

EL CONTROL CONSTITUCIONAL  
A LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES:  
EL JUICIO DE SUSTITUCIÓN CONSTITUCIONAL\*  
CONSTITUTIONAL REVIEW OF CONSTITUTIONAL REFORMS:  
SUBSTITUTION JUDGEMENT  
LE CONTRÔLE CONSTITUTIONNEL AUX RÉFORMES CONSTITUTIONNELLES:  
LE JUGEMENT DE SUBSTITUTION CONSTITUTIONNELLE

CARLOS AMAYA RODRÍGUEZ\*\*

RESUMEN

*El presente artículo realiza una revisión de la expresión del poder constituyente en sus dos vertientes, a saber, el primario y el derivado o secundario, en especial los límites que a través del control constitucional se han fijado para evitar que las reformas del texto constitucional sobrepasen los fines para los cuales han sido creadas y por consiguiente transmuten en una sustitución constitucional, es decir, una extralimitación y destrucción de la voluntad del soberano expresada en texto constitucional.*

*PALABRAS CLAVE: Control Constitucional – Reforma – Límites – Sustitución*

ABSTRACT

*This article makes a revision of the extent of constitutional power on its two fronts, the primary and the derivative or secondary, especially examining the limits that judicial review have established to prevent that constitutional reforms exceeds the purposes for which they have been created and consequently transmute into a constitutional substitution, which would constitute an abuse and destruction of the sovereign will expressed in the constitutional text.*

*KEYWORDS: Constitutional Review – Reform – Limits – Substitution*

RÉSUMÉ

*Cet article fait une révision de la durée de la législature sur deux fronts à savoir le primaire et le secondaire dérivés ou, en particulier à travers les limites du contrôle judiciaire ont été mis pour empêcher les réformes constitutionnelles texte dépassant fins pour lesquels ils ont été créés et transmuter par conséquent dans un remplacement constitutionnelle, qui est un abus et de la destruction de la volonté exprimée souverainement dans le texte constitutionnel*

*MOTS CLÉS: Contrôle constitutionnel – La réforme – Les limites – Le remplacement*

1. PRELIMINARES

La reforma del texto constitucional siempre ha sido objeto de debate para operadores del ordenamiento jurídico, pues el cambio de las consignas que se

\* Artículo recibido el 26 de septiembre de 2015 y aceptado para su publicación el 27 de noviembre de 2015.

\*\* Abogado de Unicoc, Especialista en Contratación Estatal de la Universidad de la Sabana. Doctorando en Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Titular de las cátedras de Derecho Administrativo Especial I y II de Unicoc. Correspondencia a: Correo electrónico cfamaya@unicoc.edu.co.

recopilan en el marco del texto constitucional implica un cambio de los criterios que definen la esencia en la que se enmarcan los límites del poder y estructuras del Estado. Una reforma al texto constitucional debe ser objeto de una expresión soberana del constituyente primario o en su defecto del constituyente derivado, quien debe cumplir con las reglas establecidas en el mismo texto constitucional para tal fin. La creación constitucional implica la esencia de un acto constitucional, la cual no es otra que un acto político “de la más alta jerarquía”<sup>1</sup>.

Cuando la reforma del texto constitucional se realiza en el marco del ejercicio del poder constituyente derivado, se debe advenir que la misma constitución ha de contemplar la facultad y determinar quién será el encargado de ejercer el acto político de la reconfiguración de las reglas que rigen en una comunidad. Como afirma el profesor Gustavo Ferreyra, la constitución de un Estado es un ejercicio claro de la democracia y la representación del poder soberano residente en la ciudadanía representado en tres estamentos: “El Congreso, el Cuerpo electoral y la Convención Nacional Constituyente”<sup>2</sup>, consignas que son no sólo imputables a un ordenamiento jurídico en particular, sino que responden a la esencia constitucional latinoamericana<sup>3</sup>.

El presente artículo se construye en torno al ejercicio del poder constituyente derivado o secundario en cabeza del congreso o parlamento y los aparentes límites que debe seguir dicho órgano para ejercer la reforma al texto constitucional a fin de no caer en el posible vicio de la sustitución de la norma superior, responsabilidad de control y revisión que se le ha asignando al Tribunal Constitucional.

La problemática de la sustitución constitucional se ve con gran claridad en la facultad que el mismo constituyente ha otorgado al legislador para efectuar mediante un trámite especial reformas al texto constitucional, respondiendo así a una de las características propias del texto constitucional y esta área del derecho, la cual no es otra que responder a los cambios y coyunturas de su entorno, convirtiéndose en un texto vivo, así como en un derecho dinámico evolutivo y cambiante, y no estancándose en la sanción dada por la asamblea constituyente o por cualquiera que sea la fuente de origen de la normatividad constitucional para cada Estado.

Los límites a la sustitución de la constitución son fijados en el marco del juicio de sustitución que es adelantado en el caso colombiano por la Corte Constitucional. Este juicio se adelanta en el marco de la revisión de los actos legislativos (mecanismo de reforma constitucional en cabeza del constituyente

<sup>1</sup> FERREYRA, Raúl (2014). *Reforma constitucional y control de constitucionalidad*. Buenos Aires: Editorial Ediar, p. 50.

<sup>2</sup> FERREYRA (2014), p. 504.

<sup>3</sup> Colombia mantiene una clara distinción entre el poder constituyente primario, representado en el pueblo como soberano, y las diferentes expresiones del poder constituyente derivado, expresado en el Congreso y la Asamblea Nacional Constituyente, como medios para la creación y reforma de los mandatos constitucionales.

derivado) por parte del Tribunal Constitucional con el fin de advertir qué tan adecuada ha sido la reforma o, en su defecto, identificar si se ha trascendido al plano de la sustitución.

El juicio de sustitución es resultado del control constitucional a los actos reformativos de la constitución posterior a la celebración de la reforma por parte del Congreso en su condición de constituyente derivado o secundario. Como aclaración es importante indicar que en Colombia, en principio, este control es efectuado a todas las formas de reforma constitucional que el mismo texto superior ha establecido, con la finalidad de advertir vicios al procedimiento de la reforma.

