EL TEST DE SUSTITUCIÓN Y CLAUSULAS INTANGIBLES EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991

KIVEN CARABALÍ MORENO

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA DE CALI, FACULTAD DE HUMANIDADES Y CIENCIAS SOCIALES

TRABAJO DE GRADO II

PROGRAMA DE DERECHO

IVAN LEONARDO MARTÍNEZ PINILLA

28 DE FEBRERO DE 2024

Tabla 1

Tabla de contenido

SUMARIO, RESUMEN, ABSTRACT....3
KEY WORDS, PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA....4
OBJETIVO GENERAL Y OBJETIVOS ESPECÍFICOS, METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN...11

MODELO DEL AUTOR PETER HABERLE Y SU TRIADA DE REALIDAD, POSIBLIDADES Y NECESIDADES 12

EL MODELO GARANTISTA DE FERRAJOLI: LA VALIDEZ FORMAL Y SUSTANCIAL DE LAS NORMA CONSTITUCIONALES 15

ARGUMENTOS DE LA CORTE CONSTITUCONAL RESPECTO AL ORIGEN Y FUNCIONAMIENTO DEL TEST DE SUSTITUCIÓN 19

EL TEST DE SUSTITUCIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA: UNA PROPUESTA CONTRADICTORIA.....23

CLAÚSULAS DE ETERNIDAD QUE PUDIERAN HALLARSE EN EL TEXTO CONSTITUCIONAL DE 1991 Y EN LOS TEXOS CONSTITUCIONALES ACTUALES EN GENERAL.....24

CONCLUSIONES....27

REFERENCIAS.....28

Sumario

Introducción al problema. 1. Aproximación al concepto de triada de realidad necesidades y posibilidades propuesto por Peter Haberle 2. Exposición del modelo garantista propuesto por Luigi Ferrajoli. 3. Explicación del test de sustitución y sus contradicciones. 4. Conclusiones

Resumen

Siguiendo las estructuras actuales de los Estados constitucionales se puede llegar a conocerse sus elementos principales y más comunes. Pudieran enumerarse entre esos elementos sus sistemas de garantías, la validez formal y sustancial de sus contenidos normativos o incluso sus principios fundantes; elementos sobre los cuales autores como Luigi Ferrajoli o Peter Häberle han conceptuado modelos en los que han expuesto desde las bases antropológicas de los estados Constitucionales hasta sus órganos y elementos más visibles. Corresponde por tanto analizar tales elementos para poder resolver el cuestionamiento eje de la investigación. Los elementos de juicio brindados por la doctrina más especializada, junto a un marco metodológico que sirva para realizar un análisis racional de las decisiones de los operadores jurídicos sobre las normas y estructuras constitucionales es la ruta escogida para poder acercarse al cuestionamiento sobre la figura de las cláusulas de intangibilidad y su funcionamiento tanto en los estados constitucionales en general como en el estado constitucional colombiano específicamente.

Abstract

By following the constitutional states' current structures, we can know their primary and most common elements. These elements could include their systems of guarantees, the formal and substantial validity of their normative contents, or even their founding principles, elements on which authors such as Luigi Ferrajoli or Peter Häberle have conceptualized models in which they have explained from the anthropological bases of Constitutional States to their most visible organs and elements. It is, therefore, appropriate to analyze such elements to resolve the research's central question. The

elements of judgment provided by the most specialized doctrine, together with a methodological framework that serves to perform a rational analysis of the decisions of the legal operators on the constitutional norms and structures, is the route chosen to be able to approach the questioning on the figure of the intangibility clauses and its operation both in the constitutional states in general and in the Colombian constitutional state specifically.

Palabras clave (Key words)

Estado constitucional de derecho, post-positivismo, constitucionalismo, cláusulas intangibles, ordenamiento jurídico, constitución, validez, constituyente primario, racionalidad en las decisiones judiciales

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El fenómeno de la Constitucionalización del derecho implica una preexistencia normativa, una norma supuesta, imperativa y reguladora de todo sistema jurídico; tal preexistencia se origina en avances históricos y culturales en los que las sociedades establecieron ciertos cánones morales y normativos que se consideran incorporados conforme la tesis de las fuentes sociales del derecho. Dichos cánones, transformados en derechos, cuyo objeto es la protección de la dignidad humana, han generado la obligación de justificar las decisiones en las providencias judiciales (el deber de motivarlas). Dicha necesidad se ve reflejada en, por ejemplo, el derecho de acción y, en general, en todas las formas procesales. Al respecto autores como (Atienza, 2005) expone que el derecho moderno solo admite posiciones en las que la obligación de motivar –justificar- las decisiones, no solo contribuye a hacerlas aceptables, sino también a que el derecho pueda cumplir su función de guía de la conducta humana. La relevancia de este deber obliga a sustentar toda la providencia que resuelva de fondo los derechos en discusión. En efecto, una motivación se haya correctamente justificada cuando es racional, es decir, cuando la decisión se encuentra soportada en premisas que se justifiquen internamente (lógicamente válidas, coherentemente auto referentes) como también externamente (coherentemente conformes al mundo o fundamentadas

materialmente). Afirma el autor: "*la justificación interna es tan solo cuestión de lógica deductiva, pero en la justificación externa hay que ir más allá de la lógica en sentido estricto*" (Atienza, 2005) (p.26).

El proceso de justificación utilizado mayormente por el juez colombiano se basa en la realización de un análisis y síntesis de los hechos para posteriormente escoger la norma aplicable (*ratio decidendi*) mediante el método de la subsunción. Sin embargo, en casos donde la discusión es la aplicación o no de alguna norma o principio constitucional, por estar ésta en conflicto con otra del mismo nivel jerárquico en la cadena normativa, el procedimiento propuesto por una parte de la doctrina, que observa la enseñanza Alexiana, es la ponderación de los principios expresados en las normas conflictuadas (método ponderativo); procedimiento con antecedente en los tribuales alemanes.

Al respecto la Corte Constitucional Colombiana (C - 022, 1996) lo ha definido en los siguientes términos: "*cuando dos principios entran en colisión, porque la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación de otro, corresponde al juez constitucional determinar si esa reducción es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado*" (p.1). Ya en los casos de discusión sobre constitucionalidad de una norma de inferior rango a la constitución, el proceso usado es la verificación del contenido implícito en ésta, intentando interpretar si la norma contraria algún precepto constitucional analizando los límites positivos estipulados por el constituyente primario -método subsuntivo-.

El problema puntual se presenta frente a los juicios de constitucionalidad de los actos reformatorios del texto constitucional, es decir, aquellos actos políticos que son potencialmente contrarios al texto, el espíritu o la sustancia del texto constitucional. Al respecto, la corte constitucional colombiana ha procedido con la elaboración del denominado test de sustitución. En este caso la corporación justifica su decisión mediante dos procedimientos: (i) un procedimiento de "contraste" que pretende hallar diferencias entre la constitución estudiada -para el caso la constitución colombiana- y otras constituciones y, (ii) mediante el análisis de la "voluntad" entre los poderes generadores del ordenamiento jurídico (constituyente primario y constituyente derivado). El resultado lógico de este ejercicio permitiría, según la corte constitucional, observar un "vicio competencial". A su juicio, existiría un remplazo de la constitución cuando se reforma uno de sus elementos esenciales, lo cual provoca un vicio de

competencia en tanto el único capacitado para hacerlo sería el constituyente primario en virtud del principio de libre autodeterminación de los pueblos[1].

