

¿El consejo superior de la judicatura como pilar fundamental de la constitución? a propósito del principio de autogobierno judicial referido en la sentencia C-285 de 2016

The superior council of the judiciary as a fundamental pillar of the constitution? a purpose of the principle of judicial self-government referred to in judgment c-285 of 2016

Andrés Fernando Mejía Restrepo¹ ✉

Fecha correspondencia:

Recibido: 10 de octubre de 2017.
Revisión: 6 de diciembre de 2017.
Aceptado: 2 de abril de 2018.

Forma de citar:

Mejía, A.F. ¿El Consejo Superior de la Judicatura como pilar fundamental de la constitución? A propósito del principio de autogobierno judicial referido en la Sentencia C-285 de 2016. Revista CES Derecho, (9), 1, enero – junio 2018, 73-93.

Open access

[Términos de uso](#)

[Licencia creative commons](#)

[Ética de publicaciones](#)

[Revisión por pares](#)

[Gestión por Open Journal System](#)

DOI: [http://dx.doi.org/10.21615/](http://dx.doi.org/10.21615/cesder.9.1.5)

[cesder.9.1.5](#)

ISSN: 2145-7719

Sobre los autores:

1. Candidato a Doctor en Derecho Procesal Contemporáneo Universidad de Medellín. Docente Fundación Universitaria del Área Andina seccional Pereira, Risaralda, Pereira.

Una constitución que sobrevive con incesantes modificaciones se degrada al nivel de una ley ordinaria y la materia constitucional se confunde con la lucha política cotidiana. "The earth belongs to the living" ("la tierra pertenece a los vivos"), afirmaba Thomas Jefferson, y la Revolución Francesa proclamó que "una generación no tiene el derecho de sujetar a sus leyes a las generaciones futuras, y toda herencia en las funciones constitucionales es absurda y tiránica". Se querían constituciones de vida breve –34 años según Jefferson; 20 para los revolucionarios en Francia– de manera que se permitiera a cada generación "reconstitucionalizarse" por medio de desgarros, a golpe de tambor, si no de canon. Las cosas no han sido así. La constitución no se cambia como una ley cualquiera, ni prescribe en una fecha determinada. Entre la generación constituyente y las sucesivas se instituye una relación como la que existe entre padres (los "padres fundadores") y los hijos sucesores. A cada generación de herederos le corresponde "mejorar y perpetuar", no echar al viento, el legado, recibido. La ley de la buena vida de las constituciones es el desarrollo en la continuidad. El instrumento normal es la jurisprudencia; la reforma es un instrumento excepcional. (Zagrebel'sky, 2006, p.165)

Resumen

En el presente artículo se pretenden analizar, previa referencia conceptual a elementos necesarios vinculados con la sentencia como los de poder constituyente, límites al poder de reforma y juicio de sustitución de la Constitución, los argumentos esgrimidos por parte de la Corte Constitucional con el objeto de justificar su posición respecto de la inconstitucionalidad de la reforma señalada en la sentencia C-285 de 2016 por cuanto sustituye un pilar fundamental de la Constitución, cual es el del principio de autogobierno judicial, resultando problemático el uso de este principio como fundamento de la decisión adoptada, toda vez que, de una parte, el mismo no se encuentra dentro del clausulado constitucional, en tanto que, de otra, se podrían señalar otros principio que pugnarían con este y de los cuales devendría constitucional la reforma intentada.

Palabras clave: Autogobierno judicial, Consejo Superior de la Judicatura, juicio de sustitución, sentencia C-285 de 2016, Corte Constitucional.

Abstract

This article intends to review, based on conceptual reference to necessary elements related to the judicial decision as the constituent power, limits to the power of reform and substitution judgement of the Constitution, the arguments put forward by the Constitutional Court in order to justify its position regarding the unconstitutionality of the reform indicated in the court verdict C-285 of 2016 because it replaces a fundamental pillar of the Constitution, which is the principle of judicial self-government, the use of this principle as a basis for the decision adopted is problematic, since, on the one hand, it is not within the constitutional clause, while on the other, other principles could be pointed out that would conflict with this and based on them the attempted reform would become constitutional.

Keywords: judicial self-government, Superior Council of the Judiciary, substitution judgment, verdict C-285 of 2016, Constitutional Court.

Del poder Constituyente originario y derivado

El 31 de Enero de 2017 Neil Gorsuch era nominado para reemplazar al fallecido Antonin Scalia como juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, y en su discurso de aceptación de la nominación profirió las siguientes palabras:

I respect, too, the fact that in our legal order it is for Congress and not the courts to write new laws. It is the role of judges to apply, not alter, the work of the people's representatives. A judge who likes every outcome he reaches is very likely a bad judge..... stretching for results he prefers rather than those the law demands. ([Gorsuch: I Will Be A Faithful Servant Of The Constitution, 2017](#))

De esta manera, el ahora juez del único tribunal de cierre jurisdiccional del país Norteamericano dejaba clara su posición respecto de la función del juez, esto es, la de ceñirse a los textos creados por el legislador, y auto restringirse, pretendiendo solo ser el aplicador de las normas expedidas por el legitimado para ello, el lugar de "crear derecho".

En Colombia, por su parte, el 3 de mayo de 2017 fueron elegidos 2 nuevos magistrados de la Corte Constitucional, una de ellas fue Cristina Pardo, quien en su intervención ante el Senado aseguraba:

Ahora bien, algunos de los métodos de análisis de la Corte, debo decirlo, han servido últimamente en algunos momentos, pocos por fortuna, para propiciar un activismo judicial que es necesario autocontrolar, doctrinas como la de la sustitución de la Constitución y el recurso injustificado a los llamados fallos de constitucionalidad condicionada han permitido en algunas pocas ocasiones, por fortuna, sin suficiente solidez argumentativa, la franca intromisión de la Corte en la órbita de las funciones del Congreso de la República tanto en su rol de legislador, como de constituyente secundario. ([Cristina Pardo y Carlos Bernal, nuevos magistrados de la Corte Constitucional, 2017](#)) (Subrayas propias).

Estas posiciones, que si bien, no son asimilables de manera plena, gozan de homogeneidad bajo el entendido de que a las 2 subyace la idea de la auto restricción (self restraint) por parte de los jueces.

La Constitución de los Estados Unidos se encuentra vigente desde 1.787 y se le han introducido 27 enmiendas¹, 10 de ellas llevadas a cabo en un solo acto (Bill of Rights de 1.791), entretanto, la Constitución Política de Colombia se encuentra vigente desde 1.991 y ha contado con 44 reformas constitucionales, de las cuales, las últimas (3 en 2017 y 1 en 2016) han respondido a la implementación de los acuerdos de paz alcanzados con la guerrilla de las FARC, teniendo en algunos casos, alcances tan grandes como el del Acto Legislativo 02 de 2015, a través del cual se efectuaron adiciones, modificaciones, derogaciones y sustituciones a por lo menos una veintena de artículos constitucionales.

