

Jorge Sebastián Pabón *

Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos
y Aduanas Nacionales (Cali, Colombia)
sebaspabonb@gmail.com

**La evolución del juicio de sustitución
en la Corte Constitucional colombiana ****

*The Evolution of the Replacement Test in the Colombian
Constitutional Court*

*A evolução do teste de substituição na Corte
Constitucional da Colômbia*

Artículo de investigación: recibido 08/07/2024 y aprobado 27/06/2025

* Abogado graduado con honores, especialista en Derecho Público y magíster en Derecho de la Universidad ICESI. Actualmente se desempeña como gestor en la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-7907-5956>

** La investigación fue financiada con recursos propios y es el resultado del proyecto de grado realizado por el autor durante la maestría en Derecho de la Universidad ICESI titulado "La evolución del juicio de sustitución en la Corte Constitucional".

DOI:

<https://doi.org/10.18046/prec.v26.7007>

Cómo citar:

Pabón, J. S. (2025). La evolución del juicio de sustitución en la Corte Constitucional colombiana. *Precedente Revista Jurídica*, 26, 54-93.

<https://doi.org/10.18046/prec.v26.7007>



Resumen

Desde que la Corte Constitucional formuló su teoría de la sustitución de la Constitución en el año 2003, se generó un interés sobre su fundamentación iusfilosófica, sus implicaciones en la estructura del Estado y sus consecuencias políticas. Sin embargo, el estudio de la estructura argumentativa usada por la Corte Constitucional al aplicar dicha teoría ha sido relativamente marginado de la discusión académica. Por eso, en este artículo se presenta un análisis sobre la evolución en la metodología del test de sustitución a partir de una metodología cualitativa de revisión jurisprudencial, donde se expondrán los razonamientos desplegados por los jueces constitucionales, esquematizando su modelo argumentativo y enfatizando aquellos casos donde aquel fue modificado. Este artículo demostrará que el test de sustitución no ha sido inmutable, sino que ha evolucionado desde un silogismo típico hasta una última etapa donde se evidencia el uso del principio de proporcionalidad, lo que permite la modulación de la intensidad del control. De esta forma, se concluirá que ninguno de los métodos usados por la Corte Constitucional logra satisfacer los requisitos para considerarse racionales conforme a la teoría de la argumentación jurídica; estos son, ser lógicos, completos, pertinentes y convincentes.

Palabras clave: test de sustitución; teoría de la sustitución; reforma constitucional; argumentación jurídica; principio de proporcionalidad; ponderación.

Abstract

Since the Colombian Constitutional Court established the constitutional replacement doctrine in 2003, there has been significant interest regarding its philosophical foundations, implications for the structure of the state, and political consequences. However, the study of the argumentative structure used by the Constitutional Court when applying this theory has been relatively sidelined from academic discussion. Therefore, this article presents an analysis of the evolution in the methodology of the replacement test using a qualitative methodology of jurisprudential review, that will explore the reasoning deployed by the Constitutional Judges, outlining their argumentative model and emphasizing cases where it has been modified. This article will demonstrate that the replacement test has not been immutable, evolving from a typical syllogism to a stage that appears to incorporate the principle of proportionality, allowing for the modulation of the intensity of control. Consequently, it will be concluded that none of the methods employed by the Constitutional Court satisfy the requirements to be considered rational according to the theory of legal argumentation.

Keywords: Replacement Test; Constitutional Replacement Doctrine; Constitutional Reform; Legal Argumentation; Proportionality; Balancing.

Resumo

Desde que a Corte Constitucional Colombiana estabeleceu sua teoria de substituição constitucional em 2003, houve um grande interesse na fundamentação filosófica da Teoria da Substituição, suas implicações na estrutura do Estado e suas consequências políticas. No entanto, o estudo da estrutura argumentativa utilizada pela Corte Constitucional ao aplicar essa teoria tem sido relativamente marginalizado nos debates acadêmicos. Por isso, este artigo apresenta uma análise sobre a evolução na metodologia do teste de substituição através de uma abordagem qualitativa de revisão jurisprudencial. Serão explorados os raciocínios empregados pelos juízes constitucionais, esquematizando-se seu modelo argumentativo e enfatizando os casos em que este foi modificado. Este artigo demonstrará que o teste de substituição não tem sido imutável, evoluindo de um silogismo típico para uma fase posterior em que parece ser utilizado o princípio da proporcionalidade, permitindo a modulação da intensidade do controle. Dessa forma, será concluído que nenhum dos métodos utilizados pela Corte Constitucional satisfaz os requisitos para ser considerado racional conforme a Teoria da Argumentação Jurídica, ou seja, eles devem ser lógicos, completos, pertinentes e convincentes.

Palavras-chave: teste de substituição; teoria da substituição; reforma constitucional; argumentação jurídica; princípio da proporcionalidade; ponderação.

Introducción

Desde el año 2003, la Corte Constitucional ha desarrollado la teoría de la sustitución como un vicio de procedimiento idóneo para declarar inconstitucional una reforma constitucional. En líneas generales, la Corte Constitucional ha sostenido que, si bien el artículo 374 superior entrega la potestad al Congreso de la República para que “reforme” la Constitución Política, con todo, esta disposición no autoriza para que la “sustituya”, en el sentido de que lo que resulte después de dicha reforma todavía pueda ser considerado una Constitución del Estado social y democrático de derecho. Así las cosas, la competencia de los poderes constituidos se acota a la reforma, mas no a la alteración de uno o varios de los principios o valores estructurales de la Constitución. Para corroborar si el poder constituido se extralimitó en sus competencias, la Corte ha aplicado el test de sustitución, el cual fue introducido en la Sentencia C-970 de 2004 y perfeccionado en la C-1040 de 2005 en un test de siete pasos.

La teoría de la sustitución y de los límites implícitos ha generado innumerables debates académicos sobre la legitimidad y la competencia de la Corte para realizar un control constitucional de las reformas constitucionales. Y ello, entre otras cosas, por cuanto el numeral 1 del artículo 241 de la Constitución Política permite a la Corte revisar la constitucionalidad de las reformas constitucionales “sólo por vicios de procedimiento en su formación”, lo que parecería *prima facie* contradictorio con la naturaleza misma del “test de sustitución” (Cajas Sarria, 2007a, p. 30). Ciertamente, Vidal Perdomo (2005, p. 322) y Barrero Berardinelli (2018, p. 378) lo consideran un claro subterfugio de la Corte Constitucional para adjudicarse la competencia de revisión sustantiva y de fondo de la reforma, aun contra la expresa voluntad del Constituyente. Y esto ocurre incluso a pesar de que, como resalta Ramírez Cleves (2005, p. 489), la misma Corte Constitucional ha desplegado significativos esfuerzos para hacer coincidir al mencionado “test de sustitución” con el control formal por vicios de procedimiento, al catalogarlo como un vicio de competencia.

Lastimosamente, el álgido debate iusfilosófico en torno a lo anterior ha marginado el estudio sobre la racionalidad de la argumentación de la Corte Constitucional, al aplicar el referido “test de sustitución”. De hecho, se suele pensar equivocadamente que el test ha permanecido inalterable desde su *perfeccionamiento* con la C-1040 de 2005, incluso cuando tuvo que enfrentarse a difíciles contextos políticos y sociales, como la aprobación de los acuerdos de paz con las FARC y el sistema de *fast track*.

Por ese motivo, en esta investigación se pretende describir los cambios en la metodología usada por la Corte Constitucional en el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales. Para lograrlo, primero se expondrá algunos criterios que permitan determinar la corrección de un razonamiento. Luego, se analizará la estructura argumentativa usada por la Corte Constitucional en el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales en tres periodos diferentes: la génesis del test de sustitución (2003-2005), la etapa de consolidación (2005-2016) y la de mutación al principio de proporcionalidad (2016-presente). Posteriormente, se determinará en qué sentencias y de qué manera la Corte Constitucional modificó la metodología empleada para estudiar la constitucionalidad de las reformas constitucionales. Al finalizar la lectura de este artículo, el lector corroborará las variaciones que ha sufrido el test de sustitución para adecuarse a los desafiantes contextos políticos y podrá corroborar si ellos cumplen los requisitos para considerarse racionales: ser lógicos, completos, pertinentes y convincentes.

El parámetro de evaluación de la argumentación

Uno de los objetivos de este trabajo consiste en evaluar la calidad argumentativa de la Corte Constitucional al usar el test de sustitución. ¿Por qué es importante hacerlo? De forma sucinta, porque los jueces deben justificar argumentativamente sus decisiones, incluso reconociéndoles inevitables márgenes de discrecionalidad judicial. Como resulta ya un lugar común dentro de la teoría jurídica, *discrecionalidad* no es sinónimo de *arbitrariedad*, razón por la cual las decisiones no pueden ser guiadas por las simples preferencias del juzgador, como si este solamente estuviese obligado por su conciencia. Por ese motivo, de acuerdo con García Amado (2017, p. 40), lo más importante de las sentencias, en términos de racionalidad, es la motivación, pues una decisión judicial será tanto más sospechosa de arbitrariedad cuanto más defectuosa sea la argumentación que la apoya.

Entonces, ¿cómo definir si la argumentación es correcta? Existen diferentes alternativas, pero, para efectos de este trabajo, se adoptarán los postulados de la teoría de la argumentación jurídica de Juan Antonio García Amado. Para el autor, se debe cumplir con tres requisitos:

- I. Toda valoración que el juez realice y que sea relevante para su decisión final del caso debe estar expresamente justificada mediante argumentos.

- II. Los argumentos han de tener tres propiedades que podemos denominar formales: no deben contener inferencias erróneas, no deben ser incompletos, en el sentido de que todas sus premisas no evidentes deben ser explicitadas, y han de ser pertinentes, es decir, tienen que versar sobre el verdadero contenido de las premisas del juicio que se quiere fundamentar.
- III. Esos argumentos deben ser convincentes o, si se quiere utilizar una expresión menos rotunda, han de poder ser juzgados como razonables por cualquier observador imparcial, en el marco de la correspondiente cultura jurídica. Este requisito plantea la necesidad de que, como mínimo, dichos argumentos sean admisibles, y que lo sean por estar anclados en o ser reconducibles a algún valor esencial y definitorio del sistema jurídico propio de un estado constitucional de derecho. (García Amado, 2023, p. 106)

Como el interés de esta investigación versa sobre un punto muy específico de la decisión judicial —la racionalidad del método para analizar la constitucionalidad de las reformas judiciales—, resulta de gran importancia desarrollar la segunda exigencia. Esta dispone que, si bien el fallo no es un simple resultado de la aplicación de las reglas formales de la lógica, si el razonamiento judicial es lógicamente incorrecto, será irracional al igual que la decisión (García Amado, 2023, p. 116). Por esa razón, se debe corroborar la corrección de la justificación interna, entendida como la validez de la inferencia a partir de la cual, partiendo de las premisas elegidas, se desprende la conclusión.

