisa el concepto de los vicios de competencia y estableciendo los parámetros que se deben tener en cuenta al momento de revisar la constitucionalidad de las reformas constitucionales, inclusive hasta diseñar la metodología del juicio de sustitución a través del cual la corporación analiza si el acto modificatorio sustituye o no un elemento esencial de la Carta.

Por ejemplo, en la sentencia C-1200/03 la Corte examinó una demanda interpuesta contra los artículos del acto legislativo 03 de 2002 a través de los cuales se habilitaba al Presidente para que regulara la implementación del sistema penal acusatorio si el Congreso fallaba en aprobar los proyectos de ley sobre la materia en un límite de tiempo determinado. En esa ocasión, a pesar que la Corte profirió un fallo inhibitorio, continuó delimitando la noción de los vicios de competencia y desarrolló los aspectos previamente enunciados en la sentencia C-551/03, a saber:

En primer lugar, una modificación a la Constitución no es un acto de soberanía, sino un acto de revisión en ejercicio de una competencia atribuida por el poder constituyente, tan es así que la función del poder de revisión es actualizar la Constitución y mantenerla vigente, más no sustituirla por otra diferente.

En segundo lugar, si bien es verdad la Constitución de 1991 no contempla cláusulas pétreas, tampoco contiene una habilitación de sustitución. En tercer lugar, existe una diferencia entre violar y sustituir la Carta. El primer concepto, no es aplicable a las reformas constitucionales, dado que implica una contradicción entre la norma superior y la inferior. El segundo, sí, dado que implica reemplazar materialmente la Constitución por otra completamente diferente.

En cuarto lugar, a pesar que la Corte no delinea el método del juicio de sustitución, sí establece lo que no se debe hacer en tal evento, a saber: tratar a una reforma como una ley infraconstitucional, elevar principios o reglas a normas intangibles que el órgano constituido no puede reformar, anteponer al poder de revisión supuestos contenidos supraconstitucionales intocables, comparar contenidos específicos de la Constitución con los de la reforma y limitarse a examinar restricciones introducidas por la reforma sin evaluar si esta configuró un cambio de tal magnitud que sustituyó total o parcialmente la Carta.

Finalmente, el Tribunal Constitucional también advierte los peligros que conlleva el control al poder de reforma, tales como la petrificación de la Constitución o el subjetivismo del juez constitucional. En este contexto, manifiesta la Corte que la aplicación de la autorrestricción judicial logra descartar los riesgos de una inadecuada aplicación de la doctrina de la sustitución.

Al respecto, es interesante observar cómo la Corte recalca de manera permanente la importancia de evitar que el poder de reforma del Congreso se desborde y hace sendas consideraciones acerca de que el legislativo debe estar sujeto a unos límites competenciales, pero, al mismo tiempo, no aplica tal lógica a su propio funcionamiento, sino que se escuda

en sus potestades interpretativas para ir moldeando un control de constitucionalidad que lleva a cuestionarse si realmente se circunscribe al ámbito del procedimiento legislativo o si, por el contrario, implica un control material de las enmiendas.

Acto seguido, en la sentencia C-970/04, donde también se demandó la habilitación legislativa al Presidente de la República a través de actos legislativos, la Corte plasmó por primera vez la metodología del juicio de sustitución:

1. Premisa mayor: aspectos definatorios de la identidad de la Constitución
2. Premisa menor: análisis del acto jurídico acusado
3. Verificar si la reforma sustituye un elemento esencial de la Constitución

De manera paralela, mientras la Corte desarrollaba esta nueva posición sin que ello conllevara a hundir las reformas promovidas por el Gobierno, el Congreso expidió dos nuevos actos legislativos: el 02 de 2003, también denominado estatuto antiterrorista que terminaría declarándose inexecutable por vicios de forma, y el 01 de 2004 que endurecía las sanciones contra los servidores públicos condenados por delitos que afecten el patrimonio del Estado.

Tras la aprobación de estas enmiendas el País se embarcaría en la que quizás ha sido la discusión político-constitucional más fuerte desde la expedición de la Constitución de 1991: la reelección presidencial.

Esta figura había sido prohibida por la Asamblea Constituyente y hasta ese entonces ningún mandatario contempló la posibilidad de revivirla. Sin embargo, las circunstancias excepcionales en que se desarrolló el Gobierno Uribe hicieron que cobrara vida este escenario.

La primera vez que se pensó en tal posibilidad fue a los seis meses de iniciado el Gobierno, cuando Fabio Echeverry, quien fuese gerente de la campaña presidencial de Álvaro Uribe, habló de cambiar el “artículo” de la Constitución que prohibía la reelección (Portafolio, 2006). No obstante, no fue hasta enero de 2004 cuando la entonces Embajadora de Colombia en España y ex candidata presidencial, Noemí Sanín, propuso oficialmente la necesidad de reelegir al Presidente Uribe (Semana, 2004).

Aunque la idea generó controversia, poco a poco fue calando hasta el punto que se presentó en el Congreso el respectivo proyecto de acto legislativo. Y no era para poco. En ese entonces, la favorabilidad del Presidente Uribe superaba el 80% (Semana, 2004) y los resultados del Gobierno, sobretodo en materia de seguridad, hacían que tal posibilidad fuera más factible de lo que se pensaba.

Además, existía el temor que la ofensiva militar contra las Farc cesara con el fin del Gobierno Uribe en 2006 y esa organización terrorista recuperara el terreno perdido bajo la seguridad democrática. En palabras del Presidente Uribe:

“Era consciente de los peligros que acarrea la concentración de poder en un solo hombre y, al mismo tiempo, pensaba que necesitaba más tiempo para consolidar las

transformaciones de nuestras políticas económicas y de seguridad. Temía que, tal y como había sucedido después de mis tres años como gobernador de Antioquia, todo lo logrado desapareciera. En medio de mis reflexiones, recordé el comentario de Raul Reyes en 2003: “El grave problema de Uribe es que solo le quedan tres años, y las Farc tienen todo el tiempo del mundo”. Estaba decidido a no permitir que las Farc y los demás narcoterroristas interrumpieran sus actividades hasta que mi presidencia terminara, y luego contraatacaran con renovado vigor. Creía que prolongar mis políticas por cuatro años más sería devastador para ellos” (Uribe Velez, 2012, p. 210)

Finalmente, después de un año de debate parlamentario, el Congreso aprobó el acto legislativo 02 de 2004 que dio vía libre a la reelección presidencial, tras lo cual el futuro de esta enmienda quedó en el terreno de la Corte Constitucional.

Claramente ese era el mayor reto que había enfrentado la corporación hasta ese entonces. La Corte tenía en sus manos, al mismo tiempo, el futuro político del mandatario más popular en la historia reciente del País y la responsabilidad de preservar el equilibrio de poderes de la Constitución.

En especial, porque todo el andamiaje institucional de la Carta de 1991 se diseñó en torno a un periodo presidencial de cuatro años. Extenderlo, en últimas, implicaba fortalecer la incidencia del ejecutivo en otras ramas del poder a través, por ejemplo, de los nombramientos de los miembros de la Junta Directiva del Banco de la República, de las ternas para elección

de Fiscal o de la elección de Procurador, Contralor e inclusive de los magistrados de la Corte Constitucional por parte de las mayorías oficialistas del Congreso.

Bajo este escenario la Corte inició el examen de la enmienda. Por un lado, los opositores al proyecto aducían las afectaciones que generaba la extensión del periodo presidencial en el sistema de pesos y contrapesos diseñado en 1991. Por otro lado, el Gobierno y los defensores de la reforma argumentaban la necesidad de permitir que fuera el pueblo, como expresión genuina del constituyente primario, quien tuviera la posibilidad de escoger en las urnas si apoyaba o no un nuevo mandato del Presidente Uribe.

De hecho, el choque argumentativo entre defensores y opositores de la reelección se puede resumir en los siguientes puntos (García, 2009, 9-10):

Defensores de la reelección	Opositores de la reelección
“1) La mayoría de las democracias ejemplares permiten la reelección del ejecutivo	1) En América Latina la reelección casi siempre ha dado malos resultados y, por eso, en la mayoría de los países ha estado prohibida
2) Cuatro años no son suficientes y, además, el límite temporal no permite a los electores castigar los malos presidentes y premiar a los buenos	2) La continuidad de las políticas de gobierno no depende tanto de las personas, sino de la existencia de partidos fuertes y bien organizados

<p>3) La reelección no es una reforma con nombre propio -Uribe- porque se lleva a cabo con el cabal respeto de los procedimientos constitucionales</p>	<p>3) La reforma sí tiene nombre propio - Uribe- así se haga siguiendo los procedimientos constitucionales y eso lo demuestra el hecho de que las reglas de juego son modificadas sobre la marcha</p>
<p>4) Las posibles ventajas electorales que tiene un presidente pueden evitarse con una legislación estricta y adecuada, de tal manera que todos los candidatos estén en pie de igualdad</p>	<p>4) Por muy estrictos que sean los controles en la competencia electoral ellos no logran evitar, en nuestro medio, las ventajas electorales que tiene el presidente</p>
<p>5) La reelección es democrática porque, finalmente, es el pueblo el que decide</p>	<p>5) La democracia no es simplemente la voluntad del pueblo, sino esa voluntad expresada de acuerdo con los procedimientos consitucionales”</p>

Era, en otras palabras, una tensión entre la protección férrea de la Constitución y el respaldo a la expresión directa del poder soberano, la cual, vale señalar, era uno de los puntos centrales de la doctrina uribista que “reconocía el carácter de co-legislador del pueblo” (Gaviria, 2006, p. 77) y entendía que no debían existir mayores límites a su actuación adicionales a los establecidos por el procedimiento de enmienda (González, 2022, p. 25). Una concepción donde, apalancado en los altos niveles de favorabilidad del Presidente, siempre se buscaba legitimar las decisiones del Gobierno con la participación de los electores. Algo que era

fuertemente criticado por líderes de la oposición como Carlos Gaviria, quien saldría derrotado en los comicios de 2006, desde la discusión del referendo de 2003: “solo busca fortalecer el autoritarismo que caracteriza al actual gobierno, pues es usual que los gobiernos autoritarios apelen a la democracia directa” (González, 2022, p. 19).

Tras la respectiva discusión interna, la Corte terminó avalando el acto legislativo en una votación dividida y le dio vía libre a la reelección presidencial. Una decisión donde el Tribunal no solamente reafirmó su reciente jurisprudencia en torno a sus facultades para examinar los vicios de competencia dentro del control de constitucionalidad, sino que aplicó el juicio de sustitución y la doctrina de los límites materiales al poder de reforma para soportar argumentativamente que esta enmienda no afectaba los elementos esenciales de la Carta (Corte Constitucional, C-1040/05).

De hecho, en ese pronunciamiento la Corte expuso los siguientes criterios que aplican al control de constitucionalidad de las reformas constitucionales:

1. El poder de reforma definido por la Constitución colombiana está sujeto a límites competenciales.
2. En virtud de esos límites competenciales el poder de reforma puede reformar la constitución, pero no puede sustituirla por otra integralmente distinta u opuesta.
3. Para establecer si una determinada reforma a la Constitución es, en realidad, una sustitución de la misma, es preciso tener en cuenta los principios y valores del ordenamiento constitucional que le dan su identidad.

4. La Constitución no contiene cláusulas pétreas ni principios intangibles, por consiguiente, todos sus preceptos son susceptibles de reforma por el procedimiento previsto para ello.
5. El poder de reforma no puede, sin embargo, derogar, subvertir o sustituir en su integridad la Constitución.
6. Sólo el constituyente primario tendría la posibilidad de producir tal sustitución.

De manera paralela, la Corte reitera, por un lado, que el examen de sustitución no implica un control material al acto de reforma y, por otro lado, que ella misma fijó los criterios del juicio de sustitución para impedir el subjetivismo judicial.

Sin embargo, uno de los grandes cuestionamientos que emergen al leer estas consideraciones es: ¿si el poder de reforma está sujeto a unos límites competenciales, por qué el control de constitucionalidad no lo está?

Finalmente, frente a la reelección, procede cuestionarse hasta qué punto la Corte hubiera tomado la misma decisión bajo un contexto distinto. Las condiciones que confluieron de 2002 a 2006 fueron únicas y no se habían dado en el pasado reciente del País. La feroz ola de violencia de comienzos de siglo había sido reemplazada por una efectiva ofensiva militar sin precedentes que logró dar resultados a corto plazo y recuperar el ejercicio de autoridad del Estado en el territorio nacional. Quizás, de no haber estado el País dentro de estas circunstancias excepcionales, el Tribunal habría utilizado la doctrina de la sustitución para hundir esta enmienda, pero, al final, se podría concluir que la Corte se sintonizó con el

extenso clamor popular y prefirió evitar que se desmejoraran las condiciones de seguridad que con tanto esfuerzo se habían logrado antes que adelantar una minuciosa valoración jurídica de los efectos institucionales de esta reforma:

“Años después, cuando le preguntaron a Ingrid Betancourt cuál había sido el momento más difícil de las Farc, respondió que cuando el Congreso y la Corte Constitucional decidieron autorizar la reelección. Ya no esperaban a que termináramos nuestro mandato: la nueva y dura realidad transcurriría con mucha rapidez para las Farc” (Uribe Vélez, 2012, p. 211)

Al margen de este debate, en lo corrido del 2005 el Congreso aprobó tres actos legislativos. El primero, el 01 de 2005, llevó a cabo una reforma pensional que eliminó los regímenes especiales, con excepción de las Fuerzas Militares y el Presidente de la República, e impuso topes en la asignación de pensiones. Los otros dos, el 02 y 03 de 2005, introdujeron cambios en la composición de la Cámara de Representantes.

Ahora bien, a lo largo de esta administración hubo múltiples intentos fallidos de sacar adelante una reforma a la justicia. Por ejemplo, en 2002 el Ministro del Interior, Fernando Londoño, radicó ante el Congreso el proyecto de acto legislativo 10/2002 Senado a través del cual el Gobierno pretendía, entre otros aspectos, suprimir la facultad de la Corte Constitucional de ejercer un control de fondo a los decretos de conmoción interior, eliminar la procedencia de la tutela contra providencias judiciales o establecer un sistema de evaluación de desempeño que determinara la permanencia de los jueces en su cargo.

Estas medidas fueron fuertemente criticadas por las altas cortes, quienes argumentarían que “Londoño quería un Estado monárquico alejado de todo tipo de controles” (García, 2009, p. 256) y terminarían ambientando el archivo de la iniciativa, tensión que se repetiría con el intento de reforma que adelantaría el nuevo Ministro del Interior, Sabas Pretelt, en 2004, lo cual llevó a que la Corte Suprema le solicitara al Presidente que los proyectos de reforma a la justicia tuvieran consenso previo con las altas cortes (García, 2009, p. 257)

Dicho esto, el Gobierno Uribe (2002-2006) dejó un balance constitucional sumamente movido que trajo cambios en la jurisprudencia constitucional. Por un lado, la Corte realizó una aproximación distinta a las facultades descritas en el artículo 241 superior y creó el control de constitucionalidad por vicios de competencia. Por otro lado, de las nueve reformas impulsadas en este periodo solamente una, el estatuto antiterrorista, se hundió en la Corte por vicios de forma. Las otras ocho enmiendas se mantuvieron con vida y, de hecho, el Tribunal acudió a la doctrina de los límites materiales al poder de reforma para justificar su viabilidad constitucional.

Gobierno Uribe II. Palacio de Nariño vs Rama Judicial.

Ahora bien, tras la aprobación de la reelección presidencial Álvaro Uribe se presentó a los comicios de 2006 y resultó electo, al igual que en 2002, en primera vuelta con una amplia mayoría. Durante el primer año de su segundo mandato el Congreso aprobó cuatro actos legislativos que, por primera vez desde 2002, no revistieron tal relevancia política, dado que se centraron en declarar ciudades como Distritos, ampliar el alcance de la moción de censura, modificar la composición del Concejo de Bogotá y ajustar las asignaciones del Sistema

General de Participaciones. Frente a estas enmiendas, el control de constitucionalidad fue relativamente escueto y no suscitó mayor debate por la esencia misma de los temas que se trataban.

Posteriormente, en 2008, se expidió el acto legislativo 01 que pretendía inscribir en el régimen de carrera administrativa a los funcionarios que se encontraran nombrados en provisionalidad, lo cual perseguía un claro fin electoral al asegurar la estabilidad laboral de las cuotas políticas que hacían parte de la nómina gubernamental.

Frente a esta enmienda, la Corte reaccionó de manera vehemente y decretó su inconstitucionalidad al considerar, en aplicación de la teoría de los vicios de competencia, que el principio de la carrera administrativa es un elemento esencial de la Constitución que se estaba viendo gravemente afectado por la reforma (Corte Constitucional, C-588/09).

Al respecto, aunque la decisión de la Corte logró evitar que se modificara la Constitución con propósitos meramente burocráticos, es procedente cuestionarse hasta qué punto el acceso meritocrático a los cargos públicos es un aspecto sin el cual se afectaría insubsanablemente la identidad de la Carta de 1991.

Es decir, por más deseable que sea que la función pública esté en cabeza de funcionarios de carrera, en últimas el sistema de frenos y contrapesos puede seguir incólumne si tal circunstancia no acontece, más aún cuando una eventual estabilización laboral de los servidores en provisionalidad no es una medida que afectara el desarrollo de las funciones

de las otras ramas del poder público ni implicaba una concentración irremediable de poder en cabeza del ejecutivo.

De hecho, lo ocurrido en este caso puede ser utilizado como punto de partida para analizar los criterios con que la Corte Constitucional, en desarrollo de la jurisprudencia de los límites materiales al poder de reforma, establece discrecionalmente los elementos esenciales de la Constitución. Al fin y al cabo, este aspecto de los vicios de procedimiento, quizás el más vital de todos, le otorga un poder adicional, sin control alguno, al Tribunal, que este podría llegar a utilizar para su propio beneficio.

Dicho esto, en 2009 se adelantaron las tres últimas reformas constitucionales del Gobierno Uribe. Estas sí, de una profunda carga política que volvieron a movilizar a la opinión pública y que significaron un nuevo reto institucional para la Corte.

La primera de ellas, el acto legislativo 01 de 2009, significó la segunda reforma política de esa administración. Aunque no implicaba cambios tan sustanciales como sí ocurrió con la enmienda de 2003, la reforma autorizó por una sola vez que los miembros de las corporaciones públicas de elección popular cambiaran de partido sin perder su curul. Una circunstancia conocida como transfugismo que está prohibida por el marco constitucional, toda vez que afecta el régimen de partidos que se buscó fortalecer desde 2003.

Lógicamente, la enmienda fue posteriormente demandada y la Corte Constitucional decidió avalar, utilizando la doctrina de los límites materiales del poder de reforma, el grueso de la

enmienda (Corte Constitucional, C-303/10). De hecho, el artículo transitorio que avalaba la movida electoral de cara a los comicios parlamentarios de 2010 fue declarado exequible y de los 15 artículos solamente 1, el 13, fue declarado inexecutable por la Corte por vicio de procedimiento (Corte Constitucional, C-040/10).

En general, el balance del control de constitucionalidad fue positivo para el Gobierno Uribe, lo cual permitió reacomodar la composición de los partidos, favoreciendo especialmente a aquellos que hacían parte de la coalición oficialista y que se habían fortalecido a lo largo de la administración (Semana, 2009).

La segunda reforma, la Ley 1354, buscaba llevar a cabo un referendo constitucional que aprobara una nueva reelección del Presidente Uribe, en lo que continuaba siendo una estrategia del Gobierno de legitimar sus decisiones más relevantes a través de la participación directa de la ciudadanía que lo respaldaba mayoritariamente.

No obstante, a diferencia de 2004, para 2009 la relación entre la Casa de Nariño y la Corte Suprema de Justicia estaba completamente fracturada debido a múltiples confrontaciones, señalamientos, acusaciones, investigaciones y denuncias entre la Corte y el Gobierno (El Espectador, 2018).

En este contexto, a pesar que el control de constitucionalidad era responsabilidad de la Corte Constitucional y no de la Corte Suprema, y que con el primer Tribunal el Gobierno continuó manteniendo una relación relativamente cercana, el desgaste del ejecutivo se extendió en

general con una Rama Judicial (El Tiempo, 2009) que, al igual que cuatro años antes, volvía a tener en sus manos el futuro del Presidente más popular de las últimas décadas.

Bajo estas circunstancias la Corte asumió la revisión de la referida ley. Sin embargo, en este punto es necesario señalar que este caso revestía una complejidad mayor que la reelección analizada en 2004, dado que mientras en esa ocasión el mecanismo de reforma fue un acto legislativo, en esta oportunidad lo que estaba en disputa era la posibilidad del pueblo de acudir a las urnas y decidir directamente sobre el diseño del andamiaje institucional del Estado Colombiano. Una particularidad para nada menor que representaba un reto adicional en el ámbito del control de constitucionalidad y que se sumaba a una potencial concentración de poder en el ejecutivo y a una afectación aún mayor al sistema de pesos y contrapesos diseñado por la Constitución de 1991.

Tan es así, que una de las tensiones constitucionales más relevantes que trascendía en esta reforma era la legitimidad con que contaba un Tribunal no electo popularmente para impedir que la ciudadanía se manifestara sobre la estructuración de su Estado. Una situación que no había acontecido desde la expedición de la Constitución de 1991 y que fue hábilmente propuesta por el ejecutivo para blindar políticamente ante la opinión pública el proyecto de reforma.

Dicho esto, tras cuatro meses de discusión finalmente la Corte decidió hundir, por una mayoría de 7 a 2, la Ley 1354 tras analizar dos circunstancias. La primera, era que existían irregularidades tanto en la financiación de los comités promotores del referendo como en el

trámite legislativo de la iniciativa (Corte Constitucional, C-141/10, F.J. 3). La segunda, hacía referencia a que una segunda reelección sustituía elementos esenciales de la Constitución (Corte Constitucional, C-141/10, F.J. 6) (El Tiempo, 2010).

Es decir, el Tribunal encontró vicios tanto de forma como de competencia en este proceso de reforma. Al respecto, vale analizar varias particularidades de esta decisión.

En primer lugar, la aplicación de la doctrina de los límites materiales al poder de reforma brindó un sustento jurídico relevante a la decisión de la Corte, lo cual le permitió al Tribunal cumplir de mejor manera con la carga argumentativa que se esperaba de un fallo que implicaba ponerle fin al Gobierno con mayor favorabilidad de la historia reciente del País. Al fin y al cabo, dicha sentencia hubiera afrontado serios cuestionamientos de carácter político si su estructuración fuese débil.

En este sentido, se puede afirmar que gracias al cambio jurisprudencial que realizó la Corte al momento de crear los vicios de competencia fue posible impedir una mayor concentración de poder en el Presidente de la República a través de la segunda reelección.

Sin embargo, no deja de ser cierto que el Tribunal pudo haber llegado a la misma conclusión, la inexecutable de la Ley 1354, sin necesidad de acudir a la doctrina de los límites materiales del poder de reforma, dado que el principal argumento de dicho fallo fue que el Congreso incurrió en irregularidades de trámite.

En segundo lugar, quizás la principal pregunta que surge del control de constitucionalidad a la reelección presidencial es por qué la reforma de 2004 se ajustaba a la Carta y la de 2009 no. Como se expuso previamente, ambas enmiendas alteraban en estricto sentido el sistema de frenos y contrapesos y ampliaban la injerencia del mandatario de turno en las otras ramas del poder público a través de los distintos nombramientos donde incide, directa o indirectamente, el Gobierno.

Frente a ello, la respuesta que expuso la Corte es que la reelección es “uno de los rasgos variables del sistema presidencial de gobierno” (Corte Constitucional, C-141/10, F.J. 6.3.3.) y en una sola ocasión no implica una sustitución de la Constitución. No obstante, tal argumentación no despeja las dudas planteadas al respecto.

Es más, si algo permite esta situación es cuestionarse si el fallo de la primera reelección fue político y el de la segunda fue jurídico. O siendo más incisivos, si realmente es posible hablar de decisiones jurídicas en derecho constitucional o si la posición del Tribunal Constitucional siempre va a depender de las fuerzas políticas que controlen el bloque mayoritario de la Corte.

Asimismo, siempre quedará el interrogante de saber hasta qué punto la confrontación que tuvo el Presidente Uribe durante su segundo mandato con la Corte Suprema y, en extensión, con la Rama Judicial, incidió en la decisión de la Corte Constitucional de hundir el referendo reeleccionista. Ahondando en un terreno especulativo, quizás la inexequibilidad de la Ley

1354 fue una respuesta por parte de los togados a la ofensiva desplegada por un Gobierno que ya acarreaba el desgaste natural que genera el poder y que no cargaba a costas en 2004.

Más allá de cuál fue la razón de mayor peso, lo cierto es que la Corte Constitucional jugó un rol determinante y le puso un freno a una administración que acudió en repetidas ocasiones a las reformas constitucionales para implementar su programa de Gobierno de una forma que no se había visto de 1992 a 2002.

Finalmente, la tercera enmienda de 2009, y la última impulsada por el Presidente Uribe, fue el acto legislativo 02 de 2009 que prohibió la dosis mínima. Una propuesta que se remontaba al referendo de 2003 y frente a la cual la Corte nunca se pronunció de fondo debido a las fallas argumentativas de la demanda que se presentó en su contra (Corte Constitucional, C-574/11).

Con este panorama concluyó el Gobierno Uribe en materia de reformas constitucionales. De las 17 enmiendas impulsadas de 2002 a 2010, 15 fueron encontradas ajustadas a la Carta por parte de la Corte, de las cuales algunas fueron objeto de modificaciones puntuales. Solo una se cayó por vicios de forma y la segunda por vicios de forma y de competencia.