Es en esa revisión por parte del Tribunal Constitucional respecto del procedimiento de la reforma a la Constitución que se puede advertir la presencia de una sustitución, la cual consiste en una extralimitación del Congreso en su competencia como constituyente derivado o secundario “si el Congreso en su calidad de poder constituyente secundario, llega a expedir un acto legislativo por el que sustituya la Constitución y no la reforme simplemente, incurrirá en un vicio de competencia, en la medida en que habrá excedido el límite de las competencias que le fueron asignadas por la Constitución”<sup>4</sup>. Estamos en presencia de un problema de extralimitación de las facultades conferidas al Congreso.

Se debe determinar si la reforma del texto efectuada por el constituyente derivado es válida. Esta validez para una “reforma constitucional es la relación de conformidad entre las disposiciones creadas y las disposiciones que regulan su producción”<sup>5</sup>. Es con base en esa validez que debe gozar la reforma que encuentran sentido los juicios de sustitución constitucional, entendido juicio como un proceso para verificar si el Congreso (poder constituyente derivado) ha respetado las disposiciones que lo facultan para reformar el texto constitucional.

A continuación, se procederá a la revisión de la reforma constitucional adelantada por el Congreso de la República de Colombia respecto del texto superior de 1991 de la citada república, con ocasión en la provisionalidad de la carrera administrativa, relativo a la homologación de puntos para el concurso de méritos con ocasión de las actividades desarrolladas en la provisionalidad, pues a juicio de los demandantes el Congreso excedió su facultad como constituyente derivado al sustituir la esencia del texto superior.

Es importante advertir los verdaderos límites al poder constituyente derivado a través del Congreso (legislativo), en relación al cambio de la esencia que fija el constituyente primario en ejercicio del poder soberano, que son advertidos mediante la metodología del juicio de sustitución constitucional.

<sup>4</sup> QUINCHE RAMÍREZ, Manuel (2013). *El control de constitucionalidad*. Bogotá: Editorial Ibáñez y Universidad Javeriana, segunda edición, p. 111.

<sup>5</sup> FERREYRA (2014), p. 19.

## 2. EL PODER CONSTITUYENTE PRIMARIO Y DERIVADO

En primer lugar, es necesario distinguir entre las dos variantes del poder constituyente, pues son fuentes de la expresión constitucional de un Estado y como expresión de “la capacidad de organizar el poder político o de modificar su organización”<sup>6</sup>, afirmación que concuerda con la expresión de que la creación o modificación del texto constitucional es un ejercicio o expresión de un acto político.

Esta capacidad de organizar el poder político que se reconoce en el marco del poder constituyente tiene dos puntos de vista: el primero, desde la concepción de poder creador, y el segundo, desde una visión de la capacidad de reformar<sup>7</sup>. Los límites de este poder, en principio, no existen, pues es la expresión suprema de la voluntad del soberano al decidir sobre la configuración de los fines y estructuras del Estado.

El poder constituyente primario puede entenderse como el poder creador o reformador y fuente del poder político lógicamente, el cual puede residir en el pueblo o en la nación<sup>8</sup> y serán en cualquiera de las dos formas de titularidad los encargados de ejercer el poder constituyente primario, el cual en palabras del profesor Ernesto Saá Velasco expresa “el ejercicio de la soberanía de un pueblo tendiente a darse un ordenamiento jurídico originario o nuevo por medio de una constitución o a revisar esta cuando sea necesario”<sup>9</sup>, apreciándose los dos matices de creación o reforma que se construyen en el marco del poder constituyente en general expresados en el ejercicio soberano del pueblo o la nación como máxima expresión de poder para constituir la *esencia* del proyecto de Estado.

Sin embargo, junto a ese poder primario convive un poder constituyente derivado, el cual es un poder que la misma constitución construye en su texto, a fin de permitir hacer dinámico el texto y amoldable el ordenamiento jurídico constitucional a las coyunturas sociales. Es un poder que el mandato primario ha constituido y limitado a la supremacía del primero. Este poder constituyente es sólo de corte reformador, pues así lo ha aceptado y creado el texto constitucional al indicar mandato que en todo caso fija los límites para el ejercicio del encargo y habilitación para ejercer la capacidad de reformar el texto constitucional en el poder constituyente derivado, secundario o constituido. Se puede entonces indicar que éste es un poder limitado en lo que se refiere a la discrecionalidad y extensión de su ejercicio y alcance.

Este poder derivado es ejercido por un órgano especial al que la misma Carta Política ha investido de tal autoridad, que en la mayoría de los casos es el Con-

<sup>6</sup> ECHEVERRI URUBURU, Álvaro (2014). *Teoría constitucional y ciencia política*. Bogotá: Editorial Astrea, séptima edición actualizada y ampliada, p. 438.

<sup>7</sup> ECHEVERRI URUBURU (2014), p. 438.

<sup>8</sup> ECHEVERRI URUBURU (2014), p. 439

<sup>9</sup> SAA VELASCO, Ernesto (1986). *Teoría constitucional general*. Popayán: Editorial Talleres del Departamento del Cauca, p. 171.

greso o Parlamento, a quien se le encarga el ejercer esta facultad de reformar la constitución dentro de los límites establecidos por la misma constitución, límites que se convierten en las características de esta forma de poder constituyente, a saber, “ligado material y formalmente a la constitución cuya reforma pretende; no puede desconocer la constitución que modifica, ni en cuanto a sus principios fundamentales ni en los relativos a los trámites de reforma que ella establece; la validez de sus actos dependerá del cumplimiento de los requisitos formales y de la conservación de la integridad ideológico-política de la Constitución”<sup>10</sup>. En resumen, este poder puede claramente ejercer una reforma sobre el texto constitucional siempre y cuando este ejercicio no implique un desconocimiento de las bases en las que se construye y sustenta la norma superior a reformar.

