

# III. DERECHO POLÍTICO IBEROAMERICANO



**LA SUSTITUCIÓN DE LA  
CONSTITUCIÓN EN EL DERECHO  
CONSTITUCIONAL COLOMBIANO**

ELOY GARCÍA

## SUMARIO

INTRODUCCIÓN: EL DERECHO CONSTITUCIONAL COMO LENGUAJE QUE ARTICULA CONCEPTOS. 1. LA DOCTRINA DE LA SUSTITUCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN EN LA REPÚBLICA DE WEIMAR. 2. LA RECEPCIÓN EN COLOMBIA DE LA DOCTRINA DE LA SUSTITUCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN Y SUS IMPORTANTES IMPLICACIONES TEÓRICAS.

Fecha recepción: 19.10.2015  
Fecha aceptación: 09.02.2016

# LA SUSTITUCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL COLOMBIANO

ELOY GARCÍA\*

Catedrático de Derecho Constitucional

## INTRODUCCIÓN: EL DERECHO CONSTITUCIONAL COMO LENGUAJE QUE ARTICULA CONCEPTOS

Uno de los inconvenientes más graves con que topamos en el actual momento constitucional, consiste en la creciente degradación de los términos que sirven para definir con precisión el significado o contenido de muchos de los conceptos claves del lenguaje jurídico. En medio de una colosal inflación de palabras nuevas que muchas veces no sabemos bien qué significan o pretenden significar, observamos que los viejos conceptos van desgastando poco a poco los perfiles que les dotaban de un contenido identificador claro e inobjetable, y dejan de ser útiles para representar las categorías y situaciones a los que en sus inicios procuraron dar soporte. Aunque continúen presentes en el lenguaje de los vivos, estos conceptos —como decía Benjamín Constant—, asemejan ser restos retorcidos del pasado que confunden más que sirven a la correcta comunicación de los hombres y al buen entendimiento de las abstracciones que ellos crean para ser útiles al tráfico jurídico y al orden constitucional. Por eso justamente, cuando desde el derecho colombiano se aborda la tarea de calibrar el sentido de un concepto constitucional particularmente dificultoso y recientemente importado de otras gramáticas constitucionales foráneas que ya lo han desechado (como es el

---

\* Departamento de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho. Universidad Complutense. Ciudad Universitaria, s/n, 28040 Madrid. Email: eloy.garcia@ucm.es

caso de la noción que aquí nos trae: «la sustitución de la Constitución»), una dosis de mínima prudencia obliga, antes que nada, a proceder a enmarcarlo en el contexto discursivo en que originariamente fue concebido, para poder precisar a qué tipo de necesidad respondía en el ordenamiento en que se gestó, y, de este modo, estar en condiciones de precisar si la función que en principio debiera desempeñar continúa siendo actual y fundamenta todavía, su presencia como término activo en el léxico constitucional.

Y ello resulta particularmente predicable del tema que nos ocupa, en razón a que el derecho es un lenguaje lógico que, por estar destinado a resolver los conflictos de la existencia social, tiene como misión adecuarse a la realidad que regula para encauzarla y facilitar remedios, y no a promover nuevos problemas surgidos de la cerrazón de sus propias elucubraciones, ni de la incapacidad de los intérpretes para entenderlos.

La anterior reflexión sobre los desafíos que comporta la necropsia del lenguaje conceptual, resulta plenamente aplicable de la llamada «sustitución de la Constitución»; un término que expresa una noción vieja en derecho alemán, cuyo sentido para el derecho constitucional colombiano actual parece, cuanto menos, cuestionable por mucho que en los últimos tiempos haya resultado extraordinariamente recurrente para la jurisprudencia y el derecho colombiano. Como ha señalado con la minuciosidad que habitualmente informa sus trabajos, Luis Javier Moreno, la Corte Constitucional, siguiendo la tradición de la Suprema Corte de Justicia, ha incorporado un entendimiento material de dicho concepto que ahonda de manera harto notable las repercusiones que de su asunción derivan, de suerte que detrás de ella subyace toda una Teoría de la Constitución perfectamente localizada. Es en la construcción que avala esa Teoría y en la circunstancia constitucional que opera en su construcción, dónde deberemos situar el punto de partida de nuestra argumentación.