Esta realidad pone de presente 2 orillas del problema de la reforma de la Constitución, en una, un casi anquilosamiento del texto constitucional, en tanto que en la otra, un excesivo ejercicio de reforma constitucional que podría eventualmente desnaturalizar el concepto mismo de la Constitución como norma de normas y las convicciones plasmadas por el pueblo a través de la Asamblea Nacional Constituyente en ella; en ese sentido, se podría decir que, al decir de Stern ([1997, como se citó en Alcalá](#)) la Constitución Colombiana carecería del consenso necesario para pervivir en el tiempo:

Una constitución solo tendrá durabilidad si es obra de la participación y adhesión de los diversos sectores que integran la sociedad política, y el conjunto de la colectividad la hace suya; por el contrario, no permanecerá si es obra sólo de una parte del cuerpo político de la sociedad; sólo la adhesión sustantiva del de la sociedad es garantía de eficacia de las normas constitucionales y de su perdurabilidad, así como otorga a los gobernantes la autoridad para exigir legítimamente su acatamiento (p.13).

Lograr un justo medio entre la estabilidad necesaria y perdurabilidad que requiere tener una Constitución, y el advenimiento de nuevas generaciones, realidad y aspectos novedosos no regulables bajo el texto original, motivo por el cual resulta imprescindible su modificación, es el punto más álgido del debate, ¿Cuál es el alcance de la Constitución? ¿Cuáles son los límites a la posibilidad de reformarla?; estas cortas líneas no tienen como pretensión, dar cuenta, desde el punto de vista material, de estos aspectos; no obstante, si resulta menester señalar aspectos nucleares que enriquezcan el debate.

Thomas Jefferson (1987, como fue citado en [Carbonell, 2012](#)) consideraba que una Constitución tiene un periodo de vigencia dependiendo de la generación que la promulgara; en ese sentido, en escrito a James Madison de 6 de Septiembre de 1789 le exponía:

los vivos tienen la tierra en usufructo; y los muertos no tienen poder ni derechos sobre ella. La porción que ocupa un individuo deja de ser suya cuando él mismo ya no es, y revierte a la sociedad (...) ninguna sociedad puede hacer una constitución perpetua, ni tan siquiera una ley perpetua. La tierra pertenece siempre a la generación viviente: pueden, por tanto, administrarla, y administrar sus frutos, como les plazca, durante su usufructo (...) toda constitución, y toda ley, caducan naturalmente pasados treinta y cuatro años. (p.517-521).

1. Proceso que se adelanta bajo los parámetros señalados en el artículo 5 de la Constitución:

The Congress, whenever two thirds of both houses shall deem it necessary, shall propose amendments to this Constitution, or, on the application of the legislatures of two thirds of the several states, shall call a convention for proposing amendments, which, in either case, shall be valid to all intents and purposes, as part of this Constitution, when ratified by the legislatures of three fourths of the several states, or by conventions in three fourths thereof, as the one or the other mode of ratification may be proposed by the Congress; provided that no amendment which may be made prior to the year one thousand eight hundred and eight shall in any manner affect the first and fourth clauses in the ninth section of the first article; and that no state, without its consent, shall be deprived of its equal suffrage in the Senate.

Madison (2005, como fue citado en [Carbonell, 2012](#)), dando respuesta a la tesis de Jefferson preguntaba a través de carta del 4 de febrero de 1790:

¿Un Gobierno reformado con tanta frecuencia no se haría demasiado mutable como para conservar en su favor los prejuicios que la antigüedad inspira y que tal vez constituyen una saludable ayuda para el más racional de los Gobiernos en la más ilustrada era? ¿No engendraría tan periódica revisión facciones perniciosas que de otra manera no podrían cobrar experiencia? (p.102-103)

Así pues, Madison es de la posición que el texto constitucional debe ser vigente en la medida que genere utilidad a las generaciones futuras, si esta no existe, la forma de gobierno deberá cambiarse; pero eso no es algo que se pueda predeterminar con una temporalidad acotada, tal y como Jefferson propone ([Carbonell, 2012, p.353](#)). Por tanto, en el caso de Colombia "entre la generación constituyente y las sucesivas se instituye una relación como la que existe entre padres (los "padres fundadores") e hijos sucesores. A cada generación de herederos le corresponde "mejorar y perpetuar", no echar al viento, el legado recibido" ([Zagrebelsky, 2009,p.156](#)).

Poder Constituyente Originario

El concepto de constituyente originario se encuentra intrínsecamente relacionado con la idea de soberanía y de pueblo como cuerpo político de la sociedad; así, este poder no encuentra límite alguno diferente a los derechos fundamentales de los asociados, y los Tratados y Convenios suscritos por el país, pudiendo, por tanto, originar las cláusulas que desee, siempre y cuando respete los parámetros previamente señalados. Es entonces este poder originario del que deriva todo derecho positivo.

Esta teoría del poder constituyente fue propuesta por Emmanuel Sieyés, a fines del 1789, en la obra *¿Qué es el Estado Llano?*, en la que explica a partir de este concepto "una vinculación de la autoridad a la Ley Fundamental que emanaba de la nación soberana. Así, gobernantes y gobernados quedaban subordinados a la Constitución."([Alcalá, 2009, p.230](#)). Como el poder constituyente no se encuentra atado a ninguna norma jurídica preexistente, "es un poder pre-jurídico que actúa libre de toda forma y control" ([Alcalá, 2009, p.231](#)).

En palabras del mismo Sieyés:

«El poder constituyente todo lo puede... No se encuentra de antemano sometido a ninguna Constitución... Por ello, para ejercer su función ha de verse libre de toda forma y todo control, salvo los que a él mismo le plugiera adoptar». En otros términos, el poder constituyente es inicial, autónomo e ilimitado. Es decir, se caracteriza por su libertad total. Jurídicamente, esta independencia significa que es un poder con «competencia total»; que ninguna norma anterior, ni de fondo ni de forma, puede limitarlo, dado que constituyendo la fuente político-jurídica del ordenamiento estatal, está lógicamente calificado para derogarlo o limitarlo. En otros términos, el poder constituyente encuentra su fundamento en sí mismo. ([Hernández, 1993, p.144](#)).

La Corte Constitucional, en sentencia C-544 de 1992, recordó que:

el poder constituyente es el pueblo, el cual posee per se un poder soberano, absoluto, ilimitado, permanente, sin límites y sin control jurisdiccional, pues sus actos son político-fundacionales y no jurídicos, y cuya validez se deriva

de la propia voluntad política de la sociedad. ([Corte Constitucional, Sentencia C 544 de 1992](#)).

Como se ha señalado, al no encontrarse el poder constituyente originario atado a norma jurídica alguna, mal podría considerarse que su naturaleza es de carácter jurídico, por el contrario, su esencia es de tipo político, y el fundamento que le subyace, el de la legitimidad, es decir, el poder constituyente debe ser un poder legítimo, esto es, aceptado por la sociedad, tal y como con claridad innegable refiere Cecilia Mora Donatto. Por tanto, "El poder constituyente sería un poder pre-jurídico" ([De vega García, 1985.p.24](#)).

Poder Constituyente Derivado

El poder constituyente surge cronológicamente posterior al poder originario, ya que halla su fundamento y límite, precisamente en aquel; este poder constituyente derivado:

Se refiere a la capacidad que tienen ciertos órganos del Estado, en ocasiones con la consulta a la ciudadanía, de modificar una Constitución existente, pero dentro de los cauces determinados por la Constitución misma. Ello implica que se trata de un poder establecido por la Constitución, y que se ejerce bajo las condiciones fijadas por ella misma. Tales condiciones comprenden asuntos de competencia, procedimientos, etc. ([Corte Constitucional, Sentencia C 551 de 2013](#)).