El poder constituyente, en conclusión, es la expresión soberana que permite la creación y reforma de las estructuras de poder de un Estado; así, existe un poder primario con la capacidad de crear y reconfigurar lo creado, pues es la expresión máxima de la voluntad del soberano que puede ser el pueblo (tal como lo es el caso de la Argentina o Colombia) o la nación. Este poder es en suma un ejercicio político de creación, tal como advierten los profesores Gustavo Ferreira y Álvaro Echeverri, y en sus palabras es un acto de organización política, cuyo alcance sólo es limitable por el mismo poder. Mientras tanto el poder constituyente derivado es una expresión limitada del poder primario, limitación que emana de la misma constitución que lo crea, y definen, que sólo puede realizar reformas al texto que lo mantenga actualizado, pero siempre guardando un respeto absoluto por el texto superior y por sobre todo evitando atentar contra los mandatos y la esencia ideológico-política de la carta superior.

Frente a esta dicotomía del poder constituyente se construye un sistema de control que permita realizar vigilancia al poder constituyente derivado, en el sentido de advertir si los actos reformativos de orden constitucional ejercidos por el Congreso son respetuosos de los límites que la misma Constitución ha diseñado para tal ejercicio.

### 3. EL CONTROL CONSTITUCIONAL A LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES EJERCIDAS A TRAVÉS DEL PODER CONSTITUYENTE DERIVADO

La consecuencia de afirmar que la Constitución es el resultado de la expresión de la voluntad del soberano, implica la necesidad de crear un modelo encargado de controlar el ejercicio del poder de reforma que la misma constitución ha otorgado al poder derivado para ejercer tal fin.

Se construye un sistema de control constitucional destinado al control de la reforma del texto superior, cuyo propósito es preservar la esencia y fines fijados por la voluntad del constituyente primario para el proyecto de Estado que se recoge en el marco del articulado constitucional.

<sup>10</sup> ECHEVERRI URUBURU (2014), pp. 447-448.

El control constitucional a las reformas del texto es predicable de los ejercicios del poder constituido o secundario reformatorios, por tal motivo es que una de las funciones del tribunal constituido para ejercer tal control es la de evitar la alteración sustancial del texto, de esta forma “*la función primordial del tribunal es la defensa de la Constitución, controlando la constitucionalidad de normas y actos de los poderes constituidos secundarios*”<sup>11</sup>, y en la categoría de dichos poderes constituidos se deben incluir, sin lugar a dudas, los ejercicios de reformas del poder constituyente derivado.

Será deber de este órgano de control expresado en el tribunal de control constitucional el de establecer a través del ejercicio de su mandato cuáles son las líneas que diferencian un acto reformativo de un acto de extralimitación de las competencias en el ejercicio del poder constituyente derivado, en el cual es clara la siguiente premisa, pues “desde luego, alterar, reformar o adicionar es algo completamente diverso de sustituir o destruir”<sup>12</sup>, y así lo ha establecido la misma Constitución<sup>13</sup>. El Poder Constituyente Primario “es un poder jurídicamente ilimitado, los constituidos se encuentran completamente limitados, ya que no pueden actuar más allá de la competencia que les señala la Constitución”<sup>14</sup>.

De esta forma, es clara la justificación del control constitucional de las reformas respecto del texto constitucional, por lo que es necesario el deber de preservar la esencia establecida por la voluntad del soberano para los fines y factores distintivos de la carta política, y, por consiguiente, del Estado.

En relación a la procedibilidad de este control, debe indicarse que su existencia ha atravesado un proceso evolutivo desde la negación de la competencia del Tribunal Constitucional, pasando por el mero control de vicios de procedimiento y falta de competencia, hasta llegar a la revisión acuciosa de las eventuales sustituciones o destrucciones del texto constitucional, tal como se verifica en la experiencia colombiana<sup>15</sup>.

Retomando el tópico de la revisión ejercida por el Tribunal Constitucional con ocasión de las reformas al texto constitucional por parte del poder constituido o derivado, no se debe perder de vista la afirmación respecto del proceso evolutivo de esta revisión, que para el caso colombiano, por ejemplo, va desde la ausencia de competencia del Tribunal hasta el ejercicio de un juicio de sustitución respecto de la reforma.

<sup>11</sup> CARPIZO, Jorge (2011). “El Tribunal Constitucional y el control de la reforma constitucional”. En: Reforma y control de la Constitución, implicaciones y límites, Astudillo, César y Córdova, Lorenzo (Coords.), Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, N° 1, p. 73. Disponible en: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2955/7.pdf>>. [Consulta: 25 mayo 2015].

<sup>12</sup> CARPIZO (2011), p. 73.

<sup>13</sup> QUINCHE RAMÍREZ (2013), p. 94.

<sup>14</sup> CARPIZO (2011), p. 71.

<sup>15</sup> QUINCHE RAMÍREZ, Manuel (2013), Capítulo III, pp. 94 y ss.

En la primera etapa de esta evolución, el Tribunal Constitucional subsumido por la Corte Suprema de Justicia de Colombia no consideraba procedente la revisión de las reformas constitucionales ejercidas por el poder constituyente derivado, pues, en palabras de la Corte de aquella época, una vez pedido el acto legislativo<sup>16</sup> “no están sujetos a revisión de ninguna especie por ninguno de los poderes constituidos, por que ello implicaría administrar el absurdo de que hay derecho contra el derecho”<sup>17</sup>. Interesante afirmación, pues alude la Corte que su poder y jurisdicción es inequívocamente una expresión del poder soberano en el ejercicio político de la creación del texto constitucional, motivo por el cual es incoherente afirmar ejercer control sobre las reformas a la fuente de su existencia.

Posterior a la etapa de la incompetencia y con ocasión de reformas constitucionales al texto de 1886, entre los años 1977 y 1990 se genera en la Corte Suprema un cambio en su posición respecto de la competencia del Tribunal en lo relativo al control sobre los actos legislativos por medio de los cuales el Congreso reforma la Constitución. El control a ejercer durante esta segunda etapa fue un mero control sobre el procedimiento ejecutado por el Congreso para el trámite de la reforma constitucional, es decir, la improcedencia de la reforma sería por el claro irrespeto a las reglas de procedimiento para los efectos correspondientes y establecidas por la misma Constitución<sup>18</sup>.