Por su parte, la justificación externa se refiere a explicar por qué se eligieron esas premisas, lo que implica que toda afirmación relevante para configurarlas debe estar basada en razones explícitas suficientes y convincentes (García Amado, 2023, p. 117). Finalmente, la regla de pertinencia reza: “un argumento solo justifica una elección cuando, en el caso en cuestión, tiene una relación relevante con el supuesto que se debate” (García Amado, 2023, p. 117). Con estos conceptos claros, procederemos a aplicarlos en las diferentes variaciones del test de sustitución que ha usado la Corte Constitucional.

La génesis de la teoría de la sustitución: el primer test

La tarea para reformar la Constitución de 1886 hacia una más garantista, progresista y ajustada a las nuevas necesidades del país fue titánica debido, en parte, al control constitucional ejercido por la Corte Suprema de Justicia

con base en el artículo 13 del plebiscito de 1957. Posiblemente, esa fue la razón principal para que el constituyente limitará la facultad de revisión de la recién creada Corte Constitucional respecto de los actos reformativos de la Constitución. El artículo 241 de la Constitución de 1991 estatuyó que el control de constitucionalidad no podría extenderse más allá del análisis por vicios en el procedimiento, entendidos por la jurisprudencia constitucional como la facultad para examinar el cumplimiento de los requisitos del Título XIII de la Constitución, en aquellas disposiciones del Reglamento del Congreso relacionadas y en la ley estatutaria de los mecanismos de participación.

Durante su primera década de funcionamiento, la Corte se apegó a la literalidad de tal precepto, afirmando que “su análisis debía limitarse a la constatación de que hubieran sido respetados todos los pasos del procedimiento previsto en la Constitución” (Ragone, 2021, p. 103). Esta postura fue uniforme hasta el año 2003, cuando la Corte Constitucional inauguró la línea jurisprudencial de la teoría de la sustitución. Por oficio del 22 de enero de 2003, el presidente de la república remitió a la Corte Constitucional la Ley 796 de 2003, por la cual se convocaba un referendo para someter a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional, para que la Corte decidiera sobre su exequibilidad. Aunque existía certeza sobre el ámbito de estudio de la Corte (errores en el procedimiento), esta sorprendió en la Sentencia C-551 de 2003, al resolver que el poder de reforma del constituyente derivado puede modificar cualquier disposición del texto vigente, salvo que suponga la supresión de la identidad de la Constitución vigente.

¿A qué se refería la Corte con “suprimir la identidad de la Constitución”? Según la providencia de referencia, si bien al juez constitucional no le correspondía evaluar si los contenidos materiales de una ley que convoca a un referendo son o no constitucionales o políticamente oportunos, sí debía comprobar que la reforma pretendida no implicara un cambio de Constitución, pues esta solo autorizaba su reforma, mas no su sustitución. Para estudiar el caso concreto, la Corte partió de la siguiente premisa: nuestra Constitución democrática, aunque no contenga expresamente cláusulas pétreas, impone límites materiales al poder de reforma del constituyente derivado, por ser este un poder constituido y no el poder constituyente originario. Con esto, la Corte introdujo la categoría de *vicios de competencia* como un tipo de vicio de procedimiento que acaecía cuando el constituyente derivado se extralimitaba en su función de reforma constitucional.

El principio anterior sentó las bases del test de sustitución; estas son, 1) su finalidad última de proteger la democracia, 2) su incompatibilidad con el control material (tesis de no identidad) y 3) el deber de autocontención del juez para evitar la petrificación de la Constitución. En consecuencia, la Corte entiende que el estudio debe partir de los principios y valores que dan identidad a la Constitución, incluyendo los pertenecientes al bloque de constitucionalidad. Sin embargo, el juez no puede revisar el contenido mismo de la reforma comparando un artículo del texto reformativo con una norma o principio constitucional, porque equivaldría a reducir el cargo de la reforma constitucional al de una norma inferior a la Constitución y, por consiguiente, a un control material.

Sin embargo, el razonamiento de la C-551/03 tiene algunos defectos: primero, no se hicieron explícitas las propiedades del control de constitucionalidad; solo se dijo que se debía tener en cuenta los principios y valores constitucionales y el bloque de constitucionalidad (Bernal Pulido, 2018, p. 275). La pregunta sería *¿cómo aplicar los valores directamente? ¿Se debería desarrollar un razonamiento con dimensión moral? Y, de ser así, ¿acaso ese tipo de razonamiento no se lleva a cabo en el control de constitucionalidad de las leyes cuando el parámetro del control es una disposición constitucional que remite a la moralidad (por ejemplo, las categorías de dignidad humana o de tratos crueles e inhumanos) o en los casos donde se analizan cuestiones políticas controversiales como el aborto?*

Del mismo modo, si el control de la reforma constitucional se hace con base en principios constitucionales, esto implicaría necesariamente acudir al principio de proporcionalidad, el cual es empleado para ejercer el control de constitucionalidad material. Los principios son mandatos de optimización que exigen su realización en la mayor medida posible conforme a las posibilidades fácticas y jurídicas. Como señala Alexy (2001),

la relativización de las posibilidades fácticas conduce a los principios de idoneidad y de necesidad [...]. [El] principio de proporcionalidad en sentido estricto se deriva del mandato de realización, en la medida de lo posible, relativo a las posibilidades jurídicas con respecto, ante todo, a los principios que se contraponen entre sí. (pp. 73-74)

De esta suerte, el criterio de referencia para el control de las reformas constitucionales no puede ser un principio ni un valor constitucional, porque su método de aplicación a casos concretos iría en contra de la tesis de no identidad.

Este error tuvo incidencia en la parte resolutive de la sentencia porque, al no conocer la naturaleza del criterio definido para llevar a cabo el control constitucional, no cumplió la exigencia de justificar toda premisa no evidente. Por ejemplo, no explicó por qué el artículo 23 del Pacto de San Salvador es parte de la identidad de nuestra Constitución a tal punto que, para evitar la inconstitucionalidad de la pregunta 1 (pérdida de derechos políticos a servidor público que con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia judicial ejecutoriada, dio lugar a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial), se la interpretó conforme al tenor literal de dicho precepto sobre que solo una sentencia de un juez penal puede privar a un ciudadano de sus derechos políticos. Más adelante, asume el derecho a las pensiones como parte de la esencia de la Constitución sin dar un por qué y, peor aún, lo usa de parámetro de constitucionalidad contrastando la pregunta 8 —sobre el tope máximo del monto de las pensiones y la edad mínima para acceder a ellas— con el Convenio 128 de la OIT (no ratificado por Colombia) y el Protocolo de San Salvador.

Finalmente, al estudiar la pregunta 14 sobre el congelamiento del salario, la Corte la declaró constitucional aplicando una ponderación —la cual es parte de la proporcionalidad en sentido estricto— donde prevaleció el principio de sostenibilidad fiscal sobre el salario mínimo, vital y móvil porque, conforme con las opiniones del Comité de Libertad Sindical y de la Comisión de Expertos de la OIT, se ha admitido la posibilidad de adoptar medidas unilaterales consistentes en congelamiento y fijación de topes salariales, por razones financieras, siempre y cuando se trate de medidas temporales y que brinden protección a los sectores salarialmente más débiles. Aquí hubo tres problemas: primero, la Corte dio por sentado que dichos principios forman parte de la identidad de la Constitución sin explicar por qué; segundo, al usar la ponderación realizó un control material, y, tercero, ¿acaso la opinión de la Comisión de Expertos de la OIT determina la identidad de nuestra Constitución?

Para intentar solventar aquellos errores, la Corte creó el primer test de sustitución en la Sentencia C-970 de 2004 (reiterado en la C-971 de 2004) con base en un silogismo de tipo *modus ponens*. La premisa mayor se construiría enunciando aquellos aspectos definitorios de la identidad de la Constitución que se supone han sido sustituidos por el acto reformativo. En la premisa menor se establecería el alcance jurídico del acto acusado en relación con los elementos definitorios de la Constitución. La conclusión se extraería a partir

del contraste de las dos premisas, en el sentido de que, si la reforma reemplaza un elemento definitorio de la Constitución por otro integralmente diferente, se habría incurrido en un vicio de competencia por sustitución de la Constitución.

Parecería que la estructura fuese correcta, porque el uso del *modus ponens* asegura, en principio, la corrección lógica del razonamiento. No obstante, se eludió el principal problema de la metodología para examinar cuando una reforma sustituye la Constitución: ¿qué tipo de norma se debe usar como parámetro del control? A diferencia de la C-551 de 2003, ahora la Corte no habló de valores o principios, sino de elementos definitorios de la identidad de la Constitución, pero ¿eso qué significa? ¿Son valores, principios o un nuevo tipo de norma? Si son valores o principios, cabría la misma objeción realizada anteriormente, pero, si es un nuevo tipo de norma, entonces, ¿cómo se la identifica? O, más importante aún, ¿cómo debe ser aplicada?

Como bien señala Celis Vela (2020, p. 53), la argumentación de la Corte Constitucional para justificar este test no ofrece respuestas a los anteriores interrogantes; principalmente, carece de parámetros para identificar los elementos esenciales. Si bien la Corte conceptúa el elemento definitorio de la Constitución como aquel que forma parte de su identidad, esto es una falacia de petición de principio, porque nos lleva a un razonamiento circular: cuando nos preguntemos ¿qué forma parte de la identidad de la Constitución?, responderemos “los elementos definitorios”, y, vuelve y juega, ¿qué es un elemento definitorio?; “aquel que forma parte de la identidad de la Constitución”. Entonces, es cierto que

64

en esta sentencia la Corte no explicitó qué debe entenderse por elemento definitorio de la identidad de la Constitución ni propuso ningún criterio apropiado para determinar cuándo una norma, un principio o una institución constitucional establece, implica o representa un elemento de este tipo. (Bernal Pulido, 2018, p. 276)

Por lo anterior, toda decisión basada en este test será incompleta, pues no se podrá argüir por qué el elemento definitorio realmente lo era y, en ese sentido, el fallo solo quedaría atado a la conciencia de los jueces. En ese sentido, aun cuando este tipo de control pueda ser provechoso para la fortalecer la democracia, mientras la Corte no defina cuáles son los principios o valores básicos insustituibles, se deja amplias potestades para declarar inconstitucional o no una reforma (Ramírez Cleves, 2008, p. 147). Parafraseando a Benítez

Rojas (2014, p. 31), al no haber un parámetro objetivo para juzgar cuáles son los límites al poder de reforma, la Corte se los impone a sí misma caso a caso, siendo inexistente el criterio objetivo y externo que la Corte no puede desconocer, crear, modificar o derogar. De modo que los límites implícitos obedecen a la mera voluntad de las mayorías en la Corte, que no son criterios racionales (predecibles) o estándares no manipulables.