En general, en este periodo de amplia actividad reformadora la Corte Constitucional tuvo un rol preponderante que, contrario a lo que pudiera pensarse, no afectó al Gobierno. De hecho, la adopción de la teoría de los límites materiales al poder de reforma y la creación de los vicios de competencia terminaron fungiendo como un soporte argumentativo adicional para

declarar la constitucionalidad de las enmiendas propuestas por el ejecutivo, con excepción de la segunda reelección.

Sin embargo, lo que sí es indiscutible, es que este nuevo tipo de control de constitucionalidad expandió las competencias del Tribunal y le otorgó la facultad de establecer discrecionalmente cuáles son los elementos que no se pueden reformar de la Constitución, situación que revive en gran medida aquella jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia que examinaba el contenido de las reformas y terminó, a juicio del Presidente Gaviria, petrificando la Carta de 1886, con la particularidad que hasta ahora el Congreso no ha intentado limitar las facultades de la Corte vía acto legislativo como sí ocurrió a finales de los 70's.

Dicho esto, y tras la imposibilidad de Álvaro Uribe de volver a aspirar a la Presidencia, a la Casa de Nariño llegaría Juan Manuel Santos, ex Ministro del segundo Gobierno Uribe y entonces candidato oficialista.

Gobierno Santos I. Del uribismo al santismo.

Durante su primer año y medio de mandato el Congreso aprobó seis de las nueve reformas constitucionales que se impulsaron de 2010 a 2014. La primera de ellas, el acto legislativo 01 de 2011, establecía que los congresistas no incurrirían en conflicto de intereses al momento de votar actos legislativos. Una medida que buscaba acabar con el carrusel de impedimentos que usualmente se presentaban en el Congreso al momento de discutir

enmiendas de alta trascendencia política, como la reelección (Caracol Radio, 2009), y que demoraban de manera considerable el trámite legislativo.

Al respecto, la Corte Constitucional consideró, en aplicación de los vicios de competencia, que esta reforma sustituía la Constitución, razón por la cual la declaró inexecutable al considerar que se estaba acudiendo al texto constitucional para generar un beneficio individual a los parlamentarios, consideración compartida por varios actores (Corte Constitucional, C-1056/12) (El Tiempo, 2012).

Las siguientes reformas, los actos legislativos 02 y 03 de 2011, se encargaron, respectivamente, de eliminar la Comisión Nacional de Televisión y establecer el principio de la sostenibilidad fiscal. Frente al primero, la Corte no tuvo mayor injerencia, mientras que con el segundo el Tribunal, si bien decretó su constitucionalidad, lo realizó con base en una interpretación que, en últimas, se podría decir que lo dejó sin eficacia material (Corte Constitucional, C-288/12).

En efecto, dicha reforma pretendía que la sostenibilidad fiscal fuera considerada como un principio constitucional que debía ser observado por parte de todas las autoridades públicas. Empero, la Corte rechazó tal posibilidad y afirmó que tan solo debía fungir como un criterio orientador, con lo cual eliminó la posibilidad de que la sostenibilidad fiscal fuera ponderada con otros principios y le restó cualquier fuerza institucional (Ámbito Jurídico, 2012).

La siguiente reforma, el acto legislativo 04 de 2011, repitió lo ocurrido con el acto legislativo 01 de 2008 y pretendió incorporar en la carrera administrativa a los funcionarios nombrados en provisionalidad, tras lo cual la Corte reiteró las consideraciones expuestas en aquel momento y decretó la inconstitucionalidad de esta enmienda por sustituir el principio de carrera administrativa que para el Tribunal es un elemento sin el cual la Constitución de 1991 no sería la misma (Corte Constitucional, C-249/12).

La quinta enmienda de 2011, el acto legislativo 05, reformó por completo el régimen de regalías y sacó adelante la principal reforma económica del Gobierno Santos. En esencia, con esta modificación a la Carta se buscó que los recursos que reciban las entidades territoriales por concepto de regalías fueran repartidos de manera más equitativa entre todas las regiones y que no se concentrara mayoritariamente en los Departamentos productores. Además, se le quitó la potestad a los Gobernadores de administrar libremente las regalías y, en cambio, se le otorgó tal facultad a los OCAD (El Espectador, 2011).

En cuanto a modificaciones presupuestales, esta, junto con la reforma al Sistema General de Participaciones de 2001, fue la segunda gran enmienda que se realizó a la Constitución de 1991. Un tema que, en general, no ha concentrado el interés del Congreso en ejercicio del poder de reforma y frente al cual la Corte nunca ha interferido de mayor manera, dado que en la revisión de constitucionalidad decretó su exequibilidad sin encontrar vicio alguno (Corte Constitucional, C-010/13).

La sexta modificación a la Carta, el acto legislativo 06 de 2011, abrió la posibilidad para que en determinados casos que establezca la ley la acción penal pueda ser asignada a autoridades distintas a la Fiscalía, disposición frente a la cual la Corte nunca se pronunció por falencias en las demandas.

Después de ese movido 2011, en 2012 el Gobierno Santos impulsaría el marco jurídico para la paz a través del acto legislativo 01. Un proyecto que marcaría por completo la ruptura entre los Presidentes Santos y Uribe, dado que implicaba abrir las puertas a una negociación política entre el Gobierno y las Farc, algo que siempre se rechazó durante el mandato anterior (La Silla Vacía, 2012).

De hecho, esta disputa marcaría la pauta dentro del terreno político en los años siguientes y se terminaría consolidando como una de las tensiones más fuertes entre primeros mandatarios en la historia colombiana (Semana, 2015a), donde, vale la pena señalar, las decisiones de la Corte Constitucional jugaron un rol no menos despreciable, comenzando con la declaratoria de exequibilidad del referido marco jurídico para la paz que, a juicio del Tribunal y en aplicación de la doctrina de los límites materiales al poder de reforma, no afectó principios esenciales de la Constitución (Corte Constitucional, C-579/13). Una decisión que significaba un respaldo institucional a la negociación entre el Gobierno y las Farc.

La octava reforma, el acto legislativo 02 de 2012 que establecía disposiciones frente al juzgamiento de la Fuerza Pública, se hundiría en la Corte Constitucional por vicios de forma en el trámite legislativo (Corte Constitucional, C-740/13).

Finalmente, la última reforma constitucional del Gobierno Santos (2010-2014), el acto legislativo 01 de 2013, adoptaría disposiciones frente a la curul de los colombianos en el exterior en la Cámara de Representantes. Un aspecto netamente electoral frente al cual la Corte nunca tuvo la necesidad de pronunciarse.

Con este balance finalizó el primer mandato del Presidente Santos. De las nueve reformas constitucionales que se impulsaron de 2010 a 2014 dos se hundieron en la Corte por vicios de competencia y una por vicios de forma. En general, la postura del Tribunal no implicó un choque con la Casa de Nariño, a tal punto que las enmiendas políticamente fuertes propuestas por el Gobierno, como la modificación al sistema de regalías o el marco jurídico para la paz, fueron avaladas en la revisión de constitucionalidad.

Gobierno Santos II. Equilibrio de poderes e implementación de la paz.

Dicho esto, la contienda electoral del 2014 entre el Presidente Santos y Oscar Iván Zuluaga, Ministro del Gobierno Uribe y candidato del Centro Democrático, estuvo centrada en el proceso de paz con las Farc. Por un lado, el oficialismo proponía continuar con la negociación como la mejor vía para superar el conflicto armado y solucionar las causas estructurales que lo hicieron surgir. Por otro lado, la oposición argumentaba los riesgos de impunidad que acarrearía el proceso y la necesidad de reorientar las conversaciones para evitar la participación política de la cúpula de la guerrilla y no debilitar el despliegue de las Fuerzas Armadas (BBC, 2014).

Tras unos apretados comicios, donde Zuluaga ganó en primera vuelta, el Presidente Santos triunfó en segunda vuelta y validó su mandato por cuatro años más. En este segundo periodo, el Gobierno Santos impulsaría la aprobación de diez enmiendas más a la Constitución de 1991.

La primera de ellas, el acto legislativo 01 de 2015, estableció que las investigaciones contra miembros de la Fuerza Pública por delitos cometidos en el marco del conflicto armado deberían sujetarse a las disposiciones del derecho internacional humanitario, lo cual fue avalado por la Corte Constitucional (Corte Constitucional, C-084/16).

La segunda, el acto legislativo 02 de 2015, marcaría lo que se podría considerar como un antes y un después en la jurisprudencia de los vicios de competencia de la Corte Constitucional.

Como tal, una de las principales apuestas del Presidente Santos durante el comienzo de su segundo periodo fue la aprobación de una reforma al equilibrio de poderes. Una enmienda constitucional cuya columna vertebral era la eliminación de la reelección presidencial aprobada durante el Gobierno Uribe, la cual, a juicio de muchos, había alterado la estructura institucional que diseñó la Constitución de 1991 (Semana, 2015b).

De paso, la modificación a la Carta también incluía la prohibición de reelección para los jefes de los órganos de control y en materia de justicia adoptaba dos cambios de fondo que

involucraban directamente a las altas cortes. El primero, era la creación de un Tribunal de Aforados que investigara y juzgara a los magistrados y al Fiscal General de la Nación.

Al respecto, cabe recordar que la Constituyente de 1991 no solamente estableció el antejuicio político para el juzgamiento del Presidente de la República, figura ampliamente aplicada a nivel internacional bajo el concepto de *impeachment*, sino que también extendió este escenario para los magistrados de las altas cortes y el Fiscal General. Una decisión bastante particular y cuestionable por varias razones.

En primer lugar, a diferencia del Presidente, los magistrados y el Fiscal General no son cargos de naturaleza política. En su elección no participa el pueblo y el ejercicio de sus funciones, en principio, no está orientado a implementar una visión ideológica de País.

En este sentido, implementar un antejuicio político para altos cargos del Estado que no son de naturaleza política lo que genera, en últimas, es un blindaje procesal para que las investigaciones contra magistrados y el Fiscal nunca culminen en decisiones de fondo.

En segundo lugar, la Comisión de Acusaciones de la Cámara no tiene la fuerza institucional para investigar a estos aforados de la Rama Judicial. Es más, siendo realistas, más se demora un Representante en abrir un proceso contra un togado o el Fiscal que estos en responder con investigaciones contra el parlamentario y su círculo cercano, dado que los congresistas, que en este escenario son investigadores, al mismo tiempo son objeto de control por parte de la Corte Suprema de Justicia en su ámbito penal y del Consejo de Estado a través de la pérdida

de investidura, con la diferencia que este tipo de procesos en las altas cortes son impulsados con relativa celeridad en contraste a lo sucedido en el Congreso.

Es decir, el investigador siempre será un potencial investigado por parte del indiciado, lo que causa una coacción material que le garantiza a los magistrados y al Fiscal que las denuncias en su contra no prosperen. Además, las dificultades administrativas y logísticas de la Comisión causan una exorbitante congestión que dificultan gravemente el avance de los casos (Semana, 2021b).

Debido a estas circunstancias, en la reforma al equilibrio de poderes el Congreso decidió eliminar el antejuicio político para los cargos mencionados y crear un Tribunal de Aforados que se encargara de la investigación y el juzgamiento de los magistrados y el Fiscal General. Situación que originó una profunda oposición en la Rama Judicial a tal punto que el entonces Fiscal Montealegre demandó ante la Corte Constitucional este acápite de la enmienda por sustituir elementos esenciales de la Constitución (Semana, 2016a).

Por otro lado, la segunda gran apuesta de la reforma en materia judicial era la eliminación del Consejo Superior de la Judicatura, la entidad encargada de la administración del billonario presupuesto de la Rama que desde su creación había estado involucrada en múltiples escándalos (Blu Radio, 2016) y que ya se había intentado suprimir durante el Gobierno Uribe (El Tiempo, 2004) y el primer Gobierno Santos (El Espectador, 2012).

Al respecto, la enmienda proponía que tal función fuera asumida por un Consejo de Gobierno Judicial compuesto, entre otros, por los presidentes de las altas cortes y representantes de los jueces, tribunales y los empleados de la Rama, situación que le quitaba poder presupuestal a la cúpula de la justicia y le entregaba voz y voto a los demás actores de la Rama que reclamaban participación en la toma de decisiones.

Bajo este escenario asumió la Corte el conocimiento de la demanda interpuesta por el Fiscal Montealegre, quien no solamente había sido Magistrado del Tribunal, sino que fue el ponente de la sentencia que introdujo la noción de los límites materiales al poder de reforma en la jurisprudencia de esa entidad.

Dicho esto, la primera discusión interna que abordó la Corte fue la declaración de impedimento de los Magistrados Mauricio González (Caracol Radio, 2015) y Alejandro Linares (El Tiempo, 2016a), quienes argumentaron que existía un conflicto de intereses directo toda vez que la reforma modificaba el procedimiento de investigación y juzgamiento de los Togados de la Corte. Sin embargo, la Corporación rechazó esa postura y los habilitó para participar en la discusión y votación de la demanda con base en la siguiente lógica:

“El argumento no puede ser considerado como un interés concreto y materializado, sino que simplemente aborda un supuesto ante una eventual acusación o potencial evaluación de su conducta en el ejercicio de su cargo.

Así las cosas, teniendo en cuenta que no existen razones determinantes y decisivas sobre la pérdida de la imparcialidad del magistrado en este asunto, la Corte procederá a

rechazar el impedimento manifestado. De aceptarlo, no solo el magistrado Alejandro Linares Cantillo, sino todos los que integran la Corte Constitucional, tendrían que apartarse del conocimiento de esa demanda, sin más fundamento que su calidad de magistrados y su pertenencia a la Corporación, debiendo entonces proceder a la elección de conjuces para adoptar la decisión” (A058/16).

Aunque esa postura fue compartida por la mayoría de la Corte, no deja de ser menos cierto que la referida enmienda constitucional sí introducía un cambio de fondo al sistema de investigación y juzgamiento de los Magistrados del Tribunal constitucional, circunstancia que conlleva a que los togados, en este caso, estuviesen fallando en causa propia sin importar si tenían o no procesos en curso en la Comisión de Acusaciones, a tal punto que el evento descrito por la propia Corte, referente a designar conjuces para tomar la decisión, hubiese permitido mantener incólume la imparcialidad de quienes decidieran sobre la constitucionalidad del acto legislativo.

Acto seguido, y tras realizar la deliberación respectiva, la Corte decidió hundir los dos pilares mencionados de la reforma en materia judicial argumentando que el Congreso había excedido su poder de reforma, incurrido en vicios de competencia y afectado la independencia de la Rama Judicial (Corte Constitucional, C-373/16) (Corte Constitucional, C-285/16). Unos fallos que desataron una fuerte reacción por parte de todos los sectores políticos, quienes adujeron que el Tribunal había excedido sus facultades y garantizado la impunidad de sus miembros (Semana, 2016b).

De hecho, esta determinación puso sobre la mesa la necesidad de llevar a cabo una Asamblea Constituyente como único camino viable para adelantar una reforma estructural a la justicia, dado que cualquier cambio de fondo que pretenda adelantar el Congreso y afecte los intereses de la cúpula de la Rama siempre se caerá en la revisión de constitucionalidad (Semana, 2016c; El Tiempo, 2016b).

Culminada esta discusión, que a pesar de implicar un duro golpe al Gobierno no suscitó una confrontación entre la Casa de Nariño y la Rama Judicial (Semana, 2016c), las siguientes reformas constitucionales que se llevaron a cabo estuvieron centradas en el proceso de paz con las Farc.

La primera de ellas, el acto legislativo 01 de 2016, conocido también como el fast track, estableció un procedimiento legislativo extraordinario que redujo los requisitos para la aprobación de los proyectos de ley y los actos legislativos que implementaran el Acuerdo Final suscrito entre el Gobierno y las Farc.

En esta enmienda, cabe señalar, el Gobierno Santos aplicó, con un matiz más moderado, la figura de la habilitación legislativa para el Presidente de la República que en su momento también utilizó el Gobierno Uribe.

Como respuesta a esta reforma la oposición uribista demandaría su constitucionalidad ante la Corte, quien se podría decir adoptó una decisión salomónica que tranquilizó tanto al Gobierno como al Centro Democrático. Por un lado, el Tribunal decretó la exequibilidad del

fast track, lo cual le permitió a la Administración Santos tramitar el paquete de enmiendas derivadas de la negociación con las Farc sin tener que sujetarse a los requisitos ordinarios establecidos en la Constitución, tales como la aprobación en doble vuelta de los actos legislativos y la imposibilidad de tramitarlos en sesiones extraordinarias (Corte Constitucional, C-332/17).

Por otro lado, la Corte tumbó los literales de la enmienda que establecían que los proyectos solamente podrían ser modificados a través de proposiciones avaladas por el Gobierno Nacional (Corte Constitucional, C-332/17), de manera similar a como sucede con el trámite de las iniciativas de naturaleza tributaria y presupuestal, lo que le permitió a la oposición demorar el proceso legislativo y presentar múltiples propuestas de modificación a las iniciativas.

Para ambos casos, el Tribunal acudió a la doctrina de los límites materiales al poder de reforma para fundamentar su decisión, aspecto frente al cual es procedente señalar que el Congreso circunscribió el control de constitucionalidad de las enmiendas aprobadas bajo este procedimiento especial a los vicios de procedimiento, tal como lo establece la literalidad del artículo 241 de la Constitución. Sin embargo, la Corte reiteró la jurisprudencia que construyó desde 2003 y validó su facultad de llevar a cabo el examen de sustitución de las enmiendas.

Finalmente, respecto a este acto legislativo, es necesario señalar que el Gobierno Santos implementó una nueva estrategia de reforma constitucional, nunca antes usada dentro de la

vigencia de la Constitución de 1991, consistente en flexibilizar aún más un proceso de reforma como el colombiano que ya era de por sí flexible.

De hecho, esta circunstancia evidencia las diferentes estrategias de enmienda a las que acudieron los Gobiernos Uribe y Santos para implementar los cambios más importantes en sus respectivas administraciones a la Constitución. En efecto, mientras que el primero se valió de su amplia favorabilidad ante la opinión pública para utilizar el referendo como el mecanismo idóneo para adelantar las modificaciones más ambiciosas a la Carta, tales como la reelección presidencial, la reducción del Congreso o la supresión de las Contralorías territoriales, el segundo se refugió en unas amplias mayorías parlamentarias para hacer realidad los cambios que se derivaron de la mesa de negociación con las Farc, sobretodo después de la victoria del No en el plebiscito que intentó fallidamente legitimar con la votación directa un proceso de paz frente al cual el País se dividió (BBC, 2016).

Al respecto, cabe señalar que Santos, frente a la negociación con las Farc, intentó replicar la estrategia uribista de legitimar sus políticas, en este caso en materia de paz, a través de la refrendación popular, con la diferencia que el resultado resultó adverso al Gobierno:

“Santos necesitaba conseguir el apoyo popular para superar la división que los partidarios del expresidente Uribe habían logrado generar entre las élites políticas. Una victoria en el plebiscito le habría permitido acallar a la oposición y fortalecer su principal política de gobierno” (Figuroa, 2020a, p. 154)

En este contexto, la primera reforma que se aprobó bajo el esquema del *fast track* fue el acto legislativo 01 de 2017, el cual estableció la columna vertebral del sistema de justicia transicional que se pactó con las Farc, dentro de lo que se encontraba, entre otros aspectos, la Jurisdicción Especial para la Paz.

Al respecto, la Corte Constitucional, en ejercicio de la revisión oficiosa de estas enmiendas que ordenó el *fast track*, aprobó la reforma con un conjunto de precisiones y modificaciones (Corte Constitucional, C-674/17) (Asuntos Legales, 2017) de manera similar a como lo hizo cuando declaró la exequibilidad de la Ley de Justicia y Paz (Semana, 2006b).

Las siguientes cuatro reformas que se adelantaron en 2017, los actos legislativos 02, 03, 04 y 05, también se aprobaron bajo el modelo de *fast track* y establecieron disposiciones frente a la participación política de las Farc, el monopolio de la fuerza en cabeza del Estado, el blindaje jurídico y la financiación del acuerdo.

Frente a todos ellos la Corte adoptó una posición favorable, no encontró la configuración de vicios de competencia y declaró su exequibilidad sin realizar modificaciones de fondo al articulado (Corte Constitucional, C-630/17) (Corte Constitucional, C-027/18) (Corte Constitucional, C-020/18) (Corte Constitucional, C-076/18).

Culminada esta etapa de reforma constitucional bajo un procedimiento legislativo extraordinario, en 2018 se aprobarían las dos últimas enmiendas del Gobierno Santos. La primera, el acto legislativo 01, garantizó el derecho a la doble instancia de los aforados y la

segunda, el acto legislativo 02, elevó a categoría de Distrito a las ciudades de Buenaventura y Tumaco. Claramente, estas enmiendas no revistieron mayor complejidad política y la Corte nunca se pronunció frente a ellos ante la inexistencia de demandas en su contra.

Con este panorama culminó el Gobierno Santos, el cual tuvo dos picos de alta actividad reformativa. El primero, en 2011, fue utilizado por el Presidente para realizar modificaciones de índole económico y presupuestal. El segundo, de 2016 a 2017, sirvió para la implementación del acuerdo suscrito con las Farc vía procedimiento legislativo extraordinario.

En general, la Corte Constitucional tuvo una posición cercana al Gobierno, reiteró su competencia para examinar los vicios de competencia y no interfirió en mayor medida con sus proyectos de enmienda, sobretodo con aquellos de alta intensidad política, con excepción de la reforma al equilibrio de poderes, la cual suscitó una fuerte confrontación entre el Tribunal y el Congreso y dejó el mensaje en el terreno político que el único camino para llevar a cabo una modificación estructural a la justicia es a través de una asamblea constituyente, toda vez que la Corte siempre acudirá a la doctrina de los límites materiales para tumbar cualquier intento de enmienda que interfiera con el fondo de la Rama.

Gobierno Duque. De vuelta a la baja intensidad reformativa.

Dicho esto, en 2018 llegaría a la Casa de Nariño Iván Duque, el candidato impulsado por el expresidente Uribe, que representaba la oposición a los acuerdos con las Farc y que permitía prever que se llevarían a cabo modificaciones a las enmiendas previamente aprobadas

durante el Gobierno del Presidente Santos y que retornaría la fuerte dinámica reformadora que se vio de 2002 a 2010.

Sin embargo, eso no ocurrió. De hecho, a pesar que de 2019 a 2021 el Congreso adelantó ocho reformas a la Constitución de 1991, ninguna de ellas revistió una alta trascendencia política como las impulsadas durante los Gobiernos Uribe y Santos.

En efecto, dos de ellas, el acto legislativo 01 de 2019 y 01 de 2021, elevaron dos ciudades a la categoría de Distrito. Por su parte, el acto legislativo 03 de 2019 estableció la segunda vuelta para la elección del Alcalde de Bogotá, el acto legislativo 02 de 2020 creó la región metropolitana de Bogotá-Cundinamarca y el acto legislativo 05 de 2019 modificó el Sistema General de Regalías para incrementar los recursos que reciben las regiones productoras a raíz de disminuir la asignación que se destina para ahorro.

Frente a estas cinco enmiendas la Corte Constitucional no se ha pronunciado a la fecha debido a la no existencia de demandas en su contra, lo cual denota la poca controversia que causaron. Respecto a las tres reformas restantes, la primera, el acto legislativo 02 de 2019, estableció que ni el secuestro ni el narcotráfico podrán considerarse como delitos conexos al delito político, situación que no aplicó de manera retroactiva, lo que permitió mantener intactas las disposiciones aprobadas en el acuerdo con las Farc. Sobre esta enmienda, tampoco hubo pronunciamiento por parte del Tribunal.

La segunda, el acto legislativo 04 de 2019, llevó a cabo la reforma al control fiscal. Un proyecto impulsado por el Contralor General que modificó las facultades de la Contraloría para que esta pudiera adelantar un control concomitante y preventivo, sustituyendo así la actuación posterior y reactiva que llevaba a cabo la entidad bajo el marco de la Constitución de 1991 (El Tiempo, 2019).

Al respecto, la Corte Constitucional adelantó el control de constitucionalidad de dicha reforma, toda vez que el principal cambio que introdujo la Constitución de 1991 en materia de control fiscal fue eliminar el control previo que existía bajo el régimen de 1886, el cual, en la práctica, implicaba una coadministración de recursos por parte del ente de control, circunstancia que se buscó eliminar en la constituyente (El Espectador, 2021a).

Sin embargo, a juicio del Tribunal, y en aplicación del control por vicios de competencia, la reforma de 2019 no implicaba retornar al modelo de control fiscal previo y, por ende, no sustituía elementos esenciales de la Constitución, razón por la cual decretó su exequibilidad (Corte Constitucional, C-140/20).

Finalmente, la tercera reforma, y quizás la única que suscitó una controversia institucional, fue el acto legislativo 01 de 2020 que estableció la cadena perpetua para violadores de niños. Un tema que generó un fuerte respaldo en la opinión pública (Semana, 2021c), pero que fue catalogado por varios sectores como una medida populista e ineficiente (El Espectador, 2021b), posición que finalmente adoptaría la Corte Constitucional al decretar la

inexequibilidad de la enmienda por afectar el principio de la dignidad humana en aplicación del juicio de sustitución (Corte Constitucional, C-294/21) (Semana, 2021d).

En últimas, durante el Gobierno Duque se observó un alto número de reformas constitucionales pero de muy baja intensidad. De las ocho que se impulsaron, seis no ameritaron control de constitucionalidad, una fue validada por la Corte y otra declarada inexequible. Además, la administración no realizó modificación alguna a las enmiendas que implementaban el acuerdo con las Farc y tampoco llevó a cabo reformas en temas económicos o políticos.

Corte Constitucional: control de fondo a las enmiendas y mayores facultades.

Tras realizar la recapitulación histórica de todas las reformas constitucionales que se han adelantado en el País desde la vigencia de la Constitución de 1991 y la postura que al respecto asumió la Corte Constitucional, es posible plantear las siguientes consideraciones.

