



La casa de los invitados: el apoderamiento de la Corte Constitucional

David Cano Sánchez¹

Resumen

El siguiente escrito detalla cierta abstracción de las controversias varias presentadas alrededor de la creación, formulación y ejecución del denominado “test de sustitución” que nos lleva a la monopolización del poder de reforma por parte de la Corte Constitucional y, en efecto, al uso de elementos arbitrarios mediante los cuales tal institución se justifica, distinguiendo que, con estos, se comprenden aspectos tan trascendentales como lo es la esencia de la misma constitución. Con ello, el trabajo presenta una propuesta que no se enfoca solo en el impedimento argumentado de ésta facultad tratada por extra- legítima e hipertrofiada sino además de distinguir la importancia para no decaer nuevamente en ella y generar por lo tanto un espacio de análisis y reflexión que instrumente al lector frente la detección de artificios similares y permita por lo tanto proponerse soluciones viables.

Palabras clave: sustitución; reforma; constitución; esencia; poder; Corte Constitucional.

¹ Estudiante de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana, sede Medellín, Colombia. Correo: canosanchezdavid@gmail.com

El artículo es resultado de investigación de tipo científico, con apoyo del docente titular César Augusto Molina-Saldarriaga.



Citación de este artículo: Cano Sánchez, D. (2019). La casa de los invitados: el apoderamiento de la Corte Constitucional. *Diálogos de Derecho y Política* (23), pp. 109-118.

Recuperado de: <http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/derypol/issue/view/3535/showToc>

La casa de los invitados: el apoderamiento de la Corte Constitucional

Introducción

La Corte constitucional más que defender o proteger la constitución la hace suya, la interpreta hasta instancias bastante favorables y arbitrarias (atribuyéndole a la institución más que un carácter representativo, una similitud oligárquica) y así, elimina su carácter de carta representativa de la voluntad poblacional soberana, haciéndola no una verdadera constitución, sino una hoja de papel en la que no se encuentran inmersos los factores reales de poder (Lasalle, 1862).

Asimilando lo anterior y reconociendo que la búsqueda del ensayo es la de informar, persuadir e inducir al análisis crítico, no se hablará sólo en forma sintética de contenidos relevantes y actuales en el área del constitucionalismo, sino que en adición, se destacará la pérdida de autoridad en la reforma (tanto para particulares como para el propio congreso de la república) siempre desde una perspectiva que displicente a los actos de la Corte supone identificar un perjuicio claro al consenso manifestado a través del constituyente, a la vez que hacia los requeridos cambios normativos fundamentales (o los que se requerirán) correspondientes con los cambios sociales que puedan presentarse en consideración de la mutable comunidad en pleno desarrollo y acople.

Contextualización

Autorizado por el fenómeno del neoconstitucionalismo invasor, el siglo XXI señala taxativamente que hoy todo debe adaptarse a la constitución, pero esto, olvidando que fue la constitución un elemento creado para adaptarse a la población y sus condiciones. En el Estado de derecho constitucional ella es ley suprema y por su papel es tanto guía como guardián; desde este punto el derecho se judicializa, la interpretación de cualquier enunciado normativo alude a niveles constitucionales, incluso dice Arrubla (2018) que al respecto, los códigos con sus bastas reglas se rigen ahora por principios y, con tal principialística en auge, las leyes sucumben puesto que quien las lee les hiper-rmoraliza¹. Por ello, este marco se hace perfecto para la aparición de los intérpretes: las cortes y en general los jueces no pierdan la oportunidad de acatar a la ventaja, todos sobreactúan con su hermenéutica y desde su posición jurídica mucho más privilegiada comienzan a ampliar sus marcos de ejercicio sin atender muchas veces o incluso con ladina intención, que en ocasiones, darse más para hacer correlativamente acaba con el quehacer (que a diferencia del simple hacer, este indica lo que debe ser realizado) de tantos otros.

¹ En contraposición a lo mencionado por Hans Kelsen en la Teoría pura del derecho sobre la separación del derecho de la moral, pero obedeciendo a lo dispuesto por Ronald Dworkin sobre la lectura moral que debía hacerse del derecho.

Es por estos parámetros del margen descrito con antelación y en el entorno colombiano que la Corte Constitucional comienza en sus acciones.