Ahora bien, con la entrada en vigencia de la Constitución de Colombia de 1991 y toda la innovación normativa que la misma contiene, en donde el control constitucional a las reformas constitucionales queda en cabeza de un órgano especializado en asuntos constitucionales, colorario refrendado por la misma voluntad del constituyente primario, quien reconoció a la Corte Constitucional la competencia, en principio, en el control a las reformas constitucionales desde la posición de los vicios de procedimiento o forma. Dentro de esta etapa y con el desarrollo del control por parte de la Corte Constitucional, se advierte la facultad para la revisión desde la óptica de la falta de competencia, es decir, cuando con el ejercicio de la función de constituyente derivado el Congreso se ha excedido y trascendido su competencia al punto de sustituir la Constitución, donde es necesario establecer las diferencias entre reformar y sustituir la Constitución. La sustitución implica la creación de una nueva carta política, facultad que sólo es atribuible al constituyente primario representado por el soberano.

La existencia de este control de constitucionalidad respecto de la reforma del texto superior, responde a la necesidad que la misma carta política fija para el ejercicio de los poderes constituidos y facultados como órganos reformadores de la

<sup>16</sup> Nombre por el cual se refiere al ejercicio del Congreso de la República de Colombia en uso de su facultad de poder constituyente derivado para reformar la Constitución.

<sup>17</sup> Corte Suprema de Justicia, Auto de 28 de octubre de 1955, Magistrado Ponente Luis Enrique Cuervo.

<sup>18</sup> QUINCHE RAMÍREZ (2013), pp. 105-106.

agenda constitucional, pues la función para “El órgano revisor de la Constitución tiene como función reformar, adicionar y actualizar, no sustituir o destruir, la Constitución. Si lo hiciera estaría ocupando el papel del Poder Constituyente soberano. Como bien lo expresa Pedro de Vega, los principios y valores legitimadores de todo el ordenamiento constitucional”<sup>19</sup>, mandato que debe ser custodiado por un órgano independiente que realice control sobre el poder constituido y advertir en los ejercicios de reforma el respeto por los límites que el soberano ha impuesto al órgano de reforma constituido.

Sin embargo, surge la duda de si el Tribunal encargado de realizar este control será independiente, autónomo en sus decisiones al ejercer su tarea de control. Landa se pregunta “¿quién controla al Tribunal Constitucional? Y apunta el peligro de que este tribunal, en lugar de convertirse en la autoconciencia de la ley fundamental, se transforme en la conciencia arbitraria de la Constitución, o en un órgano dependiente del gobierno en turno”<sup>20</sup>.

La respuesta y garantía está en la misma Constitución que ha reconocido la competencia de este tribunal para controlar las reformas del texto constitucional, en el sentido de expresar el sistema de pesos o contrapesos<sup>21</sup> entre los diferentes estamentos para ejercer el poder político organizado y constituido. O en los sistemas de control supranacional, si el mismo Estado ha reconocido la competencia de estos sistemas para el efecto (control de convencionalidad), que se convierten en el último bastión de defensa de los pilares otorgados por el constituyente primario a la carta de navegación del Estado.

En resumen, es clara la justificación de la existencia de control de constitucionalidad a las reformas del texto superior, pues no cabe duda de que lo que se está modificando es la expresión del poder soberano constituyente, y, por consiguiente, es necesario garantizar la prevalencia de dicha voluntad superior respecto de los ejercicios de los poderes constituidos.

En base a esta necesidad se establece un sistema de control a través de un órgano especialmente constituido para tal fin, es decir la facultad de ejercer el control respecto de las reformas que se surtieron sobre el texto constitucional, el cual ha atravesado por un proceso de evolución histórica en lo que refiere a la línea jurisprudencial respecto del control ejercido, partiendo desde la declaratoria de incompetencia para ejercer el citado control sobre el texto constitucional hasta la formulación de verdaderos juicios en donde se pretende advertir si la Constitución ha sido sustituida o no con ocasión de la reforma. De este modo, se pretende salvaguardar la superioridad de los mandatos expresados por el constituyente primario en ejercicio de la autoridad soberana.

<sup>19</sup> CARPIZO (2011), p. 81.

<sup>20</sup> Citado por CARPIZO (2011), p. 84.

<sup>21</sup> CARPIZO (2011), p. 84.

#### 4. EL CONTROL CONSTITUCIONAL A LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES DESDE LA ÓPTICA DE LA SUSTITUCIÓN CONSTITUCIONAL: LÍMITES AL PODER CONSTITUIDO

Uno de los medios de control que ejerce el Tribunal Constitucional respecto de la reforma del texto superior es el juicio de sustitución, el cual se concibe como una herramienta del juez constitucional para advertir si un ejercicio del poder constituyente derivado ha excedido los límites que el poder constituyente primario o soberano ha conferido a efectos del ejercicio de la reforma de la Constitución.

Este ejercicio encuentra sentido en la estricta limitación que la misma carta impone a su reformador constituido; en este sentido, “Los límites formales y procedimentales que la Constitución impone al poder de reforma son obvios, pues la Carta ha establecido los mecanismos, procedimientos, etc., requeridos o autorizados para realizar la reforma constitucional. Por ejemplo, es claro que un acto legislativo necesita ser tramitado en dos períodos y contar con el voto favorable de la mayoría de los miembros de ambas cámaras (CP art. 375), mientras que un referendo supone no sólo el voto favorable de la mayoría absoluta de los sufragantes, sino que, además, el número de éstos exceda de la cuarta parte del total de ciudadanos que integren el censo electoral (CP art. 378). La interrogante es si, además de esas exigencias de trámite, el poder de reforma tiene límites competenciales, en el sentido de que existan temas vedados a su capacidad de reformar las normas constitucionales”<sup>22</sup>. Queda claro que los límites al poder de reforma del constituyente derivado son emanados de la misma autoridad soberana del poder constituyente primario que lo ha creado.

En el mismo sentido, afirma la carta política de Colombia, que el Congreso sólo es competente para reformar la Constitución, y, en consecuencia, la sustitución o cambio de la misma<sup>23</sup> no es viable a través de un acto legislativo. Si se advierte que una reforma desarrollada por parte del Congreso respecto del texto constitucional ha desdibujado la sustancia y esencia impresa en él por parte del poder creador del constituyente primario, esto representará una extralimitación de la competencia funcional del Congreso o Parlamento.