## 1. LA DOCTRINA DE LA «SUSTITUCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN» EN LA REPÚBLICA DE WEIMAR

La Constitución alemana de 1919, fue una Constitución paradigmática en la medida en que incorporó una serie de postulados de principio que implicaban un cambio trascendental en la orientación que hasta entonces mantenía el constitucionalismo democrático y que sentaron el futuro en que hoy vivimos. Para empezar, la Constitución de Weimar fue el producto de una revolución, la obra de la segunda gran ola de revoluciones que sacudieron al mundo moderno. Como es sabido, revolución significa ruptura con el pasado y construcción de un mun-

do nuevo. En otro trabajo publicado anteriormente sobre el significado del Poder constituyente evolutivo<sup>1</sup>, tuve la oportunidad de defender que la expresión revolución comporta dos ideas distintas, una negativa o *pars destruens* que se traduce en la negación radical del orden político precedente, y otra positiva o *pars construens* que supone confiar en la capacidad del hombre para construir un orden político nuevo, una Ciudad nueva, y que conduce a la noción de Poder Constituyente.

La Revolución alemana de noviembre 1918, que pondrá fin a la I.<sup>a</sup> Guerra Mundial, significará la efectiva realización de esa *pars destruens*. Mientras que, por otro lado, la Asamblea Nacional reunida en Weimar actuando como Poder *constituens*, se encargará de dar vida a una nueva Constitución que, como hija de la revolución, presupone reconocer la existencia de la diferencia entre Poder Constituyente y los poderes constituidos nacidos de la propia Constitución y, por tanto, sometidos a ella en términos jurídicos. En este sentido, es sabido que la Constitución alemana de 1919 carecía de un órgano jurisdiccional al que se le hubiera encomendado de manera explícita y precisa el cometido de imponer al conjunto de poderes constituidos la efectiva primacía del valor supremo de la Constitución como norma jurídica. A diferencia de lo que aconteciera en Austria a raíz del consejo y la presencia de Kelsen, la Constitución de Weimar no estaba garantizada por una Corte Constitucional destinada a proteger el cumplimiento de sus preceptos. El artículo 19 preveía, cierto es, la existencia de un Tribunal de Estado, llamado a resolver litigios entre los poderes territoriales y el poder federal, pero no se dejaba claro si su competencia se podía extender eventualmente al control de constitucionalidad de las leyes, o era un cometido reservado a los tribunales ordinarios integrados en el poder judicial. Con razón, éste será uno de los grandes debates que, como bien recuerda Ellen Kennedy<sup>2</sup>, sacudirá a la doctrina alemana de la época.

Pero más allá de ello, el problema que nos ocupa empezará a plantearse en las consecuencias que se derivan de la existencia de otro de los mecanismos jurídicos que deben su razón de ser a la idea de supremacía constitucional, la reforma constitucional. Para que el Poder Constituyente del pueblo llegara a cumplir su misión y que el parlamento, como poder constituido, no desbordara su ámbito competencial de acción, se requería establecer una diferencia de principio entre ley ordinaria y Constitución, de manera que la idea de jerarquía presidiera

<sup>1</sup> *El Poder Constituyente evolutivo en la crisis de la modernidad política*. Libro conmemorativo del XX aniversario de la Constitución editado por Hernando Yepes y Vanessa Suelte en la Universidad Javeriana de Bogotá, 2010, Colombia.

<sup>2</sup> KENNEDY, Ellen, *Carl Schmitt en la República de Weimar*, Tecnos, 2012.

la relación entre ambas normas. El objetivo se lograba dotando de rigidez a la Constitución, y disponiendo un poder de revisión que, aunque igualmente sometido a la Ley Fundamental, operara como un poder situado por encima del legislador ordinario. Ese poder de reforma (que en Colombia, siguiendo al efecto la poco clarificadora tradición francesa, recibe el equívoco nombre de poder constituyente constituido), no estará en Weimar sujeto a control de institución u órgano alguno, y quedará consagrado en el artículo 76 de la Constitución que dirá del siguiente modo: *«La Constitución podrá ser modificada por vía legislativa; sin embargo, únicamente serán válidos los acuerdos del Reichstag que supongan una modificación de la Constitución, cuando se encuentren presentes dos terceras partes del número legal de miembros y voten a su favor al menos dos tercios de los presentes»*.