La Doctrina de la Sustitución

Predica el artículo 241 de la Constitución Política de Colombia que la Corte Constitucional hará control de constitucionalidad a la reforma pero “sólo por vicios de procedimiento en su formación”, no obstante a ello, explica Bernal (2011)² que con la Doctrina de la sustitución la Corte pretende fundamentar la competencia de la misma para controlar no sólo de forma (procedimiento o trámite) sino además de contenido las reformas a la constitución. La pregunta que nace a partir de lo indicado es, ¿cómo y por qué dispone la institución consagrada para guardar la integridad y supremacía de la Constitución una teoría elaborada a partir de herramientas que puedan ser usadas en su contradicción? A su defensa, ésta encara con cuatro premisas y una conclusión que dictan lo siguiente:

Primera premisa

La competencia para controlar el procedimiento de reforma comprende también la competencia para regular que el órgano reformador tenga competencia para reformar la constitución.

Segunda premisa

La competencia para reformar la constitución no es para sustituirla sino para modificarla.

Tercera premisa

La Corte tiene competencia para controlar que el órgano reformador haya modificado y no sustituido la constitución.

Cuarta premisa

Sólo analizando el contenido de la reforma la Corte puede saber si la constitución ha sido modificada o sustituida.

Conclusión

La competencia para verificar si la constitución ha sido sustituida comprende la competencia para controlar el contenido de las reformas constitucionales.

Ahora bien, se hace correcto indicar que, en principio:

El estudio de tales límites del poder de reforma de la Carta Fundamental (...) data de tener su desarrollo más próximo en el proceso constituyente de la segunda postguerra en Alemania.

² Magistrado de la Corte Constitucional desde el 16 de mayo de 2017 que en múltiples conferencias ha aludido a la Doctrina de la sustitución

Desde aquel tiempo, se ha venido incursionando en la incidencia de un sistema jurisdiccional de protección de la Constitución para evitar que desde el poder ejecutivo, en el órgano de la legislación o aún durante el propio proceso de enmienda constitucional, se atente contra su integridad y supremacía (Fajardo y González, 2015, pág. 13).

Con todo lo mencionado hasta ahora, se hace necesaria la precisión, pues, desde las premisas hasta la conclusión y el párrafo señalado con precedencia, se aferra cierta discusión; el Magistrado Carlos Bernal Pulido ha detallado ya algunas dificultades³, pero no todas, por tanto, aquí extraeremos, a fin de ampliarle, algo que durante su ponencia se comparte y, a la vez, discurrirémos desde otros puntos de vista.

La esencia

Ineluctablemente la Doctrina de la Sustitución acaba por determinar que, desde la premisa número dos de su argumento, sabe correctamente la diferencia entre reformar y sustituir, y más adelante (con el test de sustitución) entenderemos (sino lo hemos entendido ya) que de alguna manera la primera incluye una modificación no esencial mientras que la segunda sí.

Es de esta forma que se entraña el siguiente problema: ¿Puede realmente saber la Corte si la Constitución es o no sustituida? La respuesta que con sus argumentos establece es que sí y, que por consiguiente, ella sabe cuál es la esencia de la Constitución, facultándola para determinar qué es lo que hace que esa Constitución sea esa Constitución y no otra, pero, más que hallándole su ser, su diferencia específica, parece creándose, buscando unos límites que sólo en las opiniones de su providencia pueden ser encontrados, hallando en sí misma, o mejor, en sus delegatarios, una respuesta (si es que acaso una respuesta con vacíos e incorrecta puede ser catalogada de respuesta) usada para criterios arbitrarios en diferentes ejercicios políticos.

Al indicar lo dispuesto en la oración inmediatamente previa, se hace necesario sustentarlo, pero dicha tarea es sencilla, sólo hace falta acatar que, para la Corte, una reforma para una sola reelección presidencial no sustituye la constitución (Sentencia C-1040/05) pero una reforma para una segunda reelección sí (Sentencia C-141/10); habrá que pensar ya más claramente bajo qué criterios realmente tomó tales decisiones y a favor de quién pudieron haber resultado.

Cuando nos preguntamos por la esencia de la constitución advierte Lasalle (1862), que esta debe compadecerse con los factores reales de poder para que ella sea realmente el texto constitucional y estos, brevemente señalados, son una fuerza activa y eficaz que hacen de las leyes e instituciones jurídicas lo que son, compuesta finalmente por: la monarquía (artillería, ejército y rey), la aristocracia (nobleza influyente con el rey), la gran burguesía (empresas bancarios y capitalistas), la conciencia colectiva con la cultura general y el resto a notar (la

³³ Véase su ponencia en el VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional.

pequeña burguesía y obreros). De aquí que los problemas constitucionales no sean propiamente problemas de derecho sino de poder cuando una constitución debe ser la manifestación del consenso en el que se integra cada factor de una determinada sociedad.