Al igual que en la C-551 de 2003, en la C-970 de 2004, la imposibilidad de revelar qué es el elemento definitorio y cómo debe aplicarse le costó a la Corte ejercer un control material. La demanda contra el artículo 4.º transitorio del Acto Legislativo 03 de 2002 sostuvo que conferir al presidente facultades extraordinarias para expedir, modificar o adicionar los cuerpos normativos necesarios para implementar el sistema penal acusatorio —incluyendo la ley estatutaria de la administración de justicia, la ley estatutaria de habeas corpus, los códigos penal, de procedimiento penal y penitenciario y el Estatuto Orgánico de la Fiscalía— sustituía la Constitución, por ser contrario al principio democrático, la separación de poderes y la reserva de ley. La Corte solucionó el caso con una argumentación muy similar a la usada en el principio de proporcionalidad.

En su razonamiento, la Corte pone de presente que la norma demandada tiene una finalidad constitucional importante, esto es, poner en marcha el nuevo sistema penal acusatorio. Otorgar excepcionalmente una potestad legislativa al presidente sería una medida idónea para lograr dicho fin, toda vez que, ante la inactividad del Congreso, este entraría a colmar el vacío jurídico. Similarmente, se cumpliría el criterio de necesidad, porque no existe una medida menos gravosa para los derechos en tensión, debido a que, según el principio de delegación legislativa, el presidente es el único que podría ser facultado para, subsidiariamente y por delegación expresa del Legislativo, expedir leyes y, extraordinariamente por delegación hecha mediante reforma constitucional, aquellas sujetas a reserva de ley. En ese sentido, si no se consagraba dicha potestad, se corría el riesgo de que el Congreso no expidiese los cuerpos normativos requeridos para poner en funcionamiento el nuevo modelo de enjuiciamiento penal, conduciendo a la incertidumbre y la parálisis del sistema.

Finalmente, también hay proporcionalidad en sentido estricto porque la afectación al principio de reserva de ley y de separación de poderes es leve, por cuanto la potestad dada al presidente es excepcional y “las normas que eventualmente se expidan en desarrollo de esa habilitación extraordinaria, quedarán hacia el futuro sometidas a Reserva de Ley formal y podrán ser

modificadas o derogadas, en cualquier tiempo, por el legislador ordinario” (Corte Constitucional, C-970, 2004). En contraste, de no darse la potestad excepcional al presidente, y si el Congreso no regula oportunamente el nuevo sistema acusatorio, el grado de lesión en el principio de legalidad y en el debido proceso sería intenso, pues *¿cómo* cumpliría el Estado su deber de investigar y juzgar los delitos si no habría un procedimiento establecido para hacerlo? O *¿cómo* sabrían las personas cuál es el proceso donde podrán controvertir la acusación realizada por el Estado? *¿Cómo* podrían saber si las pruebas se obtuvieron lícitamente, cómo verificarían si se respetaron sus derechos en las diversas diligencias judiciales o cómo conocería cuál es el momento procesal para aportar, solicitar o controvertir las pruebas?

En virtud de lo anterior, la Corte da la impresión de realizar un estudio de constitucionalidad típico, desarrollando el contenido del principio de separación de poderes y de reserva de ley, para, posteriormente, justificar su compatibilidad con la delegación legislativa (la cual se estudia con base en los parámetros de la delegación ordinaria). Empero, esto se contradice con la parte motiva de la sentencia donde explícitamente se dijo: “hay sustitución solo si se reemplaza totalmente un elemento definitorio de la Constitución”. En ese orden de ideas, el salvamento de voto atina al señalar que, si la reserva de ley se considera un elemento esencial, el acto legislativo sustituía la Constitución porque trasladaba al presidente una función privativa del Congreso, atentando contra la separación de poderes “así sea momentáneamente”, o *¿acaso* los elementos esenciales también se pueden ponderar como si fuesen meros principios? Y, de ser el caso, caeríamos nuevamente en la paradoja, porque requerirían de la aplicación mediante el principio de proporcionalidad, violando la tesis de no identidad.

66

La Etapa de consolidación: el segundo test 2005-2016

Para consolidar la teoría de la sustitución e intentar complementar el test expuesto en la C-970 de 2004, la Corte Constitucional implementó en la C-1040 de 2005 una metodología de siete pasos que ha continuado *invariable* hasta la actualidad. La nueva formulación reforzaría las características del control de constitucionalidad de las reformas constitucionales sobre su incompatibilidad con el control material, el deber de autocontención del juez para evitar petrificar la Constitución y el fin último de proteger la democracia reflejada en los elementos esenciales de nuestra carta política y lo uniría a un esfuerzo argumentativo

considerable para lograr un razonamiento lógico, claro, coherente, suficiente, completo y pertinente. Para conseguirlo, el tribunal constitucional creó la siguiente metodología:

(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 por qué 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 éste 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, C-1040, 2005)

1. Análisis de la formulación del test de sustitución de siete pasos

La nueva formulación fue el reflejo de un compromiso loable de la corporación por brindar pautas sobre cómo ejercería su competencia de revisión frente a las reformas constitucionales, lo cual serviría para orientar al Gobierno, al Legislativo y al propio pueblo sobre cómo deberían adelantar las reformas en adelante. Pese a ello, este contiene algunos yerros lógicos que tendrían la virtualidad de degradar la admisibilidad de su aplicación y de poner en duda la corrección de la argumentación del juez constitucional. Los problemas de las anteriores formas de verificar la constitucionalidad de las modificaciones a la carta política fueron ocasionados por no definir qué era un elemento esencial, y en esta ocasión tampoco se hizo.

La Corte menciona que en el paso 1 se debe identificar claramente el elemento esencial, y en el paso 2, justificar por qué lo es. ¿Y eso cómo se hace? Casi dos décadas después, continúa siendo un misterio. La nueva metodología no servía para solventar el gran dilema sobre la conceptualización de los elementos esenciales porque, como bien lo señalaron Bernal Pulido (2018, p. 278) y Celis Vela (2020, p. 74), esta presuponía que el intérprete ya lo conocía. Para señalar el elemento esencial debo conocerlo previamente; es decir, debería haber un paso anterior que ayude a determinarlo, y ¿cómo lo haríamos? Necesitaríamos partir de su definición, pero, como se demostró anteriormente, ella nos lleva a un círculo vicioso donde reinaría la arbitrariedad en la elección.

Retomando los criterios de argumentación inicialmente citados, esto no sería aceptable en un esquema argumentativo, pues toda afirmación relevante para configurar la premisa del razonamiento debería estar basada en razones explícitas, suficientes y convincentes. ¿Acaso hay un consenso sobre qué y cuáles son los elementos esenciales? Muy probablemente podríamos lograr un acuerdo sobre la condición de Estado social de derecho o la democracia representativa. ¿Y sobre el principio del mérito en el acceso a la carrera administrativa o el principio de sostenibilidad fiscal? Si no hay ese acuerdo unísono, ¿cómo podría un ciudadano refutar el argumento de la Corte de considerarlo esencial si no sabe con base en qué concepto se llegó a esa conclusión?

La Corte Constitucional era consciente del traspie de su teoría, al punto de decir que no le correspondía enunciar los elementos definitorios de la Constitución en ese momento, pues “esa es una labor que corresponde adelantar al juez constitucional cuando las circunstancias del caso concreto le exijan precisar el alcance de esas afirmaciones” (Corte Constitucional, C-1040, 2005). ¿Dónde queda la seguridad jurídica? ¿Cómo los congresistas, el Gobierno y los ciudadanos podrían prever si un proyecto de acto legislativo o de referendo constitucional sustituye la Constitución si solo la Corte conoce los límites implícitos al poder de reforma y los especificará “cuando sea el momento”? La Corte no puede asumir la selección de los elementos esenciales a su arbitrio y esperar que todos concuerden con ello pues, de ninguna manera, puede concebirse como una especie de órgano iluminado.

Mucho menos se puede ser aquiescente con este enfoque “minimalista” (Cajas Sarria, 2007b, p. 77) que nos llevaría a un gobierno de los jueces, donde tendrían la capacidad de fijar límites supraconstitucionales a su gusto y conforme a sus preferencias, socavando la democracia. Esto se ve agravado por

lo amplio del paso 2 del test, porque en las constituciones modernas, como lo sostendría Düring al comentar el artículo 1 de la Ley Fundamental de Bonn, existe un supervalor (la dignidad humana) que sintetiza todo el contenido de la Constitución, y los demás artículos solo serían el desarrollo de este (García Amado, 2023, p. 105). Por lo tanto, para el juez constitucional sería sumamente fácil entresacar alguna disposición constitucional y, a partir de su nexos con la dignidad humana u otro valor con amplio alcance como la libertad, elevarla a la categoría de *elemento esencial*.

Veamos un caso hipotético: supongamos que, a raíz de la C-055/22, en la sociedad surgió un movimiento muy fuerte a favor de la vida del no nacido, el cual logró reunir el número de apoyos constitucionalmente exigidos para promover un referendo constitucional; el Congreso expide la ley que convoca al referendo cumpliendo los requisitos legales, pero, en el control previo de constitucionalidad, la Corte lo declara inexecutable por vicio de competencia, pues sustituiría los elementos esenciales de la dignidad humana y la libertad, esgrimiendo razones *similares* a las dichas en la providencia de control ordinario (el ejemplo también es válido en sentido inverso: que la Corte hubiese mantenido la decisión del 2006 y surgiese una iniciativa para consagrar el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, pero la Corte declarara que vulnera el elemento esencial de la vida y dignidad del no nacido).