Será en este contexto donde tendrá lugar la emergencia de la figura de «la sustitución de la Constitución» y de la subsiguiente querrela en que se enzarzarán vehementemente los autores de la época. Y es que acudiendo a este procedimiento, en la práctica habitual de Weimar se operarán numerosas reformas que supondrán una modificación formal del texto constitucional expresamente deseada por sus autores e impulsores, como se producirá también la aprobación de otras normas que aunque formalmente no se auto-reconocieran como tales (de facto hasta 1924 una ley destinada a reformar la Constitución aprobada por el quórum previsto en el citado artículo 76 no precisará declarar en el texto de manera expresa su condición de ley de reforma), tácitamente sí supondrían un cambio en la Constitución puesto que sustituían su contenido - existente o inexistente - por otro nuevo. Y esto porque, o bien suplantaban la Constitución en la medida en que a través del dictado de una norma sancionada por la referida mayoría se cubría (o se sustituía) un vacío o laguna constitucional por mediación del nuevo «precepto constitucional» así dictado, o bien porque al aprobarse leyes que cumplían el requisito de la necesaria mayoría, en base al principio de posterioridad temporal y en detrimento de la noción de jerarquía que resultaba ignorada, automáticamente pasaban a ser consideradas como normas que reemplazaban (o sustituían) a aquellas precedentes a las que contradecían, aun cuando no fuera ese el propósito directamente declarado por el legislador.

En realidad, el problema no era técnicamente nuevo, se había planteado ya en la precedente Constitución del Reich de 1871, pero obrando en un contexto diferente marcado por un doble rasero que no se daba en Weimar: una Constitución pactada y abierta al cambio y sin ninguna pretensión de normatividad. Así pues, en el orden de las consideraciones lógicas, la cuestión adquiriría ahora dimensiones completamente nuevas. Para la doctrina mayoritaria, representada

por autores como Gerhard Anschütz y Richard Thoma<sup>3</sup>, el dilema que se presentaba era insoluble y no ofrecía fácil salida. La inexistencia de mecanismos de control sobre las leyes de reforma hacía imposible cualquier proyecto de someter el poder de revisión al imperativo de la Constitución. Por mucho que se admirara la superioridad jurídica de la Constitución, el efectivo valor normativo de sus preceptos quedaba sujeto a la buena voluntad del legislativo. Frente a esta lectura resignada, se levantará precisamente la Teoría de la Constitución de Carl Schmitt, escrita en 1927<sup>4</sup>.

Para Schmitt, dentro del texto constitucional de Weimar tienen cabida dos tipos diferentes de normas, las que expresan las decisiones políticas fundamentales asumidas por la voluntad constituyente como auténtico fundamento del orden político, y aquellos otros preceptos que aún formando parte de la propia Constitución eran una consecuencia de las anteriores y no tenían de por sí, valor constitutivo de la comunidad política. En resumidas cuentas, la Constitución formal contiene para el citado autor, dos clases de preceptos de diferente jerarquía, las normas materialmente constitucionales, que son obra directa del Poder constituyente, y el resto que, en la medida en que sólo integran formalmente la Constitución, más que como parte de la Constitución misma se definían -en el lenguaje de Schmitt- como leyes Constitucionales. La distinción lleva necesariamente implícita toda una teoría del Poder Constituyente y supone una toma de postura frente al problema de la sustitución de la Constitución por vía de la reforma.

Para Schmitt, la Constitución sólo puede ser reformada en sus leyes Constitucionales. Siendo el poder de revisión un poder constituido y no soberano, no le corresponde asumir la función de establecer la Constitución que es competencia exclusiva del Poder Constituyente. Únicamente al soberano corresponde dictar la Constitución, mientras que las leyes constitucionales, como normas que sólo formalmente acompañan a las decisiones políticas fundamentales, pueden ser perfectamente modificadas por el poder constituido de revisión. El problema para Schmitt, quedaba solventado por el socorrido procedimiento de introducir el valor político del soberano encarnado por el Poder Constituyente. Poco importaba que no existiera en la misma Constitución de Weimar un pronunciamiento expreso del propio constituyente que enumerara de manera tajante y explícita estas decisiones fundamentales. Implícitamente era posible detectar en la Cons-

---

<sup>3</sup> ANSCHÜTZ, G / THOMA, R. (Coords.): *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, Tübingen 1932. Anschütz, Gerhard, *Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis*, 14ª. edición, Berlín 1933.