En primer lugar, una de las discusiones jurídicas más relevantes que surgen a partir del desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional respecto del control a las reformas constitucionales es si el control de constitucionalidad por vicios de competencia es realmente un control de forma, como lo aduce el Alto Tribunal, o si, por el contrario, en la práctica la Corte efectúa un control material a las enmiendas a través de la doctrina de los límites materiales al poder de reforma.

Una cuestión que no es menor y que es necesario abordar en detalle, dado que de ella se desprende buena parte de la controversia político-constitucional que ronda alrededor de la doctrina de la sustitución.

Para ello, es imperioso iniciar señalando que el constituyente de 1991 fue claro en proscribir el control de fondo a las enmiendas constitucionales. De hecho, la redacción del artículo 241 plasma sin equívoco la intención de circunscribir el examen de constitucionalidad de las enmiendas al cumplimiento de los requisitos establecidos para el trámite legislativo.

Un mandato frente al cual la Corte tuvo meridiana claridad a lo largo de su jurisprudencia, razón por la cual la argumentación que esbozó para crear la noción de los vicios de competencia no se derivó de interpretar la restricción al control material, sino de desarrollar el concepto de vicio de procedimiento, a partir de lo cual sostuvo que estos últimos no se limitan a examinar las particularidades de las sesiones del parlamento, sino que incluyen un análisis de la competencia del órgano que adelanta la reforma.

Puntualmente, la Corte sostuvo que la competencia es un presupuesto ineludible del procedimiento, dado que no es posible que una entidad adelante una reforma sin tener la facultad constitucional de hacerlo, lo que la habilita a examinar si el Congreso incurrió en una extralimitación de funciones al momento de aprobar la enmienda, ya que la Constitución no autoriza al legislativo a sustituir el texto superior, sino solo a reformarlo.

El problema con ello, es que para llegar a esa conclusión la Corte debe hacer un contraste entre los elementos esenciales de la Constitución y el acto reformativo, de tal forma que el Tribunal Constitucional logre determinar si el Congreso está reformando o sustituyendo un aspecto esencial de la Carta.

Esto, inevitablemente, exige que la Corte estudie el contenido de la reforma, dado que de otro modo no podría llegar a la conclusión esperada tras llevar a cabo el test de sustitución. Por ejemplo, acudiendo a supuestos, no hay forma de concluir que el Congreso está cambiando el modelo de república unitaria por una monarquía sin examinar la naturaleza del modelo de Estado que se propone en una enmienda constitucional sobre esta materia.

Así mismo, es imposible afirmar que el Congreso está violando la obligación de respetar y proteger los derechos humanos al autorizar la tortura como herramienta válida para la lucha contra el terrorismo sin analizar las características y el alcance de los mecanismos autorizados en una reforma para que la Fuerza Pública adelante interrogatorios en el marco de los estados de excepción.

De igual manera, no sería viable sostener que el Congreso vulnera el principio de alternancia en el poder al aprobar una reforma que amplía el término del periodo presidencial de cuatro a veinte años sin antes estudiar la propuesta plasmada por los parlamentarios en el articulado de la enmienda.

Como puede observarse, estos supuestos demuestran una realidad que se ha negado a aceptar la Corte Constitucional, pero que es evidente bajo cualquier aproximación del sentido común. No se puede afirmar que una enmienda sustituye un elemento esencial de la Constitución sin antes analizar de manera integral el contenido propuesto en el articulado de la reforma. Afirmar lo contrario equivaldría a dejar sin sustento lógico el propio test de sustitución, el cual, en términos de la Corte, exige en la premisa menor examinar el alcance jurídico del acto acusado en relación con los elementos definitorios de la Carta para posteriormente establecer si los sustituye o no (C-970/04).

Además, identificar los elementos esenciales de la Constitución, los cuales no fueron establecidos por el constituyente y se definen caso a caso, conlleva a que la Corte les otorgue una jerarquía superior dentro del texto constitucional a su total discreción, lo cual deriva en que el Tribunal los utilice como parámetros de control constitucional frente a las reformas que, en esta dinámica, adquieren un menor rango a pesar de versar sobre el mismo articulado.

En otras palabras, si en el control material de las leyes se contrasta el articulado de la ley con el articulado de la Constitución, en los vicios de competencia se contrastan los elementos esenciales de la Constitución con el articulado de la enmienda. Mismo proceso, mismo resultado.

Y si bien se puede plantear la discusión en términos generales respecto de la relación entre la competencia y el procedimiento, lo cierto es que el control a los vicios de forma que ha adelantado la jurisprudencia constitucional siempre se ha circunscrito a aspectos puntuales

del trámite legislativo, tales como el cumplimiento de los principios de publicidad, unidad de materia, consecutividad, entre otros que claramente no se abordan en los vicios de competencia.

Por ello, se equivoca la Corte al plantear una falsa distinción entre los vicios de competencia y los vicios de fondo. Más aún, cuando la consecuencia directa de implementar los vicios de competencia es el examen del contenido material de las enmiendas en clara contravía de lo presupuestado por la Constitución.

En este contexto, no es un aspecto menor que al interior de la Corte Constitucional ha existido un bloque minoritario de magistrados que a lo largo de los años ha sostenido, al igual que lo hace este escrito, que los vicios de competencia implican un control material a las enmiendas (Anexo 5, 2.4.6). Algo que deja en evidencia que dentro de la misma corporación existen serias dudas respecto de la argumentación que sostiene la noción de vicios de competencia y frente a un tipo de control de constitucionalidad que contraría de manera manifiesta tanto lo acordado en la Asamblea Constituyente como el marco competencial que debería regir las actuaciones de esta Alta Corte.

De hecho, la actuación desplegada por la Corte en este sentido se puede denominar como una *elusión competencial*, es decir, una conducta a través de la cual una entidad pública, en este caso el Tribunal Constitucional, desconoce a través de diferentes mecanismos, como la interpretación constitucional, el marco de funciones establecido en el acápite orgánico de la

Constitución. Un concepto nuevo que se plantea en el presente escrito y que se asemeja, entre otros, a la elusión del debate¹ o la elusión constitucional (Quinche, 2009).

En últimas, lo que queda claro, y que es necesario reiterar cuantas veces sea necesario, es que la Corte examina el contenido material de las reformas en los vicios de competencia. Ahora bien, si ello es positivo o negativo para la defensa de la institucionalidad dependerá del análisis puntual que cada lector realice de la coyuntura político-constitucional que se esté estudiando, pero ello no significa que la Corte actúe con transparencia y honestidad intelectual al plantear una distinción que no existe e inducir a sus lectores a un error conceptual que trasgrede la Constitución misma.

En segundo lugar, si algo quiso evitar la Constituyente de 1991 fue la petrificación de la Constitución a través de decisiones judiciales, circunstancia que se dio de manera reiterada bajo la Carta de 1886 y que generó una fuerte confrontación entre el Congreso y la Corte Suprema, quien extendió vía jurisprudencia sus facultades para revisar el contenido de las reformas.

Esa situación llevó a que el constituyente circunscribiera el margen de acción de la Corte Constitucional exclusivamente a un análisis de los vicios de procedimiento que se pudieran configurar en el trámite legislativo, lo cual buscaba, por un lado, que el Congreso tuviera la potestad de actualizar la Carta a las nuevas realidades vía enmienda y, por otro lado,

¹ Véase, entre otros, la Sentencia C-133/22 donde la Corte determinó que el Congreso incurrió en una elusión del debate al someter a votación en bloque gran parte del articulado del Código Electoral

flexibilizar un proceso de reforma que, a diferencia del marco de 1886, ahora contaba con el referendo y la asamblea constituyente como mecanismo para tal fin.

En tercer lugar, la Corte Constitucional, más allá de decisiones puntuales que causaron controversias con los mandatarios de turno, históricamente ha tenido una postura cercana al Ejecutivo. Sin importar si el análisis de las reformas se da exclusivamente por vicios de forma o también de competencia, el Tribunal no ha bloqueado la agenda reformativa de los Gobiernos ni ha entablado un choque de trenes permanentes con la Casa de Nariño, salvo en lo referente a las reformas a la justicia.

En cuarto lugar, el cambio de jurisprudencia que adelantó la Corte desde 2003 y que le permitió examinar el contenido de las enmiendas en aplicación de la doctrina de los límites materiales al poder de reforma conlleva dos grandes consecuencias. Por un lado, algunos elementos de la Constitución de 1991 se terminaron petrificando vía jurisprudencia, justo lo que buscaron evitar los constituyentes, a tal punto que a la fecha el Tribunal ha establecido más de diez elementos irreformables que limitan considerablemente el margen de acción del legislativo.

Por otro lado, la doctrina de los límites materiales al poder de reforma terminó siendo utilizada por la Corte como una argumentación jurídica que le permite legitimar decisiones políticas, ya sea para defender la postura del Gobierno de turno, atacarla o proteger sus intereses individuales. Circunstancia distinta al examen de los vicios de procedimiento, los cuales están reglados en mayor medida y reducen, aunque no totalmente, la discrecionalidad

del operador judicial en contraste al amplio margen de acción que crean los vicios de competencia.

Además, gracias a los vicios de competencia la Corte, en la práctica, terminó asumiendo mayores facultades dentro del andamiaje institucional, lo cual le otorga una condición especial dentro del ordenamiento y conlleva a que la asamblea constituyente sea el único mecanismo viable para adelantar modificaciones estructurales y de fondo a la Carta de 1991, a pesar del riesgo implícito que acarrearán estos escenarios.

De hecho, la decisión que adoptó la Corte frente a la reforma al equilibrio de poderes evidencia que el Tribunal acudirá cuantas veces sea necesario a la doctrina de la sustitución para proteger sus intereses y no perder los privilegios presupuestales y procesales con que cuenta hoy en día, situación que, en general, se hace extensiva a la cúpula de la Rama Judicial, la cual a través del control de constitucionalidad hundirá cualquier intento de reforma que le quite sus prerrogativas.

Es más, si algo se evidencia a lo largo del desarrollo histórico de la jurisprudencia nacional es que el Tribunal Constitucional, independientemente del órgano que ejerza ese rol, siempre adelantará tal acción. Así pasó con la reforma de 1979 del Gobierno Turbay, los fallidos intentos de reforma del Gobierno Uribe y la reforma de 2015 del Gobierno Santos. Y en todos los casos, dado el soporte argumentativo que brinda, el Tribunal acudirá a la doctrina de los límites materiales al poder de reforma para hundir la enmienda.

En otras palabras, el examen de fondo de las enmiendas constitucionales ha sido el camino a través del cual las Cortes han materializado la irreformabilidad de la Rama Judicial en Colombia por medio del procedimiento ordinario.

Finalmente, frente a este aspecto, cabe señalar que ninguna diferencia generó el hecho que la Corte Constitucional tuviera un origen político donde intervinieran el Congreso y el Gobierno. A pesar que la intención de los sectores políticos en la Asamblea de 1991 era que el Tribunal no incurriera en lo que calificaban como excesos por parte de la Corte Suprema de Justicia durante los 80's, lo cierto es que la Corte Constitucional, independientemente de las relaciones que tuviera con sus electores en el Capitolio y a pesar de tener un catálogo de funciones expresamente delimitado, se alineó con sus pares en la Rama Judicial para torpedear cualquier intento de reforma judicial.

Asimismo, este contexto denota la inviabilidad material de la doctrina de la autocontención judicial² como límite implícito a las facultades de la Corte en sede de control de constitucionalidad a las reformas constitucionales, circunstancia que no se limita al Tribunal per se, sino a cualquier autoridad pública que, por la naturaleza misma del poder, siempre va a querer concentrar más facultades y no cederlas. No en vano la estructura de los pesos y contrapesos exige que el control a las entidades estatales sea adelantado por unas instituciones equivalentes y no por ellas mismas de manera autónoma y sin intervención externa.

² Corte Constitucional, Sentencias C-332/17, C-674/17, C-674/17. Aclaración de voto M. Alberto Rojas.

Ahora bien, la verdadera discusión de fondo que acarrea la situación previamente descrita es cómo debe la Corte Constitucional interpretar la Constitución. ¿Debe apegarse al tenor literal de los artículos? ¿Hasta qué punto ha de respetar la intención del constituyente? ¿En qué casos un Tribunal puede interpretar su regla de competencia para atribuirse facultades que el constituyente no le otorgó? ¿Es la interpretación sistemática el método que logra salvaguardar de mejor manera la Carta? ¿Realmente existen posiciones jurídicas alejadas de componentes políticos? ¿El método de interpretación escogido para fundamentar una decisión depende de la posición política del magistrado? ¿Es la Corte un actor político que encontró en los vicios de competencia una herramienta para expandir su poder?

Estas son los cuestionamientos que trascienden el examen histórico previamente descrito y que serán abordados en el siguiente capítulo.

INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. DIFERENTES MÉTODOS, DIFERENTES RESULTADOS.

La Constitución no solamente es aquello que está plasmado en el texto, sino también cómo se aplican dichas disposiciones para la solución de casos concretos. De hecho, la interpretación que se realiza del articulado termina siendo más importante que el propio texto, dado que es el proceso a través del cual se fundamenta la resolución de controversias de naturaleza constitucional.

No obstante, esa labor, la interpretación constitucional, no es uniforme, no está exenta de polémica ni mucho menos es ajena al ámbito político. Representa una confrontación constante entre los distintos bloques ideológicos que conforman los tribunales constitucionales y que acuden a caminos argumentativos distintos para legitimar sus posturas.

En especial, teniendo en cuenta que el proceso de debate, diseño y ejecución constitucional no recae en cabeza de un actor único y no es un trámite reglado. Por el contrario, es un contexto complejo que parte desde los acuerdos políticos que se forjan en las asambleas constituyentes, pasa por las propuestas de enmienda que se construyen entre el Gobierno y el Congreso y culmina con la lectura que realice el Tribunal Constitucional de la Carta.

Por eso, es apenas lógico que no exista una forma única de entender la Constitución. Cada sector social y político tiene su propio entendimiento del marco constitucional y, como tal,

buscará reafirmar su postura acudiendo al método de interpretación que lo justifique de mejor manera.

Ahora bien, cabe señalar que esta disputa dogmática no se limita al ámbito de la tutela o del control de constitucionalidad de las leyes ordinarias, sino también es extensivo a la revisión de las reformas constitucionales. Por ejemplo, los argumentos sobre los cuales gira la discusión que se ha dado entre las dos posiciones al interior de la Corte Constitucional frente la aplicación de la doctrina de los límites materiales al poder de reforma (Anexo 5) también se han abordado, con aproximaciones distintas, por sectores académicos que han defendido y criticado la actuación del Alto Tribunal.

Como puede observarse, este es un choque de visiones jurídico-políticas acerca del alcance, la aplicación y el entendimiento de la Constitución que deriva en conclusiones totalmente opuestas en materia de control de constitucionalidad y que termina dándole una relevancia especial a la Corte al interior del ordenamiento jurídico, ya sea para defender la visión de País sostenida por los constituyentes o para abrogarse la competencia de redefinir fallo a fallo el contenido del texto constitucional. De hecho, es tan crítica esta elección que también deriva en un constante conflicto de competencias entre las diferentes ramas del poder público, quienes siempre buscarán que su entendimiento de la Constitución prevalezca frente a las otras, tal como se expuso en el acápite previo.

Debido a lo anterior, en el presente capítulo se abordarán tres principales métodos de interpretación constitucional con los cuales se puede desarrollar el debate jurídico-político

en torno a la doctrina de los límites materiales al poder de reforma y la actuación de la Corte Constitucional frente a los vicios de competencia con el propósito de analizar las ventajas y desventajas de cada uno de ellos y exponer unas conclusiones personales al respecto, no sin antes hacer la siguiente precisión completamente necesaria:

La discusión acerca de los métodos de interpretación puede tener tal nivel de extensión que es imposible desarrollar todas las lecturas posibles de la Constitución en un escrito de esta naturaleza, tanto por las principales variables hermenéuticas que han dominado la discusión constitucional a la fecha como por las nuevas corrientes jurídicas que surgen permanentemente en escenarios académicos.

Por eso, la escogencia de los tres métodos de interpretación que se abordarán a continuación responde, por un lado, a la pertinencia de enriquecer el debate constitucional con elementos de análisis que se han desarrollado en el contexto americano y cuya conveniencia fue explicada en la introducción del texto.

Por otro lado, a la necesidad de contrarrestar la principal herramienta interpretativa que ha utilizado la Corte Constitucional con otras lecturas posibles de la Constitución que se han desarrollado de manera extensa a nivel doctrinal, que amplían el marco de análisis posible y que dan elementos de estudio importantes para plantear el nuevo método de interpretación que se desarrollará al final del presente capítulo.

Originalismo, límites a la discrecionalidad judicial y conservatismo

Más allá de la concepción que se construyó en el constitucionalismo francés del siglo XVIII frente a la rama judicial, la cual consideraba que el juez debía ser “la boca muda de la ley” como una forma de evitar la discrecionalidad judicial y defender la voluntad general construida en el proceso legislativo y plasmada en la ley, a lo largo de las últimas cuatro décadas se ha desarrollado en el constitucionalismo americano la doctrina del originalismo, la cual, si bien puede tener alguna semejanza con la postura francesa, tiene un desarrollo conceptual e histórico distinto.

El originalismo es una concepción de la interpretación constitucional adoptada por el bloque conservador de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos (West, 1990, p. 641-642) que nació como respuesta al fuerte activismo judicial de la Corte Warren (Colby, Smith, 2009, p. 248). Este bloque conservador considera el originalismo como la “única aproximación interpretativa legítima y la única alternativa al activismo judicial” (Colby, Smith, 2009, p. 243).

Este ha tenido tres grandes etapas a lo largo de su historia. La primera, fue la teoría de la intención original, la cual considera que la toma de decisiones judiciales debe estar basada en la concepción que tuvieron los arquitectos de la Constitución al momento de diseñarla (Colby, Smith, 2009, p. 248). Es decir, un método en el que prevalece la voluntad del constituyente y que circunscribe la actuación de los tribunales constitucionales a las discusiones que se forjaron en el proceso constituyente.

Sin embargo, este primer enfoque se enfrentó a dos grandes obstáculos. El primero, es la dificultad de establecer una única intención colectiva de un extenso grupo de individuos. La segunda, es que “gran parte de la evidencia histórica sugiere que los arquitectos buscaron que las generaciones futuras no interpretaran la constitución de acuerdo a su intención” (Colby, Smith, 2009, p. 248). En otras palabras, la clásica afirmación que Jefferson le expuso a Madison referente a que la Constitución le pertenece a los vivos y no a los muertos (Jefferson, 1958, p. 392-8).

Al respecto, cabe señalar que el constitucionalismo americano tiene un problema operativo que no se presenta en el constitucionalismo colombiano ni en los procesos constitucionales recientes: al ser la Constitución de Filadelfia de finales del siglo XVIII hay una dificultad natural para conocer con certeza la intención de los constituyentes, lo cual implica que los originalistas se ven obligados a adivinarla a través de supuestos y de las herramientas bibliográficas que abordan el proceso constituyente. Sin embargo, en las constituciones modernas sí es posible determinar la intención del constituyente gracias a la documentación propia de las discusiones de las asambleas constituyentes. Sobretudo, cuando emergen acuerdos unánimes sobre determinados temas.

Además, la intención original se enfrenta a otra problemática y es cómo justificar que se acuda a una lectura histórica del texto en vez de utilizar otros métodos que pueden brindar soluciones más integrales:

“El problema de esta presunción es que no explica por qué el significado histórico tiene una importancia jurídica especial, frente a otros significados de la Constitución que dan cuenta del contexto jurídico e histórico en el cual se interpreta el texto superior y que tiene mayor consciencia de las necesidades sociales o incluso de las interpretaciones sistemáticas que preservan la coherencia y armonía de la totalidad del sistema jurídico en relación con sus normas particulares, tanto las antiguas como aquellas que fueron promulgadas recientemente.” (Parra, 2018, p. 300)

En el caso colombiano, reitero, este método de interpretación no ha prevalecido en la tradición jurídica constitucional, a tal punto que la Corte poco lo ha usado salvo contadas excepciones en la etapa primigenia de su jurisprudencia (López, 2002, p. 50), lo cual, en parte, responde al interrogante de “por qué, en todo caso, el significado del texto constitucional debe reducirse a los pensamientos de sus creadores” (López, 2002, p. 50):

“El originalismo, por su parte, no ha tenido mayor impacto en la jurisprudencia constitucional colombiana salvo en los orígenes de la Corte Constitucional en la que se encuentra ocasionalmente referencias a las intenciones del constituyente, sin embargo, en el derecho norteamericano es una de las corrientes interpretativas de la Constitución que mayor fuerza ha tenido desde la era de Ronald Reagan” (Parra, 2018, p. 309)

Quizás el mejor ejemplo de ello es el desarrollo que realizó la Corte del marco competencial establecido en el artículo 241 de la Constitución, tal como se mencionó en el capítulo anterior. En un primer momento, hasta 2002, el Tribunal fue cauteloso y limitó su actuación a respetar el mandato que plasmó el constituyente en el texto superior:

“De acuerdo con el numeral primero del artículo 241 superior a la Corte Constitucional se le ha asignado el control de los Actos Legislativos, pero únicamente por vicios de procedimiento en su formación, es decir, por violación del trámite exigido para su aprobación por la Constitución y el Reglamento del Congreso. Disposición esta que debe leerse en concordancia con lo dispuesto en el artículo 379 *Ibidem*, a cuyo tenor los actos legislativos, la convocatoria a referendo, la consulta popular o el acto de convocación de una Asamblea Constituyente sólo podrán ser declarados inconstitucionales cuando se violen los requisitos establecidos en el Título XIII de la Constitución.

En este sentido no compete a la Corte el examen del contenido material de dichos acto reformativos, en tanto el mandato que se le asigna está referido exclusivamente a los aspectos formales y de trámite” (C-487/02).

En un segundo momento, desde 2003 y en el marco de un contexto político-institucional nuevo, el Tribunal tomó la determinación de modificar su postura, ir más allá del mandato establecido por el constituyente y plasmar una interpretación que expandió de manera considerable sus competencias.

No obstante, es procedente mencionar que el análisis de la intención original sí ha tenido acogida en la jurisdicción contencioso administrativa, más puntualmente en la causal de nulidad de los actos administrativos por desviación de poder, la cual fue establecida por la Ley 1437 de 2011 y ha sido desarrollada por la jurisprudencia del Consejo de Estado:

“Sobre la desviación de poder, se ha dicho que se configura cuando quien ejerce función administrativa expide un acto de dicha naturaleza que, si bien puede ajustarse a las competencias de que es titular y a las formalidades legalmente exigidas, da cuenta del uso de las atribuciones que le corresponden a efectos de satisfacer una finalidad contraria a los intereses públicos o al propósito que buscó realizar el legislador al momento de otorgar la competencia en cuestión”³

En igual sentido, el Tribunal Constitucional, explicando el alcance de la desviación de poder, ha expresado que requiere examinar la intención que tuvo el legislador al momento de expedir el marco normativo que, en estos casos, desarrolla el Gobierno Nacional a través de su potestad reglamentaria:

“cuando un órgano del Estado, actuando en ejercicio y dentro de los límites de su competencia, cumpliendo las formalidades de procedimiento y sin incurrir en violación de la ley, utiliza sus poderes o atribuciones con el propósito de buscar una finalidad contraria a los intereses públicos o sociales, en general, o los específicos y concretos, que el legislador buscó satisfacer al otorgar la respectiva competencia”
(C-456/98)

Lo anterior, lógicamente, exige examinar la teleología de la norma de forma tal que el juez administrativo determine si el funcionario de la administración pública desconoció de forma espúrea la legítima intención del legislador:

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 15 de noviembre de 2018. Radicado 05001-23-33-000-2013-01754-01(4450-16). C.P. William Hernández.

“Por ende, su declaración precisa acreditar tanto (i) la competencia del ente que expide el acto, como (ii) el cumplimiento de las formalidades legalmente impuestas, y en especial (iii) el fin torcido o espurio que persiguió la autoridad al promulgar la decisión cuestionada, distinto al señalado por la ley para el caso concreto (Consejo de Estado, 2021, Sentencia 50636)”.

Esto denota que si bien es verdad la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido mayoritariamente esquivada a tener en cuenta la intención original del constituyente como fundamento para la toma de sus decisiones, no es menos cierto que existen otras disposiciones procesales en el ordenamiento jurídico colombiano que reconocen la relevancia del análisis teleológico de la norma y que lo aceptan como medio de control a la actuación de las autoridades públicas, en este caso, el Gobierno Nacional.

Es más, si se aplicara la lógica que soporta esta causal de nulidad al entendimiento del marco competencial del juez constitucional, este no podría desconocer las funciones que previamente le asignó el constituyente, a tal punto que sus decisiones estarían circunscritas a los propósitos que buscaron los arquitectos de la Constitución al momento de asignarle responsabilidades a través del texto constitucional.

Dicho esto, y como consecuencia de las dificultades referidas, los originalistas decidieron dejar a un lado la doctrina de la intención original y avanzar a un segundo momento de su doctrina, en la cual no indagaron más por aquello que habrían buscado los arquitectos de la Constitución y, en cambio, acudieron a la teoría del significado original, o sea, “buscar el significado original del texto, no lo que los redactores originales buscaron” (Colby, Smith,

2009, p. 249). Un textualismo impulsado por el Magistrado Scalia que pretendía identificar el significado objetivo de las palabras plasmadas en la Constitución (Colby, Smith, 2009, p. 252) con base en la siguiente lógica:

- “En interpretación constitucional, la principal alternativa a seguir lo que el texto originalmente significó (originalismo) es seguir el significado actual del texto.
- Pero hay una preocupación práctica: su mejor intento en encontrar el significado actual del texto constitucional es consultar qué debería significar.
- Por lo tanto, como un asunto práctico, la única alternativa viable al originalismo en interpretación constitucional es que el juez siga lo que él piensa que el texto debería significar.
- Claramente, no es compatible con la democracia que los jueces interpreten la constitución de acuerdo con lo que ellos creen que el texto debería significar.
- Por lo tanto, los jueces deberían acudir únicamente a lo que el texto constitucional significa, que es necesariamente lo que originalmente significó” (Berman, 2017, p. 786).

