

**Crítica a la sentencia C 551 de 2003 sobre la teoría de la sustitución y los límites al poder originario del Pueblo en el referendo**

**WILLIAM ENRIQUE MANTILLA RUEDA**

**Director:**

**DANIEL FABIÁN TORRES BAYONA**

**Abogado / Esp. En Derecho Público**

**Mg. En Derecho Público / Doctorando En Derecho**

**Trabajo de grado para optar por el título de abogado**



**Facultad de Derecho**

**Escuela de Derecho y Ciencias Políticas**

**Universidad Pontificia Bolivariana**

**Seccional Bucaramanga**

**2018**

## CONTENIDO

<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>3</b>
<b>Capítulo 1: UNA PERSPECTIVA TEORICA DE LA TEORÍA DE LA SUSTITUCIÓN CONSTITUCIONAL</b> .....	<b>5</b>
1 RESEÑA HISTÓRICA DE LA TEORIA DE LA SUSTITUCIÓN CONSTITUCIONAL	5
2. TEORÍAS RESPECTO AL PROBLEMA DEL REFERENDUM EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL.....	7
2.1 Teoría organicista.....	7
2.2 La Teoría Mixta.....	8
2.3 Concepción clásica del Referéndum, El referendo como mecanismo de control al ejercicio de la democracia representativa.....	9
3. LA TEORÍA DE LA SUSTITUCIÓN EN LA HISTORIA CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA.....	10
3.1 Colombia, de un Estado de Derecho, a uno con visos de Estado Social de Derecho..	10
3.2 Reconocimiento a la mujer como ciudadana, plebiscito del 1957 y exclusividad del poder de reforma al Congreso. ....	11
3.3 Creación del control constitucional automático de los decretos legislativos. ....	11
3.4 Reafirmación Incompetencia para estudiar actos legislativos: preservación principio de separación de poderes, 1971.....	12
3.5 Demanda contra el acto legislativo 02 de 1977: Viraje de 180 grados en la jurisprudencia constitucional.....	13
<b>Capítulo 2: ATERRIZAJE DE LA TEORÍA DE LA SUSTITUCIÓN CONSTITUCIONAL EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA</b> .....	<b>15</b>
1. UNA APROXIMACIÓN A LA SENTENCIA C -551 DE 2003.....	15
2. SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO EN LA SENTENCIA C -141 DE 2010.....	19

3. CONFIRMACIÓN DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL DE LA SENTENCIA C-551 DE 2003; LINEA JURISPRUDENCIAL DE LA TEORÍA DE LA SUSTITUCIÓN CONSTITUCIONAL .....	25
3.1 Sentencia C-970 de 2004: Exposición de los pasos metodológicos del juicio de sustitución.....	25
3.2 Sentencia C- 1040 de 2005: Rigurosidad en los criterios para la realización de demandas de inconstitucionalidad por sustitución .....	26
3.3 Sentencia C -588 de 2009: Concepto inacabado de sustitución constitucional y Test de Efectividad.....	28
3.4 Sentencia C- 141 de 2010: Declaratoria de inexecutable de ley que convocaba a Referendo de Iniciativa Ciudadana .....	29
3.5 Sentencia C- 574 de 2011: Acto Legislativo y limitación del consumo de droga, demanda inepta por no cumplir carga probatoria rigurosa.....	29
<b>Capítulo 3: ANÁLISIS CRÍTICO DE LA TEORÍA DE LA SUSTITUCIÓN CONSTITUCIONAL Y SU IMPACTO EN LA DEMOCRACIA COLOMBIANA.....</b>	<b>30</b>
1. La teoría de la sustitución da al traste con los principios más elementales de la filosofía política, el derecho constitucional y la democracia: soberanía popular .....	30
2. El poder de reforma como poder constituido y fundamento de la teoría de la sustitución constitucional en Schmitt y otros filósofos. ....	37
3. Refutando la sentencia C- 551 de 2003, interpretación indebida de Schmitt.....	41
4. La filosofía política vs la teoría de la sustitución constitucional de la sentencia C- 551 de 2003.....	45
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>48</b>
<b>REFERENCIAS .....</b>	<b>51</b>

**RESUMEN GENERAL DE TRABAJO DE GRADO**

**TITULO:** Crítica a la sentencia C 551 de 2003 sobre la teoría de la sustitución y los límites al poder originario del Pueblo en el referendo

**AUTOR(ES):** WILLIAM ENRIQUE MANTILLA RUEDA

**PROGRAMA:** Facultad de Derecho

**DIRECTOR(A):** Daniel Fabian Torres Bayona

**RESUMEN**

En el presente trabajo se discutirán los pilares básicos de una democracia, que son la soberanía popular y la primacía del principio democrático; se establecerá si en un Estado democrático como el colombiano, en el cual, de acuerdo al artículo tercero constitucional: “La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece” (Constitución Política de Colombia, 1991), podría ser aceptable que la Corte Constitucional, en sentencia C 551 de 2003, imponga límites al constituyente originario, cuando este pretende modificar la constitución vía referendo, al punto de relevarlo de su carácter de poder originario para desplazarlo y convertirlo en un poder derivado o si por el contrario, dicha sentencia viola los pilares básicos de la democracia liberal, del Estado constitucional y social de derecho y pudiera constituir un atentado a la preeminencia del pueblo soberano, que sentaría un grave precedente para el futuro y vitalidad de esta democracia y de las libertades fundamentales que luego podría ser usado como argumento para imponer unas voluntades de una élite, lo que desplazaría a la nación hacia una aristocracia o dictadura de los jueces.

**PALABRAS CLAVE:**

derecho constitucional, sustitucion constitucional, constitucionl, sentencia C 551 de 2003

**V° B° DIRECTOR DE TRABAJO DE GRADO**

**GENERAL SUMMARY OF WORK OF GRADE**

**TITLE:** Criticism of judgment C 551 of 2003 on the theory of substitution and the limits to the original power of the People in the referendum

**AUTHOR(S):** WILLIAM ENRIQUE MANTILLA RUEDA

**FACULTY:** Facultad de Derecho

**DIRECTOR:** Daniel Fabián Torres Bayona

**ABSTRACT**

In this paper we will discuss the basic pillars of a democracy, which are popular sovereignty and the primacy of the democratic principle; it will be established if in a democratic State like the Colombian, in which, according to the third constitutional article: "The sovereignty resides exclusively in the people, from which the public power emanates. The people exercise it directly or through their representatives, in the terms that the Constitution establishes "(Political Constitution of Colombia, 1991), it might be acceptable for the Constitutional Court, in C 551 of 2003, to impose limits on the constituent original, when the latter intends to modify the constitution via referendum, to the point of relieving it of its original power to displace it and convert it into a derivative power or, on the contrary, that sentence violates the basic pillars of liberal democracy, the constitutional state and social law and could constitute an attack on the pre-eminence of the sovereign people, which would set a serious precedent for the future and vitality of this democracy and the fundamental freedoms that could then be used as an argument to impose the will of an elite, which it would displace the nation towards an aristocracy or dictatorship of the judges.

**KEYWORDS:**

constitutional right, constitutional, constitutional substitution, judgment C 551 of 2003

**V° B° DIRECTOR OF GRADUATE WORK**

## INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se discutirán los pilares básicos de una democracia, que son la soberanía popular y la primacía del principio democrático; se establecerá si en un Estado democrático como el colombiano, en el cual, de acuerdo al artículo tercero constitucional: *“La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece”* (Constitución Política de Colombia, 1991), podría ser aceptable que la Corte Constitucional, en sentencia C 551 de 2003, imponga límites al constituyente originario, cuando este pretende modificar la constitución vía referendo, al punto de relevarlo de su carácter de poder originario para desplazarlo y convertirlo en un poder derivado o si por el contrario, dicha sentencia viola los pilares básicos de la democracia liberal, del Estado constitucional y social de derecho y pudiera constituir un atentado a la preeminencia del pueblo soberano, que sentaría un grave precedente para el futuro y vitalidad de esta democracia y de las libertades fundamentales que luego podría ser usado como argumento para imponer unas voluntades de una élite, lo que desplazaría a la nación hacia una aristocracia o dictadura de los jueces.

Este trabajo entonces está enfocado en ilustrar los argumentos de la sentencia C 551 de 2003 para luego contrastarlos a la luz del derecho constitucional y la filosofía política. Sin duda, la teoría de la sustitución de la Constitución es el mayor reto que enfrenta el constitucionalismo y la filosofía política de estas dos décadas; implantar esta teoría de sustitución implicaría un brusco

cambio de paradigma, al pasar de uno constitucional cimentado en la democracia y soberanía popular, a uno de constitucionalismo democrático limitado por una especie de aristocracia judicial que se abrogaría funciones más allá de las dadas por el constituyente primario; lo anterior implica prácticamente dar al traste con la filosofía política de griegos y romanos y los principios republicanos de Montesquieu y Rousseau.

## **Capítulo 1: UNA PERSPECTIVA TEORICA DE LA TEORÍA DE LA SUSTITUCIÓN CONSTITUCIONAL**

### **1 RESEÑA HISTÓRICA DE LA TEORIA DE LA SUSTITUCIÓN CONSTITUCIONAL**

La teoría de la sustitución de la Constitución es un concepto relativamente nuevo, que surgió en Colombia, desde la sentencia C-551 de 2003. Para algunos doctrinantes la teoría de la sustitución es un reemplazo de la Constitución en términos materiales, esto quiere decir que hay una oposición entre la nueva creación y la antigua, lo que implica que será una Constitución completamente nueva, bien sea por una organización política inédita o un cambio de tal magnitud que no permita a normas anteriores, coexistir con ella, dicha sustitución puede ser total o parcial. (Fajardo, Gonzalez, Gonzalez, & Garcia, 2015)

(...) La teoría de la sustitución de la Constitución, se remonta a 1927, durante la república de Weimar en Alemania, cuando Carl Schmitt escribió su obra: “la teoría de la Constitución”; de acuerdo con Schmitt, la otrora Constitución de Weimar tenía dos tipos de normas, las que expresaban decisiones políticas fundamentales asumidas por la voluntad constituyente como auténtico fundamento del orden político, y aquellos otros preceptos que aun formando parte de la propia Constitución, eran consecuencia de las anteriores y no tenían de por si valor constitutivo de la comunidad política(...) (Fajardo, Gonzalez, Gonzalez, & Garcia, 2015, pág. 23). En síntesis, para Schmitt la Constitución tenía una parte de “normas materialmente constitucionales” y otra meramente formal que llamó “leyes constitucionales”.

La teoría de Schmitt es la base de partida para la Corte Constitucional en Colombia que en su sentencia C-551 de 2003 rescata los postulados de Schmitt, para la Corte Constitucional, siguiendo a Schmitt, si bien no hay en la Constitución de 1991 cláusulas pétreas inmodificables, sí existen cláusulas que en palabras del filósofo alemán podríamos denominar “normas materialmente constitucionales”, que no son otras que las que la Corte ha identificado como las que consagran los pilares básicos esenciales de la Constitución y ejes transversales de la misma y que constituyen la columna vertebral del Estado constitucional democrático y social de derecho.