En efecto, al ser las Constituciones obras imperfectas que responden a una realidad histórica y cultura concreta, debe relacionar las herramientas y procedimientos para efectuar cambios a su texto, de modo tal que sean ajustables a nuevas realidades y desafíos jurídicos y políticos, así como para llenar los vacíos o lagunas de estas (Alcalá, 2009, p.238), sin embargo, este poder, a diferencia del originario, no es ilimitado aunque se trate "del poder dotado de la máxima eficacia jurídica entre todos los previstos en el ordenamiento actual" ([Zagrebelky, 2000, p.73](#))

El punto de partida del constituyente derivado es pues, la Constitución misma, y a ella debe sujetarse, sin importar que el producto de una reforma constitucional ostente el mismo grado, validez y eficacia de la Constitución misma, y, ya que es un poder regulado, tiene, a diferencia del originario, límites. El poder constituyente derivado en últimas, resulta siendo, el poder de reforma constitucional.

Aspectos en torno a la reforma de la Constitución

El poder de reforma constitucional entraña problemas de diversa índole que resultan ser más evidentes y dramáticos en países como Colombia en los que esta práctica que se debe solo usar de manera excepcional con el objeto de adecuar la Carta a nuevas realidades, se realiza de manera habitual y frecuente, no queriendo decir con ello que estas sean siempre carentes de contenido relevante y alineado con la finalidad primordial de la institución jurídica, pero, sin negar que efectivamente han sido varias las ocasiones en las que se ha usado el instrumento para regular materias respecto de las cuales no era absolutamente necesario acudir al procedimiento.

De los límites al poder de reforma

Considera el profesor [Ricardo Guastini \(2003\)](#) que, en definitiva, aún en ausencia de cláusulas pétreas consagradas de manera taxativa en las Constituciones, los textos fundamentales contienen límites materiales y en ese sentido manifiesta:

Casi todas las Constituciones contemporáneas son escritas y al mismo tiempo, rígidas (...) la constitucionalización es más acentuada en aquellos ordenamientos en los cuales- según la doctrina de los juristas y, lo que más cuenta, según la jurisprudencia de los tribunales constitucionales-, existen principios constitucionales (expresamente formulados o meramente implícitos) que no pueden ser modificados en modo alguno: ni siquiera mediante el procedimiento de revisión constitucional. (p. 51)

Pues bien, la Corte Constitucional colombiana ha optado a partir de la sentencia C-551 de 2003 por la tesis según la cual existen límites implícitos materiales al poder reforma, lo que en términos prácticos significa que a pesar de que en la Constitución no se consagran parámetros que alinderen las materias que pueden ser objeto de reforma, sí existen elementos supraconstitucionales que no pueden ser modificados. Respecto de los límites materiales implícitos, el profesor colombiano Gonzalo Ramírez Cleves² publicó un artículo en el que aborda la materia, señalando que existen límites temporales, circunstanciales, lógicos y axiológicos. A riesgo de carecer de la rigurosidad que exige un ejercicio analítico apropiado para la importancia de la materia que se trata, solo se referirán los límites lógicos y axiológicos; respecto de los primeros, señala Cleves (como se citó en Cajas Sarria, 2003) que:

En general, los límites lógicos utilizan herramientas propias de la argumentación jurídica. Se trata de establecer hasta dónde llegan los poderes constituidos, y se concluye que estos no pueden destruir la elaboración política y normativa, de tal manera que les está vedado convertirse en poderes constituyentes cuando pretendan, por intermedio de la modificación de los procedimientos de reforma, otorgarse tales poderes (p. 69)

Respecto de los límites axiológicos, el profesor señala que existen 2 tipos, el primero se refiere a linderos explícitos textuales tal y como se señala en el artículo 16 la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), según el cual, "Toda sociedad en la cual no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes no tiene Constitución", este límite sirve de fundamento a Iván Vila Casado para argumentar que la Corte Constitucional al elaborar el concepto del juicio de la sustitución de la Constitución y considerar que:

no podría utilizarse el poder de reforma para sustituir el Estado social y democrático de derecho con forma republicana (CP art. 1º) por un Estado totalitario, por una dictadura o por una monarquía, pues ello implicaría que la Constitución de 1991 fue remplazada por otra diferente, aunque formalmente se haya recurrido al poder de reforma. ([Sentencia C-551 de 2003](#)).

Incurre en un absurdo solo "para darle espectacularidad al sofisma, ya que un Estado totalitario o un Estado sometido a una dictadura sencillamente carecen de Constitución" ([Villa C., 2012, p. 215](#)); por su parte, el segundo hace referencia a los límites implícitos textuales que son "cláusulas de intangibilidad que no están expresadas en el derecho positivo, pero que se deducen por medio de una interpretación extensiva o por un sinónimo de la intangibilidad o inmutabilidad prevista y positivizada" (Cajas S., 2004, p. 23); como se puede intuir, este tipo de cláusulas implícitas comportan dificultades respecto de su racionalidad y justificación, ya que eventualmente se pueden estar legitimando decisiones de carácter meramente subjetivo cobijadas con un

2. La Reforma Constitucional y las garantías del poder constituyente: los derechos fundamentales como paradigma. Revista Temas de Derecho Público No 69, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

ropaje de “objetividad” fundamentada en la intangibilidad de esas cláusulas etéreas, no explícitas y que pertenecen a un catálogo no tipificado, no exhaustivo y que nadie conoce; en efecto, en sentencia C - 1040 de 2005 expresó la Corte Constitucional:

No precisó la Corte cuáles principios y valores contenidos en la Constitución son definitorios de su identidad, ni tampoco de qué manera, principios y valores no contenidos en la Constitución, pero que surgen del bloque de constitucionalidad, pueden contribuir a identificar los elementos definitorios de la identidad de la Constitución. Esa es una labor que corresponde adelantar al juez constitucional cuando las circunstancias del caso concreto le exijan precisar el alcance de esas afirmaciones. ([Corte Constitucional, Sentencia C 1040 de 2005](#)).

En la misma línea, en sentencia C-579 de 2013 puntualizó:

Como ha resaltado la Corte en varias oportunidades, el concepto de sustitución es una idea en construcción; no existen criterios únicos que permitan a la Corte en términos generales señalar las hipótesis que constituyen una sustitución. Sin embargo, la Corte en su jurisprudencia ha señalado algunos ejemplos de ejes definitorios de la Carta que pueden guiar esta tarea. ([Corte Constitucional, Sentencia C 579 de 2013](#)).

En términos simples, se podría afirmar que los límites implícitos son “descubiertos”³ por la Corte Constitucional (y solo por ella naturalmente) con cada caso que se le plantea, y así, estos límites que hacen parte de la teoría del juicio de la sustitución solo pueden ser contrastados de manera racional por ella y ante ella, sin chance (salvo, parcialmente, frente a elementos esenciales previamente descubiertos –límites materiales implícitos-) de que en virtud de la previsibilidad de las decisiones jurídicas (seguridad jurídica), los asociados puedan inferir de manera anticipada si se está ante la “sustitución” de un elemento fundamental de la Constitución o no. Por tanto, y si se acepta (como se debe aceptar) que de entrada las decisiones judiciales tienen una carga de discrecionalidad⁴ irreductible tal y como señalaba el maestro Couture⁵, más aún lo es un tipo de decisión en la que para adoptarla, de inicio no se tiene regla base para contrastar, sino que la misma es confeccionada (hallada) por la Corte Constitucional y con posterioridad ella misma es la que determina si la reforma

3. Estos son algunos elementos definitorios de la identidad de la Constitución Política de Colombia que la Corte ha hallado:

En la [Sentencia C-551 de 2003](#) : el modelo de Estado Social y Democrático de Derecho define nuestro diseño constitucional.