En esencia, sus defensores consideran que el textualismo es el método de interpretación que respeta de mejor manera el proceso democrático (Manning, 2017, p. 747-748) y evita que los jueces acudan a la discrecionalidad para hacer la ley (Manning, 2017, p. 748).

De hecho, uno de los objetivos primigenios del originalismo era restringir la toma de decisiones judiciales, lo cual implica que el juez no falle con base en la presión popular, criterios políticos, morales o predilecciones personales (Baude, 2017, 2214-2227)

No obstante, tal propósito fue abandonado por los mismos originalistas, quienes consideraron que este método no se podía circunscribir exclusivamente a intentar restringir la discrecionalidad judicial (Baude, 2017, 2216-2217), lo cual es apenas lógico, toda vez que es ingenuo pensar que la autorestricción judicial es efectiva. Una afirmación que quizás cause polémica en los más puristas defensores de las Cortes, pero que entiende, desde una aproximación práctica, que es bastante difícil que una corporación se auto imponga y haga cumplir un conjunto de limitaciones a sí misma sin que ninguna otra autoridad externa lo realice.

Ahora bien, más allá de este componente del originalismo, que fungió más como una aspiración inicial que poco a poco se fue desvaneciendo, lo que sí perduró de la mano del textualismo de Scalia es la idea de defender la relevancia del proceso legislativo y, sobre todo, de criticar la asunción de facultades legislativas por parte de las Cortes a través de una lectura de la Constitución que evoluciona, día a día, en la forma que la mayoría del Tribunal lo desee (Manning, 2017, p. 753).

En palabras de Scalía:

“el peligro principal de la interpretación de la Constitución es que los jueces confundan sus propias predilecciones por la ley. El no originalismo, que bajo una u otra formulación invoca valores fundamentales como la piedra angular de la constitucionalidad, juega precisamente a esta debilidad. Es muy difícil para una persona discernir la diferencia entre esos valores políticos que personalmente considera importantes y aquellos valores políticos que son fundamentales para

nuestra sociedad. Así, mediante la adopción de tal criterio, la personalización judicial de la ley se facilita enormemente” (Manning, 2017, p. 753).

Dicho esto, en este contexto es necesario señalar que el textualismo no ha estado alejado de controversias. Por ejemplo, un sector de la doctrina considera que este método de interpretación “impide el dinamismo y la evolución constitucional (...) y desconoce que la Constitución es un texto abierto y vivo, que no se puede interpretar como se interpretaban las codificaciones del siglo XIX y las leyes en general” (Parra, 2018, p. 297).

Una lectura que también tiene un trasfondo razonable, sobre todo cuando se trata de examinar aquellos acápites del texto constitucional con un contenido dogmático que, principalmente, se encuentra expuesto en términos de principios o redacciones indeterminadas donde la lectura literal del articulado puede derivar en decisiones judiciales sin soluciones estructurales:

“El textualismo no ha sido tan influyente en la interpretación constitucional, principalmente porque muchas de las normas constitucionales tienen, como se explicó antes, (i) una textura abierta; (ii) una amplia indeterminación; y (iii) mayoritariamente una estructura norma-principio en las normas de derechos, lo que ha dificultado que su lectura literal les dé respuestas a los jueces sobre cómo resolver un caso concreto” (Parra, 2018, p. 295)

Esto, a tal punto que la Corte Constitucional colombiana, desde la sentencia T-406/92, “ha sostenido que los métodos de interpretación meramente gramaticales o lógicos no dan cuenta del sentido de la Constitución” (López Medina, 2002, p. 48-49).

Una realidad que ha primado en las decisiones del Tribunal, pero que ha intentado ser rescatada de forma fallida por varios actores en los procesos de constitucionalidad, tal como ocurrió cuando el Procurador General de la Nación defendió la interpretación literal del artículo 42 de la Constitución para defender la postura que el matrimonio era una institución diseñada exclusivamente para la unión de un hombre y una mujer en el marco de la discusión del matrimonio igualitario:

“Puntualiza que tampoco puede concluirse que el artículo 42 superior habilita a las parejas homosexuales a conformar una familia, ni impone a la legislación civil la obligación de permitirles a estas personas contraer matrimonio, ya que si bien el precepto no utiliza la expresión “entre al referirse al hombre y la mujer”, sí usa los artículos singulares “un” y “una”, “de donde no puede sino concluirse que el Constituyente quiso amparar y proteger, como institución básica y núcleo de la sociedad, a la familia constituida por el matrimonio o la decisión libre de ‘un hombre y una mujer’ y no de ‘un hombre o una mujer’ o de ‘cualquier persona’, pues eso no es lo que dice la norma”.

Agrega que “lo mismo debe decirse con respecto al artículo singular ‘la’ con el que el Constituyente quiso referirse expresamente a ‘la pareja’ conformada por ‘un hombre y una mujer’ y no a un número plural e indeterminado de tipos de parejas

como podrían serlo las conformadas por ‘un hombre y una mujer’, ‘un hombre y un hombre’ o ‘una mujer y una mujer’, entre otras posibles”.

Estima que sería contrario a toda lógica decir que la expresión ‘un hombre y una mujer’ contenida en el artículo 113 del Código Civil que reproduce textualmente una norma constitucional es inconstitucional, como también lo sería condicionar la norma para señalar que “debe entenderse que el matrimonio no es el contrato por el cual se unen ‘un hombre y una mujer’ sino también ‘un hombre y un hombre’ o ‘una mujer y una mujer’, toda vez que ello equivaldría a condicionar también el texto constitucional que se está reproduciendo y que expresamente dice ‘un hombre y una mujer’” (C-577/11).

Más aterrizado a la discusión que se propone en el presente escrito, el análisis del marco competencial del artículo 241 bajo la lógica del textualismo conlleva, como se expone en los anexos, a que el juez constitucional deba limitar su actuación a la revisión de los vicios de forma en la formación de las reformas constitucionales y en ningún momento evalúe el contenido de las enmiendas, dado que tal habilitación nunca fue consagrada de forma expresa por el constituyente.

De hecho, en este punto vale cuestionarse hasta qué punto la creación del control de constitucionalidad por vicios de competencia no representa una violación a la cláusula general establecida en la Constitución que dispone que los servidores públicos solo pueden hacer aquellas cosas que les están expresamente permitidas. Si el constituyente no contempló un examen de fondo a las enmiendas, bajo la interpretación textualista, no procedería que el

juez constitucional lo realice, al igual que no es deseable que las autoridades de la rama ejecutiva o judicial ejerzan competencias no existentes en el texto superior.

Finalmente, la tercera etapa del originalismo, defendida por los académicos más recientes de esta doctrina, considera que no debe haber un énfasis en entender las palabras de acuerdo al criterio de los constituyentes o alguien más, “sino en cómo una persona hipotética y razonable debería entenderlas” (Colby, Smith, 2009, p. 254-255). Más puntualmente:

“es una consulta hipotética que pregunta cómo una audiencia pública completamente informada, conociendo todo lo que hay que saber acerca de la Constitución y el mundo que la rodea, entendería una provisión particular. El entendimiento histórico actual es, por supuesto, relevante para tal consulta, pero no la concluye ni define ni siquiera es necesariamente la mejor evidencia disponible” (Lawson, 2002, p. 398)

No obstante, cabe cuestionarse hasta qué punto esta tercera visión realmente se puede catalogar como originalismo. Apartada de cualquier vinculación histórica y más cercana al criterio civilista del *reasonable man standard*, esta noción abre las puertas a que el funcionario judicial desarrolle escenarios hipotéticos desligados de la intención de los constituyentes o el significado del articulado, a tal punto que para originalistas como Roul Berger es indiscutible que esta doctrina debe ir ligada a la concepción de los arquitectos:

“Como originalista desde 1942, renuncio a cualquier confianza en profecías o lecturas de mente. Los originalistas no especulamos acerca de cómo los fundadores habrían interpretado su trabajo; nosotros nos basamos más bien en lo que ellos realmente

entendieron en sus explicaciones adjuntas de lo que sus palabras significaban y buscaban lograr” (Berger, 1997, p. 627)

Ahora bien, antes de exponer unas consideraciones al respecto, es procedente señalar que la Corte Constitucional en su primera etapa del control de constitucionalidad de las reformas constitucionales se apegó al tenor literal del artículo 241. Aunque no adelantó una argumentación que se pueda catalogar como originalista, y de hecho sus consideraciones frente a su competencia para examinar el contenido de fondo de las enmiendas fueron bastante vagas, en este primer momento predominó una lectura que respetó el diseño institucional de los constituyentes de 1991 y que, de una u otra manera, unen, aunque no de forma explícita, la intención original con el textualismo (Anexo 5. 2.4.5. A.).

Situación diametralmente opuesta a lo que se vería desde 2003, donde el Tribunal abandonó cualquier tipo de conexión histórica con el proceso constituyente e hizo a un lado, como lo expusieron algunos autores previamente citados, la lectura originaria del texto para, por el contrario, dar paso a una interpretación sistemática y finalista que le permitiría desarrollar la doctrina de la sustitución (Anexo 5. 2.4.5. B-F).

Dicho esto, el examen de la doctrina originalista lleva a varias conclusiones. En primer lugar, de las tres posturas adoptadas por el originalismo la única que realmente cobra sentido es la intención original. Tanto el textualismo como la creación de un escenario hipotético derivan en un proceso de subjetividad judicial que, irónicamente, busca evitar esta doctrina.

En especial, porque es imposible pretender que exista un significado uniforme de las palabras en el marco de un proceso legislativo o constitucional. De hecho, esta realidad ha sido ampliamente abordada por la doctrina jurídica a través de conceptos como la indefinición del acto legal desarrollada por Kelsen (2005, p. 350) o la textura abierta del derecho propuesta por Hart (2009, p. 180-181), los cuales, en últimas, entienden que las vaguedades del lenguaje plasmado en la legislación dan pie para que el funcionario judicial acuda a la discrecionalidad para solucionar el caso bajo estudio.

Por ejemplo, el análisis interpretativo que realizó la Corte de la expresión “vicios de procedimiento” del artículo 241 evidencia que la teoría del significado original y el escenario hipotético defendida por las visiones más modernas del originalismo no evita que los tribunales privilegien sus preferencias individuales. Por el contrario, da paso a que el bloque mayoritario de la Corte expanda sus facultades con base en una lectura extendida de las palabras utilizadas por el constituyente.

En segundo lugar, y ligado a lo anterior, sostener que el originalismo es un método de interpretación estrictamente jurídico y alejado de criterios políticos es falso. A pesar que sus exponentes lo ven así (Baude, 2017, p. 2226-2227), lo cierto es que esta forma de concebir la Constitución responde a la conveniencia política del bloque conservador de los tribunales (West, 1990, p. 659). Prueba de ello es que ha sido la principal carta de batalla argumentativa de los magistrados ternados por Presidentes republicanos en Estados Unidos, sobre todo desde la era Reagan (Parra, 2018, p. 297).

En tercer lugar, aunque la teoría de la intención original fue descartada en el contexto americano por las razones descritas, no deja de ser una doctrina relevante y aplicable a los procesos constitucionales modernos. Sobre todo, cuando se forjaron acuerdos unánimes entre todos los constituyentes que no solamente se pueden evidenciar en la redacción del texto constitucional, sino, en especial, en las gacetas que recopilan los respectivos debates.

Por ejemplo, en el caso colombiano es posible identificar con claridad las posiciones y discusiones que se surtieron al interior de la Asamblea Constituyente de 1991, tanto por las publicaciones oficiales que contienen las ponencias y actas como por la vasta bibliografía que ha abordado todas las etapas en las cuales se desarrolló ese proceso, circunstancia que permite concluir cuál fue la intención original de los arquitectos frente a todos los temas que se abordaron.

De hecho, la gran ventaja de la intención original frente a otros métodos de interpretación es que logra salvaguardar aquellos acuerdos políticos que dieron vida al marco constitucional vigente y que no deberían desconocerse, a la ligera, por parte de unos magistrados no electos popularmente.

Además, una lectura del acápite orgánico de la Constitución bajo esta doctrina evita que las autoridades públicas amplíen sus facultades vía interpretación, sobretodo los tribunales constitucionales, dado que se respeta el andamiaje institucional que diseñaron los constituyentes y se evitan conflictos de competencias derivados de una lectura del marco

constitucional que se modifica caso a caso y, más concretamente, de acuerdo a los intereses de los jueces.

Tan es así, que la jurisprudencia de la Corte Constitucional frente al control de constitucionalidad de las reformas constitucionales sería diametralmente distinta si se aplicara la teoría de la intención original.

Por ejemplo, del proceso constituyente colombiano sí es posible identificar la intención unánime que tuvieron los arquitectos de 1991 al momento de diseñar el examen a las reformas constitucionales, toda vez que, como se relató previamente, todos los sectores políticos que conformaron la Asamblea, con excepción de la propuesta de enmienda de la Corte Suprema de Justicia, acordaron circunscribir el control a las reformas a aspectos de forma y no de fondo, de tal manera que no se repitiera la confrontación acontecida entre el Congreso y la Corte desde finales de los 70's. Una realidad que fue desconocida por la Corte Constitucional al momento de introducir la noción de los vicios de competencia y, en la práctica, examinar el contenido de las reformas adelantadas por el Congreso, lo cual derivó en una mayor concentración de facultades que permitió dar paso a la polémica que suscitó la revisión de la reforma al equilibrio de poderes.

Esto es algo que ha sido relatado por parte de los magistrados que han sostenido una posición disidente al interior de esa corporación (Anexo 5, 2.4.6) y que han alegado la importancia de respetar el marco competencial establecido por el constituyente.

Dicho esto, el gran interrogante que delimita el futuro del originalismo como un método de interpretación viable es hasta qué punto los tribunales constitucionales deben circunscribir su análisis a lo sucedido en el proceso constituyente. ¿Hay algún límite temporal para superar ese antecedente histórico? ¿Se debe respetar la intención original del constituyente dependiendo del acápite de la Constitución que se esté analizando? ¿Hasta qué punto las generaciones futuras deben estar ancladas a lo que sucedió décadas, si no siglos, atrás? Y más importante aún, ¿la actualización de la Constitución a las nuevas realidades socio-políticas se debe realizar vía interpretación judicial o a través del proceso de reforma establecido en la Carta?

Constitucionalismo viviente, activismo judicial y liberalismo

En oposición a la doctrina originalista, y continuando con el análisis de los métodos de interpretación que se han desarrollado en el constitucionalismo americano y que aportan elementos de valor para desarrollar la discusión sobre la doctrina de la sustitución en Colombia, los sectores progresistas del derecho constitucional americano han desarrollado varias teorías de la interpretación. Una de ellas es la teoría de la constitución viviente, la cual entiende “una constitución que evoluciona, que cambia con el paso del tiempo y que se adapta a las nuevas circunstancias, pese a que no es formalmente modificada mediante el procedimiento de reforma constitucional” (Carbonell, 2012, p. 349).

Aunque hay más de diez teorías que se pueden catalogar como constitucionalismo viviente (Solum 2019, p. 1271-1275), en general, una teoría es una forma de constitucionalismo

viviente solamente si acepta que la práctica constitucional puede y debe cambiar en respuesta a los cambios en las circunstancias y los valores (Solum, 2019, p. 1276).

Básicamente, más allá de las particularidades propias de cada caso bajo estudio, esta postura defiende la idea que sea el juez quien deba actualizar el contenido de la Constitución a las nuevas realidades sociales. Una aproximación que se aleja de la intención de los redactores de la Carta (Tobin, 2022, p. 229) y que busca reforzar el rol de las Cortes como protectores de las minorías (Tobin, 2022, p. 232-233), lo cual encuentra lógica ante la dinámica propia del trámite legislativo.

En efecto, es ingenuo pensar que ese proceso logra salvaguardar a plenitud los intereses de las minorías. La dinámica parlamentaria gira en torno a la construcción de las coaliciones de gobierno y son estos bloques mayoritarios quienes controlan todos los aspectos del trabajo congresional, desde la composición de las comisiones y los temas a tratar en la agenda legislativa hasta la aprobación de los proyectos de ley y enmienda constitucional.

De hecho, a pesar que las reglas del debate parlamentario exigen que los partidos minoritarios tengan la posibilidad de participar y deliberar de manera efectiva en el proceso legislativo para que este sea válido, las mayorías no están obligadas a acoger en el articulado de los proyectos las observaciones presentadas por la oposición, a tal punto que sus intervenciones terminan siendo un requisito de forma que la coalición mayoritaria observa, pero que, una vez se cumple, es dejado atrás cuando las bancadas con mayor participación imponen su voluntad vía votación.

Por eso, pretender que la materialización del texto constitucional recaiga exclusivamente en el órgano legislativo es una aspiración peligrosa que desconoce, como lo afirmó el Magistrado Brennan, que no se puede esperar que la mayoría se interese por los derechos de la minoría (Tobin, 2022, 233).

De hecho, los reparos de Brennan frente al comportamiento de las mayorías y de los defensores del originalismo iban más allá. En su concepto, esa doctrina expresa antipatía frente a los reclamos de derechos de las minorías, ignora el progreso social y evita la adaptación de principios generales a cambios de circunstancias sociales (Tobin, 2022, p. 232-233).

Además, bajo su visión, muy en la línea del problema planteado por Jefferson a Madison, la interpretación constitucional debe tener en cuenta el propósito transformador del texto y entender que la Constitución no buscó preservar una sociedad preexistente, sino hacer una nueva (Tobin, 2022, p. 233-234).

En este contexto, el constitucionalismo viviente, en desarrollo de la noción constitucional descrita, concibe tres grandes lineamientos que deben seguir los jueces: 1) interpretar las provisiones y los valores constitucionales; 2) aplicar esos valores y provisiones a contextos y significados modernos; y 3) reflejar una América diversa que era incapaz de hacer parte del proyecto fundacional (Tobin, 2022, p. 223).

Ahora bien, cabe señalar que estos postulados no son una camisa de fuerza que no dé lugar a diferentes matices de interpretación judicial, más aún cuando existe una pluralidad de teorías que pueden denominarse como constitucionalismo viviente (Solum 2019, p. 1271-1275).

Sin embargo, el núcleo central de esta doctrina se comparte por las corrientes progresistas que entienden la necesidad de actualizar el contenido de la Constitución a través de la actuación judicial (West, 1990, p. 648), dejando a un lado la ficción legal que se genera alrededor de la noción de la Constitución escrita que debe entenderse con base en la historia que se generó en torno a su proceso de elaboración (Sagües, 2017).

Por ejemplo, los cinco principios desarrollados por la Corte Warren, quizás el escenario más relevante del constitucionalismo viviente en Estados Unidos, ilustran de forma idónea la concepción que trasciende esta postura interpretativa:

“1) proteger a aquellos que no tenían voz en nuestra democracia (...) 2) entender que, en muchos aspectos, los padres fundadores fueron defectuosos, no todos estaban en la mesa durante el proceso de ratificación original y los ciudadanos ratifican la constitución hoy en su propia imagen. (...) 3) entender la intención y el propósito de una provisión en diferentes niveles de generalidad, dependiendo del caso bajo estudio. A menudo, a la Corte Warren le importaron menos las particularidades de lo que los fundadores o reformadores literalmente pensaron y más acerca del carácter distintivo de la travesura y el contexto en que estaban operando. (...) 4) pragmatismo: la necesidad de hacer que la Constitución trabaje en una sociedad moderna. (...) 5) no ignorar la historia, el precedente y el texto. Estos fueron una parte importante y debe ser una parte

considerable de la mayoría de las aproximaciones del constitucionalismo viviente, pero no la única parte”. (Tobey, 2022, p. 243-246)

Ahora bien, al igual que con la postura originalista, el constitucionalismo viviente acarrea aspectos tanto positivos como negativos en materia de interpretación constitucional. Por un lado, esta doctrina tiene a su favor dos grandes elementos de naturaleza práctica de los cuales adolece la postura conservadora.

La primera, la problemática planteada por Jefferson sigue gozando de vigencia. La Constitución debe ser para los vivos y no los muertos. Una generación no tiene la autoridad para anclar a las siguientes a sus decisiones y es ingenuo desconocer los cambios sociales que se generan a una velocidad mucho mayor que la propia del proceso de reforma constitucional.

La segunda, la dinámica parlamentaria no es eficaz para proteger los derechos de las minorías, las cuales encuentran en la actuación judicial una receptividad que les es ajena en las otras ramas del poder público controladas por las tendencias mayoritarias.

Por otro lado, la doctrina constitucional liberal enfrenta dos retos. El primero, es que los constantes cambios que se generan a través de los fallos judiciales generan un entorno de inseguridad jurídica. Ni el mercado, ni los actores políticos ni la sociedad pueden prever cuál va a ser el siguiente lineamiento de interpretación constitucional y mucho menos cuál va a ser la vigencia de las disposiciones actuales.

El segundo, es la falta de legitimidad popular de la Corte para abrogarse la facultad de actualizar el contenido de la Constitución en nombre de una sociedad que no los eligió, a tal punto que otorgarle dicha competencia al Tribunal Constitucional equivale a entregarle un cheque en blanco a un grupo de magistrados no electos popularmente para que tengan en sus manos el futuro de la Nación.

De hecho, si la Constitución no es lo que está plasmado en el texto ni lo que buscaron los constituyentes, sino aquello que la Corte dice que es, entonces ¿para qué tener una Constitución escrita? Si en últimas los magistrados son quienes van a desarrollar una función constituyente día tras día a través de la interpretación judicial, ¿cuál es el sentido de construir los acuerdos políticos que trascienden las Constituciones? Sabiendo que es imposible que los jueces estén alejados de sus valores y posturas personales (Tobin, 2022, p. 223), ¿cómo evitar que estos privilegien su visión particular al momento de interpretar la Constitución?

Es tan sensible esta objeción al constitucionalismo viviente que, por ejemplo, David Strauss propone acudir al sistema del precedente del *common law* para evitar la discrecionalidad del funcionario judicial (Carbonell, 2012, p. 354-355).

No obstante, por más que el precedente sea vinculante, este puede ser modificado cumpliendo con una carga argumentativa que, a su vez, responde a la posición política del bloque mayoritario de la Corte, con lo cual es bastante difícil superar esta dificultad.

Igualmente, es necesario señalar que toda la noción de interpretación constitucional que defiende el constitucionalismo viviente termina fungiendo como una herramienta discursiva para implementar a través de decisiones judiciales los cambios normativos y políticos que los sectores progresistas no han sido capaces de llevar a cabo a través del procedimiento legislativo.

Interpretación finalista y sistemática. Corte Constitucional y sus técnicas de resolución de controversias constitucionales.

Aterrizando al contexto colombiano, se encuentra la interpretación finalista y sistemática, la cual busca realizar una lectura integral del texto constitucional:

“La interpretación que indaga sobre los fines debe previamente determinar e identificar cuáles son los fines o propósitos que quiere lograr la norma. Para ello, en la interpretación constitucional, es necesario tener en cuenta no solo la disposición objeto de interpretación (finalidad de primer orden), sino la Constitución en su integridad sistemática (finalidad de segundo orden).” (Parra, 2018, p. 304)

Cabe señalar que estos han sido los métodos que han primado en la Corte Constitucional, quien ha considerado de manera extensa y reiterada que la Constitución es “un texto armónico y coherente, que como tal, debe ser interpretado de manera sistemática, teniendo en cuenta, además, los propósitos y objetivos perseguidos por el constituyente” (C-535/12, F.J. 5.1)

De hecho, para autores como Nicolás Parra:

“La interpretación sistemática y finalista ha tenido varias consecuencias positivas en la lectura de la Constitución. En primer lugar, hizo posible la extensión del catálogo de los derechos fundamentales vía tutela. En segundo lugar, reforzó la lectura de la Constitución tendiente al Estado social de derecho y a la necesidad de que el juez constitucional adapte las disposiciones constitucionales al contexto histórico y social en el que se presentan los desafíos jurídicos. Finalmente, hizo más eficaces los contenidos constitucionales para acercarlos al ámbito de la vida y entender que el derecho antes de ser escrito era viviente y buscaba la transformación de la vida social.” (Parra, 2018, p. 308-309)

De hecho, a partir de la interpretación sistemática y finalista de la Constitución la Corte ha tomado las decisiones más relevantes de su jurisprudencia, tales como el reconocimiento de diferentes tipos de familia o la modificación del sistema de fuentes del artículo 230:

“La interpretación sistemática es la que ha permitido a la Corte Constitucional, por ejemplo, reconocer la existencia de distintas formas de familias, más allá de la reconocida por el artículo 42 de la Constitución, en el entendido de que la interpretación de dicha norma no podría conllevar a la vulneración de otros derechos, tales como el del libre desarrollo de la personalidad y el principio y derecho a la igualdad. En este sentido se concluyó que ““el concepto de familia no puede ser entendido de manera aislada, sino en concordancia con el principio de pluralismo”, porque “en una sociedad plural, no puede existir un concepto único y excluyente de familia, identificando a esta última únicamente con aquella surgida del vínculo matrimonial”: Corte Constitucional, sentencia C-577/11. De manera concordante, en

reciente sentencia, esta Corte explicó que “Esto se debe a que en la hermenéutica constitucional, la enunciación expresa de una categoría no excluye la existencia de otras, incorporando per se la regla de interpretación “inclusio unius est exclusio alterius”, pues la Carta Política no es una norma general escrita en lenguaje prohibitivo. Por el contrario, **la norma Superior, al estar escrita en el lenguaje deóntico de valores, de principios y derechos fundamentales, su contenido esencial se determina con base en la interpretación sistemática de éstos**” (negritas agregadas): Corte Constitucional, sentencia SU-214/16. Un ejemplo similar de interpretación sistemática más allá del tenor literal se ha desarrollado respecto del artículo 230 de la Constitución en donde, gracias a una interpretación sistemática de la Constitución, tomando en consideración además de lo dispuesto en dicho artículo, el principio de seguridad jurídica, el principio de igualdad y las funciones constitucionales de las altas cortes, reconoció el deber del respeto de los precedentes jurisprudenciales” (C-115/17)

Ahora bien, es necesario señalar que este método de interpretación no ha operado de forma autónoma, sino que ha sido utilizado por la Corte Constitucional de la mano de otras herramientas para la resolución de controversias constitucionales, tales como la proporcionalidad, la ponderación y los test.