La dignidad humana y la libertad son conceptos esencialmente controvertidos y la Corte puede llenar su contenido en el control ordinario (Ferrerres Comella, 2021, p. 33), pero, si para el pueblo la Corte se equivocó en un caso y decide acudir a mecanismos más deliberativos y participativos —como un referendo— para imponer su visión, no hay razón para que prevalezca la acogida por el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, salvo que implique un deterioro significativo en el sistema constitucional. Aceptar lo contrario sería elitista, al irrespetar el autogobierno, como la capacidad del pueblo de tomar las riendas de su destino, y, por consiguiente, desconocer la razón de ser de la democracia.

Si, en gracia a discusión, se considerase errónea la anterior postura sobre la facilidad de elevar a la categoría de insustituible cualquier principio constitucional, se ocasionaría otro embate al concepto de *elementos esenciales*: su naturaleza supraconstitucional. En su salvamento de voto en la Sentencia C-249 de 2012, Humberto Sierra Porto arguyó que la distinción implícita al interior de las disposiciones constitucionales entre elementos esenciales y los demás implicaba una mayor jerarquía de los primeros debido a su supuesto valor

material superior. A juicio del magistrado disidente, lo anterior virtualmente devendrá en aplicar la excepción de inconstitucionalidad respecto de las reformas constitucionales que, a criterio de la autoridad, fuesen contrarias a los elementos estructurales de la Constitución, así aquellas no hubiesen sido objeto de control ante la Corte Constitucional.

Complementando la crítica al paso 2, Carlos Bernal (2018, p. 278) nos advierte sobre el condicionamiento de subyacer a distintas disposiciones constitucionales como necesario para ser un elemento esencial. Para él, existen elementos esenciales contenidos en una sola disposición constitucional; verbigracia, la libertad de expresión consagrada en el artículo 20. Por otra parte, hay elementos incluidos en distintos artículos constitucionales y no por eso podrían considerarse parte de la esencia de la carta política; por ejemplo, el sistema penal inquisitivo.

En este caso, no se comparte la opinión del autor pues, como se mencionó anteriormente, es muy difícil encontrar una disposición constitucional que no emane indirectamente de otra o del supervalor. Incluso la libertad de expresión cumple ese requisito, en cuanto, pese a solo aparecer expresamente en el artículo 20, bien podría invocarse su referencia implícita en los artículos 2 y 13, al ser una manifestación específica y primordial del valor de la libertad, cuyo reconocimiento y protección igualitaria es una de las razones de ser del Estado social de derecho. Por el anterior motivo, una aplicación estricta de la teoría de la sustitución podría llegar a concretar lo contrario a lo buscado con los pasos 5 y 6, esto es, petrificar la Constitución —y no solo un artículo—, dado que, a falta de un concepto claro, la Corte podría —según su preferencia— justificar la insustituibilidad de cualquier valor o principio (o de casi todos), fruto de su derivación y nexo con múltiples referentes normativos constitucionales. A propósito, Humberto Sierra Porto, en su aclaración de voto a la Sentencia C-141 de 2010, manifestó:

Por regla general en las decisiones en las que se defiende esta tesis se afirma que la Constitución de 1991 no establece ninguna cláusula pétrea o inmodificable, para acto seguido concluir que sin embargo cuenta con unos elementos estructurales que no pueden ser modificados sustancialmente, lo que convierte precisamente a tales elementos estructurales en una cláusula pétrea operante como límite material al poder de reforma [...]. La Constitución tendría entonces, un elemento de imposibilidad absoluta de modificación constituida por su parte esencial, lo que Mortati denomina el “elemento constante” o el “límite absoluto de la Constitución”, ya que

solo se presenta un cambio de Constitución material en el caso eventual de la caída del Estado mismo y de sus principios fundadores.

Según esta concepción, la Constitución no es tan sólo el conjunto de las normas que regulan la creación de normas por los órganos superiores del Estado, ni tampoco una ley de especiales características formales, sino que tales normas integran una constitución sólo si en ellas se garantizan determinados valores, aquellos supuestamente plasmados por el Constituyente de 1991. Se trata, en consecuencia de un concepto valorativo de Constitución que reproduce respecto de ésta la concepción valorativa del derecho, la concepción según la cual una norma sólo será jurídica si se garantiza determinados valores. (Corte Constitucional, C-141, 2010)

Humberto Sierra Porto ha sido uno de los críticos que más han invocado el subjetivismo judicial para atacar el test de sustitución. El magistrado asiduamente ponía de presente la absoluta discrecionalidad de la corporación para fijar el parámetro de control en cada caso, traduciéndose en la posibilidad de identificar cualquier contenido como un elemento estructural de la carta política. Así, en el salvamento de voto de la C-588 de 2009, criticó con vehemencia el haber elevado la carrera administrativa —particularmente, el concurso como mecanismo para acceder a los cargos públicos— como un elemento esencial:

Esta discrecionalidad permite que cualquier contenido pueda ser identificado como un elemento estructural de la Carta Política y para la muestra un botón: en esta oportunidad se decidió que la carrera administrativa —y más que la carrera el concurso como mecanismo para acceder a los cargos públicos— tiene tal carácter, esta particularización de los elementos estructurales que no pueden ser alterados mediante una reforma sienta un peligroso precedente, pues por esta vía cualquiera de los componentes de la Constitución puede ser definido como un elemento estructural de la misma y de esta manera vedar cualquier posibilidad de que sea modificado.

Así mismo se trata de un supuesto elemento estructural contenido en un solo artículo de la Constitución, de ahí que esta disposición termina por convertirse en una cláusula pétrea que no puede ser alterada por el poder de reforma constitucional. En esa medida las relaciones que se pretenden establecer en la sentencia C-588 de 2009 entre el concurso

como mecanismo para acceder a los cargos públicos y otros contenidos constitucionales no consigue ocultar lo evidente, que en el caso concreto el juicio de sustitución a la Constitución se redujo a comparar la reforma con un solo precepto constitucional, de manera tal que salta a la vista que se adelantó un control material del Acto Legislativo 01 de 2008. (Corte Constitucional, C-588, 2009)

Por último, el paso 7 es una petición de principio porque implica, otra vez, presuponer un conocimiento anticipado de cuáles son los elementos esenciales. El gran problema de la teoría de la sustitución radica en no saber qué es un elemento definitorio, cuáles son sus características o cómo deben aplicarse; por lo tanto, los anteriores interrogantes son lo primero que debería resolver una metodología o juicio de sustitución. No obstante, tanto en el paso 1 como en el 7 se da por sentado que el intérprete ya los conoce. De lo contrario, ¿cómo compararía si el nuevo elemento esencial definitorio es incompatible con los demás elementos definitorios de la identidad de la Constitución?

Clarificándolo, en un caso concreto, el intérprete arrancararía su estudio cuestionándose: “¿cuál es el elemento esencial?”, y, para responder su pregunta, le tocaría definir ¿qué es un elemento esencial? El criterio dado por la Corte para identificarlo y aceptarlo como constitucionalmente válido es que no sea contrario u opuesto a los otros elementos esenciales. ¿Y cuáles son esos elementos esenciales? De nuevo, el intérprete se cuestionaría: “¿qué es un elemento esencial?” Y así sucesivamente. De esta manera, se cae en un círculo interminable donde el intérprete podría utilizar la conclusión a la que se quiere llegar como una de las premisas del argumento para demostrarla, asumiendo su corrección mas no demostrándola, ocasionando una inferencia equívoca.

No puede pasarse por alto que este paso 7 resuelve (o al menos lo intenta) uno de los interrogantes planteados anteriormente sobre si los elementos esenciales se pueden/deben ponderar. Carlos Bernal (2018, p. 278) aduce que esto podría entenderse como una condición necesaria para el concepto de *elemento esencial*, donde no bastaría la simple colisión o tensión entre el nuevo elemento esencial y los otros, porque ello es ínsito a cualquier sistema constitucional. Al contrario, la oposición o incompatibilidad significaría la imposibilidad lógica de que los elementos tengan validez al mismo tiempo. A partir de la lectura hecha por Bernal Pulido, este séptimo paso no sería una ponderación, pues no se optimizaría cada elemento esencial en la mayor medida

de las posibilidades jurídicas, asemejándose más a un conflicto entre reglas donde la contradicción conduciría a la invalidez de una de ellas en aras de garantizar la coherencia del ordenamiento jurídico (lo que se asemejaría demasiado a un juicio de intangibilidad)¹.

Entonces, por ejemplo, en la C-970 de 2004, aunque el principio de delegación legislativa estaría en tensión con el principio de separación de poderes y de reserva de ley, no haría absolutamente imposible su coexistencia, dado que el primero incorpora un requisito de excepcionalidad. Así, lo erróneo de dicha sentencia no sería la parte resolutive sino la motivación a partir de una ponderación donde se concluyó una afectación leve a la separación de poderes y la reserva de ley tal como se expuso líneas arriba. Por lo tanto, al no bastar la sola tensión entre los elementos esenciales, serían muy pocos los casos en que realmente se sustituiría la Constitución; solo aquellos donde se ocasione un deterioro significativo —de gran trascendencia y magnitud— del sistema constitucional.

En contraste, esta no parece ser la interpretación acogida por algunos magistrados de la alta corporación, quienes explícitamente han solicitado ponderar al analizar los casos concretos. Uno de ellos fue Jorge Ignacio Pretel Chaljub, quien, en su salvamento de voto en la C-588 de 2009, criticó el fallo de la Corte Constitucional porque no usó el principio de proporcionalidad. Para él, los valores y los principios constitucionales, *prima facie*, no son absolutos y podían ser restringidos para dar mayor peso a otros del mismo rango que eventualmente entren en tensión con ellos, de modo que no podía considerarse cualquier reforma extralimitada y viciada por razones de incompetencia por afectar la proyección normativa de un valor o principio superior.

En el caso específico, el disidente argumentó que la reforma perseguía el fin constitucionalmente importante de garantizar la estabilidad laboral de quienes estaban en provisionalidad, además de la eficacia, la economía y la celeridad de la administración pública. El medio elegido resultaba idóneo y necesario en tanto sus beneficiados serían inscritos en la carrera administrativa, obteniendo todos los beneficios laborales derivados de la relación estatutaria y, como ya venían desempeñando el cargo (algunos por muchos años), se garantizaría la calidad y la continuidad de la prestación de los servicios de las entidades públicas.

1 El juicio de intangibilidad es la confrontación material entre la enmienda constitucional y aquellas normas o materias que —por expresa disposición del Constituyente— no pueden ser reformadas (cláusulas de intangibilidad o pétreas). Para mayor profundidad, puede consultarse Corte Constitucional (C-288, 2012).