<sup>4</sup> Carl SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial, 1983.

titución los grandes principios que operaban como auténtica decisión del pueblo alemán, materia reservada al soberano, caso por ejemplo, del principio democrático, de la fórmula parlamentario-representativa, de la estructura federal...

La solución al problema de la sustitución de la Constitución parecía asegurada por vía de la jerarquización de las normas constitucionales en dos categorías: irreformables y reformables por la acción del poder de revisión, pero al alto precio de abrir otra vía que iba a plantear problemas de infinito mayor calado desde el instante que la Constitución de Weimar no contenía cláusulas expresas de intangibilidad (las llamadas normas pétreas). ¿Cuál era y dónde estaba ese núcleo material de la Constitución reservado de manera exclusiva al Poder Constituyente? ¿A quién correspondía, a no ser el propio Poder Constituyente, enunciar tales decisiones? ¿Qué sucedería en el caso de que —cómo luego mantendría el propio Schmitt— coexistieran en la propia voluntad constitucional decisiones y proyectos antagónicos? Se comprende así fácilmente que entre 1927, fecha de la escritura de la Teoría de la Constitución, y 1932, fecha de la publicación de la última de sus obras constitucionales —legalidad y legitimidad— Schmitt dedicase todos sus esfuerzos intelectuales a especular (casi pudiera decirse que a aventurar) sobre el sujeto titular de dicha potestad.

Pero volviendo al problema, parece obvio que Schmitt decide solventar el desafío planteado por la pretensión de normatividad de la Constitución de Weimar, acudiendo al socorrido expediente de renunciar al derecho y echarse en brazos de una Teoría de la Constitución inobjetable en términos políticos, pero cuestionablemente democrática. No hace al caso entrar en demasiadas consideraciones al respecto, pero baste señalar para hacerse una idea de sus consecuencias, que en el momento en que se entra en el corazón del razonamiento schmittiano, se asume que lo importante no es tanto el resultado de la acción del Constituyente —la Constitución— como el propio Poder soberano en sí mismo, el soberano que lejos de quedar sujeto a la Constitución se encuentra permanentemente vivo y en condiciones de manifestarse. Si el Poder Constituyente retiene, tras la aprobación de la Constitución, la potestad de dar forma a su voluntad a través de unas cláusulas que continúan tácitamente operativas en la letra de la Constitución, y que permanentemente pueden ser reinterpretadas para crear derecho, el derecho simplemente quiebra ante quien asume la facultad de enunciarlo. Poco importa si es el propio Constituyente o uno de sus autorizados intérpretes quien asume la tarea de enunciar la Constitución. Lo que en verdad interesa es que la Constitución no puede representar límite jurídico alguno para los poderes que no le están sometidas. La legitimidad no se residencia en la legalidad, que no es fuente suprema de obediencia, sino que vaga entre aquellos poderes institucionales que se identifican con el soberano. El camino a un guar-

dián de la Constitución como sujeto portador de poderes constituyentes, quedaba de este modo despejado con las terribles consecuencias que ello pudiera naturalmente comportar. Y exactamente lo contrario ocurriría con la Constitución que, de norma destinada a estabilizar la realidad política, pasaba a ser pretexto para alterar la vida jurídica del Estado desde supuestos de principio que más que decisiones del Constituyente resultaban ser verdaderas elucubraciones metafísicas (Estado burocrático, Estado prestacional, Estado total).

No es este el lugar para entrar en mayores disquisiciones al respecto, pero la formulación de Carl Schmitt—como la mayoría de las suyas— descansan en un presupuesto que sitúa en el Poder y no de la naturaleza política del hombre, la piedra de toque de toda su construcción. En el fondo, Schmitt aspira a mantener activo al soberano liberándolo de cualquier carga o límite, esto es, negando la función que al derecho debiera corresponder en democracia: garantizar la estabilidad de la existencia colectiva de los hombres, a cambio de imponer un marco de hierro jurídico a todas sus futuras acciones. Schmitt no cree en el derecho como límite y, por lo tanto, rechaza la substancia última de toda Constitución. Para el autor lo importante es la decisión del soberano, ya sea ésta presente o futura, y en este último caso, la clave estriba en intentar preservar incólume y en condiciones operativas, la capacidad del sujeto que lo manifiesta.