La distinción entre las categorías conceptuales de reformar o sustituir en lo relativo al texto constitucional fue tratada por la Corte Constitucional Colombiana al afirmar 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,

<sup>22</sup> RAMÍREZ CLEVES, Gonzalo (2013). “Jurisprudencia en torno a la Sustitución de la Constitución en Colombia. Test de Sustitución y la Eficacia”. *Iureamicorum*, *Blog de teoría jurídica y derecho constitucional*, 23 de noviembre. Disponible en: <<http://iureamicorum.blogspot.com/2013/11/jurisprudencia-en-torno-la-sustitucion.html>>. [Consulta: 20 mayo 2015].

<sup>23</sup> QUINCHE RAMÍREZ (2013), p. 111.

pero sin que tales reformas supongan la supresión de la Constitución vigente o su sustitución por una nueva Constitución<sup>24</sup>.

En este sentido, la sustitución o cambio de la Constitución implica un ejercicio político de creación por parte del soberano o poder constituyente primario, mientras que la reforma es un ejemplo de ejercicio del poder derivado constituido, por lo tanto y en términos de derecho administrativo, debe éste ser respetuoso de las líneas generales trazadas por el superior jerárquico.

El desarrollo del ejercicio de control en el que se busca advertir si el Congreso ha exlimitado su funciones de reforma, se denomina test de sustitución, el cual es aplicado sobre la reforma objeto de análisis a fin de evidenciar si es una sustitución o una simple reforma constitucional. Dicho test consiste, en palabras de la Corte Constitucional, en la aplicación de los siguientes pasos:

*a. Premisa Mayor: la enunciación de aquellos aspectos definatorios de la identidad de la Constitución que se supone han sido sustituidos por el acto reformativo.*

*b. Premisa Menor: Examen del acto acusado, para establecer cuál es su alcance jurídico, en relación con los elementos definatorios identificadores de la Constitución.*

*c. Conclusión: Contraste de las anteriores premisas con el criterio de juzgamiento señalado por la Corte, esto es la verificación de si la reforma remplace un elemento definatorio identificador de la Constitución por otro integralmente diferente<sup>25</sup>.*

Es claro que el ejercicio del test de sustitución es una verdadera expresión de un ejercicio complejo de interpretación normativa, porque se hace una interpretación sistemática y teleológica entre los pilares originales del texto y los contenidos encarnados por la propuesta, la conclusión de este silogismo permite evidenciar la existencia o no de un cambio o sustitución de la esencia constitucional definida por el mandato del poder soberano.

Ahora bien, la necesidad de aplicar la metodología del test de sustitución encuentra sentido en “Que el concepto de sustitución no es un concepto completo, acabado o definitivamente agotado que permita identificar el conjunto total de hipótesis que lo caracterizan, puesto que las situaciones concretas estudiadas por la Corte sólo le han permitido sentar unas premisas para avanzar en la difícil tarea de precisar los contornos de ese límite competencial al poder de reforma constitucional. En este sentido, se trata de un control de tipo inductivo y no deductivo, porque la Corte analizará en cada caso concreto si el principio estructural fue sustituido, pero al mismo tiempo el precedente en torno a la definición del principio servirá para

<sup>24</sup> Sentencia de Control de Constitucionalidad C-551 de 2003, Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynett, Bogotá, Relatoría de la Corte, Consideración N° 28.

<sup>25</sup> Sentencia de Control de Constitucionalidad C-970 de 2004, Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil, Relatoría de la Corte, Bogotá, Consideración N° 4.

resolver si se presentó o no la sustitución de la Constitución en casos posteriores”<sup>26</sup>. Por lo que queda claro que de la imposibilidad de concretar la categoría conceptual de sustitución se hace necesario la aplicación detallada y en concreto del test a cada reforma constitucional en el marco del proceso de control constitucional.

En resumen se debe indicar que el control constitucional sobre las reformas del texto constitucional desarrolladas por el poder constituido es en esencia verificaciones del correcto ejercicio de dicho poder, en el sentido de respetar las limitación de no cambiar o sustituir la esencia constitucional otorgada por el constituyente primario en ejercicio de la autoridad soberana; en otras palabras, se debe comprender que la capacidad de reformar la constitución por parte del Congreso es un poder limitado.

Esta limitación fijada por la voluntad soberana del constituyente primario se circunscribe al respeto incuestionable por “dos elementos (i) principios y valores consustanciales a la Constitución y (ii) elementos que surjan del bloque de constitucionalidad que la identifican son los límites competenciales del poder de revisión que están en cabeza del Congreso de la República cuando se trata de la reforma ordinaria mediante Acto Legislativo”<sup>27</sup>. Siendo estos valores y principios los referentes para el limitado ejercicio de la actividad de reforma en cabeza del Congreso, será entonces la finalidad del test sustitución comprobar que la reforma ejercida por el poder constituido se ha ejercido en el respeto de los límites anteriormente identificados.

5. APLICACIÓN DEL TEST DE SUSTITUCIÓN EN LA SENTENCIA  
DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD C-249 DE 2012  
DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

Se procederá a revisar el control de constitucionalidad a la reforma del texto superior pretendida mediante el Acto Legislativo N° 4 de 2011, expedido por el Congreso de la República en ejercicio de su poder como constituyente derivado, tomando al efecto la Sentencia C-249 de 2012 de la Corte Constitucional.

El mencionado acto legislativo de reforma consiste en el siguiente:

*“ACTO LEGISLATIVO 4 DE 2011*

*(julio 7)*

*Diario Oficial No. 48.123 de 7 de julio de 2011.*

*DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA.*

*Por medio del cual se incorpora un artículo transitorio a la Constitución Política de Colombia.*

<sup>26</sup> Sentencia de Control de Constitucionalidad C-249 de 2012, Magistrado Ponente Juan Carlos Henao Pérez.

<sup>27</sup> *Ibíd.*, Consideración Jurídica N° 5.1.11.