Finalmente, esgrimió que el acceso a los cargos públicos con fundamento en el mérito demostrado mediante el sistema de concurso debió ceder ante el alto grado de satisfacción del principio de estabilidad laboral y de los principios de la función pública de eficacia, economía, y celeridad.

En la misma sentencia, el magistrado Mauricio González Cuervo también salvó su voto aduciendo que la reforma transitoria introducida por el Acto Legislativo 01 de 2008 en modo alguno sustituía la esencia de nuestro régimen político, ni conllevaba una afectación desproporcionada del sistema de valores y principios superiores. En esencia, la potísima razón del magistrado radicaba en que la reforma superaba las exigencias del principio de proporcionalidad para ser constitucional, lo cual implicaba llevar a cabo una ponderación:

Ahora bien, dado que los valores, principios constitucionales *prima facie* no son absolutos, sino que pueden ser restringidos para dar mayor peso a otros del mismo rango que eventualmente entren en tensión con ellos, no puede estimarse que cualquier reforma que afecte la proyección normativa de un valor o principio superior resulte *per se extralimitada y viciada por razones de incompetencia. Así, el examen de los límites al poder de reforma en cada caso concreto impone un ejercicio de ponderación.* Es decir, a la hora de establecer si determinada reforma sustituyó o no la Constitución por haber modificado los principios y valores que ella contiene, es necesario considerar no solamente un determinado y concreto principio o valor, o algunos de ellos, sino todos ellos en su conjunto. Además, el juez constitucional también debe tomar en consideración que, por razones que tocan con la propia dinámica social y con el momento socio histórico, el acto reformativo de la Carta puede consistir en dar relevancia particular a la proyección normativa de determinado principio frente a otro. (Corte Constitucional, C-588, 2009)

74

2. El test de efectividad

Para complementar el test de siete pasos, en la C-588 de 2009, la Corte Constitucional esgrimió la necesidad de efectuar un test de efectividad. La Corte busca evitar que haya pequeñas modificaciones de la carta que tengan fines meramente políticos o circunstanciales (Guzmán Gómez, Lucio Bonilla y Fajardo Arturo, p. 113); por ello, esta nueva metodología consistía en verificar la identidad de las normas constitucionales antes y después de la reforma,

de manera que, si seguían siendo las mismas, entonces habría ocurrido un quebrantamiento de la carta y no su reforma. Para verificar si la enmienda solamente tenía el ropaje de una decisión política singular (Barbosa Delgado, 2018, p.113), este test tendría una estructura de tres pasos, a saber:

- (i) Si las normas constitucionales a reformar siguen siendo las mismas antes y después de la reforma, porque si las normas después de la revisión resultan ser idénticas, entonces no ha existido reforma constitucional, sino que se ha encubierto con el ropaje de la reforma una decisión política singular, (ii) que el cambio no dio lugar a que se establecieran normas *ad hoc* o particulares, y (iii) que no se hayan sustituido tácitamente a través de la reforma otros principios estructurales de la Constitución, dando lugar al fraude de la Constitución. (Corte Constitucional, C-574, 2011)

Es fácil asimilar este test de efectividad a la teoría del fraude a la ley, la cual se refiere a “la actuación, que en apariencia se ajusta a la prescripción normativa, en la realidad conlleva una situación manifiestamente contraria a un principio del ordenamiento superior” (Corte Constitucional, T-073-2019). El supuesto de este test es el fraude a la Constitución, entendido como la situación donde la reforma constitucional realmente no modifica la norma anterior, sino que solo crea una excepción transitoria favorable a un grupo particular de personas. Este método, en principio, no parece un aporte relevante, porque la creación de normas *ad hoc* podría encajar como una sustitución del elemento esencial de la igualdad.

Por añadidura, el tercer paso del test es poco útil. Según la Corte Constitucional (C-1040, 2005), “la premisa mayor del juicio de sustitución no está específicamente plasmada en un artículo de la Constitución, sino que es toda la Constitución entendida a la luz de los elementos esenciales que definen su identidad”. Como uno de los pasos del test de sustitución es verificar la compatibilidad entre los elementos esenciales, es altamente probable que, cuando haya sustitución, se altere la estructura de otras disposiciones constitucionales o de los elementos esenciales. Entonces, esta exigencia solo sería una repetición del paso siete del test de sustitución de siete pasos.

Con todo, los dos primeros pasos del test podrían clarificar los casos de sustitución del elemento esencial de la igualdad. Veamos el caso tratado en la C-588 de 2009 sobre la constitucionalidad del Acto Legislativo 01 de 2008, mediante el cual se ordena inscribir en carrera administrativa de manera

extraordinaria y sin necesidad de concurso público a los servidores que a la fecha de publicación de la Ley 909 del 2004 estuviesen ocupando cargos de carrera vacantes de forma definitiva en calidad de provisionales o de encargados del sistema general de carrera. La Corte Constitucional concluyó que la regulación generaba una norma *ad hoc*, beneficiando solamente a un grupo específico de servidores públicos, degenerando en una palmaria vulneración de la igualdad y, consecuentemente, de las demás normas irradiadas de su contenido; por ejemplo, los principios de la función administrativa o el principio del mérito:

De una parte, el recurso a un pretendido párrafo transitorio, añadido al artículo 125 superior dejó intacto el texto de éste, y de otro lado, pese a las notables implicaciones del párrafo demandado en el ámbito de sus efectos, el texto de los artículos 2, 13, 40-7, 53, 150, 209, para citar unos cuantos, permanece inalterado después de la supuesta reforma que el Congreso quiso introducir valiéndose del Acto Legislativo No. 01 de 2008. La modificación tácita que tiene lugar en la mayoría de los artículos mencionados a lo largo de esta providencia demuestra, fehacientemente, que el Congreso de la República quebrantó la Constitución, con el único propósito de imponer una decisión ad-hoc que beneficia a un grupo de personas y que, además, quiso amparar la efectividad de ese propósito colocándolo bajo el manto de una reforma constitucional que, como se ha demostrado, de tal, si acaso, únicamente tiene el nombre. (Corte Constitucional, C-588, 2009)

76

Del mismo modo, en la C-249 de 2012, la Corte usó del test de efectividad como complemento del test de sustitución para declarar inexecutable el Acto Legislativo 4 de 2011. Para la Corte, el propósito de otorgar un mayor puntaje por el solo hecho de la permanencia en el cargo o los estudios adicionales establecía normas constitucionales *ad hoc* en beneficio de un grupo especial de personas; en ese caso, de los empleados de provisionalidad que a 31 de diciembre de 2010 tuvieran cinco (5) o más años de servicio. Por ende, la reforma constitucional sustituía parcial y temporalmente el principio de igualdad y, naturalmente, el de carrera administrativa.

Ahora, pese a su poca contribución sustancial, la introducción del test de efectividad generó en la práctica resultados más cercanos a la respuesta correcta en los casos de abuso del constitucionalismo. Esta categoría se refiere a la utilización arbitraria del poder de reforma constitucional para desnaturalizar el

Estado de derecho, las instituciones democráticas y los derechos fundamentales, generalmente, con el fin de establecer o consolidar regímenes con marcada tendencia autoritaria (Bernal Pulido, Caicedo y Serrafiero, 2015, p. 35). Un caso típico de este estilo se da cuando los presidentes promueven reformas constitucionales con el fin de perpetuarse en el poder.

Colombia no ha sido ajena a este fenómeno debido a la tendencia hiperpresidencialista de nuestro país. En el año 2004, el Congreso envió a la Corte Constitucional el Acto Legislativo 02 de 2004, donde se reformaba, entre otros, el artículo 197 de la Constitución para permitir la reelección presidencial por máximo dos períodos; beneficio que se extendería a quien ejerza o haya ejercido la presidencia antes de la entrada en vigor del acto legislativo. En este caso, la Corte Constitucional declaró exequible esta “modificación” realizando una ponderación donde resultó ganador el derecho a elegir y ser elegido (el cual incluía al presidente de turno) por encima de la igualdad y la separación de poderes, cuyo grado de no satisfacción sería leve porque, aunque la reelección presidencial por una sola vez puede conferirle a quien está ejerciendo el poder y a sus partidarios una ventaja sobre sus oponentes políticos, “en el propio acto legislativo se introdujeron reglas y garantías orientadas a asegurar el equilibrio en el debate electoral y que, por voluntad expresa del reformador, buscan promover las condiciones de igualdad entre los candidatos” (Corte Constitucional, C-1040, 2005).

El contrapeso de la igualdad y la separación de poderes estaría en el deber que el Acto Legislativo 02 de 2004 imponía al Legislador de expedir una ley estatutaria donde se incluyera: garantías a la oposición, prohibición de la participación en política de servidores públicos, derecho al acceso equitativo a los medios de comunicación que hagan uso del espectro electromagnético, financiación preponderantemente estatal de las campañas presidenciales, derecho de réplica en condiciones de equidad cuando el presidente de la república sea candidato y normas sobre inhabilidades para candidatos a la Presidencia de la República. Esto revestía a la oposición de un baluarte de garantías electorales que podrían equilibrar el juego político, pero el test de sustitución no puede ni debe balancear los elementos esenciales. Todo lo contrario, su razón de ser es proteger la democracia, sus instituciones y la garantía de los derechos fundamentales sin contemplación a razones consecuencialistas. Es decir, no importa si se aumentaba las garantías electorales de la oposición, porque el meollo del asunto era definir si la reelección inmediata era compatible con los elementos esenciales de la Constitución.

Si la Corte hubiese basado su argumento en los criterios del test de efectividad, de ninguna manera el resultado se mantendría, porque los jueces constitucionales advertirían que era una reforma evidentemente contraria al valor de la igualdad, cuya única pretensión era ampliar el periodo del servidor público más poderoso del país de forma *ad hoc* y singular. Adicionalmente,

permitirle al presidente ser reelegido, le ofrece una concentración del poder de tal magnitud que lo lleva a influir directamente en la elección del Fiscal General de la Nación, del Procurador General de la Nación y de sus sucesores, así mismo de los magistrados de la Corte Constitucional cuya renovación se producirá a lo largo de un eventual segundo mandato. (Olmos Zamudio, 2006, p. 120)

Esto configura una violación a la separación de poderes y al sistema de pesos y contrapesos instaurado por el Constituyente. Es más, se cercenaría la democracia deliberativa ínsita a nuestro modelo constitución en su institución de alternancia democrática, la cual implica elecciones periódicas e igualitarias y la efectiva rotación en el poder para conjurar el riesgo de una hegemonía política (Bernal Pulido, Caicedo y Serrafiero, 2015, p. 58).