La interminable lista de paradojas que acompañaron a Schmitt durante toda su vida, también hicieron acto de presencia en este caso, de manera que mientras su propuesta de Constitución material implícita naufragó en medio de diferentes proyectos de dobles Constituciones y antinomias constitucionales —que han sido muy bien estudiadas por Estévez Araujo<sup>5</sup>— su distinción entre Constitución y leyes constitucionales sufrió el fiasco de ser desmentida por los hechos que el mismo legitimó con su pluma. Y en este sentido, la paradoja final la representa el dato de que la norma que puso punto final a Weimar, la ley de plenos poderes de 1933 que aprobada por dos tercios de los parlamentarios otorgaba poderes especiales a Hitler para gobernar libremente, incurría técnicamente hablando, en un supuesto de reforma tácita de la Constitución que formalmente sustituía a la Constitución de Weimar. Schmitt saludó abiertamente la norma y la aprobó de manera explícita.

Pero más allá de todo ello y en resumidas cuentas, hay que decir que nos encontramos ante una categoría que nace en el contexto de una Constitución incompletamente normativa, y que plantea el problema de cuáles deben ser los mecanismos que permiten imponer el reinado del derecho. Cualquier solución que resuelva el problema a base de renunciar a la normatividad y de atribuir a

---

<sup>5</sup> ESTÉVEZ ARAUJO, José Antonio, *Schmitt en Weimar*, Universitat de Barcelona, 1988.

alguno de los poderes constituidos la condición de portavoz potencial de soberano/Poder Constituyente, supone romper la regla fundamental de la normatividad: sólo el derecho es ley, y no cabe legitimidad fuera de sus preceptos.

## 2. LA RECEPCIÓN EN COLOMBIA DE LA DOCTRINA DE «LA SUSTITUCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN» Y SUS IMPORTANTES IMPLICACIONES TEÓRICAS

La manera en que se produjo la recepción en Colombia de esa doctrina, se encuentra perfectamente acotada y documentada en la propia recopilación de jurisprudencia editada por la Corte Constitucional colombiana, tiene su punto de partida paradójicamente, en un mal entendimiento de lo que el muy ilustre maestro Hernando Yepes explicó ante la Corte, y se estructura en dos fases temporales sucesivas, aunque internamente conectadas, que se corresponden respectivamente, primero, con los precedentes jurisprudenciales dictados en aplicación del anterior norma constitucional de 1886, y, segundo, con la nueva etapa que comienza a partir de la entrada en vigor de la Constitución de 1991. En este sentido, y si bien es cierto que la sala Constitucional de la Suprema Corte de Justicia —tomando como eje el hito que marcará la capital sentencia de 1978— había dejado claramente despejada la vía a una posible interpretación material de los límites formales y procesales de la reforma constitucional, el paso argumental decisivo que poco después culminaría en una Teoría de la Constitución implícita, vendría protagonizado por la sentencia 551 de 2003, en la que quedaba franqueado de modo incontestable el camino para el reconocimiento de la existencia de verdaderos condicionantes constitucionales materiales o de fondo que circunscribían la acción del poder de revisión. Una lectura que obtendría su plasmación definitiva en otra importante sentencia, la 588 de 2009 sobre la reelección presidencial, en la que la apelación a la Constitución material schmittiana será ya directa, y sin ningún género de ambages.