La primera, busca establecer si una medida que implica una restricción a un derecho fundamental para proteger otro es razonable y admisible (Parra, 2018, p. 253), por lo que “ha sido utilizada como una técnica por parte de los jueces para resolver conflictos entre principios, derechos o valores constitucionales” (Parra, 2018, p. 257-258).

En este sentido, la Corte ha sostenido que la proporcionalidad tiene dos funciones. La primera, de control, implica “que es un instrumento metodológico que tiene por propósito definir las condiciones que deben satisfacer las medidas que limitan normas con estructura

de principio, para ser compatibles con la Constitución” (SU-626/15). La segunda, de interpretación, “se refiere entonces a la comparación de dos variables relativas, cuyos alcances se precisan en la situación concreta, y no a la ponderación entre una variable constante o absoluta, y otras que no lo son” (T-425/95).

Consecuencia de lo anterior, la jurisprudencia constitucional entendió la necesidad de llevar a cabo diferentes tipos de escrutinio, razón por la cual creó tres tipos de juicio de proporcionalidad dependiendo de la materia a tratar:

Juicio leve

- “Materias económicas, tributarias, política internacional
- Regulación legislativa de un servicio público
- Disposición expedida por una autoridad en desarrollo de competencias específicas” (Parra, 2018, p. 264)

En esta intensidad, se deben cumplir dos condiciones:

- “Que la medida persiga una finalidad no prohibida por la Constitución
- Que la medida resulte adecuada a efectos de alcanzar el objetivo propuesto” (Parra, 2018, p. 265)

Juicio intermedio

- “Cuando la medida restrinja un derecho constitucional no fundamental

- Cuando exista un indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación a la libre competencia
- Cuando la medida se funda en una categoría semisospechosa
- Cuando se instrumente una medida de discriminación inversa
- Cuando, prima facie, se genere serias dudas respecto de la afectación de un derecho fundamental” (Parra, 2018, p. 265)

En esta intensidad, se deben cumplir tres condiciones:

- “La medida persiga una finalidad constitucional importante
- La medida sea efectivamente conducente
- La medida no resulte evidentemente desproporcionada” (Parra, 2018, p. 266)

Juicio estricto

- “Cuando la medida supone un criterio sospechoso
- La medida está dirigida a personas en situación de debilidad manifiesta
- La medida afecte o amenace prima facie derechos fundamentales
- Cuando la medida cree un privilegio” (Parra, 2018, p. 266)

En esta intensidad, se deben cumplir cuatro condiciones:

- “Que la medida persiga una finalidad constitucionalmente imperiosa, urgente o inaplazable
- Que la medida sea efectivamente conducente para alcanzar la finalidad

- Que la medida resulta necesaria
- Que la medida sea estrictamente proporcionada” (Parra, 2018, p. 266)

La segunda herramienta, la ponderación, “es un criterio metodológico racional que permite analizar la relación entre las libertades fundamentales y sus posibles limitaciones, así como el nivel de satisfacción que debe alcanzar la faceta prestacional de los derechos” (T-461/18).

Como puede observarse, esta metodología está estrictamente relacionada con el análisis de la satisfacción de los derechos:

“La finalidad que persigue la aplicación de la ponderación a la faceta prestacional de los derechos fundamentales es determinar cuál debe ser el *nivel razonable de satisfacción del derecho*, el cual corresponde al contenido razonable atribuible al mismo. Este puede coincidir, o no, con *i) el nivel de satisfacción pretendido, ii) el nivel de satisfacción provisto* por el obligado, o, de ser el caso, *iii) un nivel de satisfacción distinto*. La conclusión a la que se llegue dependerá de las circunstancias del caso concreto.

Por consiguiente, tal como se señaló en los párrafos anteriores, con la aplicación de esta metodología se persigue determinar cuál debe ser el *nivel razonable de satisfacción* de la faceta prestacional de los derechos fundamentales. Este *nivel razonable de satisfacción*, a su vez, es indeterminado. Sin embargo, esta indeterminación se puede superar, al aplicar la ponderación en dos pasos: *i) un análisis interpretativo acerca del contenido de la faceta prestacional del derecho*, y, en consecuencia, del nivel de satisfacción razonable del mismo –análisis de

razonabilidad– y ii) un análisis empírico acerca del modo de satisfacción –análisis de proporcionalidad” (T-461/18)

Estos dos pasos, la razonabilidad y proporcionalidad, exigen que el juez adelante una labor de verificación de los supuestos que rondan el grado de satisfacción de los derechos en cuestión, los cuales fueron ejemplificados en la sentencia T-461/18:

Razonabilidad y proporcionalidad de los derechos fundamentales			
Presupuesto sustancial	Análisis de razonabilidad	Análisis de proporcionalidad	Remedio judicial
Que exista una amenaza o vulneración a un derecho fundamental	1. El juez debe verificar la existencia de (R).	No existe (R).	El juez debe ordenar que se dé cumplimiento al contenido del derecho.
		Sí existe (R). El juez debe estudiar la proporcionalidad** entre (a) y (R).	El juez deberá adoptar el remedio judicial más apropiado, en consideración
		(b) también es razonable. El juez debe estudiar la	

		proporcionalidad** entre (a) y (b).	a las circunstancias del caso concreto y la oferta institucional diseñada por el legislador y la administración.
2.	(a) no es razonable. Sin embargo, existen <i>otras alternativas razonables de satisfacción del derecho.</i>	El juez debe analizar la proporcionalidad de las <i>otras alternativas razonables de satisfacción del derecho.</i>	
3.	El contenido prestacional del derecho es insuficiente o inadecuado y, por lo tanto, inconstitucional.		

Convenciones

(a) – La pretensión del titular del derecho (*nivel de satisfacción pretendido*)

(b) – La política pública, programa o medida acusada (*nivel de satisfacción provisto*)

(R) – Razón constitucionalmente legítima para no conceder (a)

* La razonabilidad está determinada por la adscripción, *prima facie*, de (a), (b) o las otras alternativas razonables de satisfacción al contenido prestacional del derecho.

** La proporcionalidad se determina a partir de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

La tercera herramienta, los test constitucionales, comportan una de las metodologías más importantes que ha desarrollado la Corte Constitucional para fundamentar la toma de decisiones y la resolución de controversias constitucionales.

De hecho, el Alto Tribunal ha desarrollado un extenso número de test para abordar las cuestiones que son puestas a su consideración, los cuales incluyen, entre otros, el test de igualdad, el test de admisión de la demanda de constitucionalidad, el test de constitucionalidad especial en estados de excepción, el test de constitucionalidad de medidas regresivas en materia de derechos sociales, el test de proporcionalidad, el test de procedencia de la acción de tutela o el test de regresividad.

Dada la extensión de la materia, en esta oportunidad solo se abordará el test de sustitución, el cual guarda relación directa con la controversia bajo estudio y solamente es aplicable al control de constitucionalidad de las reformas constitucionales por vicios de competencia.

Tal como se expuso previamente, el test de sustitución se desarrolla a partir del estudio de tres premisas:

- a) “Premisa mayor. La integran tres pasos y según el texto, es “crucial para evitar caer en el subjetivismo judicial”. Los pasos son: (i) Enunciar “con suma claridad” cuál es el elemento esencial definitorio de la Constitución, que fue reemplazado; (ii) determinar, desde “múltiples referentes normativos” sus articulaciones específicas en la Constitución y (iii) mostrar por qué es esencial y definitorio ese elemento en la Constitución

- b) Premisa menor. Compuesta por dos verificaciones que operan como carga argumental: (i) verificar si ese elemento definitorio o no se reduce a un único artículo de la Constitución, pues si tal ocurre, no hay sustitución de la Carta, pues la nuestra no contiene cláusulas pétreas y (ii) verificar que la identificación de elemento esencial, no equivale a limitar el poder de reforma en nombre de un “intangible”
- c) Juicio de contraste o verificación. Este consiste en dos pasos: (1) determinar si el elemento esencial ha sido reemplazado o no por otro y (ii) determinar si el nuevo elemento esencial definitorio es tan diferente, que resulta incompatible con los elementos definitorios de la identidad de la Constitución” (Quinche, 2020, p. 656)

Al respecto, cabe mencionar que adicional a las consideraciones expuestas al finalizar el primer capítulo respecto de la relación entre el control material y el control de competencia, los propios defensores del test de sustitución han criticado la evolución que ha tenido en la jurisprudencia constitucional, a tal punto que han sostenido que este se ha llegado a banalizar tras ciertas decisiones del Alto Tribunal:

“La banalización del test de sustitución la advierte Uprimny, a propósito de la sentencia C-332 de 2017, que “hace parte de una tendencia jurisprudencial a banalizar el juicio de sustitución. Pareciera que para la Corte basta que haya una cierta afectación de algún pilar constitucional para que ese tribunal concluya que hay una sustitución constitucional, como lo hizo también en dos decisiones equivocadas de hace algunos meses, que anularon la comisión de aforados y la transformación de la sala administrativa del Consejo Superior de la Judicatura por supuestamente sustituir el pilar de la independencia judicial. La Corte ha “sustituido” entonces el

juicio de sustitución por un mero juicio de afectación. Es pues una evolución preocupante, más allá del presente caso, pues la Corte podría estar bloqueando peligrosamente el cambio constitucional” (Quinche, 2020, p. 659)

Una observación que coincide parcialmente con las preocupaciones esbozadas previamente y que dejan entrever que la aplicación de los test constitucionales, en este caso el test de sustitución, no está exenta de discusión, inclusive por aquellos que han defendido la interpretación que la Corte Constitucional realizó el artículo 241 para dar origen al control de constitucionalidad por vicios de competencia.

Estas tres herramientas evidencian un importante esfuerzo por parte de la Corte para satisfacer de la mejor manera posible la carga argumentativa que se espera por parte del juez constitucional para, en últimas, legitimar jurídicamente una decisión que en esencia es de naturaleza política, tal como se expondrá más adelante.

Originalismo orgánico

Si algo se puede concluir después de analizar los argumentos expuestos por los originalistas y no originalistas es que ambas concepciones interpretativas son válidas, fundamentan sus apreciaciones en preocupaciones legítimas sobre la protección de la Constitución y sirven para legitimar jurídicamente decisiones que son en esencia de carácter político. Una realidad que responde a la naturaleza misma del juez constitucional.

En efecto, no se puede inobservar que este es en sí mismo un actor político, dado, por un lado, su proceso de elección donde es el Senado de la República, el cuerpo colegiado de representación popular por excelencia, quien escoge al candidato de su preferencia dentro de la terna que envían, dependiendo el caso, el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Estado, lo cual conlleva a que las afinidades programáticas entre los candidatos y las bancadas con asiento en la Cámara Alta sean las que definan la construcción de las mayorías que le permitan a un ternado llegar a la Corte Constitucional.

Esta dinámica implica que, en la práctica, el juez constitucional es el resultado de una cadena de representación política y, como tal, es imposible que sus actuaciones estén estrictamente ceñidas al marco jurídico y alejadas del entorno político. Clara muestra de ello es lo que sucede en el proceso de elección de los togados tanto en el Senado colombiano como en el estadounidense y, en general, en todos los países que comparten un modelo institucional similar, donde los parlamentarios interrogan a los candidatos para conocer sus posiciones sobre aspectos inherentemente políticos como el aborto, la eutanasia, los derechos de las parejas del mismo sexo o el porte de armas, lo cual termina incidiendo en la decisión que toman los partidos al momento de la votación.

Por otro lado, aunque el carácter normativo de la Constitución es un elemento vital de la misma, no se puede dejar de lado que la esencia de este texto es de naturaleza política y, como tal, cualquier acción que adelante el juez constitucional va a terminar incidiendo en el desarrollo de unas bases programáticas que se forjaron en el proceso constituyente, lo cual

genera que la toma de decisiones por parte del togado esté precedida de una consideración política.

De hecho, el derecho constitucional, a diferencia de las otras ramas de la ciencia jurídica, tiene una alta carga política que es inherente a su esencia, dado que las discusiones que aborda esta disciplina están íntimamente ligadas al diseño institucional del Estado, el desarrollo de los derechos y la protección de las libertades. Aspectos que no se examinan con la misma perspectiva en el derecho civil o el administrativo, los cuales se desenvuelven a través de procedimientos codificados donde el margen de apreciación del funcionario judicial es considerablemente más restringido.

Tan es así, que cuando el juez constitucional crea tests como los de proporcionalidad, igualdad o sustitución, lo que busca es diseñar una metodología que le permita cumplir de la mejor manera posible con la carga argumentativa que se requiere para legitimar jurídicamente una decisión de naturaleza política, para lo cual, en primer lugar, elige aplicar la concepción interpretativa que le permite fundamentar de mejor manera su decisión.

En este sentido, vale señalar que autores como Ronald Dworkin, al desarrollar la noción de interpretación moralista, sostiene que la toma de decisiones del Juez Hércules se basa en criterios políticos, entendidos bajo un concepto amplio: “se trata de una noción de política más filosófica que se pregunta por los valores que la comunidad política quiere promover en el texto constitucional” (Parra, 2018, p. 304). Una visión que entiende que la resolución de controversias constitucionales está ligada al entendimiento social, político y cultural del juez

y que, en últimas, es imposible pretender que las decisiones se limiten a criterios estrictamente jurídicos alejados de controversias políticas.

Al respecto, cabe señalar que, en mi concepto, todos los métodos de interpretación son completamente válidos. Ninguno prima sobre otro y es completamente legítimo acudir a cualquiera de ellos. Defender la intención original de los constituyentes no implica ser anacrónico y entender que la Constitución se debe leer con base en las nuevas realidades no significa caer en un dañino activismo judicial.

Ambas concepciones son interesantes y responden a esa complejidad propia del proceso constituyente que agrupa varias visiones de País. Además, tanto la visión del constitucionalismo conservador como el liberal son el resultado de una concepción de Estado que trasciende a la noción que tienen los distintos grupos sociales frente a la autoridad, la jerarquía privada y el poder social (West, 1990, p. 643-644).

Por ejemplo, el elemento discrecional de la fórmula del peso de Alexy es el que al final decide cuál derecho ha de primar en el caso bajo estudio, toda vez que la valoración que le asigna el juez constitucional a cada uno de los principios en cuestión es el resultado de su aproximación política a los mismos. Por mencionar una situación, mientras que en la discusión del aborto un juez de tendencia liberal le otorgará mayor preponderancia a los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, un togado de origen conservador primará la defensa de la expectativa de vida del no nacido.

Ahora bien, cabe señalar que esta naturaleza política del derecho constitucional no es en lo absoluto de carácter negativo. Sin embargo, es una realidad que no se puede desconocer y que debe ser tomada en cuenta al momento de examinar el comportamiento funcional de quienes aplican esta disciplina.

En este contexto, el juez constitucional, como actor político que es, debe estar sujeto a unos límites competenciales claros que le sean exigibles y eviten una indebida concentración de poder en sus manos.

De hecho, es tan crítico este aspecto que no se puede dejar de lado que el propósito fundacional de las constituciones siempre fue limitar el poder para evitar abusos por parte de las autoridades públicas, razón por la que estos textos contienen un acápite orgánico que materializa la separación de poderes y busca impedir, a través del establecimiento de límites funcionales, que el Estado afecte ilegítimamente las libertades de los ciudadanos.

Y aunque históricamente la concentración de poder ha sido una tendencia que se centra en la rama ejecutiva, esto no implica que tal particularidad no se desarrolle en un Tribunal Constitucional que inobserva sus restricciones competenciales y se atribuye facultades que no le fueron asignadas por el constituyente. En últimas, más allá de las coyunturas políticas y sociales, la primacía y eficacia de la Constitución está ligada a que ninguna autoridad pública concentre más poder del debido, independientemente de si el actor en mención es el Presidente de la República o la Corte Constitucional.

De hecho, mi preocupación central con esta investigación no es que los Tribunales Constitucionales examinen el contenido de fondo de las reformas, una discusión que se viene librando desde hace más de un siglo y que tiene argumentos positivos tanto a favor como en contra, sino que estos desconozcan sus límites funcionales y expandan sus facultades vía interpretación judicial.

Es más, la recapitulación histórica realizada en el capítulo anterior evidencia que si bien la Corte Constitucional en principio se abrogó la competencia no dada por el constituyente de revisar el contenido de las reformas para evitar grandes concentraciones de poder en el ejecutivo o el legislativo, lo que terminó sucediendo con el paso de los años es que ese nuevo marco funcional le permitió salvaguardar, con la reforma al equilibrio de poderes, sus propios intereses y mantener intactos unos privilegios presupuestales y procesales que la amplia mayoría de los sectores políticos consideraban dañinos para el País.

Una dinámica cuyo resultado sería distinto si quien la propusiera fuera otra rama del poder público. Por ejemplo, ¿qué pasaría si el Presidente o el Congreso expandieran sus facultades a través de una interpretación extensiva del acápite orgánico de la Constitución? ¿Acaso sería deseable que esto sucediera? Por supuesto que no. Entonces, ¿por qué es válido que la Corte lo haga y las demás autoridades públicas no?

Al respecto, cabe señalar que tanto los actos del Presidente como del Congreso son objetos de revisión judicial. Ninguna de estas dos ramas puede actuar de manera deliberada porque

sus actuaciones pueden ser invalidadas por parte de un sistema judicial que actúa con independencia y cuyas decisiones deben ser respetadas.

Sin embargo, esa dinámica de control no acontece con los actos de la Corte Constitucional. Esta entidad es la única que tiene la prerrogativa de no contar con una institución que pueda determinar la validez de sus fallos, algo que ni siquiera ocurre con las otras altas cortes, dado que la constitucionalidad de sus providencias puede ser cuestionadas a través de la acción de tutela.

Por eso, el único límite que existe en el ordenamiento jurídico para circunscribir las actuaciones del Tribunal Constitucional es el marco competencial que diseñó el constituyente. De hecho, aunque se podría pensar que a través de la Comisión de Acusaciones de la Cámara es posible adelantar procesos disciplinarios y penales en contra de los magistrados que exceden sus facultades en la Corte, la historia ha demostrado que tal circunstancia no ocurre. El antejucio político que creó la Constitución para los togados es inoperante para estas circunstancias, razón por la que el único contrapeso viable a las decisiones de la Corte son las funciones que le fueron delimitadas en la Asamblea Constituyente.

Es por ello que considero que interpretar el acápite orgánico de la Constitución, y sobretodo el marco competencial de la Corte Constitucional, bajo la doctrina de la intención original del constituyente, de acuerdo a las circunstancias descritas previamente, es la forma más

adecuada, si no la única, de controlar las actuaciones del Tribunal y evitar que este expanda sus facultades para salvaguardar sus intereses y prerrogativas particulares.

De esta manera, con este originalismo orgánico, que se define como un método de interpretación constitucional a través del cual la autoridad competente interpreta el marco orgánico del texto superior con base en la intención original del constituyente, se superarían las tensiones que origina el auto otorgamiento de competencias por parte del interprete constitucional.

Y aunque pudiera pensarse que la aplicación de esta teoría derivaría en una actuación desbordada por parte del Congreso o el Ejecutivo, esto no necesariamente es así. Ambos poderes, como se mencionó anteriormente, son objeto de controles detallados por parte de otras ramas, incluyendo la propia Corte Constitucional. Así como es importante limitar a los funcionarios de elección popular, es igualmente relevante controlar las actuaciones de los togados, más aún cuando estos no son objeto de mayores controles sociales o políticos.

Ahora bien, cabe señalar que con esta postura no estoy rechazando las ventajas que acarrea el constitucionalismo viviente o la interpretación sistemática y finalista para la protección de las minorías o ajustar la Constitución a las nuevas realidades sociales. No obstante, una cosa es la construcción jurisprudencial que se puede llevar a cabo interpretando los derechos consagrados en la Carta o el bloque de constitucionalidad y otra las consecuencias que se derivan de expandir libremente el marco competencial del Tribunal.

En últimas, como lo afirmó en su momento el Magistrado Scalia, lo que garantiza la protección de las libertades y evita la concentración de poder no es la declaración de derechos ni el contenido dogmático de la Constitución, sino las disposiciones orgánicas que establecen límites y procedimientos que deben acatar las autoridades públicas (AmericanRethoric, 2016).

Por ejemplo, uno de los casos que ilustran de mejor manera los problemas institucionales que acarrea interpretar el acápite orgánico de manera extensiva y no con base en la intención original, adicional a lo acontecido con la reforma al equilibrio de poderes de 2015, es lo sucedido en torno al periodo del Fiscal General de la Nación. Si bien esta discusión no implica una reforma constitucional ni recae en cabeza de la Corte Constitucional, sino del Consejo de Estado, evidencia los desequilibrios que se generan a raíz de decisiones judiciales que se desligan de la visión que tuvieron los arquitectos de la Carta.

En efecto, en la Constituyente de 1991 se buscó que el Presidente de turno ternara al Fiscal General para un periodo que coincidiría con el del siguiente mandatario, de tal forma que el Jefe de Estado no tuviera un Fiscal de bolsillo. Sin embargo, a raíz de un conjunto de renunciaciones y decisiones judiciales el periodo del Fiscal se terminó modificando, a tal punto que ante el Consejo de Estado llegó la discusión acerca de si su periodo era personal o institucional (Asuntos Legales, 2012).

Por un lado, la Sala de Consulta y Servicio Civil, tras consulta elevada por el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, consideró que el periodo del Fiscal General

era institucional, con lo cual no se veía modificado por las eventuales renunciaciones o nulidades que se pudieran suscitar (Consejo de Estado, 2012).

Por otro lado, la Sala Plena concluyó que el periodo del Jefe del Ente Acusador era personal, lo que implicó que toda persona que ostente la dignidad de Fiscal General tiene derecho a completar un periodo de cuatro años sin importar si su nombramiento coincide o no con el del Presidente que lo ternó (Ámbito Jurídico, 2013).

Como resultado, actualmente el Presidente de la República terna al Fiscal General para un periodo que coincide con su mandato, lo cual genera una clara afectación a la independencia del ente acusador. Una dinámica que no existiría si el Consejo de Estado hubiera interpretado el periodo del Fiscal de acuerdo a la intención original del constituyente.

En últimas, estas situaciones dejan en evidencia los múltiples problemas que se generan cuando las Cortes interpretan las disposiciones orgánicas de la Carta sin ningún tipo de conexión con la discusión constituyente, privilegiando intereses personales y desconociendo los acuerdos políticos que motivaron la redacción plasmada en el texto.

En este sentido, vale señalar que respetar el procedimiento de reforma como mecanismo para actualizar la Constitución a las nuevas realidades sociales no implica petrificar la Carta ni atar a las nuevas generaciones a la voluntad de los muertos. De hecho, si la generación actual decide no alterar las disposiciones establecidas por sus predecesores es porque el diseño institucional planteado por ellos funciona y debe mantenerse o en razón a que la propuesta

de enmienda no es lo suficientemente sólida como para construir un acuerdo político que la respalde.

Por ejemplo, el hecho que la Constitución de Filadelfia de hace 233 años haya establecido disposiciones orgánicas como un Congreso bicameral o el poder de veto del Presidente a las iniciativas legislativas no implica que en la actualidad el pueblo americano esté sufriendo las consecuencias del yugo del pasado. Simplemente son disposiciones que funcionan y su eventual propuesta de modificación no alcanza el nivel de consenso necesario para que reciba el respaldo de la basta mayoría de actores políticos.

De igual manera, si las críticas en contra del colegio electoral como método de elección presidencial no han derivado en una reforma constitucional que lo sustituya es porque no se ha logrado construir un consenso político al respecto. En especial, teniendo en cuenta que tal enmienda centraría la campaña en los principales centros urbanos, con lo cual los estados menos poblados perderían relevancia en el mapa electoral.

Por ello, no se debe minimizar la relevancia del procedimiento de reforma ni pretender que el único camino viable para actualizar la Carta es a través de las decisiones judiciales. Es más, es tan cierto que la Constitución le pertenece a los vivos que son estos quienes tienen la potestad de decidir si mantienen intactas las disposiciones heredadas por sus antepasados, modificarlas o reemplazarlas por completo.

Eso sí, llevándolo a cabo, por lo menos respecto al acápite orgánico del texto constitucional, por medio de un amplio debate nacional que incluya a todos los sectores políticos, cumpla las reglas especiales del trámite legislativo, gire en torno al Congreso como máximo órgano de representación popular y, si es aplicable, sea objeto de refrendación o ratificación.

En especial, teniendo en cuenta que en el procedimiento de reforma, a diferencia de las discusiones internas del Tribunal Constitucional, el debate es público, más extenso y complejo. Al fin y al cabo, es más difícil construir un acuerdo entre 300 congresistas que son objeto de control social y responden a los intereses de su electorado que entre 9 magistrados sin reelección ni responsabilidad política.

Al final, como se planteó anteriormente, la preocupación central de la presente investigación es cómo lograr establecer límites reales al accionar de la Corte y evitar que esta expanda sus competencias sin ninguna restricción, para lo cual ningún camino brinda una respuesta tan efectiva, práctica y acertada como la interpretación del acápite orgánico de la Constitución a la luz de la intención original del constituyente.

Ahora bien, esto no quiere decir que el originalismo orgánico sea la última y definitiva solución a esa problemática. En especial, cuando termina siendo un límite auto impuesto que corre el riesgo de fracasar como sucede con la doctrina de la auto contención judicial. Sin embargo, vale señalar que la dificultad del *judicial restraint* como se entiende actualmente es que no hay un parámetro claro de hasta dónde se puede limitar la actuación del Tribunal y bajo qué condiciones, con lo cual todo queda dependiendo de la voluntad del juez.