El tercer test: ¿el principio de proporcionalidad como test de sustitución?

En los anteriores párrafos se estudió la evolución del test de sustitución y se puso en evidencia que, cuando la Corte Constitucional lo aplica, su argumentación suele evocar al principio de proporcionalidad, en especial, al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto. Incluso, en sus salvamentos de voto algunos magistrados explícitamente han criticado la ponderación llevada a cabo por la mayoría del tribunal constitucional. Estas circunstancias se verían acrecentadas desde el año 2016 cuando la Corte debió enfrentarse a varios de los desafíos más fuertes de su corta historia: el estudio de la constitucionalidad de los acuerdos de paz y de la prisión perpetua revisable. Como se verá a continuación, en estos casos, aunque formalmente se aplicó el test de siete pasos introducido en la C-1040 de 2005, la Corte tendió a modificar la estructura del control de constitucionalidad por medio del test de sustitución, de forma cada vez más semejante al principio de proporcionalidad.

1. El test de sustitución frente al *fast track*

Mediante la Sentencia C-699 de 2016, la Corte Constitucional resolvió una demanda de inconstitucionalidad contra el Acto Legislativo 01 de 2016,

Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. consagra un mecanismo especial para la expedición de actos legislativos.

Con esto se pretendía agilizar el trámite de los proyectos de acto legislativo y de ley de iniciativa exclusivamente gubernamental —cuyas modificaciones debían respetar el acuerdo y contar con el aval del Gobierno—, para darle prelación a su trámite en sesiones conjuntas, disminuyendo a la mitad el número de debates para aprobar el acto legislativo y requiriendo solo mayoría absoluta para su aprobación. Para compensar una posible concentración excesiva de poderes en el ejecutivo y la afectación a la deliberación parlamentaria, se estatuyó que todos los proyectos aprobados por *fast track* tendrían control de constitucionalidad automático.

La paz estaba en juego, los datos estaban en el terreno de la Corte Constitucional y el test de sustitución parecía un obstáculo infranqueable. Ciertamente, era muy difícil que el *fast track* sobreviviese al juicio de sustitución porque, indudablemente, afectaba la separación de poderes, la rigidez de la Constitución y la democracia deliberativa. No obstante, sin duda la paz fue uno de los fines más importantes para el constituyente originario y, en consecuencia, las instituciones democráticas debían dirigir su conducta a la consecución de dicho fin. De ahí que resultase un contrasentido que la Corte Constitucional se convirtiera en un escollo impajaritable para alcanzar la paz. Pero tampoco podía volverse absolutamente deferente con las postulaciones del Ejecutivo en aras de proteger las bases de nuestra carta política; entre ellas, la sujeción de todos los poderes públicos al derecho. ¿Cómo resolvería esta situación?

Como apunta Barbosa Delgado (2018, pp. 117-127), la Corte debía moderar su postura frente a las reformas constitucionales, por lo que introdujo la modulación del test de sustitución. Así como el principio de proporcionalidad tiene tres grados de intensidad dependiendo de la intervención de la medida legislativa en los derechos fundamentales, (material intensivo, intermedio y control de evidencia) (Bernal Pulido, 2009, pp. 67-71), la Corte Constitucional

consideró conveniente graduar el escrutinio de la metodología de sustitución considerando tres criterios:

(i) debido al contenido, de tal forma que el control será más estricto cuando la reforma constitucional se refiere a la parte dogmática de la Constitución y menos estricto cuando tenga relación con la parte orgánica de ella; (ii) debido a la permanencia, de tal manera que si la vigencia de una reforma constitucional es indefinida el escrutinio de la Corte debe ser más riguroso, a diferencia de lo que sucedería cuando se trata de enmiendas constitucionales transitorias; y (iii) debido a la generalidad, según lo cual las modificaciones generales a la Constitución deben ser controladas con mayor intensidad que aquellas que se refieren a aspectos específicos. (Corte Constitucional, C-674, 2017)

No obstante, si se revisa con detenimiento la argumentación de la Corte, se concluye que la graduación de la intensidad del control estaba supeditada, principalmente, a la importancia del fin perseguido por la reforma constitucional. Entonces, como el fin perseguido por la reforma constitucional era imperioso, el test de sustitución para el proceso de paz se debía flexibilizar de manera que apunte “exclusivamente a identificar aquellas medidas que resultan absoluta y definitivamente insostenibles dentro del ordenamiento constitucional” (Corte Constitucional, C-089, 2022). Sobre este punto, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-089 de 2022, dijo:

El análisis que se haga requiere articular las consideraciones sobre la eventual supresión de los principios medulares del ordenamiento constitucional, con aquellas consideraciones relativas a la contribución de la medida objeto del escrutinio judicial a la consecución de la paz. Dicho escrutinio parte del reconocimiento del margen especial de apreciación con el que cuentan los actores políticos para rediseñar las estructuras estatales y reconfigurar la vida política, económica y social del país.

[...]

La intensidad del control, siendo flexible en los términos en los que se explicó, puede variar en función del contenido, la vocación de permanencia y el nivel de generalidad de las medidas sometidas a control de constitucionalidad. Por ejemplo, el escrutinio judicial se intensificará en aquellos eventos en los que las medidas objeto de control estén llamadas a tener una vigencia indefinida o, incluso, cuando las mismas tengan un mayor espectro o ámbito de aplicación. (Corte Constitucional, C-089, 2022).

Con base en el anterior párrafo podemos extraer dos conclusiones: primero, se descarta la tesis de que hay sustitución solo si se da una imposibilidad lógica de que la reforma y los elementos esenciales anteriores tengan validez al mismo tiempo, porque este tipo de control solo sería aplicable a los casos del proceso de paz. En sentido opuesto, cuando no se esté ante estas circunstancias transitorias y extraordinarias, si la optimización (ponderación) de la reforma no es armónica con los demás elementos esenciales —así no sean absolutamente incompatibles—, bastaría para declarar la inconstitucionalidad. Y, conexas a la anterior, la segunda implicaría que el principio de proporcionalidad juega un rol relevante en el estudio de la constitucionalidad de las reformas constitucionales, pues el fin de esta determinará la intensidad del control, y su compatibilidad con los elementos esenciales requiere estudiar su idoneidad, necesidad y, sobre todo, la proporcionalidad en sentido estricto, lo cual sería contrario a la tesis de no identidad (ver Tabla 1).

Tabla 1
Modulación del test de sustitución

Importancia del Fin de la reforma constitucional (a partir de los objetivos fijados por el Constituyente originario)	Intensidad del Control Constitucional	Estándar de constitucionalidad
Fin imperioso (por ejemplo, la paz).	Leve	Solo se excluye aquellas absolutamente incompatibles con los demás elementos esenciales de la Constitución o manifiestamente inadecuadas para alcanzar el fin pretendido.
Fin importante (por ejemplo, la estabilidad del Sistema General de Seguridad Social, sostenibilidad fiscal, implementación de modelos de enjuiciamiento criminal más justos y eficaces).	Intermedio	Se admiten aquellas reformas idóneas y necesarias para alcanzar el fin propuesto y que, a lo sumo, afecten de forma leve los otros elementos definitorios de la Constitución.
Fin, <i>prima facie</i> , no prohibido (por ejemplo, reelección presidencial, modificaciones a la carrera administrativa).	Intenso	Será constitucional solo si no genera un deterioro significativo en la democracia o en el sistema constitucional. La enmienda debe superar el test de efectividad.

En el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales del proceso de paz, el principio de proporcionalidad fue gran protagonista puesto que, para la Corte, aunque aquellas pudiesen limitar principios esenciales de la Constitución, no podría considerarse que la sustitúan cuando los mecanismos contemplados eran indispensables para alcanzar los objetivos de la justicia transicional (Corte Constitucional, C-089, 2022). Al respecto, el magistrado Antonio José Lizarazo Ocampo (2023, p. 181) escribió:

La Corte ha concluido que las reformas constitucionales que contienen instrumentos propios de la justicia transicional no sustituyen per se hoy la Constitución, incluso si a través de ellos se establecen herramientas excepcionales y transitorias, las cuales no resultarían aplicables en períodos ordinarios de institucionalidad. En este caso, la jurisprudencia ha recurrido al ejercicio de ponderación, teniendo en cuenta el principio y valor constitucional de la paz en esa ecuación, para determinar la necesidad y legitimidad de las reformas tradicionales, pero evitando eventuales sustituciones de elementos esenciales de la Constitución.

En virtud de lo explicado, la Corte declaró la constitucionalidad del *fast track* porque el grado de no satisfacción del principio de resistencia constitucional relativa (aquel relativo a que las normas de la Constitución de 1991 tienen un nivel formal de resistencia al cambio superior al de las leyes porque el Constituyente estableció mecanismos de reforma de la Constitución más difíciles de tramitar que los de las leyes) cedía ante la paz, dado que aquel debía flexibilizarse — sin desaparecer— cuando los compromisos fundamentales expresados en la Constitución se encuentren en permanente riesgo de ineffectividad; por ejemplo, por estar erosionados a causa de una guerra o conflicto armado. Separándose de la decisión mayoritaria, la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado consideró que la norma era inconstitucional por no ser necesaria:

La determinación de límites bajo los cuales fuera posible permitir, pero a la vez restringir las potestades legislativas del presidente era indispensable [...]. En efecto, en un escenario excepcional y de transición es necesario que el tribunal constitucional enuncie diversos estándares para permitir el logro de un objetivo constitucionalmente valioso, pero sin desdibujar la estructura constitucional que garantiza la existencia y continuidad de la democracia.