Importa recordar, a estos efectos, que el artículo 241 de la Constitución política de Colombia de 1991 confía a la Corte Constitucional «*la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo*», disponiendo que le compete «*decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación. Decidir sobre la constitucionalidad de los referen-*

*dos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización.»*

A simple vista, ninguna duda sería cabría albergar acerca de cuál pudiera ser el alcance teórico de la competencia de la Corte a tal fin: el control de la estricta observancia del procedimiento jurídico previsto por la Constitución. Es decir, y siguiendo la interpretación literal del texto, se trataría de impedir una violación del mecanismo formal que regulaba el *iter* de producción normativo en que se enmarca la acción del poder de revisión. A pesar de todo, y como se apuntó hace un momento, la posibilidad real de que lo formal se transformara en material fue abierta ya por la jurisprudencia anterior a la Constitución de 1991. Siguiendo esta pauta y aun cuando, en principio, la competencia sobre un vicio de procedimiento no debería abarcar también, de modo implícito, la tarea de vigilar el cumplimiento de requisitos de naturaleza sustancial, la sala de lo Constitucional de la Suprema Corte había dejado perfectamente asentado que toda forma revela y tiene siempre un cierto contenido material mínimo, y que, por consiguiente, las fronteras entre una y otra dimensión resultaban potencialmente difuminables.

Desde semejante presupuesto, la previsión del artículo 241 de la Constitución no implicaba obstáculo alguno para que la Corte Constitucional, apoyada en la tradición que legaba la Suprema Corte de Justicia, se permitiera hasta incluso sobrepasar una interpretación muy amplia que llegaba atribuirle el control material de constitucionalidad de la reforma, para ir considerablemente más allá en su razonamiento. El resultado está a la vista de todos: en la sentencia de 2003 la Corte establecía sin lugar a dudas su propia competencia para explicitar los límites materiales de la reforma y la fundamentaba todavía tímidamente, en algo más que en una sencilla interpretación extensiva de las competencias formales, en la existencia de un verdadero núcleo irreformable de la Constitución que bajo ningún concepto podía ser sustituido ni suplantado por el poder de revisión; en suma pues, afloraba de esta manera una auténtica Constitución implícita subyacente en la Constitución explícita, y ese afloramiento era considerado misión reservada en exclusiva a la Corte Constitucional. Sin embargo, hay que oponer importantes reparos al razonamiento que soporta esta tesis: y es que una cosa es interpretar extensivamente los condicionantes formales como si se trataran de límites materiales a la acción del poder de revisión, y otra muy distinta sentar el principio de que la jurisdicción constitucional puede inmiscuirse en la determinación y supervisión de los fondos materiales que presiden y condicionan la acción de reforma de la Constitución, entendidos como parte de los dominios propios del Poder Constituyente.

Lo que formalmente y en apariencia a través de los test de constitucionalidad, se presentaba como una simple elevación del grado o de la capacidad de control negativo atribuido por la Constitución a la Corte, se convertía finalmente en un proceso de declaración positivo del contenido presunto de la Constitución. Del control negativo de constitucionalidad, ideado por Kelsen, se pasaba automáticamente así, al cometido de enunciar —o de formalizar— el contenido de la Constitución, en la línea defendida por Schmitt. Un cambio de rumbo ciertamente cualitativo, que iba mucho más allá de la intención de acrecentar cuantitativamente cualquier ámbito competencial, y que tendría su aldabonazo final en la sentencia 588 de 2009, en la que el contenido de la Constitución material era definido y configurado de manera positiva por la misma Corte.

En este orden de consideraciones, es muy comprensible que la función del control material de la constitucionalidad de la reforma, la haya ido asumiendo la Corte gradualmente en base a dos sentencias separadas por el lapso temporal de casi seis años, en razón a la dificultad de fundamentar suficientemente tan importante atribución, que —conviene reiterarlo— no se encuentra prevista de manera expresa en la Constitución de 1991. Y es que más que interpretar la Constitución, en puridad lo que en este caso parece que se estaba haciendo, era proceder a establecer las bases de una doctrina —de toda una Teoría de la Constitución— que permitiera a la propia Corte ampliar notablemente sus atribuciones constitucionales.