Si bien la corporación es tajante al expresar que hay un límite; ésta no logra fijar coherentemente aquel limite, pues partiendo de sus premisas no se sustentan claramente sus conclusiones, estaríamos frente a una falta de coherencia interna del sistema argumentativo desplegado por la corte. En efecto, para la corte, el denominado test (de sustitución) está compuesto por una premisa mayor que no se encuentra en un artículo constitucional específico sino en toda la constitución entendida a la luz de sus elementos esenciales[2]. Posteriormente se acoge una premisa menor constituida por el nuevo elemento o la reforma en sí, y una vez identificado estos elementos se realiza una comparación de las premisas adoptadas, que concluye con la constitucionalidad o no de la reforma. Éste proceso, a juicio de la Corte se diferencia del juicio de intangibilidad en cuanto a la conformación de la premisa mayor dado que ésta no se haya en artículos específicos. La corte menciona:

> *El juicio de sustitución comporta la aplicación de un método en tres etapas específicas, las cuales lo distinguen del juicio de intangibilidad y del juicio de violación de un contenido material de la Constitución. Las diferencias fundamentales que distinguen al juicio de sustitución de los otros dos mencionados, reside en que 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. Además, en el juicio de sustitución no se verifica si existe una contradicción entre normas -como sucede típicamente en el control material*

[1] La corporación ha expresado: Un vicio competencial en la aprobación de una modificación de la Carta Política se produce cuando el Congreso la sustituye. Los límites de las facultades para modificar la Carta fueron enunciados por primera vez en la sentencia C-551 de 2003 indicando que los órganos titulares del poder de reforma no se encuentran habilitados para derogarla, destruirla, subvertirla o sustituirla. Sentencias posteriores, en las cuales la Corte se apoyó expresamente en la C-551 de 2003, agrupan en la categoría de sustitución también su derogación, destrucción y subversión (C - 053, 2016)

[2] Se ha reiterado en pronunciamientos: en el juicio de sustitución no se verifica si existe una contradicción entre normas -como sucede típicamente en el control material ordinario-, ni se registra si se presenta la violación de un principio o regla intocable -como sucede en el juicio de intangibilidad-, sino que mediante el juicio de sustitución (a) se aprecia si la reforma introduce un nuevo elemento esencial a la Constitución, (b) se analiza si éste reemplaza al originalmente adoptado por el constituyente y, luego, (c) se compara el nuevo principio con el anterior para verificar, no si son distintos, lo cual siempre ocurrirá, sino si son opuestos o integralmente diferentes, al punto que resulten incompatibles (C-1040/05, 2005)

> *ordinario-, ni se registra si se presenta la violación de un principio o regla intocable -como sucede en el juicio de intangibilidad-, sino que mediante el juicio de sustitución (a) se aprecia si la reforma introduce un nuevo elemento esencial a la Constitución, (b) se analiza si éste reemplaza al originalmente adoptado por el constituyente y, luego, (c) se compara el nuevo principio con el anterior para verificar, no si son distintos, lo cual siempre ocurrirá, sino si son opuestos o integralmente diferentes, al punto que resulten incompatibles* (C-1040/05, 2005)

En este caso dos elementos resultan:

El primero, la premisa mayor no es un artículo o disposición normativa concreta, sino que se halla en "*toda la constitución*". Aquí nace el primer interrogante concreto al test de sustitución, siendo el término "*toda la constitución*" un término amplio, vago y ambiguo, ¿Cuáles son los limites denotativos y connotativos que la corte pretende dar a esta afirmación? en harás de otorgar mejor coherencia interna al tejido argumentativo desplegado la corte debería proceder a explicar los límites -llenar de significado- la expresión "*toda la constitución en su conjunto*" si pretende otorgar mejor coherencia interna al llamado test de sustitución Estando a la observación de Atienza, pareciera, en principio, que la Corte Constitucional está generando una aparente afrenta directa al principio de legalidad consagrado en el ordenamiento en tanto el sistema argumentativo desplegado para el test de sustitución carece de suficiente coherencia interna

El segundo, si el nuevo elemento introducido es tan contrario al anterior hasta el punto de ser opuesto, entonces, frente a un límite supuesto o carente de justificación plausible, ¿cuál es el punto en el que tales elementos pueden resultar opuestos? ¿con qué criterios el analista puede imputar la disparidad entre principios supuestos?

Tal discusión podría resultar en un acto unilateral, una acción incomunicable a otros, una contradicción al deber de argumentar suficientemente toda decisión, tal acto podría también variar de operador en operador, asunto que podría representar, de nuevo, un riesgo para el principio de legalidad, incluso aceptando la tesis post positivista que flexibiliza el principio de legalidad ante la justificación razonable de los argumentos (Atienza).

Ahora bien, es precisamente ante la preocupación de "romper" el principio constitucional de estricta legalidad que la corte constitucional colombiana afirma la

inexistencia de "clausulas pétreas", cláusulas de indecidibilidad constitucional expresamente incluidas en el texto constitucional, la Corte ha expuesto:

> *En la Carta de 1991 no existen cláusulas pétreas, normas intangibles o principios inmodificables. Todas las normas de la Constitución tienen la misma jerarquía y no es posible juzgar si una norma de la Constitución viola otra norma de la misma Constitución considerada superior, sin perjuicio de que unas normas constitucionales sean más importantes que otras, lo cual es un asunto diferente*. (C-1040/05)

Existe pues, poca claridad en las premisas propuestas por la Corte. En efecto, es posible encontrar varias incongruencias internas en la postura. Volviendo al test de sustitución, de un lado, la premisa mayor "se aprecia si la reforma "*introduce un nuevo elemento esencial a la Constitución*" supone la posibilidad de cambiar la sustancia, de trasformar los elementos esenciales de la constitución. En ese sentido, se estaría suponiendo que el estado social y democrático de derecho posee varias sustancias y que la constitución "adoptó" una sustancia dentro de muchas disponibles. Sustancias que, dicho sea de paso, la Corte no expone creando una ambigüedad sobre cuales son y que contienen. De consecuencia: ¿Podrían algunas de estas sustancias seguir conteniendo las garantías que caracterizan los estados constitucionales actuales? Estados donde de su modelo axiológico se deriva su ser y deber ser, imponiendo una meta-normatividad por sobre la producción de normas, un ordenamiento que se regula así mismo, o en palabras de Luigi Ferrajoli, un derecho sobre el derecho. Al respecto, el autor expone:

> *En suma, son los mismos modelos axiológicos del derecho positivo, y ya no sólo sus contenidos contingentes –su <deber ser>, y no solo su <ser> los que se encuentran incorporados al ordenamiento del estado constitucional de derecho, como derecho sobre el derecho, en forma de vínculos y límites jurídicos a la producción jurídica* (Ferrajoli, 2004) .

Atendiendo a su vez con la doble artificialidad que el autor reza en su obra. Pues, el modelo de Estado actual ve su génesis en acuerdos[3] consignados comúnmente en textos

[3] En relación con la tesis contractualista, de la cual Jean Jacques Rousseau afirmó:

> por tanto, si se elimina del pacto social lo que no le es de esencia, nos encontramos con que se reduce a los términos siguientes: "cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, y nosotros recibimos además a cada miembro como parte indivisible del todo." Este acto produce inmediatamente, en vez de la persona particular de cada contratante, un cuerpo moral y colectivo, compuesto de tantos

constitucionales. Tales acuerdos se expresan en normas, las cuales vienen a conformar un esquema de garantías[4] que condicionan el contenido y la formación de la normatividad presente y futura. A este grupo de normas fundamentales del acuerdo social se les ha venido a denominar Derechos fundamentales.[5] Que, para nuestro caso, son una limitante que todo legislador debe respetar bajo el esquema constitucional, pues tal como afirma el autor, estos derechos fundamentales son indisponibles, es decir sustraídos tanto de las decisiones políticas como de las del mercado[6]. En segundo término, la conclusión a la que arriba el test, en razón a la premisa mayor escogida, resulta problemática, "*si son opuestos o integralmente diferentes, al punto que resulten incompatibles*", si de las sustancias disponibles para escoger, la sustancia que se desea incluir es incompatible con la ya existente entonces no será admitida. Visto desde esta perspectiva, resulta evidente el problema que subyace a las premisas del test. ¿Existe una sustancia constitucional? si existe, y admitiendo en línea de discusión que una sustancia tolere otra sustancia -resulta paradójico pensar que existen sustancias contrapuestas- en tanto ya no serían sustancias sino, meras formas con apariencia de sustancia, y en caso de admisión de una sustancia diferente a la ya planteada por el constituyente de 1991 ¿estaría la Corte extralimitando sus funciones admitiendo esa nueva sustancia y cambiando la identidad de la constitución?