Con el originalismo orgánico, en cambio, el margen de discrecionalidad disminuye y se establece un parámetro de acción que todos los actores que intervienen en la discusión constitucional pueden conocer con claridad desde el inicio mismo del proceso de análisis, con lo cual es posible exigirle al juez constitucional que circunscriba su actuación a unas circunstancias previamente conocidas. No obstante, fortalecer el sistema de controles a las Cortes para preservar la separación de poderes y el respeto irrestricto de la Constitución exige un constante ejercicio de análisis que se seguirá desarrollando en futuros escenarios de investigación.

CONCLUSIONES

Después de analizar el desarrollo histórico de las reformas constitucionales realizadas a la Constitución de 1991 y de abordar las distintas posturas de interpretación constitucional, es pertinente plantear las siguientes conclusiones.

- Colombia pasó de tener un procedimiento ultra rígido de reforma bajo la Constitución de 1886 a uno realmente flexible con la Constitución de 1991. Desde la expedición de la nueva Carta se han aprobado más de 50 enmiendas que dejan entrever la necesidad de endurecer el procedimiento de reforma, por ejemplo, con la aprobación de los proyectos por 2/3 partes de los miembros, de tal forma que las modificaciones a la Constitución dejen de responder a las coyunturas políticas y, por el contrario, reflejen verdaderos acuerdos nacionales que brinden estabilidad institucional.
- La confrontación entre las Cortes y el Congreso en torno al control de constitucionalidad de las reformas constitucionales es una realidad jurídico-política que se originó desde los 70's y no ha cesado desde entonces. A pesar de un breve periodo de calma en los 90's, el Tribunal Constitucional y el máximo órgano de representación popular viven en un constante choque institucional en torno al alcance del poder de reforma y la revisión de las facultades del juez constitucional.
- En la Constituyente de 1991 hubo un acuerdo claro por parte de todos los actores políticos de limitar el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales a los vicios de procedimiento. La revisión de fondo de las enmiendas era una

actuación que buscaron evitar los constituyentes, para lo cual establecieron un marco competencial detallado que circunscribía expresamente las facultades de la Corte a los vicios de forma.

- El Tribunal Constitucional, ya sea la Corte Suprema o la Corte Constitucional, siempre ha buscado interpretar su marco competencial para expandir sus facultades en torno al control de constitucionalidad de las reformas constitucionales, independientemente de si hubo o no un cambio de Constitución.
- El Presidente Uribe, a diferencia de los mandatarios de las últimas décadas, buscó constitucionalizar su carisma a través de una altísima intensidad reformadora que estaba soportada en los niveles históricos de aprobación de su administración, lo cual generó una nueva dinámica político-institucional que tuvo el apoyo mayoritario del Congreso, pero que generó resistencia en la Corte Constitucional, quien a pesar de no oponerse a las principales enmiendas de su primer mandato, sí expandió sus facultades para crear el control de constitucionalidad por vicios de competencia y dejar abierta la puerta para acudir a este mecanismo en futuras controversias.
- La reforma al equilibrio de poderes demostró que la Corte Constitucional acudirá cuantas veces sea necesario a la doctrina de los límites materiales del poder de reforma para detener cualquier intento de enmienda que afecte sus competencias, sus recursos o privilegios procesales. Sin importar si los magistrados se encuentran inmersos en potenciales conflictos de interés, los vicios de competencia terminan siendo utilizados como fundamento jurídico de decisiones que evitan desmejorar las prerrogativas que tiene el Tribunal Constitucional.

- La Corte Constitucional ha sido históricamente cercana al poder ejecutivo. Salvo discusiones puntuales, el Tribunal no se ha interpuesto a la agenda reformativa de los Gobiernos, a tal punto que la creación del control de constitucionalidad por vicios de competencia ha fungido, en la mayoría de ocasiones, como soporte argumentativo a favor de las enmiendas.
- La creación y desarrollo de los vicios de competencia no ha sido pacífica. Además de la resistencia en distintos sectores políticos, al interior de la propia Corte ha existido un bloque minoritario que ha expresado su reproche a que el Tribunal expanda sus facultades vía interpretación y examine el contenido de fondo de las enmiendas, a pesar de haber sido expresamente prohibido por la Constitución.
- La interpretación constitucional es un ejercicio jurídico que brinda soporte argumentativo a decisiones de naturaleza política. El derecho constitucional, quizás como ninguna otra rama del derecho, es la extensión de las discusiones políticas que se desarrollaron en el proceso constituyente y que se acontecen en el devenir institucional del País.
- Así como las distintas vertientes del originalismo son utilizadas por los sectores conservadores del derecho constitucional para limitar la asunción de facultades legislativas por parte de las Cortes, el constitucionalismo viviente es desarrollado por los bloques liberales para soportar el activismo judicial. En últimas, las discusiones políticas que se dan en el Congreso se trasladan a los Tribunales y, como tal, todos los métodos de interpretación son válidos y legítimos. Ninguno prima sobre otro ni

tiene por qué ser descalificado. La elección de un método en particular como soporte argumentativo de una decisión constitucional dependerá del sector ideológico que ostente las mayorías dentro del Tribunal Constitucional.

- La Corte Constitucional, como actor político que es, siempre buscará defender sus intereses y prerrogativas por medio de sus decisiones, así ello implique expandir sus facultades y desconocer el marco competencial que estableció el constituyente.
- Interpretar el acápite orgánico de la Constitución de conformidad con la intención original del constituyente es quizás la única forma de evitar que la Corte Constitucional utilice la interpretación constitucional como mecanismo jurídico para expandir sus facultades y sobreponerse a las otras ramas del poder público. Al no tener la Corte otra autoridad que ejerza un efectivo contrapeso a sus decisiones, el originalismo orgánico cobra real importancia para lograr limitar la actuación del juez constitucional.
- La Constitución les pertenece a los vivos, a tal punto que estos son los que deciden qué acápites modificar a través del procedimiento de reforma establecido en la Carta. Aceptar de plano la tesis de que la Constitución es aquello que dice la Corte Constitucional implica desconocer por completo todo el proceso político que trasciende el trámite de enmienda y convertir a la Carta en un cheque en blanco donde magistrados no electos popularmente, sin responsabilidad política ni ningún tipo de control por parte de otra autoridad determinan de forma egoísta el futuro del País.

- Evitar la concentración de poder en cabeza de una autoridad es el propósito fundacional de las Constituciones. Sin importar si se está hablando de la Rama Ejecutiva, Legislativa o Judicial, no es deseable que una entidad actúe sin límite y determine autónomamente su marco competencial sin que exista un contrapeso efectivo. Ningún poder absoluto es bueno, ni el del Presidente ni el del Tribunal Constitucional.
- El sistema judicial, sobre todo el control de constitucionalidad, debería estar basado sobre la piedra angular de la seguridad jurídica. Que las personas puedan prever la toma de decisiones y tengan certeza sobre las actuaciones de las Cortes. Que un proceso judicial no se convierta en una caja de pandora donde los jueces expandan sus competencias sin ningún tipo de control y cambien las reglas de juego sin límite para privilegiar sus intereses.

REFERENCIAS

- Ackerman, B. (2019). *Revolutionary Constitutions: Charismatic Leadership and the Rule of Law*. Cambridge & London: Harvard University Press.
- AmericanRethoric (16 de febrero de 2016). Antonin Scalia – On American Exceptionalism. [Archivo de video]. Recuperado de https://www.youtube.com/watch?v=Ggz_gd--U00
- Ámbito Jurídico (6 de julio de 2012). Sostenibilidad fiscal no es principio constitucional. *Ámbito Jurídico*. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/general/administrativo-y-contratacion/sostenibilidad-fiscal-no-es-principio-constitucional>
- Ámbito Jurídico (2013). Periodo del fiscal general es personal: Consejo de Estado. Recuperado de <https://www.ambitojuridico.com/noticias/administrativo/administracion-publica/periodo-del-fiscal-general-es-personal-consejo-de>
- Asamblea Nacional Constituyente (4 de abril de 1991). Gaceta constitucional No. 36. <https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll26/id/3786>
- Asamblea Nacional Constituyente (1 de mayo de 1991). Gaceta constitucional No. 64. <https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll26/id/3771>
- Asamblea Nacional Constituyente (16 de mayo de 1991). Gaceta constitucional No. 75. <https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll26/id/3739>
- Asamblea Nacional Constituyente (24 de mayo de 1991). Gaceta constitucional No. 81. <https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll26/id/3798>
- Asamblea Nacional Constituyente (6 de junio de 1991). Gaceta constitucional No. 91. <https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll26/id/3831>

Asuntos Legales (2012). Las interpretaciones sobre el periodo del fiscal Montealegre.

Recuperado de <https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/las-interpretaciones-sobre-el-periodo-del-fiscal-montealegre-2005280>

Asuntos Legales (15 de noviembre de 2017). Así quedó la Jurisdicción Especial para la Paz

tras la revisión en la Corte. *Asuntos Legales*.

<https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/asi-queda-la-jep-tras-la-revision-en-la-corte-constitucional-2569891>

Baude, W. (2017). Originalism as a constraint on judges. *The University of Chicago Law Review*, 84, 2213-2229.

BBC (15 de junio de 2014). Dos visiones sobre la paz se enfrentan en las urnas en Colombia.

BBC. https://www.bbc.com/mundo/noticias/2014/06/140613_colombia_elecciones_previa_santos_zuluaga_paz_aw

BBC (2 de octubre de 2016). Colombia: ganó el “No” en el plebiscito por los acuerdos de

paz con las FARC. *BBC*. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-37537187>

BBC (11 de marzo de 2020). Qué fue la Séptima Papeleta, el movimiento que cambió

Colombia hace 30 años (y por qué sus demandas aún están insatisfechas). *BBC*.

<https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-51829209>

Berger, R. (1997). Jack Rakove’s Rendition of Original Meaning. *Indiana Law Journal*, 72,

619-649.

Berman, M. (2017). The tragedy of Justice Scalia. *Michigan Law Review*, 115 (6), 783-808.

Bernal, C. (2009). *El Neoconstitucionalismo y la normatividad del Derecho. Escritos de derecho constitucional y filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado.

Bernal, C. (2013). Fundamentos y significado de la doctrina de la sustitución de la Constitución. Un análisis del control de constitucionalidad de las reformas a la Constitución en Colombia. En Henao, J. (Editor) *Diálogos constitucionales de Colombia con el mundo. VII Encuentro de la jurisdicción constitucional* (p. 404-431). Bogotá: Corte Constitucional, Universidad Externado.

Blu Radio (2 de junio de 2016). Los escándalos más sonados que han golpeado a la Judicatura. *Blu Radio*. <https://www.bluradio.com/judicial/los-escandalos-mas-sonados-que-han-golpeado-a-la-judicatura>

Cajas, M. (2015). *La historia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 1886-1991*. Universidad de Los Andes, Universidad ICESI.

Caracol Radio (3 de noviembre de 1997). Samper pide al Congreso aprobar la extradición sin restricciones. *Caracol Radio*. https://caracol.com.co/radio/1997/11/03/judicial/0878540400_072503.html

Caracol Radio (26 de agosto de 2009). Ley del referendo reeleccionista se votará el martes. *Caracol Radio*. https://caracol.com.co/radio/2009/08/26/nacional/1251318240_868034.html

Caracol Radio (22 de septiembre de 2010). Colombia ha pasado de ser un Estado fallido a una nación atractiva ante el mundo: Santos. *Caracol Radio*. https://caracol.com.co/radio/2010/09/22/internacional/1285156860_361605.html

Caracol Radio (4 de octubre de 2015). Magistrado Mauricio González deberá continuar en debate de reforma de equilibrio de poderes. *Caracol Radio*. https://caracol.com.co/radio/2015/10/04/politica/1443989975_780551.html

- Caracol TV (4 de julio de 2021). Constitución de 1991: el papel de la mafia en la prohibición de la extradición. *Caracol TV*. <https://noticias.caracoltv.com/politica/constitucion-de-1991-el-papel-de-la-mafia-en-la-prohibicion-de-la-extradicion>
- Carbonell, M. (2012). Sobre la Constitución viviente. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 42 (117), 347-357.
- Castaño, L. (2010). *Justicia e interpretación constitucional*. Bogotá: Leyer.
- Colby, T., Smith, P. (2009). Living originalism. *Duke Law Journal*, 59 (2), 239-307.
- Colón-Ríos, J. (2011). Carl Schmitt and Constituent Power in Latin American Courts: The Cases of Venezuela and Colombia. *Constellations*, 18 (3), 365-388.
- Congreso de la República de Colombia (4 de diciembre de 1979). Acto Legislativo 01 de 1979. DO: 35416
- Congreso de la República de Colombia (18 de agosto de 1993). Acto Legislativo 01 de 1993. DO: 40995.
- Congreso de la República de Colombia (24 de noviembre de 1993). Acto Legislativo 02 de 1993. DO: 41117.
- Congreso de la República de Colombia (15 de diciembre de 1993). Acto Legislativo 03 de 1993. DO: 41140.
- Congreso de la República de Colombia (1 de diciembre de 1995). Acto Legislativo 01 de 1995. DO: 42132.
- Congreso de la República de Colombia (21 de diciembre de 1995). Acto Legislativo 02 de 1995. DO: 42.159.
- Congreso de la República de Colombia (17 de enero de 1996). Acto Legislativo 01 de 1996. DO: 42688.

Congreso de la República de Colombia (16 de diciembre de 1997). Acto Legislativo 01 de 1997. DO: 43195.

Congreso de la República de Colombia (10 de agosto de 1999). Acto Legislativo 01 de 1999. DO: 43654.

Congreso de la República de Colombia (18 de agosto de 2000). Acto Legislativo 01 de 2000. DO: 44133.

Congreso de la República de Colombia (18 de agosto de 2000). Acto Legislativo 02 de 2000. DO: 44133

Congreso de la República de Colombia (1 de enero de 2001). Acto Legislativo 01 de 2001. DO: 445506.

Congreso de la República de Colombia (31 de diciembre de 2001). Acto Legislativo 02 de 2001. DO: 44663.

Congreso de la República de Colombia (31 de enero de 2002). Acto Legislativo 01 de 2002. DO: 44693.

Congreso de la República de Colombia (agosto 07 de 2002). Acto Legislativo 02 de 2002. DO: 44893.

Congreso de la República de Colombia (20 de diciembre de 2002). Acto Legislativo 03 de 2002. DO: 45040.

Congreso de la República de Colombia (21 de enero de 2003). Por la cual se convoca un referendo y se somete a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional. [Ley 796 de 2003]. DO: 45070.

Congreso de la República de Colombia (3 de julio de 2003). Acto Legislativo 01 de 2003. DO: 45237.

Congreso de la República de Colombia (19 de diciembre de 2003). Acto Legislativo 02 de 2003. DO: 45406.

Congreso de la República de Colombia (8 de enero de 2004). Acto Legislativo 01 de 2004. DO: 45424.

Congreso de la República de Colombia (28 de diciembre de 2004). Acto Legislativo 02 de 2004. DO: 45775.

Congreso de la República de Colombia (22 de julio de 2005). Acto Legislativo 01 de 2005. DO: 45980.

Congreso de la República de Colombia (22 de julio de 2005). Acto Legislativo 02 de 2005. DO: 45980.

Congreso de la República de Colombia (29 de diciembre de 2005). Acto Legislativo 03 de 2005. DO: 46136.

Congreso de la República de Colombia (27 de junio de 2007). Acto Legislativo 01 de 2007. DO: 46672.

Congreso de la República de Colombia (6 de julio de 2007). Acto Legislativo 02 de 2007. DO: 46681.

Congreso de la República de Colombia (10 de julio de 2007). Acto Legislativo 03 de 2007. DO: 46685.

Congreso de la República de Colombia (11 de julio de 2007). Acto Legislativo 04 de 2007. DO: 46686.

Congreso de la República de Colombia (26 de diciembre de 2008). Acto Legislativo 01 de 2008. DO: 47293.

Congreso de la República de Colombia (14 de julio de 2009). Acto Legislativo 01 de 2009.

DO: 47410.

Congreso de la República de Colombia (8 de septiembre de 2009). Por medio de la cual se convoca a un referendo constitucional y se somete a consideración de pueblo un proyecto de reforma constitucional. [Ley 1354 de 2009]. DO: 47466.

Congreso de la República de Colombia (21 de diciembre de 2009). Acto Legislativo 02 de 2009. DO: 47570.

Congreso de la República de Colombia (31 de mayo de 2011). Acto Legislativo 01 de 2011. DO: 48086.

Congreso de la República de Colombia (21 de junio de 2011). Acto Legislativo 02 de 2011. DO: 48107.

Congreso de la República de Colombia (1 de julio de 2011). Acto Legislativo 03 de 2011. DO: 48117.

Congreso de la República de Colombia (7 de julio de 2011). Acto Legislativo 04 de 2011. DO: 48123.

Congreso de la República de Colombia (18 de julio de 2011). Acto Legislativo 05 de 2011. DO: 48134.

Congreso de la República de Colombia (24 de noviembre de 2011). Acto Legislativo 06 de 2011. DO: 48263.

Congreso de la República de Colombia (31 de mayo de 2012). Acto Legislativo 01 de 2012. DO: 48086.

Congreso de la República de Colombia (21 de junio de 2012). Acto Legislativo 02 de 2012. DO: 48107.

Congreso de la República de Colombia (15 de julio de 2013). Acto Legislativo 01 de 2013.

DO: 48852.

Congreso de la República de Colombia (25 de junio de 2015). Acto Legislativo 01 de 2015.

DO: 49554.

Congreso de la República de Colombia (1 de julio de 2015). Acto Legislativo 02 de 2015.

DO: 49560.

Congreso de la República de Colombia (2 de diciembre de 2016). Acto Legislativo 01 de

2016. DO: 49927.

Congreso de la República de Colombia (4 de abril de 2017). Acto Legislativo 01 de 2017.

DO: 50196.

Congreso de la República de Colombia (11 de mayo de 2017). Acto Legislativo 02 de 2017.

DO: 50230.

Congreso de la República de Colombia (23 de mayo de 2017). Acto Legislativo 03 de 2017.

DO: 50242.

Congreso de la República de Colombia (8 de septiembre de 2017). Acto Legislativo 04 de

2017. DO: 50350.

Congreso de la República de Colombia (29 de noviembre de 2017). Acto Legislativo 05 de

2017. DO: 50432.

Congreso de la República de Colombia (18 de enero de 2018). Acto Legislativo 01 de 2018.

DO: 50480.

Congreso de la República de Colombia (17 de julio de 2018). Acto Legislativo 02 de 2018.

DO: 50657.

Congreso de la República de Colombia (11 de julio de 2019). Acto Legislativo 01 de 2019.

DO: 51011.

Congreso de la República de Colombia (15 de julio de 2019). Acto Legislativo 02 de 2019.

DO: 51011.

Congreso de la República de Colombia (25 de julio de 2019). Acto Legislativo 03 de 2019.

DO: 51025.

Congreso de la República de Colombia (18 de septiembre de 2019). Acto Legislativo 04 de

2019. DO: 51080.

Congreso de la República de Colombia (26 de diciembre de 2019). Acto Legislativo 05 de

2019. DO: 51178.

Congreso de la República de Colombia (22 de julio de 2020). Acto Legislativo 01 de 2020.

DO: 51383.

Congreso de la República de Colombia (22 de julio de 2020). Acto Legislativo 02 de 2020.

DO: 51383.

Congreso de la República de Colombia (14 de julio de 2021). Acto Legislativo 01 de 2021.

DO: 51735.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil (12 de marzo de 2012). Concepto 2095.

[C.P. William Zambrano].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A

(15 de noviembre de 2018). Sentencia 05001-23-33-000-2013-01754-01(4450-16).

[M.P. William Hernández].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C
(17 de septiembre de 2021). Sentencia 05001-23-31-000-2000-00492-01(50636).

[C.P. Jaime Enrique Rodríguez].

Constitución Política de Colombia (4 de julio de 1991).

Corte Constitucional (26 de septiembre de 1995). Sentencia T-425 de 1995. [M.P. Eduardo
Cifuentes]

Corte Constitucional (29 de abril de 1997). Sentencia C-222 de 1997. [M.P. José Gregorio
Hernández]

Corte Constitucional (19 de agosto de 1997). Sentencia C-387 de 1997. [M.P. Fabio Morón
Díaz]

Corte Constitucional (1 de octubre de 1998). Sentencia C-543 de 1998. [M.P. Carlos Gaviria]

Corte Constitucional (2 de septiembre de 1998). Sentencia C-456 de 1998. [M.P. Antonio
Barrera]

Corte Constitucional (26 de junio de 2002). Sentencia C-487 de 2002. [M.P. Álvaro Tafur]

Corte Constitucional (6 de agosto de 2002). Sentencia C-614 de 2002. [M.P. Rodrigo
Escobar]

Corte Constitucional (9 de julio de 2003). Sentencia C-551 de 2003 [M. P. Eduardo
Montealegre]

Corte Constitucional (9 de diciembre de 2003). Sentencia C-1200 de 2003. [M.P. Manuel
José Cepeda, Rodrigo Escobar]

Corte Constitucional (7 de octubre de 2004). Sentencia C-970 de 2004 [M. P. Rodrigo
Escobar Gil]

Corte Constitucional (7 de octubre de 2004). Sentencia C-971 de 2004 [M. P. Manuel José
Cepeda]

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

Corte Constitucional (7 de marzo de 2007). Sentencia C-153 de 2007. [M. P. Jaime Córdoba]

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

Corte Constitucional (1 de febrero de 2010). Sentencia C-040 de 2010 [M. P. Luis Ernesto Vargas]

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

Corte Constitucional (28 de abril de 2010). Sentencia C-303 de 2010 [M. P. Luis Ernesto Vargas]

Corte Constitucional (22 de julio de 2011). Sentencia C-574 de 2011 [M. P. Juan Carlos Henao]

Corte Constitucional (26 de julio de 2011). Sentencia C-577 de 2011. [M.P. Gabriel Mendoza]

Corte Constitucional (29 de marzo de 2012). Sentencia C-249 de 2012. [M.P. Juan Carlos Henao]

Corte Constitucional (18 de abril 2012). Sentencia C-288 de 2012. [M.P. Luis Ernesto Vargas]

Corte Constitucional (6 de diciembre de 2012). Sentencia C-1056 de 2012. [M.P. Nilson Pinilla]

Corte Constitucional (23 de enero de 2013). Sentencia C-010 de 2013. [M.P. Luis Ernesto Vargas]

Corte Constitucional (28 de agosto de 2013). Sentencia C-579 de 2013. [M.P. Jorge Ignacio Pretelt]

Corte Constitucional (23 de octubre de 2013). Sentencia C-740 de 2013. [M.P. Nilson Pinilla]

Corte Constitucional (30 de julio de 2014). Sentencia C-572A/14 [M. P. Mauricio González]

Corte Constitucional (6 de agosto de 2014). Sentencia C-577 de 2014. [M.P. Martha Victoria Sáchica]

Corte Constitucional (1 de octubre de 2015). Sentencia SU-626 de 2015. [M.P. Mauricio González]

Corte Constitucional (16 de febrero de 2016). Auto 058/16. [M.P. Jorge Iván Palacio]

Corte Constitucional (24 de febrero de 2016). Sentencia C-084 de 2016. [M.P. Luis Ernesto Vargas]

Corte Constitucional (1 de junio de 2016). Sentencia C-285 de 2016. [M.P. Luis Guillermo Guerrero]

Corte Constitucional (13 de julio de 2016). Sentencia C-373 de 2016 [M.P. Alejandro Linares, Gabriel Mendoza]

Corte Constitucional (15 de febrero de 2017). Sentencia C-094 de 2017. [M.P. Aquiles Arrieta]

Corte Constitucional (22 de febrero de 2017). Sentencia C-115 de 2017. [M.P. Alejandro Linares]

Corte Constitucional (17 de mayo de 2017). Sentencia C-332 de 2017. [M.P. Antonio José Lizarazo]

Corte Constitucional (11 de octubre de 2017). Sentencia C-630 de 2017. [M.P. Luis Guillermo Guerrero, Antonio José Lizarazo]

Corte Constitucional (14 de noviembre de 2017). Sentencia C-674 de 2017. [M.P. Luis Guillermo Guerrero]

Corte Constitucional (4 de abril de 2018). Sentencia C-020 de 2018. [M.P. Carlos Bernal]

Corte Constitucional (18 de abril de 2018). Sentencia C-027 de 2018. [M.P. José Fernando Reyes]

Corte Constitucional (25 de julio de 2018). Sentencia C-076 de 2018. [M.P. Alberto Rojas]

Corte Constitucional (3 de diciembre de 2018). Sentencia T-461 de 2018. [M.P. Carlos Bernal]

Corte Constitucional (6 de mayo de 2020). Sentencia C-140 de 2020. [M.P. José Fernando Reyes]

Corte Constitucional (2 de septiembre de 2021). Sentencia C-294 de 2021. [M.P. Cristina Pardo]

Corte Suprema de Justicia (5 de mayo de 1978). Sentencia del 5 de mayo de 1978. [MP. José María Guerrero].

Corte Suprema de Justicia (3 de noviembre de 1981). Sentencia 785 del 3 de noviembre de 1981. [MP. Fernando Uribe].