Es aquí exactamente donde encaja la construcción schmittiana de la Constitución material. Por razones diferentes a las del autor alemán y partiendo del punto exacto contrario del que arranca su razonamiento, la Corte Constitucional en su calidad de poder constituido, vertebra su función constitucional de garantía en torno a la misión de enunciar el núcleo medular o sustancial de la Constitución. Pero para poder llegar, en términos de construcción lógica, desde el órgano de control de constitucionalidad hasta la definición de la Constitución, es preciso admitir previamente que la Constitución tiene un sustrato material cuya superación se encuentra vedada a las facultades atribuidas a los restantes poderes constituidos. Y cuando el texto de la Constitución nada dice al respecto, eso solo cabe hacerlo desde una Teoría de la Constitución que encuadre recoja y supere en términos de suprallegalidad, a la misma Constitución jurídica-positiva. El recurso a Schmitt estaba en definitiva, perfectamente justificado desde el momento en la letra estricta del derecho no dejaba otro camino.

Ahora bien y con todo respeto a la línea jurisprudencial asentada por la Corte, al parecer de quien estas líneas suscribe, dos obstáculos de diferente índole parecen oponerse a la aludida doctrina: los límites a la interpretación del derecho

que también rezan para la Corte Constitucional, y la propia esencia de la Constitución normativa.

En relación con la primera cuestión, de igual manera que los preceptos y previsiones constitucionales se configuran en la Constitución de 1991, como un límite a las potestades de reforma del poder de revisión, también la letra expresa de la Ley Fundamental debiera ser considerada como un límite a las facultades de acción de la Corte. Dicho en otras palabras, las interpretaciones del derecho dejan un amplio espacio a la libertad del operador jurídico que puede hacer todo menos alterar su propio status, esto es, sobrepasar la norma que le confiere su capacidad de acción y en virtud a la cual existe. Sobrepasar este límite, equivale a reconocer la posibilidad de franquear las fronteras que establece el derecho y generar una realidad nueva y diferente en términos jurídicos, capaz de auto-legitimar la superación de la propia Constitución. La interpretación del derecho no puede llegar hasta el extremo de crear un marco habilitante de la propia competencia, porque ello implica desbordar la legitimidad del ordenamiento jurídico que estipula la línea de la diferencia entre lo que se puede y no se puede hacer.

Para obviar este inconveniente, la sentencia de 2003 apunta la existencia de una realidad superior que sirve de anclaje a la intervención de la Corte. Esta realidad superior que la ulterior sentencia de 2009 confirma y convierte en Teoría de la Constitución, opera como factor legitimador de la intervención de la Corte. Esto es, en el esquema de los argumentos de la misma Corte, no es el órgano jurisdiccional quien impone el límite a la acción del poder de revisión, sino la misma Constitución quien lo hace, sólo que en esta ocasión la Corte enuncia unas palabras que no se encuentran escritas en la Constitución. El riesgo de sustituir la Constitución se pretende conjurar al alto coste de suponerla, y esa suposición queda encomendada a la Corte. La legitimidad reside por tanto, en la Constitución, y la Corte se encargaría únicamente de expresarla en forma de derecho.

Distinguir entre legitimidad y legalidad, y dejar la primera abierta a las posibilidades de acción de un poder jurídico como la Corte, es un procedimiento recurrente para desbordar legítimamente el derecho. Porque la doctrina de la Constitución normativa, de la que participa claramente la Constitución colombiana a tenor de su artículo 4.º («*La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre Constitución y ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.*»), es totalmente incompatible con la idea de una supra-legitimidad radicada en el presunto espíritu interior de la propia Constitución, y emplazada jerárquicamente por encima del resto de la Constitución. No existen pues, dos grados o niveles de jerarquía constitucional, sino todo un

sistema constitucional en el que sus diferentes elementos se encuentran internamente conectados en un orden congruente. En una Constitución normativa el cometido de la Corte es depurar el ordenamiento desde la interpretación, mientras que la función del poder de reforma es crear lo nuevo. Precisar hasta dónde puede llegar esta creación de lo nuevo, es algo que sobrepasa las facultades de un sólo poder constituido, y corresponde en conjunto a todos los operadores del sistema normativo que encarnan la Constitución.