Para Schmitt la Constitución solo puede reformarse en sus aspectos formales, que no hacen parte de la materialidad de la misma, por lo que, a su juicio, el poder de reforma no sería un poder soberano sino un poder constituido con límites. Es precisamente de aquí, de donde nutre su argumentación la Corte Constitucional en su sentencia C-551 de 2003, y es que si bien la Corte reconoce que en la Constitución del 91 no existen límites explícitos al poder de reforma y que ella solo puede revisar los actos reformativos de la Constitución por vicios formales, mediante una elucubración forzada, crea jurisprudencia para señalar que la expresión de los numerales del artículo 241 superior que estipula sus funciones, de “solo por vicios de procedimiento en su formación” debe entenderse no solo como la facultad para examinar actos reformativos de la Constitución por sus defectos de trámite, sino que también debe entenderse como la posibilidad de examinar las irregularidades competenciales, es decir, los excesos en el ejercicio del poder de reforma de sus titulares (Congreso, Pueblo o Asamblea Constituyente), por tanto, la Corte Constitucional dice que los vicios de competencia hacen parte también de los vicios de forma que la Constitución Política le permite revisar, por tanto, la Corte concluye que cuando uno de los titulares del poder de reforma (constituido y limitado) modifica pilares fundamentales de la Constitución (normas materialmente constitucionales para Schmitt) está desbordando sus

competencias, y por consiguiente, la falta de competencia estaría constituyendo un vicio de forma de ese acto reformativo, léase: acto legislativo, referendo o asamblea constituyente.

## **2. TEORÍAS RESPECTO AL PROBLEMA DEL REFERENDUM EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL**

En lo que tiene que ver específicamente con el referendo, el profesor Pedro De Vega en su estudio de la figura del referéndum como mecanismo de modificación constitucional, expone que se presentan tres tendencias: la teoría organicista, la teoría mixta y la teoría clásica o teoría del referendo como mecanismo de control, las cuales se esbozarán brevemente.

### **2.1 Teoría organicista**

Para esta teoría los actos sometidos a referéndum serían actos complejos, pues esta señala que se necesitan tanto la voluntad del órgano secundario (Congreso) como la del órgano primario (pueblo) para que determinada disposición se perfeccione, en este postulado se introduce la figura de la soberanía estatal por encima de la soberanía popular, en palabras de De Vega (1985):

*la voluntad del pueblo expresada en referéndum no es la voluntad de un poder soberano y libre, sino la de un órgano estatal más, que conjuntamente con otros, se incorpora a esa realidad superior que es el Estado, con lo cual, como es claro, la contradicción entre estado constitucional y referéndum queda resuelta a través de la subsunción del pueblo en el Estado.*

Lo anterior, permite comprender que, para esta teoría, en el caso del referendo, el Pueblo no es un constituyente originario, sino que es un órgano más del gigante Estado, con lo cual, es claro que, para estos doctrinantes, la utilización del referendo como mecanismo de reforma viene siendo un acto de un poder constituido y no de un poder constituyente originario.

No obstante, esta teoría organicista parece no ser de recibo para un amplio sector de la doctrina,

al respecto el profesor Gonzalo Ramírez Cleves sentencia que:

*“la tesis organicista del poder constituyente no puede ser aceptada, ya que la base de su planteamiento, la soberanía nacional por encima de la democrática, se entiende como una distorsión solo aceptable en las épocas en donde con la taumaturgia de un órgano etéreo y difuso como la nación se justifica regímenes políticos de todo orden”* (Ramírez Cleves, 2005).

En síntesis, esta teoría organicista carece de todo fundamento en un régimen democrático, pues el fundamento del referendo no es otro que el de apelar al Pueblo, precisamente porque se le considera soberano; de no considerársele soberano, no habría necesidad de preguntarle, desnaturalizándose así este mecanismo de participación, al respecto, concluye De Vega que *“la negación política de la soberanía popular pone de manifiesto la precariedad y la simpleza de todas las visiones organicistas sobre el referéndum. Si el referéndum tiene algún fundamento, no es otro que el de apelar al pueblo porque se le considera soberano”* (De Vega, 1985)

## **2.2 La Teoría Mixta**

Esta teoría, un poco más aterrizada que la precedente, destaca que el referéndum hace parte de una operación conjunta que implica la participación de dos poderes distintos, estos serían: el poder constituido (Congreso) y el poder constituyente (Pueblo), sin embargo, para varios autores,

la conjunción entre poder constituido y poder constituyente es inaceptable, a juicio de Gonzalo Ramírez: *“la obra del poder constituyente es la constitución, y por ende una norma*

*constitucional que consagre el referéndum como mecanismo de modificación no significa una apertura normativa al ejercicio del poder constituyente”* (Ramírez Cleves, 2005)

### **2.3 Concepción clásica del Referéndum, El referendo como mecanismo de control al ejercicio de la democracia representativa**

Esta concepción se asemeja a la teoría organicista, pues considera al Pueblo, cuando actúa mediante referendo, como un poder constituido, sin embargo se diferencia de la primera en que no niega la soberanía popular; esta teoría considera al referendo como un mecanismo de control, debido a que *“el Pueblo como soberano tiene el irrenunciable derecho a controlar siempre, confirmando o anulando, los actos de sus representantes”* (De Vega, 1985)

Considerado entonces el referendo como un mecanismo de control, se concluiría que la convocatoria al pueblo a referéndum no es un acto constituyente sino un acto de un poder constituido, regulado y limitado por la propia Constitución, en palabras de Ramírez:

*El caso del llamamiento popular por referéndum se entenderá entonces no como un ejercicio pleno de la democracia directa o de la identidad producto de una decisión libre y espontánea del pueblo, sino como un mecanismo que se desarrolla bajo los presupuestos de una regulación constitucional predeterminada por el órgano constituyente democrático.* (Ramírez Cleves, 2005).

Finalmente, para Gonzalo Ramírez, compartiendo la posición de la Corte Constitucional, destaca que el referendo no puede ser alegado como fundamento de la soberanía popular, sino

que debe rechazarse la utilización de dicho mecanismo como instrumento de aclamación del régimen o de manipulación de la voluntad política, para el profesor Ramírez Cleves, es claro que, en el referendo, por más de que su titular sea el mismo Pueblo soberano, no es de recibo

la idea de que en sede de referendo el pueblo actúa como constituyente originario, pues tal y como lo dirá la Corte Constitucional, el poder de reforma es un poder constituido y limitado.

### **3. LA TEORÍA DE LA SUSTITUCIÓN EN LA HISTORIA CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA.**

El control de constitucionalidad en nuestro país data de 1910, cuando en el acto legislativo 03 del mismo año, se introdujo el control de exequibilidad, mediante dos vías: i) la acción pública de inconstitucionalidad y ii) la excepción de inconstitucionalidad. En principio la Constitución de 1886 no incluía la posibilidad de someter a revisión de exequibilidad las leyes, pues de acuerdo a la ley 153 de 1886, las leyes posteriores a 1886 se presumían constitucionales, de allí la importancia de este acto legislativo, que introdujo la figura de la revisión constitucional de las leyes de la república.

#### **3.1 Colombia, de un Estado de Derecho, a uno con visos de Estado Social de Derecho**

En 1936, con el acto legislativo 01 de 1936, Colombia comenzó la transición de ser un Estado de derecho a convertirse en un Estado social de derecho, con lo cual fue imperativo rediseñar la estructura del Estado, tal y como era concebido, con lo cual en 1945 se adopta mediante el acto legislativo 01 una serie de modificaciones a la carta de 1886; en este nuevo diseño se excluía la posibilidad de que los actos legislativos reformativos de la Constitución fueran objeto de revisión constitucional por parte de la Corte Suprema de Justicia, en tanto tribunal constitucional de la época.

### **3.2 Reconocimiento a la mujer como ciudadana, plebiscito del 1957 y exclusividad del poder de reforma al Congreso.**

Mediante el acto legislativo 03 de 1954, durante el gobierno de Gustavo Rojas Pinilla, se reconoció a la mujer el derecho activo y pasivo del sufragio, otorgándole la ciudadanía; posteriormente el decreto legislativo 247 de 1957, que origina el frente nacional, y que además fue refrendado por el Pueblo mediante un plebiscito, también establecía en su artículo 13 que “en adelante, las reformas constitucionales solo podrán hacerse por el Congreso de la Republica, en la forma establecida por el artículo 218 de la Constitución. Acto siguiente, el ciudadano Pedro Nel Rueda Uribe, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, demandaría ante la Corte Suprema el mencionado decreto 247 de 1957, su principal argumento era precisamente que es te decreto desconocía el artículo 218 de la Constitución Política, pues este señalaba que las reformas constitucionales solo podían ser adelantadas por el Congreso de la Republica, este ciudadano manifestaba que el gobierno no debía haber convocado al Pueblo, pues de esta manera desbordo sus competencias constitucionales; frente a esta demanda, la Corte Suprema en Sentencia del 28 de noviembre de 1957, se declara inhibida para decidir, pues a juicio de la Corte, la Carta no le confería atribuciones para examinar decretos, sino que únicamente la facultaba para la revisión de leyes.

### **3.3 Creación del control constitucional automático de los decretos legislativos.**

Años después, en 1968, mediante reforma constitucional, se regulan y controlan los estados de excepción y se crea una sala especializada Constitucional al interior de la Corte Suprema De Justicia y se dispone el control constitucional automático sobre los decretos legislativos, por lo demás, se organiza buena parte de las entidades administrativas, conforme con una estructura de clara inspiración francesa.

### **3.4 Reafirmación Incompetencia para estudiar actos legislativos: preservación principio de separación de poderes, 1971.**

En el año 1971, se demanda mediante acción pública de inconstitucionalidad. La reforma al inciso tercero del artículo 172 de la Carta, el ciudadano Hugo Palacios Mejía considero que en el proceso de formación de esta reforma, se incurrió en vicios, al no respetar el tramite consagrado en el artículo 218 superior, ya que a juicio del demandante, el texto original del proyecto de reforma no contenía el inciso demandado, que se vino a incluir en su trámite en la segunda vuelta; frente a esta demanda, el problema jurídico fundamental era determinar si la Corte tenía competencia para revisar un acto legislativo, ya que el artículo 71 del acto legislativo 01 de 1968 había facultado a la Corte para conocer demandas contra todas las leyes, sin embargo no daba un mandato expreso para que la Corte Suprema pudiese revisar la constitucionalidad de actos reformativos de la constitución; no obstante, para el ciudadano demandante, los actos legislativos debían ser tenidos como leyes, en un sentido amplio; pues bien la anterior argumentación fue respaldada por el Procurador General de la Nación, al secundar la postura del demandante, afirmando el Ministerio Público, que la Corte sí era competente para pronunciarse sobre la demanda, por cuanto la reforma a la Constitución era en concepto del Procurador, una ley especial, y en tanto ley estaba sometida a control por parte de la Corte. Sin embargo, a pesar de la postura del Ministerio Publico, la Corte Suprema en una decisión dividida decide declarase inhibida para estudiar esta demanda, para la mayoría de los magistrados, uno de los principios más esenciales del Estado era la separación de poderes, por lo que, a juicio de estos, mal haría la Corte Suprema al inmiscuirse en las decisiones del poder legislativo, en tanto está ejerciendo su poder de reforma. La Corte Suprema advierte entonces ya, desde esta época, el peligro que subyace en la pretensión de controlar la constitucionalidad de las normas constitucionales, que no es otro que el del “gobierno de los jueces”, para la mayoría de Magistrados de la época, era

inconcebible que la Corte Suprema de Justicia se convirtiera en una súper rama del poder público por encima de las demás.