En la [Sentencia C-1040 de 2005](#): (i) la separación de poderes con colaboración armónica y un sistema de frenos y contrapesos, (ii) la organización como república unitaria, descentralizada y con autonomía de sus entidades territoriales, (iii) el sistema político democrático, participativo y pluralista, (iv) la forma de gobierno presidencial y (v) el principio de supremacía constitucional.

En la [Sentencia C - 588 de 2009](#): El mérito y la capacidad del funcionario público como fundamentos de la carrera administrativa es un elemento que define nuestro modelo constitucional y que tiene un nexo intrínseco con el adecuado cumplimiento de los fines del Estado y la igualdad. En ese fallo, se identificaron como características esenciales de ese elemento, entre otros, el principio del mérito como criterio de acceso a la función pública, el cual se traduce en la obligación de adelantar concursos públicos por regla general, el de igualdad de oportunidades y la prohibición de acceso automático a cargos de carrera. La Corte concluyó que el Acto Legislativo 01 de 2008 sustituyó este axioma por un derecho de inscripción extraordinaria basado en el privilegio de ocupar un cargo como provisional o encargado, es decir, por la prevalencia de la experiencia, con lo que se configuraba una sustitución parcial de la Constitución.

En la [Sentencia C-141 de 2010](#): la posibilidad de una segunda reelección consecutiva del Presidente de la República sí sustituye el sistema de gobierno presidencial, en tanto conduce al quebrantamiento de la regla de alternación en el ejercicio del poder público (cuyas finalidades son, entre otras, evitar la concentración de poder presidencial y permitir controles entre los distintos poderes –sistema de frenos y contrapesos-).

En la [Sentencia C-303 de 2010](#): Los principios de soberanía popular, democracia participativa y participación democrática son aspectos definitorios de la Constitución Política de 1991.

En la [Sentencia C-288 de 2012](#): La separación de poderes y la cláusula de Estado Social de Derecho son aspectos estructurales de la Constitución. En la [Sentencia C-1056 de 2012](#): la moralidad pública, la prevalencia del interés general, el deber de los congresistas de actuar en procura de la justicia y el bien común, y la posibilidad de que los electores controlen la actuación de los elegidos. La Corte declaró [inexequible](#) el acto legislativo censurado.

4. Hart señalaba: Todas las reglas importan reconocer o clasificar casos particulares como ejemplos de términos generales, y frente a cualquier regla es posible distinguir casos centrales claros, a los que ella sin duda se aplica, y otros casos en los que hay tantas razones para afirmar como para negar que se aplica. Es imposible eliminar esta dualidad de un núcleo de certeza y una penumbra de duda, cuando se trata de colocar situaciones particulares bajo reglas generales. Esto imparte a todas las reglas un halo de vaguedad o “textura abierta”, y ello puede afectar tanto la regla de reconocimiento que especifica los criterios últimos usados en la identificación del derecho, como una ley particular. En: HART, Herbert Lionel Adolphus, traducción: Genaro R. Carrio. El concepto de derecho. Buenos Aires. Editorial Abeledo-Perrot. 2007. p. 153.

5. Interpretar es, aún inconscientemente, tomar partido en una concepción del derecho, que es como decir del mundo y de la vida. Interpretar es dar vida, hacer viviente, una norma. Esta es una simple proposición hipotética de una conducta futura. Como tal es un objeto ideal, invisible (ya que el texto escrito es la representación de la norma, pero no la norma misma), y susceptible de ser captado por el razonamiento y por la intuición. Pero el razonamiento y la intuición pertenecen a un hombre determinado y, por tal causa, están cargados de subjetividad. Todo intérprete es, aunque no lo quiera, un filósofo y un político de la ley. Eduardo J. Couture. Estudios de derecho procesal civil. Tomo III, El juez, las partes y el proceso. Ediciones Depalma, tercera edición. Buenos Aires. 1998, p. 26.

introducida es compatible con la regla por ella producida (se insiste, hallada); a esto debe aunarse el hecho de que algunas de estas decisiones se adoptan con mayorías mínimas⁶.

Límites formales al poder de reforma

Como previamente se había determinado, el poder constituyente de reforma se halla sometido a los parámetros señalados por el poder originario a través de la Constitución Política; así las cosas, el Título XIII de la Constitución se denomina "De la reforma de la Constitución", estableciendo en su artículo 374⁷ los competentes para reformarla; respecto de aquellos, el artículo 375⁸ señala a qué organismos les corresponde la iniciativa para presentar proyectos de acto legislativo y el trámite que debe seguirse en el Congreso para su aprobación. Por su parte, el artículo 376⁹ estipula el procedimiento para la convocatoria a una Asamblea Constituyente, en tanto que el artículo 378¹⁰ determina las reglas para la convocatoria a un referendo.

Teniendo en cuenta que esos son los únicos parámetros establecidos por el constituyente originario para llevar a cabo reformas constitucionales, se podría inferir de manera lógica, por lo menos en principio, que no existen materias prohibidas respecto de su reforma, es decir, cláusulas de intangibilidad.

De los límites materiales al poder de reforma y el juicio de sustitución

De este modo, los tribunales constitucionales "en su tarea de control de constitucionalidad de las reformas constitucionales no se limitan a garantizar el texto formal de la Constitución, sino también los principios y valores no escritos que se infieren del texto constitucional y de su espíritu" ([Brewer, 2007, p.250](#)).

En efecto; tal y como considera [Alcalá \(2009\)](#):

Cualquiera que sea la modalidad a través de la cual opere el poder constituyente derivado o poder de reforma de la Constitución, este no puede destruir la Carta Fundamental. Ello implica que la Constitución establece límites explícitos o implícitos al poder constituyente derivado.

La operación del poder constituyente derivado, o poder de reforma constitucional, excluye dos hipótesis posibles de alteración del texto constitucional: el cambio total y el cambio parcial de la Constitución fuera del procedimiento y límites impuestos por la Constitución. (p.239)

Una vez establecido que el poder de reforma tiene unos límites materiales (aunque no taxativos), la Corte Constitucional plantea que caso por caso se deben determinar los elementos sobre los que el Congreso no es "competente" porque al proceder sobre

6. La sentencia C-588 de 2009 fue adoptada con una votación de 5-4, salvaron el voto en aquella ocasión los magistrados: Nilson Pinilla, Mauricio González, Humberto Sierra Porto y Jorge Ignacio Pretelt.

7. La Constitución Política podrá ser reformada por el Congreso, por una Asamblea Constituyente o por el pueblo mediante referendo.

8. Podrán presentar proyectos de acto legislativo el Gobierno, diez miembros del Congreso, el veinte por ciento de los concejales o de los diputados y los ciudadanos en un número equivalente al menos, al cinco por ciento del censo electoral vigente.