Corte Suprema de Justicia (9 de octubre de 1990). Sentencia 2214 del 9 de octubre de 1990. [MP. Hernando Gomez Otálora, Fabio Morón Díaz]

Departamento Nacional de Planeación (2003). *Plan Nacional de Desarrollo 2002-2006 Hacia un Estado Comunitario*. <https://colaboracion.dnp.gov.co/cdt/pnd/pnd.pdf>

El Espectador (24 de julio de 2010). Farc y ELN tienen menos de 10.000 integrantes, dice el Gobierno. *El Espectador*. <https://www.elespectador.com/politica/farc-y-eln-tienen-menos-de-10000-integrantes-dice-el-gobierno-article-215214/>

El Espectador (9 de junio de 2011). Aprobada la reforma a las regalías. *El Espectador*.
<https://www.elespectador.com/politica/aprobada-la-reforma-a-las-regalias-article-276334/>

El Espectador (3 de mayo de 2012). Se abre paso eliminación del Consejo Superior de la Judicatura. *El Espectador*. <https://www.elespectador.com/politica/se-abre-paso-eliminacion-del-consejo-superior-de-la-judicatura-article-343425/>

El Espectador (28 de julio de 2018). La histórica pelea entre Uribe y la Corte Suprema. *El Espectador*. <https://www.elespectador.com/judicial/la-historica-pelea-entre-uribe-y-la-corte-suprema-article-802875/>

El Espectador (23 de febrero de 2021a). El control fiscal después de la Constitución del 91: todo cambió para seguir igual. *El Espectador*.
<https://www.elespectador.com/economia/analisis-el-control-fiscal-despues-de-la-constitucion-del-91-todo-cambio-para-seguir-igual-article/>

El Espectador. (25 de agosto de 2021b). La Corte debe detener el populismo punitivo. *El Espectador*. <https://www.elespectador.com/opinion/editorial/la-corte-debe-detener-el-populismo-punitivo/>

El Tiempo (5 de julio de 1991). Ha renacido la esperanza : Presidente Gaviria. *El Tiempo*.
<https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-115292>

El Tiempo (3 de marzo de 1996). E.U. Castigó a Samper. *El Tiempo*.
<https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-346543>

El Tiempo (9 de marzo de 1997a). Ante la tercera descertificación. *El Tiempo*.
<https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-553567>

El Tiempo (22 de julio de 1997b). El sí pero no de Samper a la extradición. *El Tiempo*.

<https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-598870>

El Tiempo (12 de junio de 1997c). Las jugadas del debate sobre extradición. *El Tiempo*.

<https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-590496>

El Tiempo (9 de abril de 1997d). Samper le abre las puertas a la extradición. *El Tiempo*.

<https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-544309>

El Tiempo (10 de junio de 2009). El “choque de trenes” entre el Gobierno y la Corte Suprema está sin árbitro. *El Tiempo*. <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-5409204>

El Tiempo (26 de febrero de 2010). La Corte Constitucional le dijo “no” al referendo reeleccionista: Era Uribe terminará el 7 de agosto. *El Tiempo*.

<https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-7304227>

El Tiempo (8 de agosto de 2012). El acto legislativo 01 de 2011. *El Tiempo*.

<https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-12110172>

El Tiempo (13 de septiembre de 2014). Gobierno Uribe intentará, otra vez, llevar la reforma de la justicia al Congreso. *El Tiempo*.

<https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1504286>

El Tiempo (16 de febrero de 2016a). Corte no acepta impedimento en demanda al equilibrio de poderes. *El Tiempo*. <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16511607>

El Tiempo (1 de junio de 2016b). Corte tumba el Consejo de Gobierno Judicial y revive a la Judicatura. *El Tiempo*. <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16608979>

<https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16608979>

El Tiempo (27 de marzo de 2019). Contralor General presenta en el Congreso reforma al control fiscal. El Tiempo.

<https://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/contralor-general-presenta-en-el-congreso-reforma-al-control-fiscal-342410>

El Tiempo (8 de septiembre de 2021)._Mafia, dólares y política: la historia del proceso 8.000.

El Tiempo. <https://www.eltiempo.com/politica/partidos-politicos/proceso-8-000-que-tienen-que-ver-ernesto-samper-y-andres-pastrana-616558>

Figuroa García-Herreros, N. (2020). Procesos constituyentes en América del Sur: Entre dos alternativas. *Derecho y Crítica Social* 6(2), 216-248.

Figuroa García-Herreros, N. (2020a). El pueblo como poder constituido: Democracia participativa y separación de poderes en Colombia. En A. Barreto Rozo, N. Figuroa García-Herreros, & J. González Jácome (Eds.), *Poder constituyente a debate: Perspectivas desde América Latina* (pp. 117-168). Universidad de los Andes Colombia. <https://doi.org/10.15425/2017.321>

García, M. (2009). *Mayorías sin democracia. Desequilibrio de poderes y estado de derecho en Colombia, 2002-2009*. DeJusticia.

Gaviria, J. O. (2006). *A Uribe lo que es de Uribe*. Editorial Planeta.

García, S., Gnecco, F. (2016). La teoría de la sustitución: de la protección de la supremacía e integridad de la constitución, a la aniquilación de la titularidad del poder de reforma constitucional en el órgano legislativo. *Vniversitas* (133), 59-104. DOI: 10.11144/Javeriana.vj133.tsps

- González, M. (2022). *Una lectura política de la doctrina de sustitución de la Constitución: el uribismo en resistencia al modelo constitucional de 1991*. (Tesis de Maestría). Universidad de Los Andes.
- Halmai, G. (2012). Unconstitutional Constitutional Amendments: Constitutional Courts as Guardians of the Constitution?. *Constellations*, 19 (2), 182-203.
- Hart, H. L. A. (2009). *El Concepto de Derecho*. [Traducido al español de The Concept of Law]. Buenos Aires: AbeledoPerreot.
- Jacobsohn, G. J. (2006). An unconstitutional constitution? A comparative perspective. *Oxford University Press and New York University School of Law*, 4 (3), 460–487.
doi:10.1093/icon/mol016
- Jefferson, T. (1958). Thomas Jefferson to James Madison. *Princeton University Press*, 15, 392-8.
- Kelsen, H. (2005). *Pure Theory of Law*. [Traducido al inglés de Reine Rechtslehre]. New Jersey: The Lawbook Exchange, Ltd.
- La Silla Vacía (25 de mayo de 2012). Por qué el marco jurídico para la paz es el tema que más divide a Uribe y a Santos. *La Silla Vacía*.
<https://www.lasillavacia.com/historias/silla-nacional/por-que-el-marco-juridico-para-la-paz-es-el-tema-que-mas-divide-a-uribe-y-a-santos>
- Lawson, G. (2002). Delegation and original meaning. *Virginia Law Review*, 88 (2), 327-404.
- López, D. (2002). *Interpretación constitucional*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.
- Manning, J. (2017). Justice scalia and the idea of judicial restraint. *Michigan Law Review*, 115 (6), 747-782.

Ministerio de Defensa (2008). *Logros de la política de consolidación de la seguridad democrática* – pcds.

https://www.mindefensa.gov.co/irj/go/km/docs/Mindefensa/Documentos/descargas/Resultados_Operacionales_2/resultadosenero-marzo.pdf

Ministerio de Educación (2002). *Manifiesto Democrático – 100 puntos Álvaro Uribe Vélez*.
https://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-85269_archivo_pdf.pdf

Parra, N. (2018). *Temperamentos interpretativos*. Bogotá: Legis.

Portafolio (12 de junio de 2006). El articulito de la reelección se hizo realidad. *Portafolio*.
<https://www.portafolio.co/economia/finanzas/articulito-reeleccion-hizo-realidad-354842>

Presidencia de la República (1984). Decreto Legislativo 1038 de 1984 “Por el cual se declara turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio de la República”. DO 36608.

Presidencia de la República (1990) Decreto Legislativo 927 de 1990 “Por el cual se dictan medidas tendientes al restablecimiento del orden público”. DO. 39335.

Presidencia de la República (1990). Decreto Legislativo 1926 de 1990 “Por el cual se dictan medidas tendientes al restablecimiento del orden público”. DO. 39512

Quinche, M. (2004). *Reforma política y referendo en Colombia dentro de los procesos de reforma de la constitución de 1991* (1era ed.). Bogotá: Universidad del Rosario.

Quinche, M. (2009). *La elusión constitucional. Una política de evasión al control constitucional en Colombia* (2da ed.). Bogotá: Universidad del Rosario.

Quinche, M. (2015). *Derecho constitucional colombiano* (6ta ed.). Bogotá: Temis.

- Quinche, M. (2020). Derecho constitucional colombiano. De la carta de 1991 y sus reformas (7ma ed.). Bogotá: Temis.
- Roznai, Y. (2013a). The theory and practice of 'supra-constitutional' limits on constitutional amendments. *The International and Comparative Law Quarterly*, 62 (3), 557-597. doi: 10.1017/S0020589313000249.
- Roznai, Y. (2013b). Unconstitutional Constitutional Amendments—The Migration and Success of a Constitutional Idea. *The American Journal of Comparative Law*, 61 (3), 657-719. doi: 10.5131/AJCL.2012.0027.
- Sagües, P. (2003). “Reflexiones sobre la constitución viviente” (Living Constitution). *Dikaion*, 12.
- Segura, R. Bejarano, A. (2020). El impacto de la difusión de poder: una explicación de los divergentes resultados constituyentes en Colombia y Venezuela. En Barreto, Figueroa, González (eds), *Poder constituyente a debate* (pp. 69-113). Universidad de Los Andes.
- Semana (29 de septiembre de 1996). ¿Regresa la extradición? *Semana*. <https://www.semana.com/nacion/articulo/regresa-la-extradicion/30223-3/>
- Semana (26 de julio de 2003). El año que volvió la esperanza. *Semana*. <https://www.semana.com/nacion/articulo/el-ano-volvio-esperanza/59576-3/>
- Semana (25 de enero de 2004). La salida de Noemí. *Semana*. <https://www.semana.com/opinion/articulo/la-salida-noemi/63124-3/>
- Semana (22 de septiembre de 2006a). ¿Cómo así que se les llenó la copa? *Semana*. <https://www.semana.com/nacion/articulo/como-asi-lleno-copa/81131-3/>

Semana (12 de julio de 2006b). Por fin, se conoce la sentencia sobre Ley de Justicia y Paz.

Semana. <https://www.semana.com/por-fin-conoce-sentencia-sobre-ley-justicia-paz/79928-3/>

Semana (9 de junio de 2009). Si ser voltiarepas se vuelve legal... *Semana.*

<https://www.semana.com/politica/articulo/si-voltiarepas-vuelve-legal/103998-3/>

Semana (11 de marzo de 2015a). El duelo sin fin de Santos y Uribe. *Semana.*

<https://www.semana.com/nacion/articulo/el-duelo-sin-fin-de-santos-uribe/423699-3/>

Semana (2 de junio de 2015b). La no reelección. *Semana.*

<https://www.semana.com/contenidos-editoriales/equilibrio-de-poderes-asi-cambiara-el-estado/articulo/la-reforma-de-equilibrio-de-poderes-pone-fin-la-reeleccion-presidencial/429959-3/>

Semana (25 de marzo de 2016a). La batalla final por la reforma al equilibrio de poderes.

Semana. <https://www.semana.com/nacion/articulo/corte-constitucional-tumbaria-equilibrio-de-poderes/466582/>

Semana (3 de junio de 2016b). Los magistrados intocables. *Semana.*

<https://www.semana.com/nacion/articulo/judicatura-revive-y-plantea-debate-por-reforma-a-la-justicia/476327/>

Semana (15 de julio de 2016c). La caída de la Comisión de Aforados en la Corte

Constitucional. *Semana.* <https://www.semana.com/nacion/articulo/reforma-a-la-justicia-se-necesitaria-una-asamblea-constituyente/482055/>

Semana (4 de julio de 2021a). 30 años de la Constitución | “El camino para llegar a una

Constituyente fue tortuoso”: César Gaviria. *Semana.*

<https://www.semana.com/nacion/articulo/30-anos-de-la-constitucion-el-camino-para-llegar-a-una-constituyente-fue-tortuoso-cesar-gaviria/202142/>

Semana (1 de mayo de 2021b). Comisión de Acusación: peor que siempre. *Semana*.

<https://www.semana.com/nacion/articulo/comision-de-acusacion-peor-que-siempre/202100/>

Semana (9 de septiembre de 2021c). El 90 por ciento está de acuerdo con una cadena perpetua

para violadores y asesinos de niños. *Semana*.

<https://www.semana.com/confidenciales/articulo/el-90-por-ciento-esta-de-acuerdo-con-una-cadena-perpetua-para-violadores-y-asesinos-de-ninos/202110/>

Semana (4 de septiembre de 2021d). “Cadena perpetua es populismo”: magistrada ponente,

Cristina Pardo. *Semana*. [https://www.semana.com/nacion/articulo/cadena-perpetua-](https://www.semana.com/nacion/articulo/cadena-perpetua-es-populismo-magistrada-ponente-cristina-pardo/202131/)

[es-populismo-magistrada-ponente-cristina-pardo/202131/](https://www.semana.com/nacion/articulo/cadena-perpetua-es-populismo-magistrada-ponente-cristina-pardo/202131/)

Solum, M. (2019). Originalism Versus Living Constitutionalism: The Conceptual Structure of the Great Debate. *Northwestern University Law Center*, 113 (6), 1243-1296.

Tewari, M. Saxena, R. (2017). The Supreme Court of India: The Rise of Judicial Power and the Protection of Federalism. En Aroney, N., Kincaid, J. (Editores), *Courts in Federal Countries* (223-255). Toronto: University of Toronto Press

Tobin, A. (2022). The Warren Court and Living Constitutionalism. *Indiana Journal of Law and Social Equality*, 10 (1), 221-256.

Uribe Vélez, Á. (2012). *No hay causa perdida*. Celebra.

Yap, P. J. (2015). The conundrum of unconstitutional constitutional amendments. *Global Constitutionalism*, 4 (1), 114–136. doi:10.1017/S2045381714000100

Vila, I. (2012). *Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo* (2da ed.).
Colombia: Legis.

West, R. (1990). Progressive and conservative constitutionalism. *The Michigan Law Review Association*, 88 (4), 641-721.

ANEXOS

ANEXO 1. Evolución de la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia frente a la revisión de las reformas constitucionales

Providencia	Postura frente al control de constitucionalidad de las reformas constitucionales
Auto del 28 de octubre de 1955. M.P. Luis Enrique Cuervo	La Corte carece de competencia para conocer las demandas contra reformas constitucionales. Las enmiendas no están sujetas a revisión de ningún tipo.
Providencia del 28 de noviembre de 1957. M.P. Guillermo Hernández	La Corte carece de competencia para conocer las demandas contra reformas constitucionales
Providencia del 16 de abril de 1971. M.P. Guillermo González.	La Corte carece de competencia para conocer las demandas contra reformas constitucionales
Sentencia del 5 de mayo de 1978. M.P. José María Velasco.	La Corte cambia su jurisprudencia y se considera competente para estudiar las demandas contra reformas constitucionales.

<p>Providencia del 13 de febrero de 1979.</p> <p>M.P. Luis Carlos Sáchica.</p>	<p>La Corte es competente para estudiar las demandas contra reformas constitucionales.</p>
<p>Providencia del 16 de octubre de 1979.</p> <p>M.P. Alfonso Suárez.</p>	<p>La Corte es competente para estudiar las demandas contra reformas constitucionales.</p>
<p>Providencia del 6 de noviembre de 1980. M.P. Antonio de Irisarri.</p>	<p>La Corte es competente para estudiar las demandas contra reformas constitucionales.</p>
<p>Providencia del 27 de noviembre de 1980. M.P. Ricardo Medina.</p>	<p>La Corte es competente para estudiar las demandas contra reformas constitucionales.</p>
<p>Providencia del 4 de diciembre de 1980. M.P. Darío Vallejo.</p>	<p>La Corte es competente para estudiar las demandas contra reformas constitucionales.</p>
<p>Providencia del 3 de noviembre de</p>	<p>La Corte es competente para estudiar las demandas contra reformas constitucionales.</p>

1981. M.P. Fernando Uribe.	
----------------------------	--

ANEXO 2. Proyectos presentados en la Asamblea Constituyente de 1991 frente a la competencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia/Corte Constitucional para examinar las demandas frente a las reformas constitucionales

Proyecto	Postura frente al control de constitucionalidad de las reformas constitucionales
Proyecto # 2 Autor: Gobierno Nacional	Corte Constitucional es competente para estudiar actos legislativos solo por vicios de forma (Asamblea Constituyente, Gaceta 36, p. 7)
Proyecto # 6 Autor: Diego Uribe	La Corte Constitucional es competente para estudiar actos legislativos solo por vicios de forma (Asamblea Constituyente, Gaceta 36, p. 7)
Proyecto # 7 Autor: Antonio Navarro	La Corte Suprema de Justicia es competente para decidir las demandas de inexecutableidad contra los actos reformativos por sus defectos de forma (Asamblea Constituyente, Gaceta 36, p. 7)
Proyecto # 9 Autor: Juan Gómez Martínez y Hernando Londoño	La Corte Constitucional decide sobre la executableidad de los actos reformativos de la Constitución por vicios de procedimiento en su formación (Asamblea Constituyente, Gaceta 36, p. 7)

<p>Proyecto # 27</p> <p>Autor: María Teresa Garcés</p>	<p>La Corte Constitucional decide las demandas contra los actos reformatorios, pero solo por vicios de forma (Asamblea Constituyente, Gaceta 36, p. 8)</p>
<p>Proyecto # 56</p> <p>Autor: Corte Suprema de Justicia</p>	<p>La Corte Suprema conoce las demandas contra los actos reformatorios solo por vicios de procedimiento (Asamblea Constituyente, Gaceta 36, p. 8)</p>
<p>Proyecto # 58</p> <p>Autor: Consejo de Estado</p>	<p>La Corte Suprema o la Corte Constitucional será competente para examinar las demandas contra los actos legislativos por vicios de procedimiento (Asamblea Constituyente, Gaceta 36, p. 8)</p>
<p>Proyecto # 67</p> <p>Autor: Gobierno Nacional</p>	<p>La Sala Constitucional de la Corte Suprema conocerá las demandas contra los actos reformatorios exclusivamente por vicios de procedimiento en su formación o trámite (Asamblea Constituyente, Gaceta 36, p. 8)</p>
<p>Proyecto # 108</p> <p>Autor: Ignacio Molina</p>	<p>La Corte Constitucional decidirá las demandas contra los actos legislativos exclusivamente por estos vicios de forma: 1) no cumplir los requisitos de trámite (art. 81 del proyecto) 2) no haber sido aprobado en legislaturas ordinarias consecutivas 3) no haber sido aprobado en la última legislatura por mayoría absoluta (Asamblea Constituyente, Gaceta 36, p. 9)</p>
<p>Proyecto # 126</p> <p>Autor: Antonio Galán</p>	<p>La Corte Constitucional decidirá sobre las demandas contra los actos reformatorios por vicios de procedimiento en su formación (Asamblea Constituyente, Gaceta 36, p. 9)</p>

<p>Articulado presentado en la ponencia</p> <p>Autor: Gobierno Nacional</p>	<p>La Corte Constitucional decidirá sobre las demandas contra los actos reformativos, pero solo por vicios de forma (Asamblea Constituyente, Gaceta 36, p. 18)</p>
---	--

ANEXO 3. Discusión en la Asamblea Constituyente de 1991 frente a la competencia de la Corte Constitucional para examinar las reformas constitucionales.

<p>Trámite constituyente</p>	<p>Postura frente al control de constitucionalidad de las reformas constitucionales</p>
<p>Discusión de la ponencia de María Teresa Garcés y José María Velasco.</p>	<p>Los autores de la ponencia coinciden en que el control de los actos reformativos de la Constitución se debe limitar a los vicios de forma (Asamblea Constituyente, Gaceta 64, p. 10)</p>
<p>Votación del articulado en la Comisión IV</p>	<p>Los constituyentes votaron por unanimidad el texto que le confería a la Corte Constitucional la decisión sobre las demandas de inconstitucionalidad contra los actos reformativos solo por vicios de procedimiento en su formación. (Asamblea Constituyente, Gaceta 75. p. 15)</p>
<p>Informe minoritario sobre la creación de una</p>	<p>La Comisión IV aprobó otorgarle a la Corte Constitucional la competencia para decidir sobre las demandas contra los plebiscitos, referendos o asambleas constituyentes para reformar</p>

Corte Constitucional	la Constitución, pero solo por vicios de procedimiento en su formación (Asamblea Constituyente, Gaceta 81, p. 15)
Proyecto de acto reformativo de vigencia inmediata por la cual se crea la Corte Constitucional	Se le confiere a la Corte Constitucional la decisión sobre las demandas de inconstitucionalidad contra los actos reformativos solo por vicios de procedimiento en su formación (Asamblea Constituyente, Gaceta 91, p. 4)

ANEXO 4. Evolución de la discusión político-jurídica entre la Corte Suprema y el Parlamento de la India en torno al control de constitucionalidad de las reformas constitucionales.

GolakNath Case (1967)	Este fue el primer pronunciamiento donde la Corte Suprema de la India, por una limitada mayoría, abordó el concepto de los límites a las enmiendas constitucionales. En concreto, el Tribunal Constitucional consideró que ninguna reforma que vulnerara los derechos fundamentales consagrados en la Constitución debería considerarse ajustada a esta (Roznai, 2013b, p. 691)
24 Amendment (1971)	El Parlamento de la India como respuesta a la decisión de la Corte Suprema y ajustándose a lo establecido en el primer inciso del artículo 368, promulgó la 24 enmienda.

	<p>Esta reforma estipulaba que cualquier ley promulgada por el Parlamento que buscara ejecutar las políticas socio-económicas del Gobierno no podría ser sujeto de revisión de ninguna Corte bajo el cargo que no estuviera ejecutando la mencionada política (Yap, 2015, p.119).</p> <p>Dicha decisión, evidentemente, buscaba una concentración de poder en el Parlamento, quien, a raíz de GolakNath Case, había visto mermadas sus facultades.</p>
<p>Kesavananda Case (1973)</p>	<p>Ante esta situación, la Corte Suprema de la India en Kesavananda Case adoptó una de las decisiones más importantes del derecho constitucional, dado que declaró inexecutable un apartado de la 24 enmienda al considerar que el legislativo quería evadir el control constitucional y, con ello, un elemento esencial del Texto Superior (Yap, 2015, p.119).</p> <p>En efecto, la Corte, por una mayoría de 7 a 6, consideró que el Parlamento puede modificar cualquier aspecto de la Constitución, incluyendo los derechos fundamentales, siempre y cuando no destruya la estructura básica o el marco de la Carta Magna (Tewari, Saxena, 2017, p. 233) (Roznai, 2013b, p. 691).</p>

<p>42 Amendment (1976)</p>	<p>Acto seguido, y en un segundo esfuerzo para recuperar el poder absoluto de reforma, el Parlamento expidió la 42 enmienda, la cual eliminaba la facultad de la Corte Suprema de revisar la constitucionalidad de las enmiendas constitucionales (Roznai, 2013b, p. 691).</p>
<p>Minerva Mills Ltd v. India (1980)</p>	<p>Como consecuencia, en este pronunciamiento la Corte, de manera unánime, invalidó la 42 enmienda al considerar que el poder de reforma no implicaba la facultad de destruir. Además, consideró que con tal actuación el Parlamento buscaba configurar un poder absoluto (Yap, 2015, p. 120) (Roznai, 2013b, p. 691, 692) (Halmai, 2012, p. 187).</p>

ANEXO 5 Línea jurisprudencial

Problema jurídico

¿A la luz del artículo 241 superior, debe circunscribirse el control de constitucionalidad que realiza la Corte Constitucional a las reformas constitucionales a un examen del trámite legislativo extraordinario llevado a cabo para la aprobación del acto o también comprende un análisis de los límites materiales del poder de reforma y su eventual extralimitación por parte del Congreso como poder constituido?

Justificación del problema jurídico

En desarrollo de sus funciones como guardiana de la Constitución, la Corte ha suscitado un debate a lo largo de su jurisprudencia referente a establecer el alcance que tiene el control de constitucionalidad a las reformas constitucionales.

Por un lado, una interpretación literal del artículo 241 superior conlleva a establecer que esta corporación al examinar los vicios de procedimiento de las reformas constitucionales solamente ha de verificar el cumplimiento de los parámetros que configuran el procedimiento legislativo extraordinario, tales como los principios de consecutividad o los ocho debates que debe cumplir un acto legislativo.

Por otro lado, una aproximación integral de dicha cláusula le permitiría a la Corte examinar si el Congreso como poder constituido extralimitó los límites materiales al poder de reforma sin que tal acción se convierta en un examen material de las enmiendas, lo cual prohibió el constituyente.

En este contexto, el presente problema jurídico permitirá observar en detalle el desarrollo de la jurisprudencia constitucional, con sus respectivos debates internos a favor de una u otra postura.