### **3.5 Demanda contra el acto legislativo 02 de 1977: Viraje de 180 grados en la jurisprudencia constitucional.**

En 1977, un grupo de ciudadanos demandó el acto legislativo 02 del mismo año, ya que consideraban que la convocatoria a una asamblea constitucional con el propósito de reformar el régimen departamental y municipal, como la administración de justicia y el Ministerio Público constituía una violación constitucional, ya que, a juicio de los demandantes, el Congreso no podía delegar sus funciones sobre estos tópicos, respecto a la competencia de la Corte para conocer demandas sobre actos legislativos, los demandantes insisten en que el tribunal judicial si es competente para decidir, pues a juicio de los ciudadanos, las competencias de la Corte Suprema estipuladas en el artículo 214 superior, no eran taxativas.

Frente a esta demanda, hay que decir que se convirtió en un hito para la historia constitucional en nuestro país, pues la Corte Suprema modifica su jurisprudencia y se declara competente para estudiar la constitucionalidad de un acto legislativo reformativo de la Constitución, en sentencia del 05 de mayo de 1978 la Corte Suprema da un viraje de 360 grados sobre el tema, al respecto, citando a la Corte Suprema de Justicia:

*Sustraer el poder de reforma de la Constitución de lo prescrito por ella en cuanto al modo de producir enmiendas, equivale a confundir un poder constituido como este, con el constituyente primario. Lo cual implicaría, también, excluir ese poder del régimen del derecho, quebrantando la legitimidad, pues resulta desacertado sostener que cuando un órgano del estado puede modificar la Constitución sin someterse a las formas en ella estatuidas, es un estado de derecho. Menos válido aun es afirmar que el Congreso Nacional, cuando ejerce esta competencia, lo hace como soberano, ignorando la supremacía de la*

*Nación; y tampoco aseverar que sus actos están amparados por una especie de presunción de constitucionalidad, porque ello contraria manifiestamente la filosofía y los postulados del artículo 2. Además, el carácter representativo del soberano que se predica del Congreso por su elección popular y directa, no sería exclusiva de Colombia, pues idéntico origen tiene el presidente de la República, (...) 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 de la jurisdicción constitucional de la Corte Suprema de Justicia, puesto que pueden ser violatorias de la Constitución en cuanto infrinjan esas reglas y el principio de sujeción a ellas, sentado sin excepción alguna en el 2 para todo y cualquier poder constituido. (Corte Suprema de Justicia, Sentencia 2397, 1978)*

## **Capítulo 2: ATERRIZAJE DE LA TEORÍA DE LA SUSTITUCIÓN CONSTITUCIONAL EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA**

### **1. UNA APROXIMACIÓN A LA SENTENCIA C -551 DE 2003**

En la sentencia C- 551 de 2003, la Corte Constitucional examinó la ley 796 de 2003 mediante la cual se convocó un referendo para someter a consideración del Pueblo un proyecto de reforma constitucional. Desde la creación de la Corte Constitucional y por 11 años, la Corte Constitucional se había inhibido de conocer posibles vicios competenciales o materiales en los actos legislativos.

En primer lugar, hay que señalar que el artículo 379 de la Constitución Política establece de manera expresa que los actos legislativos, la ley que convoca a referendo y la que llama al Pueblo a una asamblea constituyente solo pueden ser revisadas por vicios de forma, proscribiendo de esta manera la revisión material y de fondo, y lo hace de esta manera:

*“ARTICULO 379. Los Actos Legislativos, la convocatoria a referendo, la consulta popular o el acto de convocación de la Asamblea Constituyente, sólo podrán ser declarados inconstitucionales cuando se violen los requisitos establecidos en este título.”* (Constitución Política de Colombia, 1991)

Si bien la Corte Constitucional en esta sentencia reconoce que las leyes que convocan a referendo, Asamblea Constituyente y los actos legislativos solo pueden ser revisados por vicios de forma, posteriormente al definir lo que se entiende por “vicios de forma” el máximo Tribunal Constitucional destaca que vicio de forma es aquel que se estructura por una irregularidad en el trámite, por indebida integración del órgano que la expide o por incompetencia del mismo, en palabras de la Corte:

*“(…) esto significa entonces que el procedimiento de formación de un acto jurídico puede estar viciado porque el órgano que lo establece no podía hacerlo, esto es, carecía de la facultad de expedir ese contenido normativo. Pero también puede ocurrir que un órgano sea competente para regular una materia, pero expida de manera irregular el acto por haber incurrido en un vicio de trámite [...]. El procedimiento está siempre viciado si el órgano que dicta el acto jurídico carece de competencia para hacerlo (...)”* (Corte Constitucional, Sentencia C -551, 2003)

La interpretación que hace la Corte Constitucional de la existencia de vicios competenciales, que conforman junto con los de mero trámite, lo que la Constitución entiende como “vicios de forma”, es lo que verdaderamente da paso a la teoría de la sustitución constitucional. Ya teniendo definido el alcance del concepto “vicios de forma”, la Corte Constitucional ahora analiza cuál es el límite o hasta donde llega la competencia del poder de reforma constitucional.

Y es que, para este organismo, el poder de reforma no sería un poder originario sino constituido, transcribiendo a la Corte:

*[...] “importantes sectores de la doctrina y la jurisprudencia, tanto nacionales como comparadas, sostienen que toda constitución democrática, aunque no contenga cláusulas pétreas, impone límites materiales al poder de reforma del constituyente derivado, por ser este un poder constituido y no el poder constituyente originario”.* (Corte Constitucional, Sentencia C -551, 2003)

De esta forma la Corte Constitucional reconoce que en las democracias constitucionales existe un poder originario jurídicamente ilimitado e incontrolable, capaz de modificar y sustituir el orden social, político y jurídico; dicho poder lo detenta el pueblo soberano, cuya expresión política queda plasmada en una Constitución, de donde surgen todos los demás poderes

constituidos del Estado, tales como el poder ejecutivo, judicial, legislativo, entre otros y también el poder de reforma, que por su naturaleza de derivados, a juicio de la Corte, tienen unos límites y específicamente unos límites competenciales. En la sentencia sub examine la Corte Constitucional define el poder de reforma constitucional como la capacidad de *“ciertos órganos del estado, en ocasiones con la consulta a la ciudadanía, de modificar una constitución existente, pero dentro de los cauces determinados por la constitución misma”*, (Corte Constitucional, Sentencia C -551, 2003).

Dicho de otro modo, “el poder de reforma constitucional es un poder establecido por la Constitución, derivado de ella y regulado por ella y por tratarse de un poder instituido, el poder de reforma tiene límites y está sujeto a controles” (Fajardo, Gonzalez, Gonzalez, & Garcia, 2015, pág. 46)

Justifica la Corte Constitucional esta posición en el propio artículo 3 de la Carta Magna que reza: *“La soberanía reside exclusivamente en el Pueblo, del cual emana el poder público. El Pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece.”*. de acuerdo a esta interpretación, el poder de reforma en tanto poder constituido tiene límites y está sometido a las reglas y trámites que dispone la propia Constitución

Ciertamente los actos reformativos de la Constitución tienen unos requisitos y procedimientos dictados por las leyes orgánicas, y en el caso del referendo existe el umbral de participación, el de aprobación y el requisito en el referendo popular del 5% de las firmas, sin embargo, la Constitución Política en una interpretación gramatical nada dice frente a límites o restricciones al poder de reforma. La Corte Constitucional respecto al fundamento de establecer límites al poder de reforma, en sentencia C 551 de 2003 expresa lo siguiente:

*“al limitar la competencia del poder reformativo a modificar la constitución de 1991, debe entenderse que la constitución debe conservar su identidad en su conjunto y desde una perspectiva material, a pesar de las reformas que se le introduzcan. Es decir, que el poder de reforma puede modificar cualquier disposición del texto vigente, pero sin que tales reformas supongan la supresión de la constitución vigente o su sustitución por una nueva constitución”.*

(Corte Constitucional, Sentencia C -551, 2003)

Para la Corte Constitucional esta doctrina jurisprudencial de la “teoría de la sustitución de la Constitución” se puede justificar en el propio texto constitucional, y es que efectivamente el título XIII de la Carta Magna se nombra como “De la reforma de la Constitución” y en el mismo sentido el artículo 374 de la Constitución inicia con la expresión “la Constitución podrá ser reformada”; en consonancia con lo anterior, la Corte en la sentencia objeto de estudio señala que la Constitución política no faculta de manera expresa su sustitución sino solo su modificación o reformación, en palabras de la Corte Constitucional:

*“la constitución no solo consagra expresamente la posibilidad de sustitución total de la carta, sino que además establece expresamente que la constitución podrá ser reformada, una conclusión se impone: en el constitucionalismo colombiano, el poder de reforma tiene límites competenciales, pues no puede sustituir la constitución de 1991. Se trata de un límite expresamente establecido por el constituyente originario en el artículo 374 de la constitución adoptada en 1991 por la asamblea constituyente como comisionada del pueblo soberano”*

(Corte Constitucional, Sentencia C -551, 2003)

En síntesis, podemos resumir en siete, las conclusiones de la sentencia C -551 de 2003, en primer medida, los magistrados concluyen que el control constitucional de las reformas a la Constitución, recae en su proceso de formación y no en su contenido material, en segundo lugar, se concluye que debe entenderse por vicios de procedimiento no solo los meramente de trámite

sino que también ha de incluirse en esta categoría, las irregularidades competenciales, es decir, los excesos en el ejercicio de las facultades de reforma, en tercer lugar, cabe recordar que el fundamento teórico del límite al poder de reforma de la Constitución se cifra en su condición de poder constituido y de la condición de constituyente derivado de los titulares del mismo, el cuarto punto fundamental de esta sentencia es que el pueblo es el único que puede sustituir la Constitución, pero solo bajo la figura de la Asamblea Constituyente, pues es allí, donde a juicio de la Corte, el Pueblo soberano actúa como constituyente originario; en el caso del referendo, para la Corte Constitucional, el Pueblo actúa como constituyente derivado, pues como ya se explicó, el poder de reforma es un poder limitado y subordinado a la Constitución Política. En quinto lugar, para el máximo Tribunal Constitucional de Colombia, la existencia de límites competenciales debe entenderse como la necesidad de que la Constitución conserve su identidad en su conjunto y desde una perspectiva material, en sexto lugar tales límites competenciales deben ser entendidos como un mandato del poder constituyente implícito en la Constitución y destinado a los poderes constituidos de reforma, y finalmente en séptimo lugar, la Corte Constitucional insiste en que estos límites al poder de reforma también tienen sustento en la literalidad de la Constitución.