Existen temas de indiscutible urgencia que ameritan el uso de este mecanismo excepcional de poderes para el ejecutivo (por ejemplo, las leyes de amnistía) pero otras materias pueden y deben tramitarse por la vía ordinaria en aras de priorizar y preservar la deliberación democrática y el mayor compromiso social para un futuro en paz. La Corte debió limitar la comprensión de esta norma para neutralizar el potencial de afectación a la separación de poderes y al principio democrático que entiende el consenso como único instrumento de producción normativa y legitimidad del poder público, rasgos esenciales y definitorios de la Constitución, al no hacerlo terminó por avalar la sustitución de la Carta Política. (Corte Constitucional, C-699, 2016)

Por último, en las sentencias C-699 de 2016, C-674 de 2017 y C-332 de 2017, se esbozó un nuevo test de sustitución para el control automático de constitucionalidad que trata el *fast track*. El test sería un estudio integral y exhaustivo donde se establecería, en abstracto, la validez definitiva del acto legislativo. Para ello, en la premisa mayor, la Corte debía identificar en la reforma los elementos que pudieran aparecer como problemáticos desde una perspectiva de sustitución; luego, los confrontaría con aquellos ejes esenciales de la carta política que podrían quedar comprometidos. La premisa menor estaría integrada por todas las disposiciones normativas de la reforma constitucional pues, a diferencia de

lo que ocurre en los juicios ordinarios de sustitución [...] la revisión debería recaer sobre todas las medidas legislativas contenidas en la reforma constitucional, y no sólo sobre aquellas que hayan sido individualizadas e identificadas previamente en una demanda de inconstitucionalidad. (Corte Constitucional, C-674, 2017)

2. El test de sustitución y la prisión perpetua revisable

Para concluir este estudio y corroborar cómo el test de sustitución ha mutado en una argumentación cercana al principio de proporcionalidad, se estudiará la C-294 de 2021. En esta, se interpuso una acción pública de inconstitucionalidad contra el Acto Legislativo 01 de 2020, porque imponer pena de prisión perpetua a quienes cometan delitos contra un niño, niña o adolescente (NNA) (cuando se trate de homicidio doloso, acceso carnal que implique violencia o mediante incapacidad para resistir o que la víctima sea incapaz de resistir) sería contrario

al derecho a la resocialización y, en consecuencia, al reconocimiento de la dignidad humana. La Corte consideró que el acto legislativo perseguía un fin constitucionalmente imperioso de

prevenir toda forma de perjuicio, castigo, humillación o abuso físico o psicológico, descuido, omisión o trato negligente, malos tratos o explotación sexual, incluidos los actos sexuales abusivos y la violación y en general toda forma de violencia o agresión sobre el niño, la niña o el adolescente. (Corte Constitucional, C-294, 2021)

Además de “disminuir la comisión de delitos contra la vida e integridad física y sexual cometidos contra NNA y, en consecuencia, establecer la pena más severa” (Corte Constitucional, C-294, 2021).

Sin embargo, aquel mecanismo no sería idóneo porque “no se ha demostrado empíricamente la relación que existe entre la aplicación de la prisión perpetua, la prevención del delito y la reducción de la reincidencia de delitos graves en contra de menores de edad” (Corte Constitucional, C-294, 2021). En contraste, la Corte dijo que el endurecimiento de las penas tiene la virtualidad de generar el efecto contrario, dando lugar a la transformación de las modalidades delictivas en conductas más graves (desaparición forzada, por ejemplo) que el ofensor podría poner en práctica para evitar el descubrimiento, la investigación y la judicialización de su conducta. Del mismo modo, la posibilidad de ver a un ser cercano pasar el resto de su vida en prisión disminuirá la posibilidad de que los familiares denuncien las conductas que sucedan al interior de la familia, una de las instituciones sociales más corroídas por estos crímenes.

84

De manera similar, para los jueces constitucionales existían medios alternativos para proteger a los NNA sin llevar al extremo el tratamiento penitenciario, que, consecuentemente, serían menos gravosos para la dignidad humana. La Corte reiteró la ausencia de evidencia empírica que demuestre la mayor efectividad y adecuación de esta pena para disminuir la reincidencia de estos delitos, así como su prevención eficaz. En la misma línea, manifestó que no es claro “por qué para alcanzar la protección de la niñez, esta pena es preferible a otras de posible menor impacto para la persona condenada” (Corte Constitucional, C-294, 2021).

Esta sentencia es un claro ejemplo de cómo la dignidad humana puede prestarse para elevar cualquier principio, valor o norma constitucional o, incluso, legal al rango de elemento esencial. En ese sentido, Gloria Stella Ortiz Delgado adujo en su salvamento de voto que la Corte elevó a la categoría de rasgo

definitorio de la carta política una de las funciones de la pena sin el cumplimiento de una carga argumentativa suficiente, pues esta solo se limitó a comprobar su nexos con la dignidad humana. Para la magistrada, si la sola conexión con la dignidad humana basta para ser un elemento definitorio, dada la forma del principio de la dignidad humana y su carácter expansivo, materialmente petrificaría la carta política ante la posibilidad de verificar la relación de cada uno de sus elementos con este eje axial:

La forma en la que se definió la premisa mayor implica que todas las manifestaciones, instituciones y algunos principios relacionados con un eje constituyen el eje mismo y, por lo tanto, no son susceptibles de modificación. Esta conclusión anula materialmente los mecanismos de reforma, impone cláusulas pétreas en contra de la voluntad del constituyente, y transforma el examen en un juicio de confrontación y no de sustitución como sucedió en el presente asunto. Lo anterior, porque un eje como la dignidad humana tiene diversas manifestaciones e interacciones en el ordenamiento, por lo tanto, si el juez constitucional en la identificación de los elementos insustituibles del pacto no cumple con una carga argumentativa rigurosa dirigida a establecer cuáles de esas manifestaciones en estricto sentido definen el eje, termina por hacer un juicio de confrontación y una ponderación propia de los juicios ordinarios de constitucionalidad cuando se encuentra ante dos manifestaciones de la premisa mayor identificada. (Corte Constitucional, C-294, 2021)

En ese orden de ideas, la mayoría de la Corte parece haber adoptado la postura esgrimida por Carlos Bernal Pulido sobre solo declarar inconstitucional el acto legislativo debido a la imposibilidad lógica de que el elemento esencial de la dignidad humana y la prisión perpetua revisable tengan validez al mismo tiempo (una aplicación estricta del test de sustitución en graduación intermedia). Claramente, aquellas no pueden coexistir, pues la prisión perpetua, en cualquiera de sus variantes, trata al ser humano solamente como un medio, ya sea para proteger intemporalmente a los demás ciudadanos, para generar temor en las personas y disuadirlas de cometer el mismo delito o con el fin de lograr una justicia cuyos contornos se mimetizan con la venganza. ¿Acaso eso no es una postura utilitarista donde se instrumentaliza a la persona? De ser cierto, se vaciaría de contenido la dignidad humana, al reducirla a un mero enunciado retórico.

Por el contrario, pese a apartarse de la decisión mayoritaria por ponderar, las magistradas disidentes recurrieron a la misma técnica en sus salvamentos de voto

para justificar la constitucionalidad de la conducta. Gloria Stella Ortiz Delgado opinó que la dignidad humana incluye el fortalecimiento de las garantías de protección de las víctimas de los delitos cometidos contra los más vulnerables de la sociedad. La magistrada Paola Andrea Meneses Mosquera compartió dicha opinión porque, en su criterio, la función retributiva de la pena está vinculada a la dignidad humana e implica el derecho de toda víctima de un delito a que se imponga una pena justa a su victimario, más si se trata de NNA, cuyo interés superior prevalece en el ordenamiento interno.

Para Gloria Stella Ortiz Delgado, el grado de realización del interés superior del menor justificaba la afectación media en la dignidad humana debido a que la reforma previó mecanismos para armonizarla con este eje axial; entre ellos, la posibilidad de revisión, que la pena solo se circunscribiera a delitos específicos, que no se excluyera al condenado de acceder a mecanismos de resocialización, como la educación y el trabajo, y que tampoco se impidiera que estos fueran valorados por las autoridades judiciales. Complementando, la magistrada Paola Andrea Meneses Mosquera enrostró a la Corte por no haber dejado claro que es posible hacer una ponderación entre el fin resocializador y el fin retributivo de la pena privativa de la libertad, desarrollando una fórmula argumentativa que las conciliara sin declarar la inexequibilidad del acto acusado. En últimas, las magistradas discrepaban de la intensidad con que se efectuó el control porque, considerando el fin imperioso de la reforma, se debió aplicar la modulación leve y, a su juicio, al no ser absolutamente incompatible con los otros elementos esenciales de la Constitución, la enmienda debió ser declarada exequible.

86 La anterior postura de las disidentes encuentra respaldo en la misma providencia de la Corte cuando reconoce que, a diferencia de la pena capital, la prisión perpetua revisable es comúnmente consagrada en la política criminal de varios Estados a nivel mundial y no está proscrita por los organismos internacionales de derechos humanos. Lo único que ellos exigen para asegurar el respeto de la dignidad humana y el logro de la resocialización es respetar el “derecho a la esperanza”, concretado en asegurarle a la persona condenada la posibilidad de revisión de la condena y de su reducción. Sin ello, sería una pena cruel, inhumana y degradante, prohibida tajantemente por los instrumentos del derecho internacional de protección de los derechos humanos.

A fin de cuentas, la conclusión es la misma: el juicio de sustitución ha mutado a un estudio sobre la proporcionalidad de la medida legislativa, lo cual resulta contrario a la tesis de no identidad. El razonamiento de la Corte se enfocó en

evaluar la falta de idoneidad de la prisión perpetua para lograr el fin pretendido con el acto legislativo, esto es, el interés superior y la protección de los derechos de los NNA contra toda forma de violencia. Como lo dijo la magistrada Paola Andrea Meneses Mosquera, la corporación se enfocó en ponderar los valores en tensión como si de un control ordinario se tratase (crítica extensible a las disidentes por lo dicho líneas atrás):

La mayoría de la Sala Plena se centró en mostrar las razones por las que consideran que una pena que no garantiza la resocialización es contraria a la dignidad humana, en reiterar algunos reproches dogmáticos relacionados con la pena de prisión perpetua y en justificar cómo el carácter revisable no satisface la resocialización y por qué no es conveniente la prisión perpetua, desde una perspectiva de política criminal. (Corte Constitucional, C-294, 2021)

Conclusión

Después de este recorrido a lo largo de algunas decisiones de la Corte Constitucional, donde el test de sustitución es el gran protagonista, podemos rescatar cuatro conclusiones. Primero, la metodología para determinar si un eje axial de la carta política ha sido reemplazado no ha sido inmutable; al contrario, se ha ido desarrollando desde un silogismo típico, pasando por el test de siete pasos mejorado con el test de efectividad y una última etapa donde da la impresión de usarse el principio de proporcionalidad.

Segundo, el gran problema del test de sustitución —y, en parte, la razón de que su estructura ha sido tan variable— radica en que la Corte no ha definido previamente qué es un elemento esencial y cómo debe aplicarse, lo cual ha derivado en un yerro argumentativo recurrente: dar por sentado que todos conocen cuáles son esos elementos definitorios o que la ciudadanía siempre va a aceptar aquellos determinados por la Corte sin esta estar obligada a justificarlo explícitamente.