Identidad que pudiese compartir rasgos de las constituciones actuales, pero seguir teniendo rasgos propios como supone toda identidad. Un caso de rasgo compartido pudiese ser el sistema de garantías, pero los límites a las modificaciones de la

---

> miembros como votos tiene la asamblea, el cual recibe de este mismo acto su unidad, su yo común, su vida y su voluntad. Esta persona pública que así se forma, por la unión de todos los demás, tomaba en otro tiempo el nombre de ciudad y toma ahora el de república o de cuerpo político, que es llamado por sus miembros Estado, cuando es pasivo; soberano, cuando es activo; poder, al compararlo a sus semejantes; respecto a los asociados, toman colectivamente el nombre de pueblo, y se llaman en particular ciudadanos, en cuanto son participantes de la autoridad soberana, y súbditos, en cuanto sometidos a las leyes del Estado (Rosseau, 1988, pág. 11)

[4] garantías las cuales imponen la obligación de respetarlas por parte de particulares y agentes estatales, hasta incluso la imposición de desarrollo normativo por parte del legislador

[5] Véase la definición dada por L. Ferrajoli : Son derechos fundamentales – según casos , humanos, públicos, civiles y políticos – todos y solo aquellos que resulten atribuidos universalmente a clases de sujetos determinados por la identidad de persona, <<ciudadanos>> o capaz de obrar (Ferrajoli, Los fundamentos de los derechos fundamentales, 2001)

[6] Otro carácter descrito : constituyen un límite no solo a los poderes públicos sino también a la autonomía de sus titulares (Ferrajoli, Los fundamentos de los derechos fundamentales, 2001)

constitución (las garantías que brindan identidad del estado constitucional) pudieran ser interpretados de forma arbitraria y hasta afirmar su inexistencia. La validez de la normatividad en los ordenamientos constitucionales o incluso su función como tribunal social en el marco del contrato social ¿pueden ser sustituidos por otras sustancias sin cambiar radicalmente la esencia misma de la constitución? esto aunado al hecho de que la interpretación de una aparente cláusula de eternidad es determinante no por lo que ésta contenga, sino por lo que signifique como bastión de identidad.

Al respecto, P. Haberle ha afirmado la existencia de cláusulas de eternidad no escritas, en tanto éstas, más que un elemento formal, son desde un enfoque material un elemento presente en todas las constituciones dada su función de brindar identidad al texto constitucional. Estando entonces, la corte, al desconocer la existencia de una sustancia ontológicamente existente parece no haber resuelto la cuestión de la sustitución de forma precisa.

Por otra parte, siguiendo Peter Haberle y Luigi Ferrajoli, si iniciamos el test de sustitución mediante una premisa realmente sustancialista, esto es, si partimos de la idea según la cual la sustancia de la constitución es una y, de consecuencia, la modificación de uno de sus elementos esenciales trasformaría radicalmente la estructura constitucional, entonces el test de sustitución introducido por la corte resultaría invalido desde el punto de vista de su coherencia interna.

Llegamos así a la cuestión central de esta investigación: ¿El test de sustitución de la Corte Constitucional se aleja de los presupuestos iusfilosóficos teorizados en los modelos de Estado Constitucional expuestos por P. Häberle y L. Ferrajoli, y en específico con sus bases antropológicos y normativos identitarios?

Para el desarrollo de la pregunta anteriormente expuesta se propone entonces los siguientes objetivos

OBJETIVO GENERAL

• Demostrar con fundamento en los modelos teorizados P.Häberle y L.Ferrajoli que el test de sustitución propuesto por la Corte Constitucional es contradictorio y atenta contra el modelos de garantías contenidos en los Estados Constitucionales.

OBJETIVO ESPECÍFICOS

- Determinar los fundamentos iusfilosóficos de los modelos teorizados Peter Häberle y Luigi Ferrajoli a propósito del Estado constitucional y sus garantías

- Identificar los argumentos de la Corte Constitucional a propósito del Test de sustitución y su creación

- Establecer premisas y contenidos del test de sustitución empleado por la Corte Constitucional colombiana

- Comparar los fundamentos teóricos de los modelos teorizados por P.Häberle y L. Ferrajoli con los argumentos de funcionamiento y creación del test de sustitución de la Corte Constitucional

- Ejemplificar eventuales cláusulas de eternidad que pudieren encontrarse en textos constitucionales actuales y en el texto constitucional de 1991 en específico

- Determinar el distanciamiento entre el test de sustitución y los fundamentos iusfilosóficos de los modelos teorizados por P. Haberle y L.ferrajoli y exponer conclusiones.

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

La investigación parte de un presupuesto ontológico básico acuñado, aceptado y compartido por la escuela del Constitucionalismo positivista y Post Positivista según el cual, el derecho actual es la expresión de la acción de constitucionalización del ordenamiento jurídico. Es decir, que todo ordenamiento jurídico actual posee características esenciales fundamentadas en el principio de legalidad, en la democracia

sustancial y en la defensa de los derechos fundamentales. De consecuencia, necesita de un sistema de garantías de protección de estos tres elementos esenciales, una de ellas, es la existencia de un tribunal constitucional. Como se advirtió antes, el presupuesto epistemológico derivado de esta ontología sugiere la necesidad de argumentar racionalmente todas las decisiones judiciales de constitucionalidad. Consecuentemente, el supuesto metodológico sugiere que es necesario evaluar las formas de argumentación de los tribunales constitucionales para evaluar la coherencia interna y externa de sus argumentos. Para llevar a cabo la tarea descrita, la presente investigación ejecutará las siguientes técnicas de investigación:

• Análisis comparativo de teorías: Los autores escogidos fueron Peter Häberle y Luigi Ferrajoli en cuanto se han ocupado de la sustancialidad constitucional; Adicionalmente se hace estudio de los sistemas argumentales expuestos por el autor Manuel Atienza para el análisis de la fundamentación y justificación de las premisas y conclusiones expuestas por el juez en los casos estudiados

• Estudio de caso: de las providencias C-1040 de 2005, C-1043 de 2005, C-1041 de 2010, aparte de otras providencias como la C-284 de 2015 donde se hace mención de los autores estudiados y es aplicado el Test de sustitución por parte del operador.