## **2. SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO EN LA SENTENCIA C -141 DE 2010**

A pesar de que este salvamento de voto es sobre una sentencia diferente a la del análisis central del presente trabajo de investigación, por su importancia y por su postura crítica frente a la teoría de la sustitución de la Constitución en particular, frente a la sentencia C- 551 de 2003, que es la base para la decisión proferida en la sentencia C-114 de 2010, se considera relevante traerlo a colación.

Para el Magistrado González Cuervo, con el surgimiento de la categoría de vicios competenciales, desde la sentencia C- 551 de 2003, la Corte Constitucional habría desconocido y desbordado los límites de su propia competencia al emprender el control material de las leyes convocatorias al referendo y los actos reformativos de la Constitución, en palabras del entonces Magistrado Mauricio González Cuervo:

*En la Sentencia C-551 de 2003 se estableció, con el nacimiento de la teoría de la sustitución de la Constitución, la existencia de una especie de vicio mixto ubicado entre los trámite y los materiales, calificado por la Corte de la época como presupuesto ineludible del procedimiento: el vicio de competencia. Dado el carácter mixto del vicio, y el ánimo de expandir el espectro de control de la Corte Constitucional, se prefirió ubicar el vicio de competencia en el lado del procedimiento para la formación del acto, dando lugar a que bajo el amparo de la teoría de la sustitución, la Corte emprendiera el control de los eventuales vicios competenciales presentes en leyes convocatorias a referendo así el numeral 2 del artículo 241 -dispositivo constitucional en el que basaba su competencia- sólo hable de los vicios de procedimiento en su formación. (Corte Constitucional, Salvamento de Voto, Gonzalez, C 141, 2010)*

Para el Magistrado, no existe sustento jurídico para que la Corte Constitucional en sentencia C-551 de 2003 haya examinado materialmente la ley que convocaba a referendo, camuflando su actuación en unos supuestos vicios competenciales, que no tienen asidero constitucional; para el togado es claro que la Corte Constitucional emprendió el control del contenido de la convocatoria al referendo plasmada por el Congreso en la Ley 796 de 2003, pretendiendo atender dos preocupaciones concretas: (i) la necesidad de resguardar la libertad del elector, y (ii) justiciar un eventual vicio de competencia. Frente a la primera preocupación el doctor González Cuervo no presenta objeción alguna, sin embargo, frente a la segunda preocupación se opone, al considerar

que el examen material de las leyes que convocan a referendo, justificado por la Corte en su segunda preocupación planteada es cuestionable, puesto que en el Título XIII, asegura González Cuervo, no se restringe la competencia de los estamentos facultados para la reforma constitucional. Es más, prosigue el Magistrado, al tender el vicio competencial hacia el aspecto material de la reforma constitucional más que al formal, se presenta una incongruencia de base que hace incompatible el control de constitucionalidad. En palabras del Magistrado González Cuervo:

*El control competencial no solo es extraño a la labor de la Corte Constitucional, sino también al Título XIII de la Carta, en el que, como se dijo antes, no se hace ninguna alusión a la existencia de límites competenciales a la potestad reformatoria de ninguno de los tres estamentos legitimados para modificar la norma fundamental. Por esta razón, no es válido que la Corte Constitucional haya decidido inmiscuirse en el contenido material de las leyes convocatorias a referendo, con el supuesto fin de asegurar el cumplimiento de ‘ejes definitorios’ de la Constitución, pues no existe fundamento constitucional alguno para hacerlo. (Corte Constitucional, Salvamento de Voto, Gonzalez, C 141, 2010).*

En adición a lo anterior, el Magistrado continua su argumentación precisando que, incluso si se aceptaran la existencia de estos vicios competenciales en sede de referendo, no sería constitucionalmente aceptable que la Corte Constitucional declare inexecutable una ley que convoca a un referendo, pues está en si misma no constituye una reforma constitucional, por lo que para el Magistrado, no sería válido constitucionalmente hablando, declarar inexecutable la convocatoria a un referendo por vicios de fondo o supuestos vicios competenciales, en tanto que aún no habría reforma constitucional alguna, por lo que concluye que si se pudiera estudiar la constitucionalidad de un referendo, dicho control “competencial o material” debería hacerse de

forma posterior; por tanto, para González Cuervo, la Corte, al justiciar una supuesta sustitución de la Constitución se está adelantando a que tal sustitución ocurra. Citando al magistrado:

*Si creemos en la democracia y en la identidad de nuestro Estado como uno en el cual el pueblo es soberano, debemos confiar en la democracia y en el pueblo, respetando el hecho de que la soberanía depende de él, y teniendo presente que la Corte Constitucional no está instituida para evitar que el pueblo actúe, ni como escenario en el cual se toman las medidas de anulación de los escenarios para que se dé el pronunciamiento popular (...) ¿Por qué razón la Corte ha de pronunciarse antes de que se dé el pronunciamiento popular, es decir, antes de que se produzca la reforma constitucional, sobre una supuesta sustitución de la Constitución, si ésta ni siquiera puede producirse con la mera convocación al pueblo para pronunciarse en referendo? (Corte Constitucional, Salvamento de Voto, Gonzalez, C 141, 2010)*

González continúa su crítica a la teoría de la sustitución constitucional aplicada por la Corte, señalando que el hecho de que por medio del control de constitucionalidad se evite que el Pueblo se pronuncie sobre una determinada reforma constitucional en sede de referendo, implica una grave afectación a la democracia y un desconocimiento grave del hecho de que la soberanía reside en el Pueblo. Para González Cuervo:

*La teoría de la sustitución, al ser aplicada en un momento previo al cambio constitucional, produce el efecto de evitar que a través de los cauces democráticos se escoja por el pueblo soberano qué debe y qué no debe hacer parte de la norma fundamental, prefiriéndose la aplicación de un control de constitucionalidad que sustituye al pueblo por el criterio de un estamento que carece por completo de representatividad democrática. (Corte Constitucional, Salvamento de Voto, Gonzalez, C 141, 2010)*

Acto seguido el Magistrado continua sus críticas a la teoría de la sustitución de la Constitución, acusando a la Corte Constitucional de violar el principio democrático, la separación de poderes y la soberanía popular, al respecto destaca que:

*Frente al análisis realizado por la mayoría, relativo al tema del vicio competencial, la contradicción se ubica en la raíz misma del argumento, puesto que es fácil identificar cómo el análisis de la Corte no se sustenta en criterios normativos, objetivos y verificables, sino que recurre a la figura de los ejes definatorios, que están librados en su determinación al subjetivismo del juez, y que petrifican la Constitución impidiendo la reforma democrática y soberana impulsada por el pueblo, desconociendo con ello el principio democrático, la separación de poderes y la soberanía popular que pretendían defenderse. (Corte Constitucional, Salvamento de Voto, Gonzalez, C 141, 2010)*

Pero el Magistrado va mucho más allá y puntualiza que el control por vicios de competencia que la Corte pretende enfrascar en los vicios de forma no es otra cosa que un control material camuflado, debido a la proscripción de la Constitución, en palabras del Magistrado:

*Aunado a esto, el juicio de sustitución emprendido por la Corte Constitucional sólo difiere de un juicio material, en el nombre que se le dio al método, pues en la práctica lo que se hace es desconocer el hecho de que la Corte Constitucional sólo puede ejercer su control por vicios de forma, con lo cual la teoría de la sustitución no es más que una manera de burlar los límites de la competencia de la Corte delineados en la Carta. Lo que se revela al analizar la definición de la premisa mayor del juicio de sustitución es la aplicación más subjetiva posible de los dispositivos Constitucionales, y la realización velada de un control material que, para rematar, implica la imposición de una visión aristocrática del derecho por encima de una visión democrática emanada del pueblo soberano. (Corte Constitucional, Salvamento de Voto, Gonzalez, C 141, 2010)*

Lo anterior permite establecer que no puede ser de recibo la teoría de que el Pueblo cuando actúa mediante referendo deja de ser el constituyente originario soberano para pasar a convertirse en un mero poder constituido con límites competenciales, entienda materiales; para el Magistrado, González Cuervo, de aceptarse esta tesis se estaría desnaturalizando el propio artículo 3 de la Constitución que destaca que la soberanía reside solo y exclusivamente en el Pueblo, el togado se cuestiona sobre la diferenciación que hace la Corte entre Asamblea Constituyente y referendo, pues a juicio de González, no parece lógico señalar que el Pueblo puede mediante la elección de unos representantes pueda sustituir la Constitución sin ningún límite, pero que este no lo pueda hacer directamente mediante el mecanismo de participación del referéndum, al respecto señala categóricamente el Magistrado que:

*El referendo se presenta entonces en pie de igualdad, o incluso superioridad en términos de legitimación para establecer un cambio constitucional, pues es el mismo pueblo soberano el que implementa el cambio, y no un representante en el marco de una Asamblea, que por más definida su competencia, periodo y composición, no es directamente el pueblo, sino uno de sus representantes. Parece que a los defensores de la teoría de la sustitución se les olvida que el pueblo es soberano, y sigue siéndolo a pesar del establecimiento de mecanismos por los cuales ese poder soberano puede expresarse. El hecho de que el poder del pueblo se exprese a través de cauces institucionales no puede llevar a desconocer el hecho de que es el pueblo el que habla y en tanto soberano, no es legítimo imponer límites azarosos a su facultad de reconfigurar el orden constitucional, en poco o en mucho, pues hacerlo implicaría en últimas arrebatarse su carácter de soberano. (Corte Constitucional, Salvamento de Voto, Gonzalez, C 141, 2010)*

Finalmente, el Magistrado concluye su escrito afirmando que la Corte debería abandonar la teoría de la sustitución y propone como solución al subjetivismo judicial que esta implica, utilizar

la normativa internacional de los principios generales del derecho, también llamados principios de “Ius Cogens”, para determinar qué es lo que sería y no sería válido introducir a la Constitución, por ultimo González Cuervo vuelve a denunciar con categoría, sobre la teoría de la sustitución de la Constitución, la interpretación de la Corte Constitucional:

*Estamos, no solo ante la realización de un control material por parte de la Corte Constitucional frente a una convocatoria a referendo, que ya de por sí es bastante grave, sino además de un control material que fue planeado de una manera tal que impidiera al Pueblo la posibilidad de pronunciarse. (Corte Constitucional, Salvamento de Voto, Gonzalez, C 141, 2010)*

### **3. CONFIRMACIÓN DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL DE LA SENTENCIA C-551 DE 2003; LINEA JURISPRUDENCIAL DE LA TEORÍA DE LA SUSTITUCIÓN CONSTITUCIONAL**

La Corte Constitucional ha dictado decenas de sentencias sobre la teoría de la sustitución de la Constitución, aquí se presenta un recuento de las más importantes, no sin antes recordar que la mayoría de esta jurisprudencia va dirigida a los límites al poder de reforma del Congreso de la república, por lo que solo se esbozaran sus principales elementos, ya que como se ha dicho antes, esta investigación se basa en los límites al poder de reforma, pero en tratándose del Pueblo mediante referendo.