Expresado lo anterior, se hace más inteligible que la ventaja de la que dispone la Corte Constitucional a través del test de sustitución genera un desequilibrio de poderes que, presentado ante el resto de poderes que conforman la comunidad, se genera la discordancia de dichos sectores a la hora de señalar al test que de todos relega cierto grado de actuación.

Pero lo indicado aún no es todo en la esencia constitucional, de hecho, inspiradas muchas constituciones (incluida la nuestra) del espíritu revolucionario francés, nuestra constitución debería obedecer a las condiciones necesarias para la existencia de una constitución y las cuales se muestran en los artículos 2 y 16 de la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano (1789) que dictan respectivamente que, por un lado, la finalidad de cualquier asociación política es la protección de los derechos naturales e imprescriptibles del Hombre y que tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión y, por el otro, que una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución.

Por esta visión se nos hace claro que existen contenidos realmente esenciales para identificar una constitución como una constitución y no como otra cosa, y para ello nos habla Ferrajoli (2008) sobre lo que denomina la esfera de lo indecible y con la cual se permite identificar la relación de los poderes públicos y los contenidos públicos, donde se encuentran inmersos contenidos prohibidos para aquellos que ejercen el poder público, debido principalmente a que son categorías jurídicas en relación con la política y no teorías políticas simplemente (haciéndolas realmente esenciales), combinando los poderes públicos con el ámbito de los derechos privados personales y, dando a entender en ése sentido, que tales contenidos tratan temáticas que incluso una democracia no puede decidir en pro de las mayorías, si es que tal decisión podría actuar en detrimento de ellas. Entre éstos contenidos indecibles encontramos las cláusulas pétreas, los principios intangibles, los elementos definitorios, el contenido negativo de los derechos subjetivos, la obligación de decidir y el mismo régimen democrático. Por lo que, *verbi gratia*, y con toda la razón del mundo, resultaría imposible que los principios democráticos se vayan en contra del modelo democrático, pues, democráticamente acabar con el régimen democrático simplemente resulta por ser una paradoja insuperable, como si la democracia estuviese por encima de la misma democracia.

Ante todos estos elementos indicados se ha de guardar entonces la esencia constitucional y ninguno, tanto los factores reales de poder como lo señalado por los artículos 2 y 16 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 y la esfera de lo indecible, podrá ser refutado en virtud a todo lo contemplado anteriormente, pero, he aquí la dimensión de un nuevo y colosal dilema: tal cual plantea este escrito la esencia de la constitución lo

hace el test de sustitución cuando habla sobre los elementos esenciales, entonces, ¿cómo habremos de proceder?

El test de sustitución

Atendiendo al célebre test, vemos que de él emanan siete pasos diferentes que Bernal (2011) señala:

1. La identificación del elemento esencial de la constitución que presuntamente ha sido reemplazado.
2. Demostrar que dicho elemento esencial subyace a varias disposiciones constitucionales.
3. Probar que el elemento abarcado es esencial.
4. Probar que el contenido de tal elemento no puede ser abarcado por una sola disposición constitucional.
5. Mostrar que catalogar al elemento *sub examine* no lleva consigo la petrificación de ninguna disposición constitucional.
6. Evidenciar que el elemento esencial ha sido reemplazado por uno nuevo
7. Hacer patente que este nuevo elemento contradice el elemento esencial o guarda tantas diferencias con él que resulta incompatible con otros elementos esenciales de la constitución.

Antes del breve análisis a lo establecido, y como se venía anticipando, para entender mejor el concepto de sustitución, diremos lo siguiente:

La sustitución de la Constitución se define como la eliminación o afectación material de algún elemento esencial definitorio de la misma, este debe ser, inherente y transversal en la Norma Suprema nacional, el cual se constituye en esencia misma de la Constitución en sí y es afectado en calidad de característica de la identidad de la Constitución, por la decisión de un organismo constituido en desarrollo de su poder de reforma, el cual se excede en su competencia para reformar, al punto de sustituir, destruir, suprimir o revocar en su totalidad la *Carta Magna* (Higuera, 2016, pág. 215 y ss.).