El trámite del proyecto tendrá lugar en dos períodos ordinarios y consecutivos. Aprobado en el primero de ellos por la mayoría de los asistentes, el proyecto será publicado por el Gobierno. En el segundo período la aprobación requerirá el voto de la mayoría de los miembros de cada Cámara.

En este segundo período sólo podrán debatirse iniciativas presentadas en el primero.

9. 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 entenderá que el pueblo convoca la Asamblea, si así lo aprueba, cuando menos, una tercera parte de los integrantes del censo electoral.

La Asamblea deberá ser elegida por el voto directo de los ciudadanos, en acto electoral que no podrá coincidir con otro. A partir de la elección quedará en suspenso la facultad ordinaria del Congreso para reformar la Constitución durante el término señalado para que la Asamblea cumpla sus funciones. La Asamblea adoptará su propio reglamento.

10. Por iniciativa del Gobierno o de los ciudadanos en las condiciones del artículo 155, el Congreso, mediante ley que requiere la aprobación de la mayoría de los miembros de ambas Cámaras, podrá someter a referendo un proyecto de reforma constitucional que el mismo Congreso incorpore a la ley. El referendo será presentado de manera que los electores puedan escoger libremente en el temario o articulado qué votan positivamente y qué votan negativamente.

La aprobación de reformas a la Constitución por vía de referendo requiere el voto afirmativo de más de la mitad de los sufragantes, y que el número de éstos exceda de la cuarta parte del total de ciudadanos que integren el censo electoral.

estos asuntos no estaría reformando, sino sustituyendo la Constitución. La Corte Constitucional ha señalado a lo que se refieren los límites al poder de reforma y la diferenciación existente entre este y otros fenómenos:

La jurisprudencia constitucional ha reconocido que el procedimiento de formación de las reformas constitucionales comprende, entre otros aspectos, la competencia de los órganos o instancias con poder de reforma como presupuesto necesario del procedimiento. En este orden de ideas, esta Corporación ha señalado que es competente para examinar que el poder de reforma haya sido ejercido dentro de los límites competenciales que se desprenden de la propia Carta con el fin de que, mediante el poder de reforma, no se sustituya la Constitución.

(...)

La reforma es diferente a la mutación, la cual se presenta cuando hay una transformación en la configuración del poder político, sin que dicha transformación se registre en el texto constitucional. Otro fenómeno ligado es el de la destrucción, el cual "(...) se produce cuando se suprime la Constitución existente y esa supresión está acompañada de la del poder constituyente en que la Carta se basaba". La supresión de la Constitución se diferencia de la destrucción en que se conserva el poder constituyente en el que la constitución suprimida se basa, lo que produce resquebrajamiento de la continuidad jurídica; el poder constituyente adopta entonces una nueva constitución en la que actúa como constituyente originario. Otro fenómeno importante es el quebrantamiento de la Constitución, el cual hace alusión a la "(...) la violación de prescripciones constitucionales 'para uno o varios casos determinados, pero a título excepcional, es decir, bajo el supuesto de que las prescripciones quebrantadas, siguen inalterables en lo demás, y, por lo tanto, no son ni suprimidas permanentemente, ni colocadas temporalmente fuera de vigor'. Finalmente, la Corte se ha referido a la suspensión de la Constitución, que se produce "(...) cuando 'una o varias prescripciones son provisionalmente puestas fuera de vigor'"; esta situación puede o no estar prevista en la Constitución. De otro lado, la sustitución consiste en (i) el reemplazo de la Constitución -o de alguno de sus ejes definitorios- por un modelo constitucional diferente, (ii) en ejercicio del poder de reforma. En este sentido, en la [Sentencia C-1200 de 2003](#), la Corte indicó que la sustitución implica un cambio de tal magnitud y trascendencia material, que conduce a transformar la "forma de organización política" en una diferente. ([Sentencia C-579 de 2013](#)).

Pero, ¿qué es la sustitución de la Constitución?, [Zagrebelky \(2006\)](#) ha considerado que:

el poder de revisión de la Constitución se basa en la misma Constitución, si la contradijera como tal, para sustituirla por otra, se transformaría en un poder enemigo de la Constitución y no podría invocarla como base de su validez. Quien combate a un enemigo no puede pretender hacerlo en nombre del mismo enemigo: 'los órganos que actúan contra la Constitución dejan de ser sus órganos. (p.73)

Ahora, ¿en qué numeral del artículo 241 C.N. se encuentra establecida la competencia de la Corte para realizar un ejercicio de estudio de fondo?, es evidente, a primera vista, que el constituyente quiso limitar el ejercicio de la Corte a aspectos meramente formales, es por ello que el juez colegiado realiza un ejercicio de razonamiento con

el objeto de arrogarse la competencia para conocer de fondo respecto de las reformas a la Constitución:

En tal contexto, como las autoridades sólo pueden hacer aquello que les está expresamente permitido (CP arts 6 y 121), y la Constitución no sólo no consagra expresamente (pudiendo haberlo hecho) la posibilidad de sustitución total de la Carta, sino que además establece expresamente que la Constitución "podrá ser reformada" (Título XIII), una conclusión se impone: en el constitucionalismo colombiano, el poder de reforma tiene límites competenciales, pues no puede sustituir la Constitución de 1991. Se trata de un límite expresamente establecido por el Constituyente originario en el artículo 374 de la Constitución adoptada en 1991 por la Asamblea Constituyente como comisionada del pueblo soberano. ([Corte Constitucional, Sentencia C 551 de 2003](#)).

Así, la Corte considera un elemento esencial del procedimiento, la competencia, y en últimas lo que hace no es más que un estudio de forma previa para determinar si el Congreso se encuentra excediendo su ámbito competencial de reforma y en su lugar está sustituyendo la Constitución a través del Acto Legislativo, lo que en términos prácticos implica que realiza un estudio de constitucionalidad de fondo

De otra parte, se debe también especificar la metodología para la aplicación del juicio de la 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.
- 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. ([Corte Constitucional, Sentencia C 574 de 2011](#)).

Del juicio de sustitución de la Constitución, quedan algunas preguntas por resolver:

- a) ¿Cuáles son aquellos elementos estructurales que de ser modificados la Constitución deja de ser la Constitución y pasa a ser otra?
- 6) ¿Qué parámetros racionales se pueden establecer para deslindar una reforma de una sustitución?

Ambas preguntas no encuentran respuesta en los pronunciamientos de la Corte, en efecto:

El concepto de sustitución no es un concepto completo, acabado o definitivamente agotado que permita identificar el conjunto total de hipótesis que lo caracterizan, puesto que las situaciones concretas estudiadas por la Corte sólo le han permitido sentar unas premisas para avanzar en la difícil tarea de precisar los contornos de ese límite competencial al poder de reforma constitucional. En este sentido se trata de un control de tipo inductivo y no deductivo, porque la Corte analizará en cada caso concreto si el principio estructural fue sustituido, pero al mismo tiempo el precedente en torno a la definición del principio servirá para resolver si se presentó o no la sustitución de la Constitución en casos posteriores. ([Corte Constitucional, Sentencia C 574 de 2011](#)).