*EL CONGRESO DE COLOMBIA*

*DECRETA:*

*Artículo 1o. Adiciónese un artículo transitorio a la Constitución Política, así:*

*Artículo transitorio. Con el fin de determinar las calidades de los aspirantes a ingresar y actualizar a los cargos de carrera, de conformidad con el artículo 125 de la Constitución Política de Colombia, de quienes en la actualidad los están ocupando en calidad de provisionales o en encargo, la Comisión Nacional del Servicio Civil, homologará las pruebas de conocimiento establecidas en el concurso público, preservando el principio del mérito, por la experiencia y los estudios adicionales a los requeridos para ejercer el cargo, para lo cual se calificará de la siguiente manera:*

<i>5 o más años de servicio</i>	<i>70 puntos</i>
---------------------------------	------------------

*La experiencia homologada, no se tendrá en cuenta para la prueba de análisis de antecedentes.*

*Los estudios adicionales, a los requeridos para el ejercicio del cargo, otorgarán un puntaje así:*

- 1. Título de especialización 3 puntos*
- 2. Título de maestría 6 puntos*
- 3. Título de doctorado 10 puntos*

*Para el nivel técnico y asistencial, los estudios adicionales se tomarán por las horas totales debidamente certificadas así:*

- 1. De 50 a 100 horas 3 puntos*
- 2. De 101 a 150 horas 6 puntos*
- 3. De 151 o más horas 10 puntos*

*Los puntajes reconocidos por calidades académicas, no serán acumulables entre sí.*

*Agotada esta etapa de homologación, el empleado provisional o en encargo cumplirá lo establecido por la Comisión Nacional del Servicio Civil, esto es, el análisis comportamental, lo que finalmente posibilitará la cuantificación del puntaje y su ubicación en la lista de elegibles.*

*Para que opere esta homologación, el servidor público debe haber estado ejerciendo el empleo en provisionalidad o en encargo al 31 de diciembre de 2010 y cumplir con las calidades y requisitos exigidos en la Convocatoria del respectivo concurso.*

*La Comisión Nacional del Servicio Civil y quien haga sus veces en otros sistemas de carrera expedirán los actos administrativos necesarios tendientes a dar cumplimiento a lo establecido en el presente acto legislativo.*

*Para los empleados que se encuentren inscritos en carrera administrativa y que a la fecha estén ocupando en encargo por más de tres (3) años de manera ininterrumpida un cargo*

*que se encuentre vacante definitivamente, y que hayan obtenido calificación de servicios sobresaliente en el último año, al momento de realizar los concursos respectivos se le calificará con la misma tabla establecida en el presente artículo transitorio.*

*Quedan exceptuados los procesos de selección para jueces y magistrados que se surtan en desarrollo del numeral 1 del artículo 256 de la Constitución Política, relativo a la carrera judicial y docentes y directivos docentes oficiales.*

*Artículo 2o. El presente acto legislativo rige a partir de su promulgación.*

Advirtiéndose modificaciones en la carrera administrativa y la homologación de experiencia y otros factores de los funcionarios designados en provisionalidad cuando aspiren a cargos de carrera en propiedad, lo que a juicio de los demandantes constituye una vulneración de la esencia constitucional, toda vez que “(i) el principio del mérito como definitorio de la vinculación y permanencia en la función pública; (ii) el principio de igualdad, que atraviesa todo el ordenamiento constitucional y prohíbe cualquier tipo de discriminación; (iii) la vocación de permanencia de los preceptos constitucionales y la pretensión de universalidad y generalidad que deben tener las disposiciones que integran la Constitución. Señalan que tales elementos básicos del Estado Social de Derecho se desarrollan en los artículos 13, 125 y 209 de la Constitución, pero inspiran todo el orden constitucional, sin cuya vigencia efectiva la Constitución de 1991 se entendería sustituida. Por lo tanto, dichos principios conforman la premisa mayor del juicio de sustitución”<sup>28</sup>. Indican, además, que la reforma acusada es sólo aplicable de manera temporal y a un grupo especial de personas desvirtuando el principio de universalidad que debe regir el mandato constitucional. En la misma línea general respecto de que con la reforma se ha suprimido la esencia de la voluntad del constituyente primario se pronuncian diversos intervinientes en el proceso.

El problema jurídico a resolver por la Corte es si la reforma constitucional efectuada por el Congreso, y por la cual se genera la modificación en lo relativo a homologación y convalidación de tiempo de servicio por experiencia y otros factores de selección, es una sustitución de la esencia del texto de la Constitución de 1991 bajo la premisa de que el Congreso se excedió en sus competencias “*por haber excedido el Congreso su competencia y haberse configurado una inconstitucionalidad por sustitución por el quebrantamiento de los principios de mérito o de ‘meritocracia’, de carrera administrativa y el derecho a la igualdad para el acceso a los cargos públicos que identifican la Constitución de 1991. Del mismo modo, se debe comprobar si la vocación de permanencia de los preceptos constitucionales y la pretensión de universalidad y generalidad que deben tener las disposiciones que integran la Constitución se vio vulnerada con esta reforma*”<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> Ídem.

<sup>29</sup> *Ibíd.*, Problema Jurídico.

Para resolver el problema propuesto, la Corte revisa su jurisprudencia, así como la doctrina en el área con el fin de ambientar las bases argumentativas para su decisión y como ejercicio previo a la aplicación del test de sustitución. Advirtiendo el choque entre la democracia y el principio de supremacía constitucional, pues, en principio, la expresión de los representantes del pueblo (el Congreso) no puede ser limitada, ya que la representación es un claro mandato popular y por tanto su voluntad podría entenderse como soberana. Sin embargo, con la referencia a los autores Daryl L. Levinson y Lawrence G. Sager, quienes “*plantean qué pasaría si la mayoría parlamentaria de un gobierno popular decide acabar con los derechos de la minoría o con los elementos de la democracia misma. Para Levinson la Constitución se debe convertir en una forma de auto restricción de la propia democracia, siguiendo la idea de Madison de una democracia limitada a través del pacto constitucional y esta sería la manera de diferenciar la democracia, eminentemente mayoritaria, democracia de aclamación y democracia de opinión, con la democracia constitucional. Por su parte Lawrence Sager considera que no es plausible el argumento de que en una democracia la Constitución pertenezca al pueblo, y no el pueblo a la Constitución*”<sup>30</sup>.