Una vez dispersado un poco el vacío conceptual sobre lo que es la sustitución, entreveremos algunas otras dificultades semejantes, pues, como el mismo Bernal (2011) destaca, al ampliar la conversación sobre los siete pasos, lo primero será detallar qué es y cuando un elemento es esencial (de esto hemos ya hablado cuando discutimos sobre la esencia) para la Corte Constitucional, pero estos pasos poco han de servir si es que no solo impide lo que se iba aclarando sino que a la vez demuestra ciertas falencias como la del paso número dos, pues,

hay elementos esenciales que subyacen en una misma disposición y así se obstaculiza acatar a lo dictaminado.

La actuación

Toda reforma constitucional es inconstitucional por su propia naturaleza, si es que elimina o modifica un contenido de la constitución y lo cambia por otro; consecuentemente, si a la Corte se le preguntara por la constitucionalidad de una reforma (en miras a su contenido), ésta siempre dirá que es inconstitucional, entonces, el pronunciamiento de la misma debería no ser en relación a la materia sino a la forma, advirtiendo algún vicio hacia los trámites, tal cual dispone el artículo 241.

Por otro lado, sentenciar algo sobre la esencia de la constitución bajo la opinión de unos pocos en representación de los muchos, configura un determinado perjuicio, pero hacerlo sin fidelidad a la comunidad representada configura un perjuicio un tanto mayor al anterior y, en anexo, configurar ésa sentencia sobre la esencia para encaminarse hacia la consecución de sustraer la soberanía recaída en el pueblo y su poder de reforma, debería informar sobre la gravedad del asunto.

A todo ello, y bajo el aporte de Kramer (2004) se debe entender que si la constitución ha sido creada por el pueblo, entonces, el pueblo mismo y no la Corte, es quien debería tener la supremacía para interpretar la Constitución y lo que ella dispone, incluyendo la consideración de su esencia, sin incurrir en lo señalado por el escrito como esencial para los regímenes constitucionales y en especial el nuestro, pues no obedecer a éstos límites implica la misma imposibilidad lógica de democráticamente ir en contra de la democracia, pues el constitucionalismo iría contra sí.

No obstante, hay que mantener presente que, en una democracia deliberativa como la colombiana, se hace complejo evitar que la élite con el bagaje intelectual de mayor tamaño no tome la iniciativa y control de la situación y elimine las oportunidades de actuación de la mayoría poblacional que no cuenta con un capital académico similar. Teniendo esto en cuenta, notamos fácilmente que Colombia necesita involucrar cambios mucho mayores en temas por ejemplo educativos, pero más que eso, o para eso, y gracias a ejemplos como estos, vemos lo fundamental de conservar la oportunidad de la reforma, puesto que ella representa una posibilidad de cambio, si es que, si el constituyente primario tomó una decisión política fundamental ése día y entre su contexto, hoy el pueblo puede requerir la toma de decisiones igualmente fundamentales tomando en cuenta las condiciones que lo ameriten y el cambiado contexto actual.

Así, habrá de aparecer la necesidad, en su momento (tal cual apareció a finales del siglo XX y ha ido apareciendo con las distintas reformas constitucionales), de tomar una decisión cuya base sea indiscutiblemente primordial y, la reforma para acoplarse a los cambios

verdaderamente sustanciosos será lo demandado en el acto, pero, con los hechos coetáneos, ¿podría satisfacerse esa necesidad que demandante de una reforma se encuentre frente la obstrucción de una voluntad aislada a la realmente soberana?

Ahora, retrocedamos un poco hacia lo básico, tanto el poder de reforma como el de la Corte, obedecen a ser poderes del constituyente derivado y, siendo así, sólo son ejercibles por los límites jurídicos impuestos por el poder constituyente originario (que no cuenta con estos límites y cuyo producto es la constitución creada a partir de la Asamblea Nacional Constituyente), la Corte no omite esta información, pero se excusa a través de sus argumentos en defensa a la doctrina de la sustitución que, este texto empedernido, se enfoca en declarar inviable. Si esa inviabilidad es también identificada por el lector, ¿qué fundamento final podría tener la Corte más que los caprichos individuales para crear el test de sustitución? He aquí la verdadera oligarquía, donde el poder constituido se hace pasar por constituyente y empieza a eliminar importantísimos límites que en los noventa el primario visualizaba.