MODELO DEL AUTOR PETER HABERLE Y SU TRIADA DE REALIDAD, POSIBLIDADES Y NECESIDADES

El modelo expuesto por el autor parte de un reconocimiento de la Constitución cómo génesis del estado, específicamente del estado constitucional. Génesis que toma como centro la dignidad humana, para que de allí partan derechos de gran relevancia como la garantía de los derechos fundamentales, la independencia de la jurisdicción, entre otros. El autor menciona: "*En el estado constitucional democrático, los ciudadanos y los seres humanos, su dignidad humana, constituyen la premisa antropológico-cultural; ellos se dan la constitución a sí mismos, como lo indican apropiadamente algunos de los nuevos textos constitucionales alemanes*" (Häberle, 2003, pág. 14) La idea de que los ciudadanos se dan a sí mismos una constitución parte del concepto del contrato social, en la cual las personas deciden unirse y concertar el orden jurídico y político que tendrán en lo venidero; contrato en el que además se propone, en palabras del autor, un pacto de generaciones. Tal pacto puede asumirse como un acuerdo en el cual los

presentes al momento de fundar un Estado producto del texto constitucional dotan a los ciudadanos actuales y venideros las garantías, derechos y deberes que consideren necesarios para alcanzar una sociedad que consideren ideal. Y así, para que pueda desarrollarse ese proyecto de sociedad ideal se hace necesario concebirse un sistema jurídico *de posibilidades y alternativas*, del cual nace de una triada entre realidad, posibilidades y necesidades, en donde puede modificarse al texto constitucional y crearse nuevas normas preservando la identidad del estado constitucional. En palabras del autor:

> "*El pensamiento jurídico de las posibilidades y las alternativas (pluralistas) no es un fin en sí mismo, sino que se trata de un medio para mantener y recrear la libertad de la comunidad, para lograr el equilibrio justo y razonable de los intereses, la conservación de la constitución en el tiempo, el desarrollo de la res publica del ser humano y para el ser humano*." (Häberle, 2003, pág. 54)

En el vértice de aquel pensamiento el papel normativo viene a constituir el límite, puesto que éste es el que termina delimitando las posibilidades. Siendo el ordenamiento (entiéndase el derecho con sus principios generales y la constitución misma) el límite infranqueable que las posibilidades no pueden superar para poder satisfacer las necesidades y mejorar la realidad (dándole de esta forma primacía a lo determinado en el contrato social en la Constitución).

Por otro lado, también se suele encontrar en los estados constitucionales (específicamente en sus textos constitucionales) cláusulas pétreas o de eternidad. Las cuales dictaminan la identidad y los preceptos del ordenamiento. En ellas se hallan contenidos los principios más básicos que reglamentaran la producción legislativa posterior: los derechos fundamentales, la independencia de la jurisdicción con sus órganos, la dignidad humana como centro del sistema garantista. Tales preceptos son multifuncionales en el sistema de garantías constitucional dado que buscan darle identidad al ordenamiento, aparte de proveer los principios que van a guiar la conducta de los órganos de las ramas del poder público en razón a que estas normas contienen elementos tan trascendentes para los estados constitucionales, estas se hallan en todos los textos constitucionales ya sea de forma expresa o tácita -obligando a las cortes a valerse de métodos hermenéuticos para su interpretación-, estas cláusulas resultarían entonces elementos meta-normativos de difícil reforma con una vocación de

permanencia mayor que las demás disposiciones contenidas en la constitución. Al respecto Haberle menciona:

> *Las cláusulas de eternidad son parte íntegramente inmanente, escrita o incluso no escrita, de las constituciones del Estado constitucional en la medida en que sean interpretadas desde un enfoque material. Tales cláusulas son de naturaleza, declarativa, en la medida en que definen, total o parcialmente, elementos de la sustancia de estas constituciones* (Häberle, 2003, pág. 146)

Todos estos tópicos teóricos brindados por el autor vienen a servir de raciocinio para definir lo que puede reformarse y lo que no en los estados constitucionales, reformas siempre acordes con la triada de *realidades, posibilidades y necesidades* de cada ordenamiento*;* siendo la realidad siempre mejorable con la normatividad con el derecho como límite. Esa dinámica de cambio existe, aunque siempre en equilibrio con la vocación de permanencia, al respecto, el autor indica:

> *La constitución es creadora del momento de estabilidad y permanencia; el ejemplo más impresionante lo ofrece la constitución de los Estados Unidos con sus más de dos siglos de vigencia. No obstante, en virtud de esta duración – la ley fundamental alemana incluso plantea una "pretensión de eternidad" a favor de los principios fundamentales de su artículo 79, inciso 3, en forma análoga a algunas constituciones anteriores y a otras que le han seguido* (Häberle, 2003, pág. 3)

En el párrafo extraído puede observarse como la noción de permanencia (el elemento identitario) la cual es fundamental en las constituciones y las estructuras que éstas suponen construir (Estado democrático, derechos fundamentales, independencia de jurisdicción etc.) el rasgo de permanencia busca crear, junto con la triada de *realidad, posibilidades y necesidades,* un equilibrio, el cual sólo se puede obtenerse analizando la realidad, identificando las alternativas que son valoradas y así encontrar las necesidades. No siendo esto un grupo de pasos sucesivos, las etapas que se llevan a cabo se van nutriendo y corrigiéndose una a la otra. Así pues, lo normativo (el mundo donde confluyen meta-normas, normas y reglas) delimita y a su vez brinda la posibilidad más eficaz para esa mejora de la realidad. El rol del juez en el caso de una reforma está en mirar si dicha reforma se encontraba entre las posibilidades que la normatividad brinda. En el caso bajo estudio, la corte constitucional colombiana, al analizar los actos

reformatorios debe sentenciar si dichos actos superaron o no el límite de "lo normativamente posible" que la triada sugerida por Häberle propone. El logro de dicho objetivo depende de las normas que brindan tal límite –cláusulas intangibles- y de los tópicos y nociones filosófico-jurídicos que brindan las teorías generales del derecho. Por tanto, la existencia de dichas cláusulas no es gratuita ni arbitraria, porque de su contenido deviene el límite de toda reforma al texto constitucional.

Teniendo este marco en consideración se proseguirá a analizar la funcionalidad del test de sustitución en lo que análisis de reformas concierne. Por tanto, se intentará establecer si el test supone la consideración de un límite competencial en tanto a los principios o contenidos que pudieren reformarse (partiendo de sus dos premisas y las conclusiones que eventualmente llegaran a producirse), siendo conceptos claves para esto las garantías, los derechos fundamentales y lo que pudiera considerarse como principios en los ordenamientos jurídicos.

Análisis el cual se desarrollará aunando el concepto de traída de la realidad (posibilidades y alternativas), junto con el modelo garantista propuesto por Luigi Ferrajoli en lo concerniente a la interpretación de los contenidos normativos del Estado constitucional.

EL MODELO GARANTISTA DE FERRAJOLI: LA VALIDEZ FORMAL Y SUSTANCIAL DE LAS NORMA CONSTITUCIONALES

El autor en su obra "*derechos y garantías, la ley del más débil*" expresa que los ordenamientos constitucionales a diferencia de los ordenamientos anteriores tienen como sujeción la constitución y su función garantista. Dicha función se refleja principalmente en la manera en que se producen las normas jurídicas y los requisitos que éstas deben cumplir para considerarse válidas en el ordenamiento. Para estos casos, las normas no solo deben satisfacer requisitos formales -fuente de producción legítima-, sino también requisitos materiales -que la norma en cuestión respete los derechos fundamentales, la división de poderes y demás cánones de los estados constitucionales-. Este requisito en la producción deviene según el autor del deseo de los hombres de disciplinar el ordenamiento acorde a lo que piensan respecto a cómo debería ser el derecho, a propósito, afirma:

> "*Si en virtud de la primera característica, el <<ser>> o la <<existencia>> del derecho no puede derivarse de la moral ni encontrarse en la naturaleza, sino que es precisamente <<puesto>> o <<hecho>> del derecho positivo, o sea, sus condiciones de <<validez>>, resulta positivizado por un sistema de reglas que disciplinan las propias opciones desde las que el derecho viene pensado y proyectado, mediante el establecimiento de valores ético-políticos*" (Ferrajoli, 2004, pág. 19)

Raciocinio que pudiera explicarse de nuevo desde una concepción contractualista. Jean Jacques Rosseau afirma que de la concertación de los hombres podría definirse el orden jurídico y político de su comunidad: "*encontrar una forma de asociación que defienda y proteja de toda fuerza común a la persona y a los bienes de cada asociado, y gracias a la cual cada uno, en unión de todos los demás, solamente obedezca a sí mismos y quede tan libre como antes*" (Rosseau, 1988, pág. 8).