En este sentido parece bastante obvio que el constituyente colombiano busco juridificar y, hasta donde le fue posible, someter a derecho la acción de todos los poderes nacidos de la Constitución. Y al respecto llama la atención el tenor literal del artículo 376 que dice «*Mediante ley aprobada por mayoría de los miembros de una y otra Cámara, el Congreso podrá disponer que el pueblo en votación popular decida si convoca una Asamblea Constituyente con la competencia, el período y la composición que la misma ley determine*». Se trata lisa y llanamente de un precepto que constitucionaliza la revolución en su faceta de poder Constituyente. Es decir, que somete a la legalidad constitucional vigente el nacimiento de otra Constitución, y posiblemente de otra legitimidad. Procedimiento difícil de encajar con la idea de ruptura que toda nueva Constitución lógicamente lleva consigo, y que sin duda debe su existencia a la voluntad de extender el imperio del derecho que informó al constituyente de 1991. Esa voluntad encaja bastante mal con la atribución a uno de los poderes constituidos de la potestad de enunciar la voluntad del soberano en detrimento de los límites que a todos los órganos del Estado impone la propia Constitución, y puede equivaler a hacer de él una suerte de soberano por delegación implícita.

Es cierto, sin embargo, que la Corte Constitucional ha venido efectuando en los últimos años en Colombia una labor encomiable. Su contribución a asentar la legalidad y el Estado de Derecho resulta indiscutible, pero la importación acrítica de viejas doctrinas y concepciones superadas en su país de origen, no puede servir para apuntalar su tarea. Más que de sustitución de la Constitución, en una Constitución normativa habría que acudir al lenguaje de la inconstitucionalidad formal o material, y dejar al resto de los poderes constituidos un marco de acción en el que pudieran operar con cierta libertad. Es cierto que ello comporta el riesgo de violaciones de la Constitución, pero el secreto del respeto al derecho, reside más en la responsabilidad compartida por todas las instituciones del Estado, que en la atribución a uno sólo de ellos de la condición de «guardián de la Constitución». El juez constitucional de Kelsen no sólo era institucionalmente diferente del defensor preconizado por Schmitt, lo era también conceptualmente, y por consiguiente competencialmente. Su función primordial

consistía en cumplir él mismo con la Constitución, ya que solo de este modo podía llegar a imponer su cumplimiento a los demás poderes.

En los últimos años se observa en Europa el surgimiento de una tendencia doctrinal que insiste en el reforzamiento de la acción política de los poderes constituidos (*Ius Politicum* se llama una reciente y exitosa publicación francesa de derecho constitucional francés). No se trata de renunciar a la labor de normativizar la política que desde hace décadas vienen asumiendo los Tribunales Constitucionales, sino de hacerla compatible con una nueva necesidad que cada vez se está haciendo sentir con más fuerza: abrir un espacio a la política en un mundo que desde la Caída del muro de Berlín, es ya muy distinto al de los Kelsen y Schmitt en el que todavía se encuentran forjadas nuestras instituciones. Una Constitución como la colombiana que concede un tratamiento muy generoso a los servicios públicos, tiene perfectamente señalado el camino a través de aquello que el gran jurista que fue Piero Calamandrei llamaba «actuación de la Constitución». Y esa actuación política resulta perfectamente compatible con la competencia de una Corte que sepa restringir (en este momento en Colombia se trataría de auto-restringir) sus propias intervenciones. Para ello resulta imprescindible que los partidos políticos emerjan como sólida expresión de una voluntad social sometida naturalmente a la legalidad de la Constitución. Pero intentar salir del derecho y de sus reglas, para pretender mantenerse en el ámbito de la Constitución y de sus principios, es un recurso que conduce a la destrucción de la legalidad como fuente de legitimidad y no a su refuerzo.

**Title:**

THE CONSTITUTIONAL REPLACEMENT DOCTRINE IN THE  
COLOMBIAN CONSTITUTIONAL LAW.

**Summary:**

Introduction: the constitutional language that articulates concepts.  
1. The Constitutional Replacement Doctrine in the Weimar Republic.  
2. The reception in Colombia of the Constitutional Replacement Doctrine and its important theoretical implications.

**Resumen:**

Este trabajo analiza la doctrina de la sustitución de la Constitución durante la República de Weimar y su recepción en el Derecho Constitucional colombiano.

**Abstract:**

This paper analyzes the Constitutional Replacement Doctrine during the Weimar Republic and its reception in the Colombian constitutional law.

**Palabras clave:**

Sustitución de la Constitución, República de Weimar, Derecho constitucional colombiano.

**Key words:**

Constitutional Replacement Doctrine, Weimar Republic, Colombian constitutional law.