Análisis de la sentencia C-285 de 2016

En esta sentencia la Corte Constitucional se inhibe para pronunciarse acerca de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, no obstante, el Consejo de Gobierno Judicial y la Gerencia de la Rama fueron declarados inconstitucionales por haber sustituido pilares fundamentales de la Constitución Política de Colombia.

Normas demandadas

Parcialmente: artículos 15 y 26 Acto Legislativo 02 de 2015.

Plenamente: artículos 16, 17, 18 y 19 del Acto Legislativo 02 de 2015.

Fundamento de la presunta inconstitucionalidad según el demandante

- El nuevo modelo de gobierno y administración de la Rama Judicial suprimió los principios esenciales del texto constitucional que orientaron la definición de la estructura del Estado en general, y la del Poder Judicial en especial: la independencia y la autonomía judicial.
- estos dos principios son definitorios del ordenamiento y no podían ser sustituidos o eliminados por el Congreso mediante un Acto Legislativo. La fundamentalidad de la independencia y de autonomía judicial se derivaría, del propio texto constitucional, en la medida en que ambas directrices irradiaron todo el ordenamiento superior. Las disposiciones constitucionales expresión de los principios son: artículo 113 superior, (principio de separación de poderes), y los preceptos que crearon el Consejo Superior de la Judicatura, para concluir que a todo el diseño institucional del Estado subyacen los principios de independencia y autonomía judicial.

Problema jurídico que aborda la Corte

Establecer si el nuevo esquema de gobierno y administración de la Rama Judicial sustituyó, suprimió o anuló los elementos esenciales de la Constitución de 1991 a partir de los cuales se estructuró el sistema de administración de justicia, y si, por tanto, al haberse excedido el Congreso en sus competencias de reforma constitucional, se debe declarar la inexecutable de la preceptiva acusada.

Ratio decidendi

Aunque el constituyente secundario tenía plena facultad para modificar el modelo y el arreglo institucional que materializa el gobierno y administración de la Rama Judicial, incluso suprimiendo el Consejo Superior de la Judicatura, debía hacerlo respetando el autogobierno judicial, y que, en este caso, el nuevo diseño institucional suprimió este principio.

Esa supresión se explica en que aunque se creó un modelo que formalmente atribuye las funciones de gobierno y administración de la Rama Judicial a dos instancias que se integran a la misma, al mismo tiempo el sistema institucional fue configurado de tal modo que los referidos órganos carecen de la capacidad para dirigir y conducir el poder judicial, y cumplir con su objetivo misional.

Asuntos para debatir

El principio de autogobierno judicial

El principio de autogobierno judicial es, según lo expone la Corte en la sentencia, una expresión de la autonomía de la Rama, la independencia judicial y la separación de poderes. Este principio exige, según la Corte:

- a) La existencia de una institucionalidad endógena a la Rama Judicial, capaz de dirigirla y conducirla tanto en su condición de órgano, como en su condición de

función estatal, es decir, capaz de garantizar el funcionamiento de la institucionalidad judicial y la marcha de la administración de justicia. Estos presupuestos no son cumplidos por el Acto reformativo en tanto:

I. Aunque formalmente se crearon dos instancias encargadas del gobierno y administración del poder judicial, desde una perspectiva material no existe un órgano ni un sistema orgánico articulado y cohesionado que pueda ser considerado como una nueva institucionalidad de autogobierno.

II. Aunque los entes encargados del gobierno y administración de la Rama se ubicaron dentro de la estructura de la Rama Judicial, al mismo tiempo, su configuración, así como la creación de un sistema orgánico vulnerable a las mediaciones de actores externos, y la deliberada institucionalización de estas interferencias, significa que tales órganos dejan de ser, desde un punto de vista sustancial, endógenos al poder judicial.

III. Aun cuando en la reforma constitucional se instauró una institucionalidad dentro de la Rama Judicial a la que nominalmente se le asignó la función de dirigirla, la configuración específica de este modelo impide a los órganos correspondientes materializar este rol.

Respecto del carácter **endógeno** de las instituciones en las cuales se manifieste el principio de autogobierno, establece la Corte que el modelo anterior a la reforma consagraba:

Manera expresa en la Constitución, tres ingredientes: **(i)** la conformación del órgano de autogobierno por magistrados, **(ii)** elegidos por los órganos que conforman la cúpula de la jurisdicción y **(iii)** que tienen como requisito ser abogados y haber ejercido con buen crédito la profesión.

Adicionalmente, y como desarrollo legislativo del modelo, en la ley estatutaria de la administración de justicia se previó la existencia de una comisión interinstitucional que asegurara la comunicación permanente del órgano de autogobierno, tanto con los órganos jurisdiccionales, como con las instancias del Estado encargadas de las políticas públicas en materia de justicia y de presupuesto.

De este modo, en el modelo previo a la reforma, el carácter endógeno del órgano de autogobierno se aseguraba por la calidad de sus integrantes, su origen en la propia Rama y la existencia de una instancia de articulación de políticas con los órganos a cuyo cargo están las competencias jurisdiccionales.

Acerca de la **materialización del principio de autonomía**, establece la Corte que:

el órgano de autogobierno judicial debía tener un carácter permanente, como único camino para que éste pudiese asumir el complejo entramado de competencias relacionadas con el gobierno y administración de la Rama Judicial.

Ese órgano debe estar dotado de autonomía externa e interna. Externa en cuanto que, (...) su actividad esté libre de injerencias ajenas a la propia Rama Judicial, e interna, porque, como se ha dicho, el órgano de autogobierno debe estar orientado a la satisfacción de las necesidades de la administración de justicia, sin condicionamientos de carácter gremial o corporativo.

Para la Corte, la confluencia de integrantes que compartan funciones de carácter, tanto jurisdiccional y administrativo, implica una vulneración al principio de autogobierno, teniendo en cuenta que son representantes de Altas Cortes, entre otros, quienes la integrarían, lo que significa la posibilidad de generar un modelo que responda a los intereses gremialistas y no a la finalidad propia de la administración.

Otro núcleo de factores que devienen en la supresión del principio de autonomía, es que el órgano de gobierno judicial se ve **desprovisto de todas las herramientas que le permitirían asumir su rol de gobernanza judicial**; en efecto, la Corte Señala:

ni los cinco miembros que hacen parte de la función jurisdiccional, ni quienes se vinculen en los términos de la ley para temas específicos ejercerán su función de manera permanente, con lo cual esta calidad del diseño constituyente también desaparece, porque el órgano de autogobierno judicial, ya no será un cuerpo permanente encargado del ejercicio de las competencias de administración y gobierno, sino un órgano de reunión periódica, más propio de un nivel directivo.

A modo de conclusión, señala la Corte:

De este modo, de manera paradójica el Acto Legislativo acogió la dimensión formal del principio de autogobierno creando unas instancias de gobierno y administración dentro de la propia Rama Judicial, pero en cambio desechó su dimensión material y sustantiva, privando a estos mismos entes de la capacidad para asumir los retos de la administración de la institucionalidad judicial y del sistema de justicia como tal. En definitiva, entonces, el Acto Legislativo 02 de 2015 suprimió el órgano de autogobierno que en la Constitución de 1991 materializaba el principio de autonomía de la Rama Judicial, y lo sustituyó por un diseño orgánico que, aunque nominalmente apunta al mismo objetivo, carece de la aptitud necesaria para el efecto, en cuanto se separa de todos los criterios a partir de los cuales se delineó la autonomía de la Rama Judicial.