De aquella ficción legal, denominada contrato social, se desprenden cánones morales y éticos que van a servir de base al ordenamiento para su producción legislativa, y Ferrajoli denomina este modelo como el "sistema garantista". En este sistema, a diferencia del que el autor denomina paleopositivista, existe una racionalidad formal y una sustancial, ambas formalidades son requeridas para la validez de la norma en el ordenamiento creándose de esta manera una diferencia entre *la vigencia y la validez* de determinada norma. Pues según el autor *la vigencia* viene a determinar la conformidad de la producción normativa respecto a los requisitos formales (competencia de que la expide), en cambio la validez viene a determinar la correspondencia del contenido frente a la sustancialidad de la constitución (respeto por los derechos fundamentales).

Para el caso de análisis -test de sustitución- estos dos conceptos confluyen. Si bien, lo común es verificar la competencia de la fuente para posteriormente verificar su contenido, en el caso de las reformas constitucionales el accionar de la Corte ha sido analizar la reforma conforme al "test", lo cual supone determinar primero el contenido y luego la competencia. En suma, la Corte analiza el contenido de la reforma y determina si es competente el congreso, siendo el contenido para este caso determinante de la competencia (y dado el caso que este contenido reforme el sistema de garantías, el congreso superaría el límite de reforma que supone el ordenamiento colombiano). En efecto, ante la cuestión sobre la verificación de contenido, mientras la Corte no tenga claro los límites de reforma del poder secundario (congreso) se le dificultará determinar

la competencia de ese mismo poder, es decir, lo que se le haya lícito reformar y lo que no. Solo de ésta forma pudiera eventualmente generarse un juicio acertado sobre la validez de cualquier reforma en específico. Mientras la Corte no logre generarse un juicio correcto sobre ello quedará truncada la doble artificialidad -validez y vigencia-, lo más importante de los ordenamientos actuales[7]. Aparte de la característica mencionada, el autor describe la labor de la doble artificialidad al interior de la democracia en los estados actuales. Son, en sus palabras, la democracia política -el servidor tomador de decisiones -salvaguardando lo decidido por la mayoría- y la democracia sustancial -derechos que ninguna mayoría puede violar o dejar de satisfacer- un bastión más del modelo garantista en la defensa de los derechos mínimos del arbitrio de las mayorías. El autor sobre esto afirma:

> *Así, los derechos fundamentales se configuran como otros tantos vínculos sustanciales impuestos a la democracia política: vínculos negativos, generados por los derechos de libertad que ninguna mayoría puede violar; vínculos positivos, generados por los derechos sociales que ninguna mayoría puede dejar de satisface*r (Ferrajoli, 2004, pág. 24) .

Debe resaltarse el papel del juez y el legislador en el mencionado sistema. Que, para el caso de que nos avoca, produciría un error de procedimiento respecto al juzgamiento de reformas constitucionales que podría generar una crisis en la defensa del modelo de garantías. Estando pues la facultad de juzgar y legislar regladas, se haya avocado el juez constitucional a la vigilancia del modelo evitando al máximo posibles incoherencias internas (antonimias y lagunas) que pudieran aparecer. Su actuación queda pues sujeta a la norma y es ella la que le otorga la facultad para juzgar y legislar -según el caso- siempre en los términos que ésta disponga. Por tanto, las facultades de juzgar y legislar se hallan ordenadas y dispuestas por ley – la competencia para conocer el caso concreto - y los procesos que los actores tomen para su ejecución serán siempre reglamentados por una normatividad consonante con el sistema de garantías previamente establecido. Entendiéndose dichas facultades como regladas, la capacidad de acción es clara: lo que

[7] Creando de esta forma condicionantes para la creación, interpretación y posterior aplicación de normas. Por tanto, estos preceptos no solamente afectan a los jueces, sino a todos los cuidadanos en cuanto intérpretes de las normas que se dan para sí. A proposito menciona el autor:

> *el derecho contemporáneo no programa solamente sus formas de producción a través de normas de procedimiento sobre la formación de leyes y demás disposiciones. Programa además sus contenidos sustanciales, vinculándolos normativamente a los principios y alos valores inscritos en sus constituciones, mediante técnicas de garantía cuya elaboración es tarea de la cultura jurídica* (Ferrajoli, 2004, pág. 20)

la ley determine. Pero el accionar del juez siendo reglado no pierde relevancia si se tiene en cuenta que lo que se considera en estos ordenamientos en tanto a libertad interpretativa y valorativa del juez, es ahí donde el operador cobra protagonismo. Así, al momento de interpretar una norma, el juez la dota de validez y hasta podría afirmarse que cada caso presentado es una evaluación nueva respecto a la norma aplicable (*ratio decidendi*), pues ésta debe satisfacer el derecho insatisfecho (si se haya legitimación en la acción) y debe ser coherente con los preceptos constitucionales del ordenamiento. Por tanto, la aplicación de una norma en el ordenamiento se haya supeditada a la interpretación que el juez haga de ella, juzgándose de esta forma su validez en el ordenamiento[8]. En otras palabras, observar el principio de legalidad por parte de los jueces los arroja a la perenne acción de acatar el mandato legal y, al mismo tiempo, interpretar su sentido. La materialización de este hecho pudiere observarse en diversas figuras -la excepción de inconstitucionalidad por ejemplo- y tal facultad en el marco de los ordenamientos actuales no es gratuita, dado que como menciona el autor, la incorporación de derechos fundamentales a nivel constitucional varían la relación entre el juez y la ley pues asignan al juez una función de garantía con el ciudadano frente a las violaciones que pueda recibir por parte de los poderes públicos o incluso por parte de la mayoría (Ferrajoli, 2004). Por tanto, que un juez de la relevancia de la Corte Constitucional, en su ejercicio como tribunal social[9] malinterprete normas que se supone debe aplicar es en extremo problemático para la conservación de las garantías del estado constitucional y la salvaguardia del ciudadano y sus derechos frente al poder estatal. Una malinterpretación que derive en inaplicaciones de normas existentes – cláusulas intangibles - generarían que un poder de reforma se desbordará hasta el punto en el que el poder derivado pudiera convertirse en el primario dictando lo que es y no es el texto constitucional a sus anchas, sin el más mínimo respeto de los cánones

[8] El autor frente a esto menciona:

> De ello sigue que la interpretación judicial de la ley es también siempre un juicio sobre la ley misma, que corresponde al juez junto con la posibilidad de elegir los únicos significados válidos, o sea, compatibles con las normas constitucionales sustanciales y con los derechos fundamentales establecidos por las mismas (Ferrajoli, 2004, pág. 26)

[9] Como para el caso del Estado alemán con la figura de la TCFA, de la cual (Häberle, 2003) afirmaría sobre el enfoque de sus decisiones, de las cuales afectan a la sociedad generando una relación entre el órgano y la sociedad ; generando de esta forma un tribunal social de naturaleza propia y en un sentido amplio.

constitucionales y las facultades del soberano -el pueblo-. De otro lado, y tal vez aún más problemático seria preguntarse ¿existe algún método hermenéutico-interpretativo para verificar sustancialidades adecuadas y sustancialidades inadecuadas? Acaso el solo hecho de definir una pretendida sustancialidad mediante palabras, no es ya una desustanciación de la misma ¿Cómo hacer para no modificarlas en el mismo acto en el que se las nombra?