Derivado de esto es que, incluso el derecho que limita debe ser limitado, pero no mediante la creación de otro órgano para la vigilancia de la Corte Constitucional (pues esto puede llevar indefinidamente ante la misma situación en la que una y otra vez se cree otro organismo para regular el anterior) sino ante la activa participación del pueblo que interesado demuestre realmente su soberanía, determinando que lo una vez creado por ellos, sólo por ellos ha de ser administrado, y que los magistrados de la Corte Constitucional mediante ninguna argucia (resaltando el test de sustitución), y cualquier institución en general, son sólo invitados que tratando de apropiarse hacen pasar a la constitución por suya olvidando que el legítimo dueño en cualquier momento le podría reclamar.

No obstante, la activa participación de los ciudadanos no es suficiente si no existe una elucubración previa por parte de toda la comunidad, una que, por un lado, advierta los detrimentos y, por el otro, los beneficios. Generar una conciencia jurídico-política mayor a la actual es la única alternativa, pero sólo si se tiene también una educación humanista suficiente para pensar tanto en el interés propio como en el del resto de la población, pues así, incluso la mayoría sabría que sus decisiones podrían afectar a minorías ajenas a su provecho. Pensar en uno y pensar en todos, quizá allí es donde se encuentre la verdadera reforma. Sólo esa sociedad en particular podría controlar tanto a la Corte como a sí misma. La solución es bastante compleja, pero posible. Si reconocemos la necesidad de una enseñanza adecuada podremos después hablar sobre la supresión del Test de sustitución, así como las restricciones para la Corte Constitucional.

Conclusión

La Corte Constitucional de muchas maneras habría de ser contrariada ante su postulado del test de sustitución, lo que implica el reconocimiento de esta mecánica como una promoción de la élite poblacional para actuar según sus afinidades y que, secuencialmente, de no

cambiarse la situación, se provocaría un espacio que impide la correcta demarcación de los facultados para reformar en virtud de lo establecido ante la constitución y lo solicitado por las condiciones del pueblo soberano, así, ante la interpretación y ejercicio de lo constitucional la sociedad tendrá una opción: delimitar lo que ella misma ha creado.

Referencias

Arrubla, J. (2018). ¿Por qué hay que reformar el derecho privado?. *Conferencia de derecho privado*. Evento llevado a cabo en la Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, Colombia.

Bernal, C. (2011). *Fundamento y significado de la doctrina de la sustitución de la constitución*. En J. Henao (Presidencia). VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional, Bogotá, Colombia.

Constitución Política de Colombia (1991). Bogotá: Asamblea Nacional Constituyente.

Ferrajoli, L. (2008). *La esfera de lo indecible y la división de poderes*. Talca, Chile: Universidad de Talca.

Francesa, A. N. (1789). *Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano de 1789*. Francia: Asamblea Nacional Francesa.

Higuera, D. (2016). Análisis dinámico de la línea jurisprudencial respecto a la sustitución de la constitución. *Principia Iuris*, 13 (26), 213-242. Recuperado de <http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/piuris/article/view/1143>

Kramer, L. (2004). *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*. New York: New York University.

Lasalle, F. (1994). *¿Qué es una constitución?* Colombia: Panamericana.

Fajardo, Luis y González M. (2015). *La Sustitución de la Constitución, Un análisis teórico, jurisprudencial y comparado*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.

Rafael de Asís Roig. (1995). *Sobre el defensor de la constitución*. España: Tecnos.

Sentencias de la Corte Constitucional

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

Corte Constitucional de Colombia (09 de marzo de 2018), *Sentencia T-091-18*. [M.P Carlos Bernal Pulido]

Corte Constitucional de Colombia (10 de febrero de 2016), *Sentencia C-053-16*. [M.P. Alejandro Linares Cantillo]

Corte Constitucional de Colombia (19 de octubre de 2005), *Sentencia C-1040*. [M.P. Humberto Antonio Sierra Porto]

Corte Constitucional de Colombia (13 de diciembre de 2016), *Sentencia C-699-16*. [M.P. María Victoria Calle Correa]

Corte Constitucional de Colombia (19 de octubre de 2005), *Sentencia C-1040-05*. [M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández]

Corte Constitucional de Colombia (26 de febrero de 2010), *Sentencia C-141-10*. [M.P. Humberto Antonio Sierra Porto]