Tercero, ninguno de los métodos usados por la Corte Constitucional logra satisfacer plenamente los requisitos de la argumentación jurídica. El primero era muy vago en su formulación y no brindaba pautas al intérprete sobre cómo adelantar el proceso para seleccionar los elementos esenciales, como si presupusiese que ya los conoce. El segundo presenta dos objeciones: su diseño tiene varias falacias, lo cual generará un razonamiento erróneo, y no respeta la

tesis de no identidad al incluir la ponderación como si los elementos esenciales fuesen equiparables a los principios y, por consiguiente, susceptibles de balanceo. La última forma en que la Corte ha aplicado el test, esto es, equiparándolo al principio de proporcionalidad, vulnera la tesis de no identidad, pues a partir de este la Corte estudia el control de constitucionalidad ordinario. Además, al emplearse el principio de proporcionalidad para definir la constitucionalidad de las reformas constitucionales, se podría estar —implícitamente— reconociéndole un carácter intangible y supraconstitucional a este principio.

Para terminar, se constató cómo la Corte Constitucional debió valerse de algunos subterfugios para aplicar el test de sustitución cuando el contexto político exigía una actuación prudente. Por ejemplo, con el propósito de no ser la villana del proceso de paz, debió ajustar su doctrina e introducir la modulación de la intensidad en la aplicación del test condicionada a la importancia de los fines pretendidos por el constituyente derivado. Otro de los medios usados por la corporación para evitar estropear el proceso de paz fue, precisamente, mutar su argumentación al principio de proporcionalidad, que le permitía balancear aquellos fines de modo que, si hallaba así sea una forma de armonizarlos con la reforma, esta podría ser exequible. La Tabla 2 resume los escenarios constitucionales que fueron explorados en este artículo.

Sin embargo, si se une el principio de proporcionalidad con el test de siete pasos, se abre un margen de discrecionalidad casi arbitrario para el juez constitucional pues, como lo resaltaría el magistrado Antonio José Lizarazo Ocampo en su salvamento de voto en la C-294 de 2021, este podría tomar cualquier elemento adscrito a la noción de Estado social de derecho (lo que incluye casi todas las disposiciones constitucionales e, incluso, podría extenderse a algunas de rango legal) para constituirlo en un eje axial insustituible, trocando en una restricción desproporcionada a la competencia de reforma constitucional del legislador y del pueblo, con lo que podría devenir en un real gobierno de los jueces.

Tabla 2
Escenarios constitucionales

Sentencia	Metodología empleada en la decisión mayoritaria	Intensidad del control de constitucionalidad
C-551-2003	Control material - Ponderación	Intermedio
C-970-2004	Test de sustitución de 3 pasos (modus ponens) - Principio de proporcionalidad	Intermedio
C-971-2004	Test de sustitución de 3 pasos (modus ponens)	Intermedio
C-1040-2005	Test de sustitución de 7 pasos	Intermedio
C-588-2009	Test de sustitución de 7 pasos - Test de efectividad	Intenso
C-141-2010	Test de sustitución de 7 pasos	Intenso
C-249-2012	Test de sustitución de 7 pasos - Test de efectividad	Intenso
C-699-2016	Principio de proporcionalidad	Leve
C-674-2017	Test de sustitución de 7 pasos - Principio de proporcionalidad	Leve
C-332-2017	Test de sustitución de 7 pasos - Principio de proporcionalidad	Leve
C-294-2021	Principio de proporcionalidad	Intermedio
C-089-2022	Test de sustitución de 7 pasos - Principio de proporcionalidad	Leve

Referencias

- Alexy, R. (2001). Die Abwägung in der Rechtsanwendung. *Jahresbericht des Institutes für Rechts wissenschaft an der Meiji Gakuin Universität Zu Tokio*, 17, 69-82.
- Barbosa Delgado, F. (2018). Mutación de la teoría de la sustitución en torno a la paz: un camino flexible a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En M. Correa Henao & F. Padrón Pardo (Eds.), *¿El estado constitucional en jaque? El Estado constitucional en periodos de transición* (pp. 109-128). Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Barrero Berardinelli, J. A. (2018). *Jurisprudencia Constitucional. Precedentes de la humanidad. Casos y materiales*. Editorial Legis.
- Benítez Rojas, V. F. (2014). *Constitución popular, no judicial: una teoría democrática del control de constitucionalidad de las reformas a la constitución en Colombia*. Editorial Temis.
- Bernal Pulido, C. (2009). *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*. Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Bernal Pulido, C. (2018). *Derechos, cambio constitucional y teoría jurídica. Escritos de derecho constitucional y teoría del derecho*. Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Bernal Pulido, C., Caicedo, A. & Serrafiero, M. (2015). *Reelección indefinida vs. democracia constitucional. Sobre los límites al poder de reforma constitucional en el Ecuador*. Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Cajas Sarria, M. C. (2007a). Acerca del control judicial de la reforma constitucional en Colombia. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 7, 19-40.
- Cajas Sarria, M. C. (2007b). Minimalismo judicial ¿Cass Sunstein en la Corte Constitucional? *Precedente*, (-), 59-83. <https://doi.org/10.18046/prec.v0.1433>
- Celis Vela, D. A. (2020). Reforma constitucional y sustitución. Análisis sobre la estructura metodológica y el estándar argumentativo del test de sustitución. En C. A. Garzón Correa (Ed.), *Constitución, principios y derechos* (pp. 52-81). Editorial Universidad Cooperativa de Colombia. <https://doi.org/10.16925/9789587602821>

- Corte Constitucional. (9 de julio de 2003). Sentencia C-551/03 [M. P.: Montealegre Lynett, E.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/c-551-03.htm>
- Corte Constitucional. (7 de octubre de 2004). Sentencia C-970/04 [M. P.: Escobar Gil, R.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/c-970-04.htm>
- Corte Constitucional. (7 de octubre de 2004). Sentencia C-971/04 [M. P.: Cepeda, M. J.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/c-971-04.htm>
- Corte Constitucional. (19 de octubre de 2005). Sentencia C-1040/05 [M. P.: Cepeda Espinosa, M. J.; Escobar Gil, R.; Monroy Cabra, M. G.; Sierra Porto, H. A.; Tafur Galvis, Á.; Vargas Hernández, C. I.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-1040-05.htm>
- Corte Constitucional. (27 de agosto de 2009). Sentencia C-588/09 [M. P.: Mendoza Martelo, G. E.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-588-09.htm>
- Corte Constitucional. (26 de febrero de 2010). Sentencia C-141/10. [M. P.: Sierra Porto, H.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-141-10.htm>
- Corte Constitucional. (22 de julio de 2011). Sentencia C-574/11. [M. P.: Henao, J. C.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-574-11.htm>
- Corte Constitucional. (29 de marzo de 2012). Sentencia C-249/12. [M. P.: Henao, J. C.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/c-249-12.htm>
- Corte Constitucional. (18 de abril de 2012). Sentencia C-288/12. [M. P.: Vargas Silva, L. E.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-574-11.htm>
- Corte Constitucional. (13 de diciembre de 2016). Sentencia C-699/16. [M. P.: Calle, M. V.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-699-16.htm>
- Corte Constitucional. (17 de mayo de 2017). Sentencia C-332/17. [M. P.: Lizarazo, A. J.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-332-17.htm>

Corte Constitucional. (14 de noviembre de 2017). Sentencia C-674/17. [M. P.: Guerrero Pérez, L. G.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-674-17.htm>

Corte Constitucional. (2 de septiembre de 2021). Sentencia C-294/21. [M. P.: Pardo Schlesinger, C.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2021/C-294-21.htm>

Corte Constitucional. (10 de marzo de 2022). Sentencia C-089/22. [M. P.: Meneses, P.A.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2022/c-089-22.htm>

Ferreres Comella, V. (2021). *Justicia constitucional y democracia*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

García Amado, J. A. (2017). *Teoría de la decisión judicial: subsunción, argumentación, ponderación*. Editorial Universidad Libre.

García Amado, J. A. (2023). *Argumentación jurídica. Fundamentos teóricos y elementos prácticos*. Editorial Tirant lo Blanch.

Guzmán Gómez, C., Lucio Bonilla, C. E. & Fajardo Arturo, L. A. (2015). Análisis conceptual y metodología de la sustitución de la Constitución. En M. González Cuervo & L. A. Fajardo Arturo (Eds.), *La sustitución de la constitución Un análisis teórico, jurisprudencial y comparado* (pp. 111-139). Universidad Sergio Arboleda. <https://repository.usergioarboleda.edu.co/bitstream/handle/11232/886/Sustituci%C3%B3n%20de%20la%20constituci%C3%B3n.pdf?sequence=2>

92 Lizarazo Ocampo, A. J. (2023). Control de constitucionalidad de las normas de implementación del acuerdo final de paz adoptadas mediante los procedimientos de vía rápida (fast-track) previstos en el Acto legislativo 01 de 2016. En H. A. Sierra Porto, P. Robledo Silva & D. González Medina (Eds.), *Garantías judiciales de la Constitución. Volumen III: Control automático de constitucionalidad*. (pp. 173-211). Editorial Universidad Externado de Colombia.

Olmos Zamudio, R. (2006). La constitucionalización de las falacias, a propósito de la constitucionalidad del Acto legislativo 02 de 2004 sobre reelección presidencial. *Revista derecho del Estado*, (19), 105–128. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/718>

- Ragone, S. (2021). La contribución de la jurisprudencia colombiana al debate comparado sobre el poder de reforma: la “sustitución” como paradigma formal y material. *Revista derecho del Estado*, (50), 99-131. <https://doi.org/10.18601/01229893.n50.05>
- Ramírez Cleves, G. A. (2005). *Los límites de la reforma constitucional en Colombia. El concepto de Constitución como fundamento de restricción*. Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Ramírez Cleves, G. A. (2008). Reformas a la Constitución de 1991 y su control de constitucionalidad: entre democracia y demagogia. *Revista derecho del Estado*, (21), 145-176. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/497>
- Uprimny, R. (2013). Mesa 5 Reforma constitucional. En J. C. Henao (Ed.), *Diálogos constitucionales de Colombia con el mundo VII encuentro de la Jurisdicción constitucional* (pp. 455-469). Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Vidal Perdomo, J. (2005). *La supraconstitucionalidad y la reforma de la Constitución*. En Pontificia Universidad Javeriana (Ed.), *Reforma de la Constitución y control de constitucionalidad* (pp. 309-324).