ARGUMENTOS DE LA CORTE CONSTITUCONAL RESPECTO AL ORIGEN Y FUNCIONAMIENTO DEL TEST DE SUSTITUCIÓN

Como se ha podido apreciar tanto Haberle como Ferrajoli encuentran un sentido lógico a la existencia sustancial de la constitución, de consecuencia todo test de sustitución debe basar sus premisas en la existencia de cláusulas de eternidad o pétreas. Por tanto, sustentados en las reflexiones teóricas esbozadas, no se entiende como la Corte Constitucional Colombiana niega la existencia de cláusulas de intangibilidad y al mismo tiempo afirma el test de sustitución. Se reitera, afirmar el segundo es confirmar la existencia de las primeras. Además de existir incongruencias en su racionamiento entre las cuales pudieran observarse: a) si en efecto se trata de aceptar sustancialidades, esto concluiría con que existen condiciones inmodificables. Por tanto, es incomprensible aceptar condiciones sustanciales y sostener al mismo tiempo la inexistencia de cláusulas pétreas o de eternidad. En efecto, el operador hace el juicio supeditándolo a la verificación de un contenido que en palabras del operador "*sea contradictorio hasta el punto de resultar incompatible*" con los elementos que componen el texto constitucional original. Surge de esto un grupo de problemáticas que pudieran resumirse de la siguiente forma:

Primero: ¿si no existen cláusulas intangibles porque se analiza si la reforma es contraria hasta el punto de ser incompatible con el texto original? dado que si no existen tales cláusulas puede reformarse cualquier punto debido a que justamente ¡no existen! y por tanto no hay un límite observable al momento de reformar -no habría sustancia inmanente (Haberle), no habría estructura sustancial de la norma constitucional (Ferrajoli)-

Segundo ¿cuál sería el punto de incompatibilidad que la corte afirma?, en últimas, ¿cómo el juez encuentra el punto de incompatibilidad? Si, al no existir cláusulas intangibles, todas las normas comprendidas en el texto constitucional son de igual jerarquía tal y como lo ha expresado el operador:

> *En la Carta de 1991 no existen cláusulas pétreas, normas intangibles o principios inmodificables. Todas las normas de la Constitución tienen la misma jerarquía y no es posible juzgar si una norma de la Constitución viola otra norma de la misma Constitución considerada superior, sin perjuicio de que unas normas constitucionales sean más importantes que otras, lo cual es un asunto diferente*. (C-1040/05, 2005)

En el plano práctico, las estructuras jurídicas (normas) y dogmáticas (teorías) aplicadas por la corte generan solo que el operador divague sobre principios constitucionales y "tantee" a cada paso sobre lo que pudiera o no reformarse. Procede a ciegas a merced del viento político que cambia y el hecho de que el test encuentre su premisa mayor en toda la constitución entendida a la luz de sus elementos esenciales genera análisis incongruentes aparte de justificaciones endebles. Sin cabida para verificaciones de contenido profundos de las reformas y contenidos mismos de la constitución. El operador termina haciendo una motivación imprecisa de lo que se reformó y lo que a su parecer (dado que no sustenta su respuesta en un contenido normativo preciso) fue válido o no. Este error proviene de la consideración de inexistencia de cláusulas intangibles (premisa mayor del test de sustitución) derivada de un mero formalismo, en términos de la misma corte, "*un exceso ritual manifiesto*"; el operador, en efecto, sustenta su consideración en el hecho gramatical de que estas no se encuentran escritas en forma de prohibición en el texto constitucional.

Interpretación en harto sesgada dado que tales artículos pueden estar escritos como meros mandatos (declaraciones de voluntad que obligan). Obsérvese, por ejemplo, el artículo 11 de la Constitución: "*El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte*." este mandato obliga al legislador a no legislar una norma que la contraríe; por tanto, en el estado colombiano no pueden existir normas que dispongan la pena de muerte, ya sea tal norma de carácter legal o constitucional. En últimas, pudiera afirmarse que esta norma y las demás que componen el capítulo 1 del título 2 son normas intangibles expresadas en forma de mandato -obligaciones de las cuales bien se pueden deducirse prohibiciones- dado que ninguna prohíbe alguna reforma a su

contenido explícitamente, pero tales contenidos comparten los rasgos de las cláusulas eternas: los derechos fundamentales, con la dignidad humana en su vértice -como base antropológica-; la democracia y la división de poderes.

A propósito de esta malinterpretación, tal yerro pudiera deberse a los ejercicios de derecho comparado que hace la corporación. Las cláusulas de eternidad en textos constitucionales como el alemán son explícitos respecto a la proscripción de ciertas reformas y ese hecho ha podido generar confusión. Pero para los casos de análisis de contenidos constitucionales es necesario hacer una interpretación a fondo que evalúe las singularidades del texto como producto de una construcción cultural forjada por el conflicto social, un pueblo en su singularidad. Esto además ignora las finalidades y generalidades que las constituciones comparten (su vocación de permanencia, su arraigo a los derechos fundamentales y respeto a la dignidad humana). Finalidades y generalidades conceptuadas por un desarrollo que busca superar los problemas generados por los ordenamientos positivistas o en palabras del autor Luigi Ferrajoli "paleopositivistas" donde la formalidad era imperante por sobre el contenido razonablemente concreto o contenido normativo. Por tanto, la corrección formal y gramatical imperaba ignorándose los contenidos, los cuales podían lesionar la dignidad y humanidad de las personas al posicionarse el operador en posturas meramente legalistas, de corrección gramatical y sin verificación de contenido, todo ello trunca el propósito de las constituciones modernas (salvaguarda de derechos y la dignidad humana). Propósito que se materializa dotando de permanencia a disposiciones como los derechos fundamentales, independencia de la jurisdicción y división de poderes, incorporados comúnmente en cláusulas eternas que buscan vocación de permanencia. Que recuerdan ese ánimo de duración de las constituciones y su concepción mixta que Haberle afirma como "*creadora de estabilidad y permanencia*" afirmándolo junto con lo que denomina como la "sustancia" de las constituciones. Sustancia que entre sus rasgos:

> *Comprende, tipológicamente hablando, los siguientes contenidos: los derechos fundamentales, con la dignidad humana en su vértice, porque esta constituye la base antropológica; la democracia y la división de poderes. Las cláusulas de eternidad deben desentrañarse en el sentido de un pensamiento positivo, de "contenido esencial" o de identidad y solamente a partir de este marco también en el sentido del "pensamiento en término de limitaciones"*

> *("Schrankendenken"). En la medida en que se encuentren normadas por el derecho positivo, no ofrecen per se indicios exhaustivos de lo que es "esencial" en una constitución concreta, y esta "sustancia", que es históricamente variable, se aprehende mediante una interpretación integral* (Häberle, 2003, pág. 147)

Esas generalidades y finalidades denominadas como "sustancia" por Haberle en cierto plano resultan como lo "innegociable" –lo irreformable- mientras se desarrolla y se cumple el contrato social actual, la esfera de "indescidibilidad" de Ferrajoli.

Por otra parte, en el plano practico, el hecho de que la premisa mayor del test no se halle específicamente en un artículo de la constitución, sino que se encuentre en "*toda la Constitución entendida a la luz de los elementos esenciales que definen su identidad*"[10], sugiere un intento por definir una cláusula pétrea inderogable. Tales elementos esenciales, su relevancia y el modo como deben ser interpretados pueden variar dependiendo del operador en un momento dado. La democracia entendida en el texto como elemento esencial puede variar su definición y relevancia dependiendo de cómo ésta se interprete y como vaya a reformarse. La consecuencia de esa variación interpretativa supondría una apertura normativa que pone en jaque el principio de estricta legalidad; en gracia de discusión: si por ejemplo, al momento de decidirse sobre una reforma que elimine los puestos de carrera del Estado que pudieran el texto constitucional contener, un juez pudiera en su momento pensar que este puesto resulta fundamental para el desarrollo e influencia del principio democrático en el ordenamiento -dadas las características del puesto- y que por tanto el principio democrático ha sido reformado hasta el punto de ser incompatible. Pues, aunque existen los puestos de elección popular y las demás formas de participación, los puestos de carrera en las entidades públicas le resultan basilares para el desarrollo del principio