#### **3.1 Sentencia C-970 de 2004: Exposición de los pasos metodológicos del juicio de sustitución**

En la sentencia C -970 de 2004 la Corte conoció de la constitucionalidad del acto legislativo 03 de 2002, donde se había demandado el artículo 4 transitorio que le otorgaba facultades

extraordinarias al Presidente de la República, para expedir las reformas a las normas y códigos en materia penal y penitenciaria para acondicionarlas al nuevo sistema penal acusatorio. En esta sentencia se exponen los pasos metodológicos del juicio de sustitución que han de tenerse en cuenta para el estudio de la competencia del órgano reformador y la posible inconstitucionalidad por sustitución de la Constitución Política, al respecto determinó la Corte que: *“No se trata, en tales eventos, de un examen de fondo en torno al contenido del acto reformativo de la Constitución, sino de un juicio sobre la competencia del órgano encargado de adelantar la reforma”*. (Corte Constitucional, Sentencia C-970, 2004)

La Corte reitera que, en el juicio de sustitución constitucional, se debe analizar si el órgano que expidió la reforma era competente para hacerlo, al respecto preciso la Corte que:

*“la metodología de la sustitución se trata de verificar un enunciado específico y no se limita a plantear los aspectos que de manera general tiene una determinada institución en el constitucionalismo contemporáneo, sino la manera particular como un elemento definitorio ha sido configurado en la constitución colombiana y que, por consiguiente, hace parte de su identidad”* (Corte Constitucional, Sentencia C-970, 2004)

En el caso sub examine, la Corte encontró exequible el acto legislativo demandado, pues para el tribunal constitucional, el otorgamiento de facultades específicas y limitadas al ejecutivo para dictar las reformas a las mencionadas leyes, no violó el principio de separación de poderes, pues se trató de una alteración puntual, excepcional, transitoria y específica de delegación de potestades legislativas en el ejecutivo.

### **3.2 Sentencia C- 1040 de 2005: Rigurosidad en los criterios para la realización de demandas de inconstitucionalidad por sustitución**

En esta sentencia, la Corte resolvió la demanda de inconstitucionalidad del acto legislativo 02 de 2004 que posibilitaba la reelección inmediata del Presidente de la Republica por una sola vez,

en esta oportunidad la Corte retoma el precedente de los límites competenciales del poder de reforma y se estableció que la figura jurídica de la sustitución se presenta cuando:

*(...) un elemento definitorio de la esencia de la Constitución de 1991, en lugar de ser modificado, es reemplazado por uno opuesto o integralmente diferente. Así, después de la sustitución de la carta, como es imposible reconocerla en su identidad básica, no cabe afirmar que la Constitución reformada sigue siendo la Carta de 1991". (Corte Constitucional, Sentencia C-1040, 2005)*

A partir de esta sentencia, la Corte diseñó una nueva metodología más extensa de la sustitución; la Corte Constitucional hace más exigente los criterios para la realización de demandas de inconstitucionalidad por sustitución, los magistrados resaltan que tanto la demanda como el estudio de constitucionalidad debían tener una carga argumentativa más fuerte que la establecida para las demás demandas de inconstitucionalidad. Al respecto, la Corte estableció los siete criterios que se señalan a continuación:

*El método del juicio de sustitución exige que la Corte demuestre que un elemento esencial definitorio de la identidad de la Constitución de 1991 fue reemplazado por otro integralmente distinto. Así, para construir la premisa mayor del juicio de sustitución es necesario i) enunciar con suma claridad cuál es dicho elemento, ii) señalar a partir de múltiples referentes normativos, cuáles son sus especificidades en la Carta de 1991 y iii) mostrar porque es esencial y definitorio de la identidad de la Constitución integralmente considerada. Solo así se habrá precisado la premisa mayor del juicio de sustitución, lo cual es crucial para evitar caer en el subjetivismo judicial. Luego, se habrá de verificar si iv) ese elemento esencial definitorio de la Constitución de 1991 es irreductible a un artículo de la Constitución, para así evitar que este sea transformado por la propia Corte en cláusula pétrea a partir de la cual efectúe un juicio de contradicción material y si v) la enunciación analítica de dicho elemento*

*esencial definitorio no equivale a fijar límites materiales intocables por el poder de reforma, para así evitar que el juicio derive en un control de violación de algo supuestamente intangible, lo cual no le compete a la Corte. Una vez cumplida esta carga argumentativa por la Corte, procede determinar si dicho elemento esencial definitorio ha sido vi) reemplazado por otro – no simplemente modificado, afectado, vulnerado o contrariado- y vii) si el nuevo elemento esencial definitorio es opuesto o integralmente diferente al punto que resulte incompatible con los elementos definitorios de la identidad de la Constitución anterior. (Corte Constitucional, Sentencia C-1040, 2005)*

### **3.3 Sentencia C -588 de 2009: Concepto inacabado de sustitución constitucional y Test de Efectividad**

En la sentencia C 588 de 2009, la Corte Constitucional resolvió la demanda de inconstitucionalidad contra el acto legislativo 01 de 2008, en esta sentencia la Corte estableció que: *“el juicio de sustitución no es un concepto acabado, completo definitivamente agotado y que en cada caso concreto se especificaran los elementos relacionados con los elementos estructurales de la Constitución que ni pueden ser cambiados, sustituidos o reemplazados”*. (Corte Constitucional, Sentencia C-588, 2009).

Adicionalmente en esta sentencia la Corte introduce otro test complementario, denominado test de efectividad, para adelantar el análisis de las reformas a la Constitución. Este nuevo test de efectividad planteaba como objetivo constatar si las normas constitucionales a reformar siguen siendo las mismas antes y después de la reforma, pues si las normas después de la revisión siguen siendo idénticas, se podrá concluir que no hubo sustitución constitucional.

### **3.4 Sentencia C- 141 de 2010: Declaratoria de inexecutable de ley que convocaba a Referendo de Iniciativa Ciudadana**

En esta oportunidad la Corte analizo la ley 1354 de 2009 que convocaba a referendo al Pueblo, en donde se pretendía reformar la Constitución para posibilitar la reelección del Presidente de la Republica por segunda vez. Allí la Corte Constitucional declara inexecutable dicha ley, planteando la diferenciación entre poder constituyente y poder de reforma, y destaca que la Constitución fija límites al pueblo cuando este actúa mediante referendo, volviendo a retomar lo dicho en la sentencia C 551 de 2003, es de recordar que esta decisión fue la primera y la única hasta ahora, en la cual la Corte Constitucional ha declarado inexecutable una ley que convoca a referendo de iniciativa ciudadana, pues la sentencia C 551 de 2003 estudiaba la constitucionalidad de un referendo pero de iniciativa gubernamental.

### **3.5 Sentencia C- 574 de 2011: Acto Legislativo y limitación del consumo de droga, demanda inepta por no cumplir carga probatoria rigurosa**

La Sentencia C- 574 de 2011 resolvió la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1 parcial del Acto Legislativo 02 de 2009 que reformo el artículo 49 superior y que establece la limitación del consumo de droga al imponerle a todos los ciudadanos la obligación de procurar el cuidado integral de su salud y de su comunidad, estableciendo que el porte y el consumo de sustancias estupefacientes o psicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica.

En este caso, la Corte no reconoció los cargos de la demanda por no cumplir con la argumentación suficiente que demostrara que un principio axial se sustituyó por otro, requisito que se exige para la demanda de inconstitucionalidad por sustitución de la Carta.

En estos últimos años se han presentado varias sentencias sobre la sustitución constitucional, pero en tratándose del Congreso de la república, debido a que esta investigación es sobre la sustitución de la Constitución en tratándose del pueblo, no se abordaran estos pronunciamientos.

### **Capítulo 3: ANÁLISIS CRÍTICO DE LA TEORÍA DE LA SUSTITUCIÓN CONSTITUCIONAL Y SU IMPACTO EN LA DEMOCRACIA COLOMBIANA**

#### **1. La teoría de la sustitución da al traste con los principios más elementales de la filosofía política, el derecho constitucional y la democracia: soberanía popular**

Desde la edad antigua, con la aparición de la democracia en Grecia, se fue formando lo que se conocería como “soberanía popular”, por regla general, en una democracia, el poder lo tiene el Pueblo, sin embargo desde estos tiempos ya se comenzaban a vislumbrar los debates sobre qué tan absoluta debería ser esa soberanía popular, ¿se pueden dejar todas las decisiones de un Estado a la voluntad de la mayoría?, ¿deben decidir los más sabios algunos temas vitales para la subsistencia del Estado?, al respecto Aristóteles en su libro la política nos enuncia este inconveniente:

*¿Debe ponerse la soberanía absoluta para la resolución de todos los negocios en manos de los ciudadanos distinguidos? Entonces vendría a envilecerse a todas las demás clases, que quedan excluidas de las funciones públicas; el desempeño de éstas es un verdadero honor, y la perpetuidad en el poder de algunos ciudadanos rebaja necesariamente a los demás. ¿Será mejor dar el poder a un hombre solo, a un hombre superior? Pero esto es exagerar el principio oligárquico, y dejar excluida de las magistraturas una mayoría más considerable aún. Además, se cometería una falta grave si se sustituyera la soberanía de la ley con la soberanía de un individuo, siempre sometido a las mil pasiones que agitan a toda alma humana. Pero se dirá: que sea la ley la soberana. Ya sea oligárquica, ya democrática, ¿se habrán salvado mejor todos los escollos? De ninguna manera. Los mismos peligros que acabamos de señalar, subsistirán siempre (Aristoteles, siglo IV a.C.)*

Lo anterior permite evidenciar el profundo interés que este concepto de soberanía popular ya se vivenciaba en la antigua Grecia; ahora bien, Aristóteles se pregunta si deben existir límites a la soberanía popular, con sus preguntas trata de generar el debate, algunos dirán que hay asuntos en donde la decisión de la democracia pueda resultar lesiva para los intereses del Estado, proponiendo una soberanía limitada, otros entonces dirán que limitar la soberanía popular equivaldría a dar al traste con la democracia reemplazándola por una aristocracia, frente al tema en cuestión, continua Aristóteles reflexionando y haciendo conjeturas de esta manera:

*¿A qué cosas debe extenderse la soberanía de los hombres libres y de la masa de los ciudadanos? Entiendo por masa de los ciudadanos la constituida por todos los hombres de una fortuna y un mérito ordinario. Es peligroso confiarles las magistraturas importantes; por falta de equidad y de luces, serán injustos en unos casos y se engañarán en otros. Excluirlos de todas las funciones, no es tampoco oportuno: un Estado en el que hay muchos individuos pobres y privados de toda distinción pública, cuenta necesariamente en su seno otros tantos enemigos. Pero puede dejárseles el derecho de deliberar sobre los negocios públicos y el derecho de juzgar. Así Solón y algunos otros legisladores les han concedido la elección y la censura de los magistrados, negándoles absolutamente las funciones individuales. Cuando están reunidos, la masa percibe siempre las cosas con suficiente inteligencia; y unida a los hombres distinguidos, sirve al Estado, a la manera que, mezclando manjares poco escogidos con otros delicados, se produce una cantidad más fuerte y más provechosa de alimentos. Pero los individuos tomados aisladamente son incapaces de formar verdaderos juicios*

(Aristoteles, siglo IV a.C.)