La posibilidad de reforma constitucional respecto del sistema de gobierno judicial por parte del Congreso implica necesariamente que la Corte Constitucional al efectuar el juicio de sustitución, supera el ámbito de la "competencia" que hasta la fecha venía arguyendo como fundamento de este control, para pasar de manera directa a efectuar controles materiales a las reformas.

La Corte Constitucional señaló claramente en la sentencia objeto de análisis que el Congreso se encuentra legitimado para introducir reformas al sistema de gobierno judicial, y que, la declaratoria de inconstitucionalidad provenía de la sustitución del principio de autogobierno, expresado bajo las particulares reglas con las que se reguló el sistema de gobierno judicial; así las cosas, la Corte amplía sus competencias, ya de por sí ampliadas con respecto a las señaladas en los "estrictos y precisos" términos del artículo 241.1 de la Constitución al disponer que el análisis de constitucionalidad solo se puede dar por "vicios de procedimiento en su formación¹¹"; efectivamente, ya no solo se ciñe a determinar si el Congreso se excedió en su competencia de "reformular", ya que al estarlo haciendo, en realidad se hallaba sustituyendo, sino que, se inmiscuye directamente en la determinación del fondo del asunto, en el qué y cómo debería reformar el legislativo, dejando pautas claras y puntuales para poder acometer una

11. A lo que se suma el artículo 379 de la Constitución en el cual, con claridad absoluta, se declara que la declaratoria de inconstitucionalidad respecto de actos reformativos de la Constitución solo se puede dar en virtud de los requisitos establecidos en ese título.

reforma que respete el pilar fundamental, siendo en el caso concreto, el principio de autogobierno.

La conformación de la premisa mayor contraría los parámetros fijados por la Corte Constitucional a través de su jurisprudencia

La jurisprudencia de la Corte, ha señalado los parámetros para conformar la premisa mayor del juicio de sustitución:

“(i) enunciar con suma claridad cuál es dicho elemento, (ii) señalar a partir de múltiples referentes normativos cuáles son sus especificidades en la Carta de 1991 y (iii) mostrar por qué es esencial y definitorio de la identidad de la Constitución integralmente considerada. Solo así se habrá precisado la premisa mayor del juicio de sustitución, lo cual es crucial para evitar caer en el subjetivismo judicial. Luego, se habrá de verificar si (iv) ese elemento esencial definitorio de la Constitución de 1991 es irreductible a un artículo de la Constitución, - para así evitar que éste sea transformado por la propia Corte en cláusula pétrea a partir de la cual efectúe un juicio de contradicción material- y si (v) la enunciación analítica de dicho elemento esencial definitorio no equivale a fijar límites materiales intocables por el poder de reforma, para así evitar que el juicio derive en un control de violación de algo supuestamente intangible, lo cual no le compete a la Corte”. (Subrayas propias) ([Corte Constitucional, Sentencia C 288 de 2012](#))

En efecto, el primero y más graves de los errores en los que incurre la sentencia analizada es desconocer la propia jurisprudencia de la Corte Constitucional (que ya de por sí es objeto de críticas al parecer violatoria de los artículos 6, 241.1 y 379 de la Constitución), al no enunciar el eje axial de la Constitución a partir de múltiples referentes normativos. Al decir del magistrado Linares en su salvamento de voto: “En otras palabras, la definición que da la Corte del autogobierno judicial se basa en las características del Consejo Superior de la Judicatura, haciendo de esta forma inmodificable algunos de los rasgos de este órgano.”

Ejemplo de ello lo constituye la necesidad de que la administración de la rama jurisdiccional se encuentre asignada a un órgano endógeno a ella como característica del principio de autogobierno, allí, la Corte no identifica precepto constitucional alguno que justifique su descripción del autogobierno judicial. Esto se debe a que los únicos preceptos de la Constitución que hacen referencia a la administración de la Rama Judicial por parte de un órgano endógeno a ella, conformado por personas elegidas por la Rama pero que no ejercen funciones jurisdiccionales, son los que regulan el Consejo Superior de la Judicatura (artículos 254 a 257).

Consciente de esta limitación, la sentencia intenta sustentar esta supuesta característica del órgano de administración y gobierno de la Rama con fundamento en el principio de separación de poderes (p. 74). No obstante, se trata de un argumento equivocado, ya que este principio rige las relaciones entre las distintas ramas del poder público y no la distribución de funciones al interior de cada rama. El principio de separación de poderes implica que determinados órganos ejercen ciertas funciones de manera prevalente, mas no que tengan que ejercer solo determinada clase de funciones y no otras. En otras palabras, la separación de poderes no es equivalente a la exclusividad de las funciones. ([Corte Constitucional, Salvamento de voto sentencia C 285 de 2016](#)).

Principios de independencia judicial y separación de poderes

De entrada, la conceptualización de los principios no se encuentra absolutamente delimitada y no resulta pacífica en el ámbito de la teoría del derecho; en efecto, [Robert Alexy \(1997\)](#) considera que los principios son “mandatos de optimización, caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado” (p.86). Y por carecer de “supuestos de hecho que hagan concebible su inobservancia” Zagrebelsky (como se citó en [Ferrajoli, 2012](#)); de esta manera, los principios resultan siendo “incierto[s] y problemático[s]” (p.32), tanto en su “noción (...) como el significado y la consistencia conceptual de la distinción misma” (p.32); de este modo, refiere una lista que [Riccardo Guastini \(1986\)](#) ha relacionado con cinco caracterizaciones diferentes de los principios recogidos de la literatura especializada, “todas ellas reunidas por la idea de que <<existe un único tipo de principios o de que, de todos modos, todos poseen una o más propiedades comunes>>, ninguna de las cuales <<permite identificar los principios con rigor>>” (p.518-520) y que, permite establecer palpables distinciones: “entre principios generales y principios fundamentales; entre principios de Derecho positivo y principios de Derecho natural; entre principios expresados y principios no expresados; entre principios constitucionales, principios legislativos y principios supremos” Guastini (como se citó en [Ferrajoli, 2012](#)).

Si a la situación descrita se suma el hecho de que la Corte ha agrupado bajo un principio (el de autogobierno), 3 principios (autonomía de la Rama, la independencia judicial y la separación de poderes) que por su naturaleza pueden entrar en conflicto unos con otros¹², se obtiene una situación compleja, toda vez que en la sentencia se refiere que el principio de separación de poderes exige identificar los roles de cada rama del poder y asignarles funciones que se ejercen “*en principio de manera exclusiva y excluyente*”. Igualmente, dice la Corte que de este principio se desprende la facultad de actuar de manera independiente y autónoma por parte de las ramas del poder público (salvamento de voto de Alejandro Linares), tal y como concluye con claridad manifiesta el magistrado disidente:

Esta es una lectura bastante simplificada de la independencia judicial, ya que asume que todas las facetas de la actividad de los jueces gozan del mismo grado de autonomía e independencia, lo cual es algo que ha sido expresamente controvertido en oportunidades anteriores por la jurisprudencia.