[10] Se pudiese afirmar que tales elementos son de orden axiológico que guían como debe interpretarse el texto constitucional. En el caso de la Constitución de 1991 pudiese advertirse en los títulos I y II en su capítulo 1 respectivamente. Por su parte la corte ha afirmado sobre estos valores:

> En consecuencia, los presupuestos señalados son aplicables enteramente al Estado Colombiano, donde el soberano constituyente es el pueblo. Por consiguiente, es éste y solo éste quien fija los principios y valores que guiaran tanto al Estado como a la Constitución. Y no le es dable a un poder constituido la sustitución de dicha identidad material axiológica. Que se repite no es un concepto de derecho natural sino un concepto jurídico extraído de la misma realidad constitucional y del querer del pueblo vertido sistemáticamente en toda la Constitución (C-1056, 2012)

democrático, y con base a ésta consideración juzgue de inconstitucional dicha reforma. En tal caso esta interpretación pudiere gracias a libertad interpretativa variar en cuestión de años y un juez posterior pudiere considerar lo contrario, pues la libertad interpretativa se lo permite. Lo que se intenta concluir es que la libertad interpretativa que supone el entender "l*a esencia de la constitución a la luz de sus elementos esenciales*" da para unas suposiciones momentáneas y meramente coyunturales que inclusive pudieran ser erróneas si se analizan detenidamente. Por tanto, lo que se considere constitucional y válido en un momento puede no serlo en otro. El no poder predecir de forma más o menos certera el análisis del elemento reformado supone una indefinición de la constitución actual; lo cual nos indica que la libertad interpretativa, vista desde esta perspectiva, es excesiva y, de consecuencia, el límite para reformar la constitución se desdibuja.

Así, el raciocinio empleado en estos juicios podría ser interpretado de la siguiente forma: *todo es reformable porque no existen cláusulas de eternidad, pese a ello, hay un límite porque el poder derivado no es absoluto*, de consecuencia ¿hasta dónde podría reformarse? Lo cual conlleva a la segunda problemática planteada: ¿cómo el juez encuentra el punto de incompatibilidad? en este punto es donde las distintas justificaciones tanto internas como externas pierden coherencia haciendo que el trabajo del operador sea infructuoso en tanto no estaría salvaguardando lo esencial del texto constitucional o en palabras de la corte el "*elemento esencial que le brinda identidad*". Estas cuestiones conllevan a una nula defensa de lo que sea que el operador denomine como *"elemento de identidad"*, pudiendo generarse un exceso de rigidez causado por no saber exactamente lo que se está salvaguardando.

EL TEST DE SUSTITUCIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA: UNA PROPUESTA CONTRADICTORIA

El modelo del test de sustitución se sustenta en ideas desarrolladas por la Corte en los años noventa y principios de los dos mil. Siendo providencias relevantes la C-970 y 971 de 2001, en las cuales el operador expuso: "(i) que los principios fundamentales de una Constitución son relevantes para establecer su perfil básico, pero que esto no significa que sean intocables en sí mismos, aisladamente considerados y (ii) que la alteración de un principio fundamental no puede tenerse per se, como una sustitución de la

Constitución". Concluyendo de esta forma que el análisis del test no se haya dirigido a la definición de lo que se puede o no reformar dado que, en su criterio, en la constitución no existen cláusulas de intangibilidad, sino que la finalidad es definir si el legislador es competente para la reforma en cuestión.

El problema salta a la vista, la contradicción yace precisamente en el postulado concreto, es decir, si se quiere definir si el legislador es competente o no para modificar una norma sustancial, se debe por obligación declarar tal sustancia como un algo intocable, pétreo e indecidible. El criterio utilizado por la corte para tal análisis son los valores y principios que brindan identidad a la constitución, éstos son su límite de reforma y varían dependiendo de aquello que se quiera reformar. Por tanto, la corporación inicia definiendo el valor o principio afectado, su modificación o reforma en el texto constitucional y si este nuevo límite o reforma superó el límite anterior. Tal método, como se dijo, es resumido en los siguientes términos:

(a) se aprecia si la reforma introduce un nuevo elemento esencial a la Constitución, (b) se analiza si éste reemplaza al originalmente adoptado por el constituyente y, luego, (c) se compara el nuevo principio con el anterior para verificar, no si son distintos, lo cual siempre ocurrirá, sino si son opuestos o integralmente diferentes, al punto que resulten incompatibles (C-141/10)

De esta forma en su criterio -el del a corte- logra analizarse el valor o principio, la reforma y la competencia. Valor o principio que es cambiante individualmente considerado pero que no lo es entendido desde el conjunto de la constitución - ¿una cláusula pétrea velada? -.

CLAÚSULAS DE ETERNIDAD QUE PUDIERAN HALLARSE EN EL TEXTO CONSTITUCIONAL DE 1991 Y EN LOS TEXOS CONSTITUCIONALES ACTUALES EN GENERAL

Según el marco teórico expuesto a rasgos generales se podría afirmar que las cláusulas de eternidad son aquellas que permiten al constituyente primario identificarse con el texto constitucional. Para que esto se logre, tales cláusulas deberán contener las normas que permitan al constituyente cumplir los objetivos que éste como colectividad se ha propuesto, en tanto el texto no es más que el medio escogido por éste para darse un

orden social, político y económico; y tales normas serian validas -formal y materialmente- en tanto sigan sujetas a esos acuerdos que les han dado origen[11]. Ejemplos de tales objetivos pudieren ser la construcción de una sociedad democrática e igualitaria en términos de derechos o inclusive tratar de alcanzar estados de bienestar económico y, en general, alcanzar lo que el constituyente pudiere considerar como bienestar para los miembros de aquellos que lo conforman.

Acorde a los avances históricos que pudieran producir las diversas luchas sociales (revoluciones políticas, manifestaciones culturales, acontecimientos políticos) el hombre ha analizado su ser y forma de interactuar con los otros, y teniendo al derecho como medio, ha querido moldearlo según las necesidades que pudieran generársele (variándose de esta forma la concepción misma del contenido normativo que pudiere ser o no admisible <<norma>>). Es el hombre pues, quien decide lo que considera importante en su vida íntima y social para normativizarlo, y respecto al caso que nos atañe, es necesario poner bajo un análisis continuo las ficciones legales hasta el momento imperantes con el propósito de saber si satisfacen o no su propósito. En cuanto al ordenamiento doméstico es menester saber si el test de sustitución genera la fiabilidad y estabilidad que se espera. Tarea que solo podría cometerse considerando los materiales elementales de las constituciones actuales: pluralismo y dignidad humana en todas sus acepciones (política, social, normativa, económica) y un ejercicio continuado de interpretación de éstos. La corte por su parte, en su papel de juzgador, ya ha generado una interpretación de lo que es la dignidad[12], y considerando sus múltiples acepciones (valor, principio y derecho) podría afirmarse que la dignidad humana es uno

[11] En consonancia con la noción del derecho expuesto por Ferrajoli. En tanto, un ordenamiento es reconocible si cumple con aquello que los hombres consideran que debe ser el derecho y las normas que lo conforman.