Para Aristóteles, no se puede dejar que los ciudadanos del común individualmente hablando, elijan a los jueces o magistrados, pues a su juicio:

*“Al geómetra corresponde escoger los geómetras, y al piloto escoger los pilotos; porque, si se pueden hacer en ciertas artes algunas cosas sin previo aprendizaje, no por eso las harán mejor los ignorantes que los hombres entendidos. Y así por esta misma razón no debe dejarse a la multitud, ni el derecho de elegir los magistrados, ni el derecho de exigir a éstos cuenta de su conducta”* (Aristoteles, siglo IV a.C.)

No obstante, el filósofo advierte que, si bien el hombre común individualmente no debería elegir a los magistrados, colectivamente esos hombres comunes si estarían capacitados para hacerlo, al respecto:

*Los individuos aislados no juzgarán con tanto acierto como los sabios, convengo en ello; pero reunidos todos, o valen más, o no valen menos. El artista no es el único ni el mejor juez en muchas cosas y en todos aquellos casos en que se puede conocer muy bien su obra sin poseer su arte. El mérito de una casa, por ejemplo, puede ser estimado por el que la ha construido, pero mejor lo apreciará todavía el que la habita; esto es, el jefe de familia. De igual modo el timonel de un buque conocerá mejor el mérito de los timones que el carpintero que los hace; y el convidado, no el cocinero, será el mejor juez de un festín* (Aristoteles, siglo IV a.C.)

Plantea Aristóteles un punto interesante, señala que no se debe ver al Pueblo como un conjunto de hombres comunes iletrados aislados, por el contrario, Aristóteles sugiere mirar al Pueblo como un colectivo, como una agrupación de ciudadanos, que solitarios no son nada, pero unidos son el Pueblo. Señala el filósofo Heleno, que:

*No es el individuo, juez, senador, miembro de la asamblea pública, el que falla soberanamente; es el tribunal, es el senado, es el pueblo, de los cuales este individuo no es más que una fracción mínima en su triple carácter de senador, de juez y de miembro de la asamblea general.* (Aristoteles, siglo IV a.C.)

Ya posteriormente Juan Jacobo Rousseau retoma el concepto de Soberanía popular, y mediante su teoría del Contrato Social trata de explicar el concepto de soberanía, al respecto puntualiza categóricamente Rousseau:

*“La soberanía no puede estar representada, por la misma razón por la que no puede ser enajenada; consiste esencialmente en la voluntad general, y la voluntad no se representa; es la misma o es otra; no hay término medio. Los diputados del pueblo no son, pues, ni pueden ser sus representantes, no son más que sus mandatarios; no pueden concluir nada definitivamente. Toda ley no ratificada por el pueblo en persona es nula; no es una ley. El pueblo inglés cree ser libre, y se engaña mucho; no lo es sino durante la elección de los miembros del Parlamento; desde el momento en que éstos son elegidos, el pueblo ya es esclavo, no es nada.”* (Rousseau, 1762)

Para este filósofo, no hay duda que pese a que, por el Contrato Social, los ciudadanos ceden unos derechos y libertades, ese Contrato Social no es óbice para justificar la usurpación de la soberanía al Pueblo, en adición a lo expuesto, continua Rousseau: *“No siendo la soberanía más que el ejercicio de la voluntad general, jamás puede enajenarse, y el Soberano, que no es más que un ser colectivo, no puede ser representado más que por sí mismo (...)”* (Rousseau, 1762).

Siguiendo con el mismo postulado, Rousseau destaca que la esencia de la soberanía es la voluntad, frente a esto expone que el Pueblo, como soberano, tiene un poder absoluto en el sentido de que no está sujeto a restricciones exógenas: es *legibus solutus* porque su poder procede de una enajenación completa y sin reservas de los derechos que pudieran tener los individuos antes de celebrar el Contrato Social, y, siendo esto así, ninguna materia susceptible de ser regulada por normas queda fuera de su dominio.

*Y sin embargo es un poder limitado, pues en tanto que titular del poder normativo de la colectividad sólo puede actuar mediante normas generales, y por eso no puede, como tal,*

*interferir en las decisiones que adopten los particulares en la esfera de libertad definida y protegida* (Rodilla, 2014)

Si se trae el pensamiento de Rousseau a la actualidad colombiana, podría decirse que la Constitución de 1991 en su artículo tercero pareciera adoptar a cabalidad la teoría Rousseauiana, al respecto, el artículo 3 de la Constitución Política de 1991 señala: *“La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece”*. Si bien podría pensarse, desde una interpretación gramatical, que la Constitución Política a diferencia de Rousseau si acepta la representación de la soberanía popular en unos “representantes”, utilizando un método más teleológico se puede encontrar que el sentido del constituyente no era otro que el de expresar que la soberanía absoluta radica única y exclusivamente en el pueblo, y que es de este que emanan los demás poderes, y que además, el Pueblo la puede ejercer directamente o por intermedio de sus representantes, sin embargo la expresión “representantes” no puede entenderse en su sentido literal, pues, aunque el Pueblo elige a sus representantes, este no pierda su titularidad de soberano y sus representantes en consecuencia tampoco la adquieren, en otras palabras, no existe una representación sino un mandato, el Pueblo no tiene representantes, pues no puede transferir la soberanía que por mandato Constitucional radica solamente en él, por lo que estaría más ajustado a la teoría política y a la Constitución, emplear el vocablo “mandatarios”; y es que efectivamente el Pueblo no puede transferir un atributo que es único y exclusivo de él; adicionalmente, en el artículo 1 de la Constitución se reafirma esta interpretación, de acuerdo con este artículo:

*Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y*

*pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.*

Aquí se ve una vez más el marcado rasgo participativo que le da la Carta Magna al constituyente primario.

Ahora bien, en lo que respecta al alcance de la soberanía popular y sus límites, el profesor Miguel Ángel Rodilla González, analizando el pensamiento de Rousseau precisa lo siguiente:

*Finalmente, además de subordinado a la ley, el gobierno está sometido al pueblo, en el sentido de que sólo el pueblo es competente para (a) decidir sobre la forma de gobierno (si adoptará forma monárquica, o aristocrática etc., y si las magistraturas se ocuparán de forma hereditaria o electiva, vitalicia o temporal etc.) y (b) ejecutar esa decisión confiando el gobierno a tal o cual persona o grupo de personas, a tal o cual dinastía. De modo que, aunque el pueblo no puede interferir en el campo de competencia del gobierno, tiene sin embargo control sobre el gobierno en la medida en que puede, por un lado, cambiar la forma de gobierno y, por otro, reasignar el poder ejecutivo. Es interesante puntualizar que en el primer caso el pueblo actúa como soberano-legislador produciendo la norma que fija la forma de gobierno, mientras que en el segundo actúa como «magistrado», es decir, como gobierno (provisional) que ejecuta esa norma designando al nuevo gobierno. En un régimen republicano este último es el único acto particular que compete al pueblo, aunque no propiamente como soberano. (Rodilla, 2014)*

Es claro que, para Rousseau, el Pueblo como soberano podría entonces cambiar hasta los pilares más básicos de la Constitución, pues habilita al pueblo para cambiar hasta la forma de gobierno; sin embargo, fue solo hasta 1789 cuando Emmanuel Sieyes crearía la categoría jurídico política del denominado “poder constituyente conformador”.

Sieyes, en su escrito *¿qué es el tercer estado?*, elabora dogmáticamente la idea del poder constituyente, es desde allí que se comienza a diferenciar el poder constituyente del poder constituido, considerándose al primero como omnipotente e ilimitado y al segundo como limitado y delegatario de este; Sieyes previendo la utopía Rousseauiana del ejercicio directo del Pueblo de su soberanía, entra a proponer la creación de una especie de Asamblea Constituyente, excepcional y temporalmente limitada, que cumpla con la función única y exclusiva de redactar la Constitución, siendo duramente criticado por haber abandonado la concepción de Rousseau de la irrepresentatividad de la soberanía popular, al pasar a una concepción de representación de la soberanía popular.

Ahora bien, respecto al objeto de análisis de esta investigación, habría que decir que de acuerdo a la teoría Aristotélica y Rousseauiana, la soberanía del Pueblo en una democracia es omnipotente e ilimitada, es más, para Rousseau, es tan exclusiva del Pueblo, que se torna irrepresentable, para Rousseau el Pueblo como detentador de la soberanía puede hasta decidir sobre su forma de gobierno, cambiarla o reemplazarla; el aporte de Sieyes radica en la conceptualización y diferenciación jurídica que hace entre poder constituyente originario y poder constituyente derivado o constituido. Por consiguiente, hasta aquí, es claro que lo prescrito en la sentencia C- 551 de 2003, del establecimiento de unos vicios competenciales y unos límites pseudo formales al Pueblo, impidiéndole reformar la Constitución y desplazándolo, al punto de concebirlo como poder constituyente derivado, cuando busca modificar vía referendo la Constitución, va en contravía de los postulados más básicos de los filósofos políticos antiguos e ilustrados.

## **2. El poder de reforma como poder constituido y fundamento de la teoría de la sustitución constitucional en Schmitt y otros filósofos.**

Quedando ya claro el concepto de soberanía popular y sus alcances, y después de haber revisado a los pensadores políticos clásicos y a algunos otros ilustrados que escribieron sobre la democracia, ahora se pasara a revisar el pensamiento de algunos autores, que confrontando las tesis de los anteriores, proponen una diferenciación entre el concepto de poder constituyente originario y el de poder de reforma, formulando de esta manera, lo que serían las bases conceptuales para lo que más adelante se conocerá como la teoría de la sustitución constitucional, adoptada integralmente en Colombia por la Corte Constitucional en la tantas veces mencionada sentencia C- 551 de 2003.