Tesis que lo sustentan

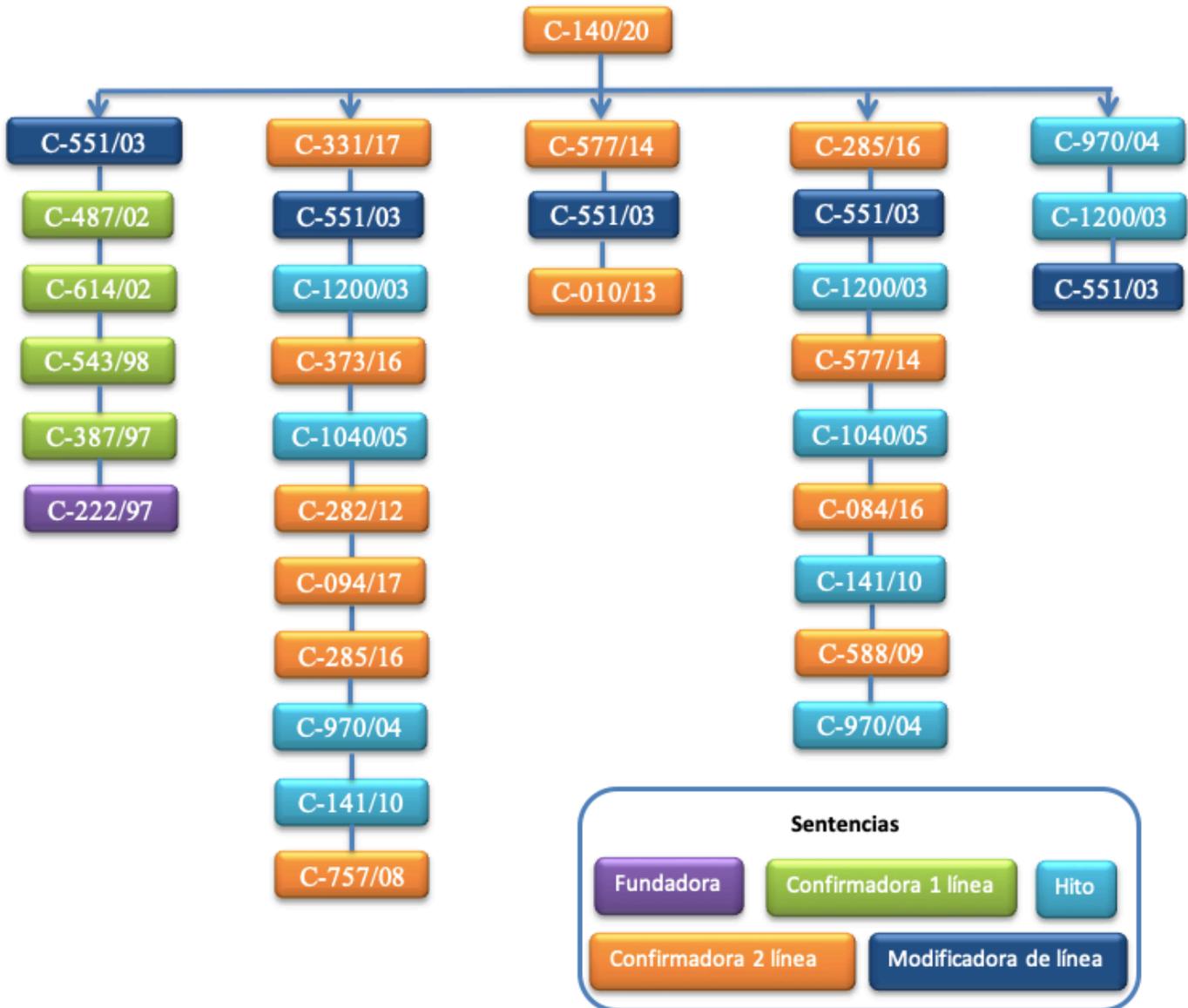
Tesis A: El control de constitucionalidad a los actos reformativos de la Constitución debe limitarse a examinar el cumplimiento a cabalidad de todos los pasos del procedimiento legislativo extraordinario de enmienda constitucional.

Tesis B: El control de constitucionalidad a los actos reformativos de la Constitución no solamente implica el examen del procedimiento legislativo extraordinario de enmienda constitucional, sino que también comprende un análisis de los límites materiales del poder de reforma y su eventual extralimitación por parte del Congreso como poder constituido.

Explicación metodológica de la línea

1) Punto arquimédico de apoyo

- Corte Constitucional, Sentencia C-140 del 6 de mayo de 2020. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.



2) Ingeniería reversa

2.1 Justificación de la escogencia de las sentencias que conforman el nicho citacional:

- Corte Constitucional, Sentencia C-222 del 29 de abril de 1997. M.P. José Gregorio Hernández.
- Corte Constitucional, Sentencia C-387 del 19 de agosto de 1997. M.P. Fabio Morón Díaz.
- Corte Constitucional, Sentencia C-543 del 1 de octubre de 1998. M.P. Carlos Gaviria.
- Corte Constitucional, Sentencia C-487 del 26 de junio de 2002. M.P. Álvaro Tafur.
- Corte Constitucional, Sentencia C-614 del 6 de agosto de 2002. M.P. Rodrigo Escobar.
- Corte Constitucional, Sentencia C-551 del 9 de julio de 2003. M.P. Eduardo Montealegre.
- Corte Constitucional, Sentencia C-1200 del 9 de diciembre de 2003. M.P. Manuel José Cepeda, Rodrigo Escobar.
- Corte Constitucional, Sentencia C-970 del 7 de octubre de 2004. M.P. Rodrigo Escobar.
- Corte Constitucional, Sentencia C-1040 del 19 de octubre de 2005. M.P. Manuel José Cepeda, Rodrigo Escobar, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur, Clara Inés Vargas.
- Corte Constitucional, Sentencia C-588 del 27 de agosto de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza.
- Corte Constitucional, Sentencia C-141 del 26 de febrero de 2010. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional, Sentencia C-288 del 18 de abril de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas.

- Corte Constitucional, Sentencia C-010 del 23 de enero de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas.
- Corte Constitucional, Sentencia C-577 del 6 de agosto de 2014. M.P. Martha Victoria Sáchica.
- Corte Constitucional, Sentencia C-285 del 1 de junio de 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero.
- Corte Constitucional, Sentencia C-094 del 15 de febrero de 2017. M.P. Aquiles Arrieta.
- Corte Constitucional, Sentencia C-332 del 17 de mayo de 2017. M.P. Antonio José Lizarazo.
- Corte Constitucional, Sentencia C-141 del 6 de mayo de 2020. M.P. José Fernando Reyes.

El nicho citacional de la línea jurisprudencial se estructuró a partir de las menciones realizadas en la sentencia arquimédica C-140/20, último pronunciamiento de la Corte sobre la constitucionalidad de una reforma constitucional, las cuales permiten reconstruir las posturas que ha sostenido el Tribunal Constitucional en el aspecto bajo estudio.

2.2 Lapso estudiado:

Para la elaboración de la línea jurisprudencial se tuvo en cuenta el periodo comprendido entre el 29 de abril de 1997, fecha de en que la Corte emitió el fallo C-222/97 que resolvió la primera demanda interpuesta contra una reforma constitucional, hasta el 6 de mayo de 2020,

cuando esta corporación se pronunció en la sentencia C-141/20 frente a la última acción que ha pretendido declarar la inexecutable de una enmienda al texto superior.

2.3 Patrón fáctico similar

En las providencias que integran la línea jurisprudencial la Corte Constitucional se pronunció de fondo sobre el control de constitucionalidad de los actos reformativos de la Constitución expedidos durante el lapso de tiempo estudiado, ya sea tras una demanda interpuesta en contra de un acto legislativo o en cumplimiento de la revisión oficiosa de las leyes que convocan a un referendo.

Cabe resaltar que, por un lado, en dichos fallos la corporación examinó su competencia a la luz del artículo 241 superior y, por otro lado, no se tuvieron en cuenta pronunciamientos que se estaban a lo resuelto en una anterior providencia.

2.4 Telaraña y puntos nodales

2.4.1 Sentencia Fundadora

- Corte Constitucional, Sentencia C-222 del 29 de abril de 1997. M.P. José Gregorio Hernández.

2.4.2. Sentencia modificadora de línea

- Corte Constitucional, Sentencia C-551 del 9 de julio de 2003. M.P. Eduardo Montealegre.

2.4.3 Sentencias Hito

- Corte Constitucional, Sentencia C-551 del 9 de julio de 2003. M.P. Eduardo Montealegre.
- Corte Constitucional, Sentencia C-1200 del 9 de diciembre de 2003. M.P. Manuel José Cepeda, Rodrigo Escobar.
- Corte Constitucional, Sentencia C-970 del 7 de octubre de 2004. M.P. Rodrigo Escobar.
- Corte Constitucional, Sentencia C-1040 del 19 de octubre de 2005. M.P. Manuel José Cepeda, Rodrigo Escobar, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur, Clara Inés Vargas.
- Corte Constitucional, Sentencia C-141 del 26 de febrero de 2010. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

2.4.4 Sentencias confirmadoras de línea

Confirmadoras de la primera postura jurisprudencial

- Corte Constitucional, Sentencia C-387 del 19 de agosto de 1997. M.P. Fabio Morón Díaz.

- Corte Constitucional, Sentencia C-543 del 1 de octubre de 1998. M.P. Carlos Gaviria.
- Corte Constitucional, Sentencia C-487 del 26 de junio de 2002. M.P. Álvaro Tafur.
- Corte Constitucional, Sentencia C-614 del 6 de agosto de 2002. M.P. Rodrigo Escobar.

Confirmadoras de la segunda postura jurisprudencial

- Corte Constitucional, Sentencia C-1200 del 9 de diciembre de 2003. M.P. Manuel José Cepeda, Rodrigo Escobar.
- Corte Constitucional, Sentencia C-970 del 7 de octubre de 2004. M.P. Rodrigo Escobar.
- Corte Constitucional, Sentencia C-1040 del 19 de octubre de 2005. M.P. Manuel José Cepeda, Rodrigo Escobar, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur, Clara Inés Vargas.
- Corte Constitucional, Sentencia C-588 del 27 de agosto de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza.
- Corte Constitucional, Sentencia C-141 del 26 de febrero de 2010. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional, Sentencia C-288 del 18 de abril de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas.
- Corte Constitucional, Sentencia C-010 del 23 de enero de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas.

- Corte Constitucional, Sentencia C-577 del 6 de agosto de 2014. M.P. Martha Victoria Sáchica.
- Corte Constitucional, Sentencia C-285 del 1 de junio de 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero.
- Corte Constitucional, Sentencia C-094 del 15 de febrero de 2017. M.P. Aquiles Arrieta.
- Corte Constitucional, Sentencia C-332 del 17 de mayo de 2017. M.P. Antonio José Lizarazo.
- Corte Constitucional, Sentencia C-141 del 6 de mayo de 2020. M.P. José Fernando Reyes.

Adicional a estas sentencias que hacen parte del nicho citacional de la línea jurisprudencial, hay un amplio conjunto de fallos que en el mismo sentido reiteran la segunda postura que asumió la Corte frente a su competencia al momento de examinar las reformas constitucionales.

Por efectos prácticos, dichos pronunciamientos⁴, que se limitan a confirmar la tesis mayoritaria y no aportan nuevos elementos de juicio, se incluirán en la graficación de la línea sin que se vaya a hacer énfasis en ellos.

2.4.5 Tesis o argumentos principales

⁴ Corte Constitucional, Sentencias C-816/04, C-971/04, C-180/07, C-277/07, C-178/07, C-427/08, C-303/10, C-574/11, C-132/12, C-170/12, C-249/12, C-1056/12, C-106/13, C-579/13, C-053/16, C-699/16, C-112/17, C-332/17, C-630/17, C-674/17, C-020/18, C-027/18, C-076/18.

A) Corte Constitucional, Sentencias C-222 del 29 de abril de 1997. M.P. José Gregorio Hernández; C-387 del 19 de agosto de 1997. M.P. Fabio Morón Díaz; C-543 del 1 de octubre de 1998. M.P. Carlos Gaviria; C-487 del 26 de junio de 2002. M.P. Álvaro Tafur; C-614 del 6 de agosto de 2002. M.P. Rodrigo Escobar.

Estas providencias conforman la primera postura que tuvo la Corte Constitucional sobre su competencia al momento de adelantar el control de constitucionalidad a los actos reformativos de la Constitución. Desde la sentencia C-222/97, primer pronunciamiento de fondo frente a una demanda interpuesta contra un acto legislativo que, de paso, sirvió para delimitar las exigencias constitucionales que debe cumplir tanto el debate parlamentario como las acciones de inconstitucionalidad interpuestas en su contra, hasta la C-614/02, el Tribunal sostuvo que el análisis que debía adelantar a estas enmiendas se refería únicamente a los aspectos formales y de trámite legislativo.

De hecho, a diferencia de los pronunciamientos posteriores a la sentencia C-551/03, en estas sentencias la Corte no ahondó en mayor medida frente a este aspecto, dado que siempre manifestó sin mayor discusión que su competencia al respecto debía limitarse a los cargos formulados por los demandantes en atención a las características particulares del trámite de reforma, a la limitación prevista en el artículo 241-1 y a la limitación temporal establecida en el artículo 379.

B) Corte Constitucional, Sentencia C-551 del 9 de julio de 2003. M.P. Eduardo Montealegre.

Esta es, sin dudas, la sentencia más importante de la línea jurisprudencial. En ella, la Corte al examinar de manera oficiosa la Ley 796 de 2003, que convocaba a un referendo constitucional, introdujo la noción de vicios de competencia, figura desconocida hasta el momento para el ordenamiento jurídico, con base en las siguientes consideraciones.

En primer lugar, al momento de adelantar el control de las reformas constitucionales no solamente se deben aplicar las normas del Título XIII, sino también las disposiciones orgánicas pertinentes para examinar el mecanismo de reforma constitucional y aquellas de rango constitucional que regulan la competencia en materia de enmiendas al texto superior.

En segundo lugar, la Corte manifiesta que en ocasiones anteriores no se había visto en la necesidad de delimitar su competencia, dado que al ser el control de las reformas constitucionales un acto rogado y no oficioso tales consideraciones no habían sido formuladas por los accionantes en los respectivos cargos.

En tercer lugar, el Tribunal sostiene que la competencia es un presupuesto ineludible del procedimiento, razón por la cual no tiene sentido que la Constitución le atribuya a la Corte el control de los vicios de procedimiento de las reformas constitucionales, pero la excluyera de verificar si los órganos que la adelantaron eran competentes para hacerlo.

En cuarto lugar, si bien es verdad anteriormente la Corte había considerado otros vicios de competencia como la extralimitación de las facultades extraordinarias, la violación de la unidad de materia o la reserva de ley orgánica como violaciones materiales a la Carta, no hay

contradicción con lo manifestado en esta sentencia, dado que, por un lado, la competencia es un presupuesto tanto del procedimiento como del contenido material y, por otro lado, reducir el control de procedimiento a aspectos formales de trámite es contrario al artículo 379.

En quinto lugar, el Tribunal aborda la distinción entre poder constituyente y poder derivado para concluir que el titular del poder de reforma, como poder constituido, está sujeto a unos límites materiales y, por ende, no tiene competencia para sustituir la Constitución, dado que tal posibilidad está reservada para el constituyente.

A partir de esta argumentación, la Corte sentó las bases del control de constitucionalidad por vicios de competencia a los actos reformativos de la Constitución. Sin embargo, cabe señalar que en esta providencia el Tribunal no expuso la metodología del juicio de sustitución ni aplicó la nueva doctrina para determinar la exequibilidad del acto bajo estudio.

C) Corte Constitucional, Sentencia C-1200 del 9 de diciembre de 2003. M.P. Manuel José Cepeda, Rodrigo Escobar.

La Corte parte de las consideraciones expuestas en la C-551/03 y desarrolla la teoría de los vicios de competencia, esta vez al examinar una demanda interpuesta contra un acto legislativo.

Para tal fin, sostiene los siguientes puntos. En primer lugar, una modificación a la Constitución no es un acto de soberanía, sino un acto de revisión en ejercicio de una competencia atribuida por el poder constituyente, tan es así que la función del poder de

revisión es actualizar la Constitución y mantenerla vigente, más no sustituirla por otra diferente.

En segundo lugar, si bien es verdad la Constitución de 1991 no contempla cláusulas pétreas, tampoco contiene una habilitación de sustitución. En tercer lugar, existe una diferencia entre violar y sustituir la Carta. El primer concepto, no es aplicable a las reformas constitucionales, dado que implica una contradicción entre la norma superior y la inferior. El segundo, sí, dado que implica reemplazar materialmente la Constitución por otra completamente diferente.

En cuarto lugar, a pesar que la Corte no delinea el método del juicio de sustitución, sí establece lo que no se debe hacer en tal evento, a saber: tratar a una reforma como una ley infraconstitucional, elevar principios o reglas a normas intangibles que el órgano constituido no puede reformar, anteponer al poder de revisión supuestos contenidos supraconstitucionales intocables, comparar contenidos específicos de la Constitución con los de la reforma y limitarse a examinar restricciones introducidas por la reforma sin evaluar si esta configuró un cambio de tal magnitud que sustituyó total o parcialmente la Carta.

Finalmente, el Tribunal Constitucional también advierte los peligros que conlleva el control al poder de reforma, tales como la petrificación de la Constitución o el subjetivismo del juez constitucional. En este contexto, manifiesta la Corte que la aplicación de la autorestricción judicial logra descartar los riesgos de una inadecuada aplicación de la sustitución.

D) Corte Constitucional, Sentencia C-970 del 7 de octubre de 2004. M.P. Rodrigo Escobar.

En esta providencia, tras reiterar la nueva posición jurisprudencial y manifestar que en un Estado de Derecho todo poder está jurídicamente delimitado, la Corte expone la metodología del juicio de sustitución:

1. Premisa mayor: aspectos definatorios de la identidad de la Constitución
2. Premisa menor: análisis del acto jurídico acusado
3. Verificar si la reforma sustituye un elemento esencial de la Constitución

E) Corte Constitucional, Sentencia C-1040 del 19 de octubre de 2005. M.P. Manuel José Cepeda, Rodrigo Escobar, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur, Clara Inés Vargas.

Al examinar el acto legislativo que permitió la reelección presidencial, el Tribunal Constitucional reafirmó la doctrina de la sustitución constitucional y expuso los siguientes criterios que aplican al control de constitucionalidad por vicios de competencia:

1. El poder de reforma definido por la Constitución colombiana está sujeto a límites competenciales.
2. En virtud de esos límites competenciales el poder de reforma puede reformar la constitución, pero no puede sustituirla por otra integralmente distinta u opuesta.
3. Para establecer si una determinada reforma a la Constitución es, en realidad, una sustitución de la misma, es preciso tener en cuenta los principios y valores del ordenamiento constitucional que le dan su identidad.

4. La Constitución no contiene cláusulas pétreas ni principios intangibles, por consiguiente, todos sus preceptos son susceptibles de reforma por el procedimiento previsto para ello.
5. El poder de reforma no puede, sin embargo, derogar, subvertir o sustituir en su integridad la Constitución.
6. Sólo el constituyente primario tendría la posibilidad de producir tal sustitución.

De manera paralela, la Corte reitera, por un lado, que el examen de sustitución no implica un control material al acto de reforma y, por otro lado, que ella misma fijó los criterios del juicio de sustitución para impedir el subjetivismo judicial.

F) Corte Constitucional, Sentencia C-141 del 26 de febrero de 2010. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

A diferencia de lo sucedido en la sentencia C-551/03, donde la Corte no aplicó la doctrina de los vicios de competencia para examinar la constitucionalidad de la Ley 796 de 2003 pero sí desarrolló su contenido, en esta providencia el Tribunal sí utilizó el juicio de sustitución para declarar la inexecutable de la Ley 1354 de 2009 que convocaba a un referendo reeleccionista.

En concreto, la Corte expuso que el referendo, a pesar de ser de iniciativa popular, se enmarca en el procedimiento de reforma establecido en la Constitución, lo cual incluye los límites competenciales, razón por la que este acto no puede sustituir los elementos esenciales de la Carta en ejercicio del poder de reforma.

2.4.6. Posiciones disidentes

A) Humberto Sierra Porto

En repetidos salvamentos y aclaraciones de voto⁵ el Magistrado Sierra Porto manifestó su rechazo a la teoría del control de constitucionalidad por vicios de competencia con base en las siguientes consideraciones.

En primer lugar, los vicios de procedimiento hacen referencia a las distintas ritualidades que se deben cumplir en el trámite legislativo. Extender el alcance de esta figura para determinar si hubo un exceso en el poder de reforma implica desnaturalizar el concepto para dar paso a un examen material de la enmienda constitucional.

De hecho, la diferenciación entre los vicios de forma y fondo hace referencia a que los primeros están circunscritos al cumplimiento del trámite legislativo, mientras que los segundos suponen la vulneración de valores, principios o derechos consagrados en la Constitución.

En segundo lugar, el artículo 241 delimita negativamente la competencia de la Corte como poder constituido, en tanto no puede revisar el contenido material de los actos reformativos.

⁵ Corte Constitucional, Sentencias C-970 de 2004, C-971 de 2004, C -1040 de 2005, C-181 de 2006, C-740 de 2006, C- 153 de 2007, C-293 de 2007, C-588 de 2009, C-141 de 2010.

En tercer lugar, la metodología del juicio de sustitución implica una revisión de fondo de la enmienda, dado que la construcción de la premisa mayor no es nada distinto a un parámetro material de control a partir del texto original de la Constitución.

En cuarto lugar, el juicio de sustitución es la máxima expresión de subjetivismo judicial, dado que es el juez constitucional quien identifica los elementos esenciales de la Constitución. Esta situación, cabe resaltar, pone de manifiesto el riesgo de renunciar al carácter jurídico del control constitucional.

B) Nilson Pinilla

Este togado expone a lo largo de varios salvamentos y aclaraciones de voto ‘cinco grandes argumentos en contra de la doctrina de la sustitución constitucional. En primer lugar, las explícitas competencias de la Corte Constitucional no se pueden ampliar vía interpretación judicial.

En segundo lugar, la Constitución no establece límites materiales al poder de reforma. En tercer lugar, la tesis de la sustitución es contradictoria: afirma que no hay cláusulas pétreas en la Constitución, pero al mismo tiempo advierte que el órgano competente para reformarla no puede sustituirla. Es decir, en la práctica termina petrificándola

⁶ Corte Constitucional, Sentencias C-740/06, C-293/07, C-141/10.

En cuarto lugar, el control por vicios de competencia termina realizando un examen al contenido material de las reformas y, en quinto lugar, el poder de enmienda no puede estar sujeto a límites materiales.

C) Mauricio González

El Magistrado González, en la misma línea de Pinilla y Sierra Porto, se ha manifestado⁷ vehementemente en contra de la teoría de la sustitución. Adicional a los argumentos expuestos por ellos dos, este expone que la Corte en el control por vicios de competencias no acude a criterios normativos, objetivos y verificables, sino que recurre a la figura de los ejes definitorios de la Constitución, los cuales ante su indeterminación dependen del subjetivismo del juez, a tal punto que lo que hoy se considera como elemento esencial mañana puede que no.

De igual manera, manifiesta que el argumento gramatical que expone la Corte referente a sostener que reformar no es sustituir desconoce que en Constituciones pasadas, como la de 1863, a la palabra reforma se le daba el mismo alcance de sustitución.

Además, expone que el artículo 377 de la Carta, al referirse al referendo constitucional, sí contempla una habilitación para sustituir elementos importantes de ella. Finalmente, el Magistrado González propone que se modifique la teoría de la sustitución y se cambie por una donde el orden jurídico internacional sirva de parámetro de control.

⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-141/10.

D) Alberto Rojas Ríos

Si bien este Magistrado no se opone a la doctrina de la sustitución, sí ha manifestado en repetidas ocasiones⁸ que la aplicación del principio de auto contención o *self restraint* es imperativa en los vicios de competencia, dado que la Corte es un poder constituido, por lo que no puede abrogarse facultades propias del constituyente primario y su intervención debe ser realmente excepcional.

E) Alejandro Ordoñez, Procurador General de la Nación

A pesar que el Procurador General no hace parte de la Corte, es indiscutible que los conceptos que por mandato constitucional emite frente al control de constitucionalidad son un insumo para nada despreciable en las discusiones que adelanta esta corporación.

En este contexto, el entonces Procurador Ordoñez manifestó⁹ seis razones por las cuales sostiene que la Corte carece de competencia para pronunciarse sobre la exequibilidad de las reformas constitucionales a partir de cuestionamientos relativos a la sustitución de los elementos estructurales de la carta:

⁸ c

⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-285/16.

- 1) Una interpretación textual y sistemática de los artículos 241-1, 241-2 y 379 circunscribe el control constitucional de los actos legislativos a cuestionamientos de forma y procedimiento.
- 2) El constituyente únicamente previó límites formales al poder de reforma y no restricciones materiales.
- 3) El control de competencia que realiza la Corte es en realidad un control material.
- 4) El control creado en la C-551/03 atribuye una nueva competencia a la Corte que no le fue otorgada por el constituyente, lo cual quebranta los principios de supremacía constitucional, legalidad, soberanía popular y estado social de derecho.
- 5) La Constitución no estableció un catálogo de principios inmodificables y en la medida en que por este motivo el parámetro de validez de las reformas debe ser definido y construido por el propio juez constitucional en cada caso, la Corte se convierte en un ente que crea y aplica al mismo tiempo las normas superiores en las que se sustenta el escrutinio judicial. Por esta vía se desvanece la legitimidad propia de su labor judicial.
- 6) El control por competencia anula el carácter democrático del estado de derecho al permitir que decisiones adoptadas por representantes del pueblo sean anuladas por una mayoría simple de jueces no electos popularmente.

2.4.7. Elementos esenciales identificados a la fecha

La Corte Constitucional en la Sentencia C-076/18 realizó una recapitulación jurisprudencial para exponer los elementos esenciales que, a la fecha, han sido identificados, a saber:

Sentencia	Elemento esencial
C-551/03	Estado social y democrático de derecho de forma republicana.
C-970/04, C-971/04	Principio de separación de poderes.
C-1040/05	<p>Estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista.</p> <p>Principio de separación de poderes.</p> <p>Principio de supremacía constitucional.</p>
C-588/09	Principio de carrera administrativa
C-141/10	<p>Sistema presidencial de gobierno.</p> <p>Alternancia en el ejercicio del poder.</p>
C-303/10	Democracia participativa y soberanía popular.
C-249/12	Carrera administrativa, meritocracia, principio de igualdad de oportunidades en acceso a cargos públicos.
C-288/12	<p>Principio de separación de poderes.</p> <p>Cláusula de Estado social y democrático de derecho.</p>
C-1056/12	<p>Prevalencia del interés general.</p> <p>La justicia y el bien común.</p> <p>La moralidad pública.</p> <p>El principio democrático.</p>

C-579/13	El compromiso del Estado social y democrático de derecho de respetar, proteger y garantizar los derechos de la sociedad y de las víctimas
C-577/14	El marco democrático participativo
C-084/16	Respetar, garantizar y proteger los derechos humanos