[12] Definición hecha en los términos siguientes:

> *De otro lado, para esta Corporación la dignidad humana tiene una triple naturaleza de valor, principio y derecho: (i) como derecho fundamental que implica la correlatividad entre la facultad de exigir su realización en los ámbitos a los que atañe y el deber de propiciarlos; (ii) como principio puede entenderse como una de los fundamentos que dieron origen a la aparición del Estado colombiano de hoy, así como un mandato de optimización, cuya realización se debe propender en la mayor medida posible; (iii) como valor, la dignidad representa un ideal de corrección al que tiende el Estado y que le corresponde preservar"* (C - 143, 2015)

de los valores fundacionales del estado colombiano actual, y a su vez el principio orientador del ordenamiento. Por su lado, el papel del pluralismo viene directamente ligado con el patrimonio cultural del estado constitucional. Haberle lo expone como:

> *frente a este trasfondo debe concebirse a la constitución vive en última instancia de la dimensión de lo cultural. La protección de los bienes culturales, las libertades culturales especiales, las cláusulas expresas sobre el "patrimonio cultural" y los artículos generales sobre el Estado de cultura no constituyen sino las manifestaciones particulares de la dimensión cultural general de la constitución* (Häberle, 2003, pág. 5)

Son estos los elementos imperativos, en tanto estos en su gama interpretativa son los que pueden proveer un mayor número de garantías y ecosistemas fructíferos para la creación de los valores, hoy considerados vitales en la sociedad[13]. Pero en tanto sean estos interpretados con sesgos formalistas de composición gramatical[14], estos no podrán brindar la riqueza ficcional que podrían. Debe la corte basándose en su interpretación de la dignidad interpretar sistemáticamente los demás principios evidenciables (los cuales pueden ser aceptados en virtud del principio pluralista) evitando en la medida de lo posible las contradicciones groseras y para que ello sirva en la construcción de un soporte teórico que delimite el poder de reforma.

Animar la discusión sobre esto es propugnar por una sana democracia y por un estado alerta que salvaguarde lo que sienta preciado. Se invita por tanto a interpretar contenidos como el artículo 1° de la Constitución en su aparte que describe la república que conforma el estado colombiano como pluralista, el 7° que expone: "*El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana*, o el 70° inciso segundo: "*La cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad. El Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país. El Estado promoverá la investigación, la ciencia, el desarrollo y la difusión de los valores culturales de la Nación*". Estos junto con el contenido dispuesto en el

[13] Pudiese acotar, que de una mayor interpretación de estos preceptos pudiere lograrse los anhelos de autores utilitaristas como J. Betham.

[14] Un formalismo excesivo logra que se pierda de vista el fin último de toda ficción. Entre las herramientas hermenéuticas hay que considerar tanto la literal, como la teleológica o sistemática. Concluir que no hay cláusulas intangibles en el texto constitucional de 1991, basándose en el mero hecho de no exitir gramaticalmente prohibiciones sino declaraciones es obviar el fin (interpretación teleológica) y demás interpretaciones que pudiesen hacerse sobre el texto.

capítulo 1° del título II (los derechos, garantías y deberes) serán lo único que brindarán luces sobre el asunto.

CONCLUSIONES

La existencia de cláusulas intangibles o pétreas no es exclusivo de determinados ordenamientos que se llamen constitucionales. Por el contrario, es un elemento distintivo de todo ordenamiento constitucional en tanto le brinda identidad subrayando y conteniendo los principios y garantías que el ordenamiento busca preservar. Esos elementos que busca preservar no son más que aquellos elementos identitarios que distinguen este tipo de Estado respecto a los demás modelos estatales. Por tanto, no son un criterio interpretativo sino un contenido orgánico de relevancia en las constituciones actuales. Bajo este criterio no resultan admisibles posturas que tiendan a obviar tales disposiciones que se entienden inherentes (organización política, principios y garantías –derechos fundamentales-)[15] Al comparar estos cimentos teóricos y normativos con la practica judicial se evidencia gran contraste, y en concreto en el test de sustitución se evidencian yerros argumentales y conceptuales en razón a una visión en exceso legalista. La aplicación de la figura del test de sustitución deviene de la competencia otorgada por el artículo 241[16], el cual limitó la competencia de la corporación respecto a las reformas constitucionales, permitiéndole solo pronunciarse sobre vicios en su procedimiento de formación, y la corporación en aplicación a ese criterio de competencia generó un silogismo denominado test de sustitución para determinar la competencia y así considerar sobre lo reformable y lo irreformable. Sus yerros pudieran sintetizarse en: error de procedimiento (subsunción de principios) y premisas ambiguas que resultan en erráticas conclusiones. Este error no es menor si se consideran sus eventuales consecuencias, pues entre los rasgos más propios de los textos constitucionales se encuentra la rigidez de su cambio en comparación al de ley y demás normas inferiores. Por tanto, si existen criterios interpretativos ambiguos no habrá permanencia de normas fundantes y principios orientadores que brinden la seguridad

[15] Contenidos que comprenden lo que pudiera llamarse como régimen constitucional o intangible.

[16] *La norma dispone:*
ART 241, Num 1: Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformatorios de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.

jurídica de la que tanto se urge en los Estados de derecho. En razón a lo planteado sus consecuencias resultan visibles: inseguridad jurídica y desconocimiento de los derechos fundamentales y sus garantías. En lo atinente a la pregunta fruto del problema planteado su respuesta debe responderse en términos argumentales –no afirmativos o negativos-, pues este es un cuestionamiento se responde caso a caso. La corporación en la resolución de los conflictos conocidos por su competencia será la que podrá brindar luces sobre la aplicabilidad de las garantías y contenidos del Estado constitucional, tarea que hasta el momento no se ha desarrollado en la medida y talante requeridos debido a una posición que hasta el momento está en completa contradicción con la génesis y contenidos del Estado constitucional y está en sus manos corregirlo. Esta conclusión deviene de una metodología compuesta por presupuestos ontológicos del Constitucionalismo positivista y Post Positivista, el cual exige evaluar las formas de argumentación de los tribunales constitucionales para evaluar la coherencia interna y externa de sus argumentos. Por tanto, el procedimiento se basó en la escogencia de las providencias C-1040 de 2005, C-1043 de 2005, C-1041 de 2010, C-284 de 2015, junto a un análisis comparativo de los autores propuestos en los objetivos. Esta metodología permitió hallar yerros en el constructo teórico del que se sirve el *"test de sustitución"*, y sus yerros ya expuestos. Para finalizar quisiera expresarles a todos los sectores de una sociedad que se llame democrática, que aquellas condiciones de libertad e igualdad solo podrán preservarse si se realiza revisión periódica de lo que se considere normativo y legítimo. Acorde a ello se podrán disciplinar verdaderamente las normas y sujetarlas a lo que considere derecho[17], y hasta en un en caso dado reinterpretar el contrato social con sus cláusulas y contenidos. Pero en todo caso no se debe permitir a los poderes derivados toarse atribuciones las cuales no se les ha conferido, la praxis del derecho demanda análisis no solo del servidor sino también del ciudadano. Dormir el pensamiento crítico solo genera distanciamiento entre las ficciones legales y la realidad que quiere regular.

[17] En referencia a la tesis del sistema de garantías propuesto por L. Ferrajoli.

Referencias

Atienza, M. (2005). *Las razones del Derecho.* México, D.F: Universidad Nacional Autónoma de México.

C - 022, 1008 (Corte Constitucional 23 de Enero de 1996).

C - 053, D-10890 y D-10907. (Corte Constitucional 10 de Febrero de 2016).

C - 143, D-10400 (Corte Constitucional 6 de Abril de 2015).

C-1040/05, D-5645. (Corte Constitucional 19 de Octubre de 2005).

C-1041, CRF-003 (Corte Constitucional 19 de octubre de 2005).

C-1056, D-5798 (Corte Constitucional 6 de diciembre de 2012).

Ferrajoli, L. (2001). Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Trotta.

Ferrajoli, L. (2004). *Derechos y Garantías, la ley del más débil.* Madrid: trotta.

Häberle, P. (2003). *EL ESTADO CONSTITUCIONAL.* México D.F: Universidad Nacional Autónoma de México.

Rosseau, J.-J. (1988). *El contrato social.* Barcelona: Tenos, S.A.

Sentencia 02724 de 2017 Consejo de Estado, 68001-23-31-000-2006-02724-01(0296-13) (Consejo de Estado).