Carl Schmitt, filósofo alemán, definía el poder constituyente como:

*la voluntad política, cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión del conjunto sobre el modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo. De las decisiones de esta voluntad se deriva la validez de toda ulterior regulación legal – constitucional. (Schmitt, 1928)*

Para Schmitt existe una Constitución material o positiva y otra formal, para este filósofo, el poder constituyente es la misma Constitución en su sentido material y tiene tres características básicas, en primer lugar, para Schmitt, el poder constituyente actúa de manera permanente, es decir, subsiste, ya que la voluntad política no se termina con la promulgación de una Constitución formal, en palabras de Schmitt:

*así como una disposición orgánica no agota el poder organizador que contiene autoridad y poder de organización, así tampoco puede la emisión de una constitución, agotar, absorber y consumir el poder constituyente. Una vez ejercitado, no por ello se encuentra acabado y*

*desaparecido el poder constituyente. Al lado y por encima de la constitución, sigue subsistiendo esa voluntad (Schmitt, 1928)*

Por otro lado, Schmitt le atribuye al poder constituyente la característica de ser ilimitado y además indivisible; existe pues una omnipotencia del poder constituyente, que en una democracia resulta ser el Pueblo.

Schmitt, sin embargo, pese a la omnipotencia que le asigna al poder constituyente, lo va a terminar diferenciando del poder de reforma; para Schmitt, el poder de reforma constitucional es un poder constituido, derivado y sujeto a la Constitución, por ende debe tener límites y reglas; sin embargo, para poder comprender lo que viene, es menester aclarar que el poder de reforma en un régimen democrático constitucional como el nuestro, tiene dos titulares, por un lado, el Congreso como constituyente derivado y por el otro, el Pueblo. Schmitt en primer medida parte del supuesto de que el Congreso como poder constituido tiene unos límites materiales, que le impiden mediante el poder de reforma, modificar o sustituir la forma de gobierno o los pilares básicos del Estado, en palabras de Schmitt:

*el poder de reforma no tiene la capacidad de modificar la decisión fundamental de la unidad política (...) que la constitución pueda ser reformada no quiere decir que las decisiones políticas fundamentales que integran la sustancia de la constitución puedan ser suprimidas y sustituidas por otras cualesquiera mediante el parlamento (Schmitt, 1928)*

Aterrizando los anteriores postulados al caso colombiano, habría que traer a colación la literalidad de nuestra Carta Magna, de esta forma, el artículo 374 de la Constitución de 1991 estipula que “la Constitución política podrá ser reformada por el Congreso, por una asamblea constituyente, o por el Pueblo mediante referendo”, dicho esto, habría que decir que la constitución expresamente en el artículo 241, le atribuye unas funciones taxativas a la Corte

Constitucional, que posibilitan el control de exequibilidad de reformas constitucionales solo por vicios de procedimiento, cito el artículo 241 en su integralidad:

*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.*

*3. Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización.*

*4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.*

*5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.*

*6. Decidir sobre las excusas de que trata el artículo 137 de la Constitución.*

*7. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución.*

8. *Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.*

9. *Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales.*

10. *Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva.*

11. *Dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones.*

12. *Darse su propio reglamento. (Constitución Política de Colombia, 1991)*

Visto el texto constitucional, pareciera claro que las reformas constitucionales solo podrían ser examinadas por vicios meramente procedimentales, sin embargo, no lo ha visto así de claro la Corte Constitucional.

Y es que, si bien la Corte Constitucional se basa en la teoría de la sustitución constitucional de Schmitt, no resulta claro que esta sea suficiente argumento como para despojar al Pueblo de su investidura como titular del poder constituyente, cuando es este mismo el que busca modificar la Constitución. Frente a los límites al poder derivado (legislativo) si parece racional la teoría de Schmitt aplicada por la corte constitucional, muy a pesar de que esa interpretación va en

contravía de la literalidad de la Constitución, pues también, para los actos legislativos reformativos de la Constitución, la misma Carta fundante ha dispuesto su control “solo por vicios de trámite”, sin embargo, el objeto de estudio del presente trabajo no es el análisis de la teoría de la sustitución en el poder derivado sino en el poder originario.

### **3. Refutando la sentencia C- 551 de 2003, interpretación indebida de Schmitt.**

Si bien es cierto, como ya se expuso, Schmitt habla de que el poder de reforma es un poder constituido y por tanto limitado, no puede hacerse, mediante una elucubración forzosa, como lo hace la corte constitucional, hacer extensiva esta teoría indiscriminadamente, sin diferenciar a los titulares de ese poder, ciertamente constituido.

En un régimen constitucional democrático, el Pueblo es el principio activo del Estado, este, mediante el contrato social hace un pacto que se plasma en un texto denominado Constitución política; en el caso colombiano “la soberanía reside exclusivamente en el pueblo” (artículo 3 C.P), quien es el verdadero titular del poder constituyente originario, de igual forma, el artículo 2 de la Constitución impregna a nuestro Estado el carácter de “democracia participativa”, adoptando en el artículo 103 superior mecanismos para que el Pueblo de manera directa ejerza su soberanía:

*Artículo 103. Son mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato. La ley los reglamentará. El Estado contribuirá a la organización, promoción y capacitación de las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales, sin detrimento de su autonomía con el objeto de que constituyan mecanismos democráticos de representación en*

*las diferentes instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública que se establezcan. (Constitución Política de Colombia, 1991)*

Vemos pues, como para la Constitución Política de 1991 el pueblo cumple un rol determinante en el Estado, en este punto nuestra norma fundante concuerda con lo dicho por Schmitt, quien defendía también la subsistencia del poder constituyente, aun después de redactarse la Carta Fundacional:

*así como una disposición orgánica no agota el poder organizador que contiene autoridad y poder de organización, así tampoco puede la emisión de una constitución, agotar, absorber y consumir el poder constituyente. Una vez ejercitado, no por ello se encuentra acabado y desaparecido el poder constituyente. Al lado y por encima de la constitución, sigue subsistiendo esa voluntad. (Schmitt, 1928)*

Visto lo anterior, y corroborada la atemporalidad de la titularidad del poder constituyente originario en el Pueblo, sigue mencionar que, de acuerdo con nuestra Constitución existe una dualidad en cabeza del soberano; en tanto que el Pueblo es titular tanto del poder constituyente originario, como del poder constituido de reforma. Esa dualidad es quizá la que podría generar una confusión ficticia inexistente en la realidad.

Si bien se comparte la posición de Schmitt y de la Corte Constitucional sobre la diferenciación entre poder constituyente originario y el poder constituido de reforma, no se puede estar de acuerdo con la elucubración forzada de pensar que el Pueblo cuando actúa mediante el poder de reforma de manera directa (referendo) se equipara al Congreso de la república, quien es el otro titular del poder de reforma. Es contrario a la teoría constitucional y al propio Schmitt, no diferenciar la naturaleza de los titulares del poder de reforma; mientras el Congreso es solo un poder constituido, que ejerce ordinariamente el poder de reforma, el Pueblo por su parte no

detenta solo este, sino que también es el titular del poder constituyente originario, por lo que equiparar al Pueblo y al Congreso en el análisis de los límites al poder de reforma obviando las peculiaridades de uno con respecto al otro, francamente resulta en una aberración jurídica. Es el mismo Schmitt, quien afirma que el poder constituyente originario no se agota con la hechura de la Carta Fundacional, para el alemán: *“una vez ejercitado (el poder constituyente), no por ello se encuentra acabado y desaparecido el poder constituyente. Al lado y por encima de la constitución, sigue subsistiendo esa voluntad”* (Schmitt, 1928), llama la atención la última frase de esta cita, *“al lado y por encima de la Constitución, sigue subsistiendo el poder constituyente”*, la anterior cita solo permite reafirmar que el poder constituyente originario no se inactiva con la redacción de la norma fundante.

Es allí, en la diferenciación de la naturaleza de los titulares del poder de reforma donde radica el desacuerdo con la interpretación de la Corte Constitucional en la sentencia C 551 de 2003.

Para la Corte Constitucional, el Pueblo solo readquiere su poder de constituyente originario cuando convoca una Asamblea Constituyente, en esta figura, el Pueblo tiene un poder ilimitado e inconmensurable. a juicio de la Corte, cuando el Pueblo actúa mediante referendo, se quita su investidura de soberano y constituyente primario, ejerciendo únicamente el poder constituido y limitado de reforma, teniendo pues los mismos límites y estando sujeto a las mismas reglas que el titular ordinario del poder de reforma: el Congreso. Este raciocinio de la Corte es ciertamente insólito, al respecto se pregunta el ex magistrado de la Corte Constitucional Mauricio González Cuervo lo siguiente:

*¿si la asamblea de 1991 derivó su calidad de constituyente primario de la comisión brindada por el pueblo soberano para expedir una nueva constitución, y la asamblea constituyente, prevista en la constitución vigente, la obtendría de la consulta que decide su*

*convocatoria, no cabría predicar lo propio del pueblo en el referendo constitucional* (Fajardo, Gonzalez, Gonzalez, & Garcia, 2015)

Y continua González Cuervo: *“el pueblo que mediante consulta popular puede delegar en una asamblea constituyente el poder de sustitución de la constitución, no resulta apto para ejercer por sí mismo ese poder a través del referendo constitucional?”* (Fajardo, Gonzalez, Gonzalez, & Garcia, 2015)

Estos interrogantes que deja abiertos el autor son contundentes, muestran el sinsentido de lo dicho por la jurisprudencia constitucional, ¿si el Pueblo puede delegar su poder de sustitución a una asamblea constituyente, entonces porque no es competente este mismo para ejercerlo directamente mediante el referendo?, ¿no es Colombia una democracia participativa que se jacta de tener mecanismos de participación directos?