Luego, el poder del Congreso no puede ser ilimitado, pues es necesario ejercer un control y autocontrol a las estructuras de poder, de tal suerte que la democracia no es absoluta, sino limitada al pacto constitucional en donde existe un preciso equilibrio entre la democracia y la supremacía constitucional, configurando una democracia constitucional, en donde el texto constitucional se afirma como el polo a tierra del ejercicio del poder público. Idea que es explicada por la corte a través de los autores Elster, en “*Ulises y las Sirenas*”, y Stephen Holmes, en “*Precompromisos y la paradoja de la democracia*”, quienes proponen que “*la Constitución funciona como un pre compromiso o límite a la misma democracia, ya que ésta se encuentra atada a elementos estructurales del concepto mismo de Constitución, como los derechos fundamentales o la idea sustancial de democracia. Esto llevaría a plantear una cuestión difícil (puzzle) dentro del constitucionalismo, expuesta por Elster a través de un pasaje de la Odisea, en donde Ulises se ata a un mástil de su barco y se llena los oídos con cera para no caer en los cantos de las Sirenas que lo llevarían a su propia muerte. La Constitución sería ese mástil en que se ata la propia democracia, para que ésta no se destruya a partir de sus propias reglas y se convierta en un poder suicida o que permita su propia destrucción*”<sup>31</sup>.

Solucionada la problemática de la colisión entre la supremacía constitucional y la democracia a través de la formulación de la democracia constitucionalizada, se procede con la aplicación del test de sustitución constitucional, previa exposición doctrinal y jurisprudencial respecto de esta herramienta de interpretación y verificación del recto ejercicio de la competencia de reforma constitucional.

<sup>30</sup> *Ibíd.*, Consideración Jurídica N° 5.1.9.

<sup>31</sup> *Ibíd.*, Consideración Jurídica N° 5.1.8.

En primer lugar, se deben ubicar las consignas de la premisa mayor, es decir los principios que presuntamente ha sustituido la reforma constitucional objeto de análisis. La Corte selecciona los siguientes principios –tomando como referente el plenario de la demanda–, de carrera administrativa, de concurso público, de mérito y de igualdad, como principios posiblemente afectados por la reforma y que en todo caso son diferenciadores de la esencia del texto constitucional.

La Corte, al realizar el análisis de la premisa mayor, advierte que los tres principios son principios dependientes el uno del otro y por consiguiente su interpretación no debe ser aislada: “*la carrera administrativa y sus componentes de concurso público, de mérito e igualdad de oportunidades constituye un principio constitucional esencial que no puede ser sustituido parcial y temporalmente por el poder de revisión. Explican que la Constitución de 1991 establece como principio general en materia de ingreso a los cargos de carrera y el ascenso de los mismos la carrera administrativa y el concurso, para de esta manera determinar los méritos y calidades de los aspirantes*”<sup>32</sup>, concluyéndose *a priori* que la afectación a alguno de ellos implica automáticamente la alteración de los otros dos.

De dicho análisis también la Corte realiza una revisión de su amplia jurisprudencia a fin de advertir si estos principios efectivamente denotan esencia y factor distintivo de la Constitución de 1991, situación que es corroborada al confirmarse que el texto constitucional estableció que el acceso a la carrera administrativa será mediante concurso público de mérito de los aspirantes en igualdad de condiciones, de tal suerte “*que como establecen los demandantes la carrera administrativa y sus componentes de mérito e igualdad son principios estructurales de la Constitución de 1991 que no pueden ser sustituidos, derogados o suprimidos por el poder de revisión*”<sup>33</sup>. Por lo que la premisa mayor exigida por la metodología del test de sustitución está debidamente comprobada en el sentido de existir principios constitucionales que pueden verse afectados por la reforma.

Paso seguido, se procede con el ejercicio de la premisa menor, la cual exige comprobar si el alcance la reforma constitucional ha ido más allá de sus límites y ha trasmutado en una sustitución constitucional. Para cumplir con este análisis, la Corte toma de referente la formulación propuesta por los demandantes quienes indican que “*al establecer una homologación de distintos aspectos en el proceso de concurso público que comporta una discriminación a favor sólo de quienes ejercen cargos de carrera en calidad de provisionales o de encargo, siempre y cuando los estuviesen ejerciendo, además al 31 de diciembre de 2010, y de funcionarios de carrera que estén en encargo por más de tres años ininterrumpidos en un cargo vacante definitivamente y que hayan obtenido calificación de sobresaliente*”<sup>34</sup>, lo que en resumen sustituye la

<sup>32</sup> *Ibíd.*, Consideración N° 6.1.7.

<sup>33</sup> *Ibíd.*, Consideración N° 6.1.15.

<sup>34</sup> *Ibíd.*, Consideración N° 6.1.18.

esencia de los méritos y experiencia que se deben evaluar en el concurso de acceso para la carrera administrativa por la homologación del tiempo de los encargos y provisionalidades, lo que claramente contraviene el mandato del constituyente primario y adicionalmente genera un *“trato discriminatorio que reciben los ciudadanos que aspiren a ejercer tales cargos de carrera ocupados en provisionalidad o en encargo, quienes se hallarán en desventaja frente a los beneficiarios del acto legislativo, esto es, de quienes los ocupan”*<sup>35</sup>, pues se les otorgará mayor puntaje a los funcionarios que están en provisionalidad por el mero hecho de haber transcurrido el tiempo en su cargo.

Concluyendo la Corte que con la reforma objeto de análisis se está *“evadiendo de este modo las condiciones establecidas por el constituyente primario para acceder, permanecer y ascender en la carrera administrativa”*<sup>36</sup>, por lo que con la reforma el Congreso ha excedido los límites que el constituyente primario fija para su actuar y por ende sustituido su voluntad soberana y plasmada en el texto constitucional reformado.

Ahora bien, el paso final del test de sustitución es la conclusión, en donde se debe advertir si la reforma verdaderamente ha remplazado los principios enunciados en la premisa mayor por unos nuevos completamente diferentes. Para el Acto Reformativo objeto de análisis y con base a los dos pasos anteriores la Corte estima que *“el contenido del Acto Legislativo No 4 de 2011 se puede llegar a la conclusión de que dicho principio fue sustituido parcial y temporalmente con la reforma, ya que se establece que para determinar las calidades de los aspirantes a ingresar y actualizar a los cargos de carrera se tendrá en cuenta además de las pruebas de conocimiento establecidas en el concurso, criterios adicionales como la permanencia en el cargo y estudios adicionales a los requeridos para ejercer el empleo público”*<sup>37</sup>. Por lo que queda comprobado que el Congreso ha excedido los límites de su facultad de reforma constitucional, sustituyendo la esencia constitucional fijada por los principios y valores para la carrera administrativa evidenciados en la premisa mayor de la metodología del test de sustitución.