Y es que, volviendo a Schmitt, él nunca se refirió al Pueblo como titular del poder de reforma, en su teoría de la sustitución siempre se refería al legislativo como el titular del poder de reforma, quizá porque para él era evidente que el Pueblo, que reúne ambos poderes, podía reformar o sustituir la Constitución sin limitación material, haciendo una interpretación sistemática y teleológica de Schmitt, es fácil comprender que los límites a los que el alemán hace mención se dirijan exclusivamente al poder derivado (Congreso), pues ya quedó claro que para Schmitt, el Pueblo no pierde la titularidad del poder constituyente originario, ni este se inactiva después de la redacción de la Carta Fundante, sino que al contrario, *“una vez ejercitado, no por ello se encuentra acabado y desaparecido el poder constituyente. Al lado y por encima de la constitución, sigue subsistiendo esa voluntad”* (Schmitt, 1928), y una de las manifestaciones del poder constituyente originario es el referendo constitucional, pues, aunque es un mecanismo de reforma constitucional, nada obsta para vedar del escrutinio popular algún contenido material de la Constitución, pues este no es un mero poder constituido, como si lo es el Congreso, sino que

además ostenta también la calidad de constituyente originario soberano. Por tanto, a juicio de quien les escribe, es claro que la Corte Constitucional interpreto de indebida forma el pensamiento de Schmitt, haciendo extensivos los límites materiales a la reforma de la Constitución que el propone para el poder constituyente derivado (Congreso) al Pueblo soberano. Aunado a lo anterior, es claro, como lo menciona Mauricio González Cuervo, que quien puede lo más, también puede lo menos; ¿si el Pueblo es competente para delegar su poder constituyente originario a una Asamblea Constituyente mediante una consulta popular, no es también competente para ejercer ese poder que ya había delegado, directamente?, ¿si el Pueblo no fuera competente para ejercer su poder constituyente originario directamente, entonces como es que si lo es para delegarlo?

La conclusión a la que se llega es que cuando el Pueblo actúa mediante referendo constitucional, pese a que en principio actúa bajo el poder constituido de reforma, al ser este el soberano y no perder en ningún momento la titularidad del poder constituyente originario, los límites propios de ese poder de reforma resultan inaplicables para el Pueblo, por lo que estos límites materiales a la reforma de la Constitución no son predicables cuando es el titular del poder constituyente originario el que pretende reformar o sustituir la constitución.

#### **4. La filosofía política vs la teoría de la sustitución constitucional de la sentencia C- 551 de 2003.**

Si por el lado del derecho constitucional se deja herida de gravedad la teoría de la sustitución constitucional respecto a su aplicación frente al pueblo, por el lado de la filosofía política se le da la estocada final.

Ya habíamos tocado en páginas anteriores la cuestión de los argumentos filosófico- políticos para cerrarle la puerta a la teoría de la sustitución constitucional, por lo cual seré breve y expondré algunas precisiones.

Es claro que, para la mayoría de la doctrina de la filosofía política, la teoría de la sustitución constitucional es una bofetada a los principios democráticos, que de prosperar desnaturalizaría la forma de gobierno democrática, tal y como la conocemos y concibieron los antiguos griegos.

Básicamente son dos aspectos fundamentales los que desde la filosofía política se oponen a la teoría de la sustitución constitucional, la soberanía popular y el principio democrático.

Como se mencionó en páginas anteriores, desde Aristóteles se viene discutiendo el concepto de soberanía popular, para Aristóteles es mejor dejar en manos del Pueblo como entidad, las decisiones políticas, señala que no se debe ver al Pueblo como un conjunto de hombres comunes iletrados aislados, por el contrario, como ya se había mencionado, Aristóteles sugiere mirar al Pueblo como un colectivo, como una agrupación de ciudadanos, que solitarios no son nada, pero unidos son el Pueblo. Señala el filósofo Heleno, que:

*No es el individuo, juez, senador, miembro de la asamblea pública, el que falla soberanamente; es el tribunal, es el senado, es el pueblo, de los cuales este individuo no es más que una fracción mínima en su triple carácter de senador, de juez y de miembro de la asamblea general (Aristoteles, siglo IV a.C.)*

Ya más adelante Rousseau dedica parte de sus escritos a hablar de la soberanía popular, se torna radical en afirmar que la soberanía popular es irrepresentable, es decir, concibe a la democracia, solo como forma de gobierno directa, criticando la democracia representativa, Rousseau es enérgico en afirmar que es el Pueblo el que se debe reunir siempre para tomar las decisiones, en relación con el concepto de soberanía popular, Rousseau afirma que la esencia de la soberanía es la voluntad, frente a esto expone que el Pueblo, como soberano, tiene un poder

absoluto en el sentido de que no está sujeto a restricciones exógenas, claramente desde el punto de vista de Rousseau, el Pueblo soberano no tiene límites materiales para modificar o sustituir la Constitución, lo propio dirá Seiyes sobre el poder constituyente originario, por lo que se puede precisar que desde el punto de vista político, no es de buen recibo la teoría de la sustitución, puesto que en una democracia el poder lo tiene el Pueblo; de aceptarse la teoría de la sustitución, se desplazaría al Pueblo soberano y el que verdaderamente tendría el poder sería el Tribunal Constitucional, si el Pueblo que es el soberano no puede reformar ni sustituir la Constitución a su voluntad, entonces quien lo podría?, será legítimo que un Estado social de derecho existan unos “factores reales de poder” como lo decía Ferdinand Lasalle? (Lasalle, 1862), ¿Dónde queda la soberanía popular si es un tribunal el que determina cuales aspectos se pueden reformar y cuáles no?, ¿dónde queda el principio democrático si no se les permite a las mayorías decidir sobre los asuntos políticos más importantes del país?, los anteriores son cuestionamientos que desde la filosofía política permiten observar la imposibilidad de conciliar el sistema democrático con la teoría de la sustitución constitucional.

## CONCLUSIONES

1. La Corte Constitucional en la sentencia C- 551 de 2003 hizo una interpretación indebida de la teoría de la sustitución constitucional de Carl Schmitt, haciendo extensivos los límites materiales al poder de reforma respecto del constituyente derivado (congreso) aplicándoselos también al Pueblo como constituyente originario y derivado a la vez.
2. El Pueblo, es titular de dos poderes, el Pueblo soberano es el constituyente originario y además es también uno de los titulares del poder constituido de reforma.
3. El poder de reforma, tal y como lo dice Schmitt es un poder constituido, subordinado a la Constitución y al poder originario, debido a esto, el poder de reforma tiene límites materiales.
4. El poder de reforma tiene dos titulares, el Congreso y el Pueblo, y no es posible equipararlos; el Congreso es un mero poder constituido derivado, mientras que el Pueblo además de ser titular del poder de reforma, es también el constituyente originario, por lo que no se puede aplicar las mismas reglas en tratándose del soberano como en tratándose del legislador.
5. Tal y como lo menciona Schmitt, el poder constituyente originario subsiste a la redacción de la Constitución, se mantiene activo e incluso está por encima de la Constitución, por tanto, el Pueblo mantiene la titularidad del poder constituyente, aun después de la promulgación de la Constitución.
6. Al ser el Pueblo el soberano, subsistiendo en el poder constituyente originario y además el poder constituido de reforma, puede decirse que no es posible predicar límites materiales cuando es el Pueblo el que, mediante referendo constitucional, busca modificar o sustituir la Constitución, pues si bien el poder de reforma es un poder constituido y limitado, esto

solo se puede aplicar cuando es el Congreso el que busca reformar la Carta Fundacional, ya que, siguiendo a Schmitt, el Pueblo no pierde su poder constituyente con la promulgación de la Constitución, por lo que el soberano, al utilizar el referendo, si bien está haciendo uso de su poder de reforma, no es posible aplicarle los mismos límites materiales que Schmitt prescribe para el constituyente derivado, pues además de detentar el poder de reforma, también posee el poder constituyente originario, que es ilimitado y omnipotente.

7. Es un sinsentido el que la Corte Constitucional en su sentencia C -551 de 2003 reconozca que el Pueblo puede delegar su poder constituyente originario a una Asamblea Constituyente mediante una consulta popular, pero que no pueda el mismo directamente ejercer tal poder mediante el referendo; nadie puede dar de lo que no tiene, entonces es claro que, si el Pueblo es competente para delegar su poder constituyente, es porque también es competente para ejercerlo de forma directa.
8. Los límites materiales al Pueblo como titular del poder de reforma son incompatibles con la filosofía política, el concepto de soberanía popular y el principio democrático por cuanto la teoría de la sustitución desnaturalizaría la forma de gobierno democrática, degenerando este sistema de gobierno en una “dictadura judicial” para establecer unos factores reales de poder, que en un Estado social de derecho son ilegítimos y que caricaturizarían la democracia volviéndola inocua y ficticia.
9. La Constitución es suficientemente clara en su literalidad, el control constitucional de las leyes que convocan a referendo solo puede ser examinado por vicios de trámite y no de fondo, no cabiendo la posibilidad de otro tipo de interpretación.
10. Aun si se tuvieran como válidos los vicios competenciales como parte de los vicios de trámite, tal y como lo menciona la Corte, queda claro que el Pueblo si sería competente

para reformar y sustituir la Constitución, en tanto que, si lo es para delegar su poder fundacional a una Asamblea Constituyente, lo debe ser también para ejercerlo directamente mediante el referendo, pues nadie puede dar de lo que no tiene.

11. ¿Qué habría motivado a la Corte Constitucional a crear la teoría de la sustitución constitucional y poner en jaque al pueblo?
12. ¿En el derecho comparado existen referentes sobre la aplicación de la sustitución constitucional?

## REFERENCIAS

- Aristoteles. (siglo IV a.C.). *La Política*. Grecia.
- Constitución Política de Colombia. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogota D.C.
- Corte Constitucional, Salvamento de Voto, Gonzalez, C 141. (2010). Bogotá: MP: Mauricio Gonzalez Cuervo.
- Corte Constitucional, Sentencia C -551. (2003). *Sentencia C 551*. Bogotá: MP: Eduardo Montealegre Lynett.
- Corte Constitucional, Sentencia C-1040. (2005). Bogotá: MP: Manuel Jose Cepeda Espinosa, Rodrigo Esobar Gil, Maro Gerardo Monroy Cabra, Humberto Antonio Sierra Porto, Alvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernandez.
- Corte Constitucional, Sentencia C-588. (2009). Bogotá: MP: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- Corte Constitucional, Sentencia C-970. (2004). Bogotá: MP: Rodrigo Esobar Gil.
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia 2397. (1978). *Sentencia 2397*. MP: Jose María Velasco Guerrero.
- De Vega, P. (1985). *La reforma constitucional y problematica del poder constituyente*. Tecnos.
- Fajardo, L., Gonzalez, M., Gonzalez, R., & Garcia, E. (2015). *La sustitucion de la constitucion, un analisis teorico, jurisprudencial y comparado*. Bogota: Universidad Sergio Arboleda.
- Lasalle, F. (1862). *¿Qué es una Constitución?* Berlín: Ariel Derecho.

Ramirez Cleves, G. A. (2005). *Limites de la Reforma Constitucional en Colombia*. Bogota: Universidad Externado de Colombia.

Rodilla, M. (2014). ¿Soberanía popular en el estado constitucional? *Anuario de filosofía del derecho*, ISSN 0518-0872, N° 30, 2014 (Ejemplar dedicado a: *Tiempos de crisis, nuevos escenarios del pensamiento jurídico*), 13-36.

Rousseau, J. J. (1762). *Teoria del contrato social*. España: Marc-Michel Rey.

Schmitt, C. (1928). *Teoria de la constitucion*. Alianza Editorial.