Asimismo, la Corte confirma la inconstitucionalidad de la reforma por la sustitución de la Constitución, en virtud de que el Congreso ha desconocido los límites que se fijan en el marco de principios que por mandato del constituyente se definen para la carrera administrativa y el acceso a ésta. En la misma línea, la Corte expone que la reforma ha sido una reforma temporal y *ad hoc*, violando la prohibición de expedir reformas constitucionales con una connotación particular y temporal, situación que se evidencia en la conclusión del test de sustitución, pues la reforma sólo beneficia a los funcionarios en encargo o provisionalidad y hasta una determinada fecha.

<sup>35</sup> Ídem.

<sup>36</sup> Ibíd., Consideración N° 6.1.20.

<sup>37</sup> Ibíd., Consideración N° 6.1.22.

Queda en lo anterior advertido que efectivamente el test de sustitución constitucional tiene por finalidad la verificación de que el poder constituido de reforma constitucional sea respetuoso de los límites que el poder constituyente primario ha fijado para su actuar y en aras de defender la supremacía que la expresión de la voluntad soberana implica.

### CONCLUSIÓN

A lo largo de estas líneas se ha desarrollado una revisión respecto de la reforma constitucional ejercida por el constituyente derivado o constituido por el primario, lo que deja claro que este poder constituido está limitado a los márgenes de acciones y competencias que de manera soberana le haya otorgado el poder superior del pueblo.

El poder del Congreso para reformar la Constitución no es un poder de creación o de ejercicio político, sino un poder constituido y exclusivo para el ejercicio de la reforma constitucional en respeto a los márgenes definitorios de la esencia del texto aprobado por el poder constituyente primario.

Es necesaria la configuración de un sistema de control que permita advertir las extralimitaciones del poder constituido a la hora de ejercer su poder de reforma constitucional, pues, como ya se ha expuesto, la Constitución es la expresión absoluta del poder primario y soberano, lo que genera que el poder constituido esté en lo que refiere al ejercicio de sus funciones en los márgenes establecidos para estos efectos.

El control constitucional a las reformas ejercidas por el poder constituido encuentra cabida en la dependencia y competencia otorgada a éste por el poder primario. Sin embargo, se surtió sobre este control un proceso de evaluación desde el rechazo de la idea de controlar si la reforma a la Constitución era constitucional o no, hasta llegar a los juicios de sustitución en donde la reforma ejercida por el poder constituido no puede bajo ninguna circunstancia cambiar o crear una nueva esencia constitucional, pues esta prerrogativa es sólo potestad del Soberano, quien es titular del poder constituyente primario.

Pero no se puede perder de vista la existencia del choque entre el principio de la representación —que se encierra en la democracia— y la supremacía constitucional —que es resultado de la autoridad constitucional del poder superior—, lo que en resumen generaría una complicación para el ejercicio del control constitucional a través de un Tribunal Constitucional. Esta problemática es resuelta con la formulación de una democracia constitucional en la que la democracia reconoce su origen en la Constitución y, por ende, se asume la viabilidad del control constitucional no sólo como protector de la superioridad constitucional, sino que, además, como protector de los pilares que la misma Constitución fija para la misma democracia.

Es entonces que en el marco de los juicios de sustitución como herramienta para el control constitucional de las reformas ejercidas por el Congreso se realiza una comprobación del respeto por parte de este último con los límites al ejercicio

de su factual de reforma, en el sentido de impedir que a través de la reforma se sustituya la Constitución en lo que refiere a los principios y valores que definen la esencia de ésta, articulando así de manera correcta los principios anteriormente en conflicto y permitiendo así una correcto ejercicio de la facultad de reforma y la cualidad del derecho constitucional de ser evolutivo y amoldable a las coyunturas de su entorno; empero en el respeto de los límites de la competencia del poder constituido de no sustituir la Constitución.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

- CARPISO, Jorge (2011). “El Tribunal Constitucional y el control de la reforma constitucional”. En: *Reforma y control de la Constitución, implicaciones y límites*, Astudillo, César y Córdova, Lorenzo (Coords.), Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, N° 1. Disponible en: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2955/7.pdf>>. [Consulta: 25 mayo 2015].
- ECHEVERRI URUBURU, Álvaro (2014). *Teoría constitucional y ciencia política*. Bogotá: Editorial Astrea, séptima edición actualizada y ampliada.
- FERREYRA, Raúl (2014). *Reforma constitucional y control de constitucionalidad*. Buenos Aires: Editorial Ediar.
- QUINCHE RAMÍREZ, Manuel (2013). *El control de constitucionalidad*. Bogotá: Editorial Ibáñez y Universidad Javeriana, segunda edición.
- RAMÍREZ CLEVES, Gonzalo (2013). “Jurisprudencia en torno a la Sustitución de la Constitución en Colombia. Test de Sustitución y la Eficacia”. *Iureamicorum, Blog de teoría jurídica y derecho constitucional*, 23 de noviembre. Disponible en: <<http://iureamicorum.blogspot.com/2013/11/jurisprudencia-en-torno-la-sustitucion.html>>. [Consulta: 20 mayo 2015].
- SAÁ VELASCO, Ernesto (1986). *Teoría Constitucional General*. Popayán: Editorial Talleres del Departamento del Cauca.

#### JURISPRUDENCIA CITADA

- Corte Suprema de Justicia Colombia, Auto de octubre 28 de 1955, MP Luis Enrique Cuervo.
- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia de Control de Constitucionalidad C-551 de 2003, Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynett, Bogotá, Relatoría de la Corte.
- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia de Control de Constitucionalidad C-970 de 2004, Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil, Bogotá, Relatoría de la Corte.
- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia de Control de Constitucionalidad C-249 de 2012, Magistrado Ponente Juan Carlos Henao Pérez, Bogotá, Relatoría de la Corte.