Al respecto, conviene recordar que en la sentencia C-288 de 2012 la Corte sostuvo que la independencia judicial es una manifestación de la separación de poderes, y que esta ordena que los jueces al momento de decidir los casos a ellos asignados estén libres de interferencias provenientes de otras ramas del poder o de particulares. Según esto, la independencia de los jueces en el ejercicio de su función jurisdiccional debe ser absoluta, lo cual no sucede respecto de otras actividades del poder judicial, como lo sería, por ejemplo, la administración y gobierno de la Rama, actividad respecto de la cual no se excluye la participación de otras ramas del poder. ([Corte Constitucional, Salvamento de voto sentencia C 285 de 2016](#)).

Para rebatir la posición de la Corte, basta señalar la función de juzgar, que naturalmente pertenece a la rama jurisdiccional del poder público, pero, que no obstante ello, también es ejercida por parte de las ramas ejecutiva y legislativa; situación que

12. En sentencia C-579 de 2012, los demandante planteaban que la obligación en cabeza del Estado de investigar y perseguir todas aquellas conductas atentatorias de los Derechos Humanos, y del Derecho Internacional Humanitario debían ser siempre investigadas al ser constitutiva de una regla. La Corte Constitucional, por el contrario, consideró que la mencionada obligación, en lugar de una regla, constituía un principio que al entrar en conflicto con otros, podía ser cumplido en menor medida, aspecto que efectivamente sucedió, toda vez que la Corte admitió su limitación en aras de un bien jurídico superior que justificaba su limitación, cual es el de los derechos de las víctimas a la verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición.

se sigue de la aplicación de principios en ocasiones contrapuestos, como lo son, de un lado, el de separación de poderes, en tanto que del otro, el de colaboración armónica entre las ramas del poder público. Todo ello, sin que haya lugar a afirmar la inconstitucionalidad de estas prácticas, so pretexto de la vulneración del principio de separación de poderes. De seguirse la posición establecida por la Corte en esta sentencia habría que señalar que si el principio de separación de poderes entraña el ejercicio exclusivo y excluyente de funciones por parte de una sola rama del poder público, que el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de las Superintendencias es inconstitucional.

Ejercicio hipotético con el objeto de reemplazar o cambiar el Consejo Superior de la Judicatura sin incurrir en sustitución de la Constitución al hilo de lo establecido por la Corte Constitucional en sentencia C-285 de 2016: Confusión del principio de Autogobierno, con el diseño constitucional específico en el que se concreta

Ya que la Corte Constitucional señaló en la sentencia que:

como el límite al poder de reforma es el autogobierno judicial y no el modelo específico acogido en la Constitución de 1991, para materializar esta dimensión de la autonomía judicial, el Congreso cuenta con un amplio margen de maniobra para configurar el sistema orgánico encargado de la conducción de la Administración de Justicia, e incluso para suprimir parcial o totalmente los órganos que encarnaban el principio de autogobierno, pero a condición de que el nuevo arreglo institucional preserve dicho principio. En este entendido, entonces, si bien el examen judicial debe tener como único referente de análisis el autogobierno judicial, y no las reglas constitucionales contenidas en el texto de 1991 que concretaban este principio, a través del Consejo Superior de la Judicatura y de los demás órganos que, de acuerdo con la ley y el reglamento, participaban en la conducción de la Rama Judicial, cabe advertir que la manera como el autogobierno se configuró en la Constitución de 1991 es denotativa de los principios fundantes del concepto, razón por la cual no puede dejar de aludirse a tales reglas cuando se trate de aislar los principios configuradores de la idea de autogobierno judicial.

Es valioso realizar un ejercicio hipotético en el cual el lector se sitúe en la posición de legislador que pretende suprimir el Consejo Superior de la Judicatura, que como se observó, tiene la competencia para hacerlo; pero a la vez, sin llegar a incurrir en los errores que generarían que ante una eventual demanda del Acto Legislativo la Corte declare inconstitucional la reforma en razón de la sustitución del Principio de Autogobierno; esto es, llevar a cabo un acto reformativo de la Constitución al hilo de los parámetros señalados por la [Corte en la sentencia C-285 de 2016](#).

Así las cosas, tenemos como elementos que conforman el pilar fundamental del principio de Autogobierno, los siguientes:

- Debe ser permanente (no reunirse de manera eventual).
- Cohesión y articulación de órganos (es decir, que sea solo uno).
- Sin mediación de Agentes externos.
- Que esté conformado por magistrados.

- Que esos magistrados sean elegidos por los órganos que conforman la cúpula de la jurisdicción.
- Que como requisito para ser miembro se establezca que deba ser abogado y haber ejercido con buen crédito la profesión.
- La existencia de una comisión interinstitucional es un elemento ineludible (aunque no se encuentre en la Constitución).
- No pueden existir condicionamientos de carácter gremial o corporativo. (magistrados de las Altas Cortes, funcionarios de la rama o usuarios de la Administración de justicia.)
- La labor del órgano que exprese el principio de autogobierno debe ser exclusivo, esto es, que solo ejerza labores de carácter administrativo, de dirección y gobierno (no pueden existir integrantes que ejerzan otras funciones como magistrados de Altas Cortes, representantes de jueces y funcionarios judiciales)
- No pueden integrar este órgano funcionarios de otras ramas del poder público.
- Tampoco pueden integrar este órgano representantes de los abogados litigantes ni representantes de la academia.

Conclusiones

Al establecer los límites materiales implícitos al poder de reforma constitucional, resulta fácil evidenciar la diferencia entre una reforma y una sustitución si se expone como ejemplo la reforma del sistema republicano por uno que imponga una dictadura como modelo de gobierno; en efecto, una reforma de este tipo implica necesariamente una sustitución de la voluntad del constituyente originario; no obstante, el asunto no se torna tan simple al tratar de establecer si un pilar fundamental como el de la separación de poderes se ve sustituido por una reforma a la Constitución; los principios, al ser "mandatos de optimización" se asumen como potencialmente limitables en su eficacia; aún por otros principios como el de colaboración armónica entre las ramas del poder público.

La Corte Constitucional erige como fundamento de su fallo un Principio que ni siquiera se halla explícitamente establecido en la Constitución, ni se había previamente señalado como tal por parte de la jurisprudencia de ese mismo tribunal, cual es el del autogobierno, que, por la textura amplia inherente a la categoría normativa "principio", de una parte, y por otra, a su conformación extraíble de otros tantos principios (de separación de poderes, autonomía de la rama y e independencia judicial) genera dificultades de cara al establecimiento claro (en el caso puntual) del porqué resulta contrario a este (¿o estos?) pilar fundamental de la Constitución, una reforma que "formalmente" salvaguarda el mismo principio, pero que, materialmente, al decir de la Corte, lo sustituye.

Cuando la Corte Constitucional señala que materialmente no cumple el Acto Legislativo con las garantías que demanda el pilar fundamental de la Constitución del Principio de Autogobierno, excede claramente los límites que, no ya la Constitución Política (artículo 241.1) le asigna respecto del control de constitucionalidad de los Actos reformativos de la Constitución, puesto que esto ya lo hace desde hace mucho tiempo, sino que, contradice su propia jurisprudencia, puesto que su labor se debería

limitar a determinar si el Congreso ha excedido su ámbito competencial, aspecto, que claramente marca la Corte como del resorte del mismo; esto es, al Congreso si le asistía la facultad de adelantar esta reforma, solo que no lo podía hacer de esta forma.

La Corte señala que el hecho de que existan intervenciones por parte de otras ramas del poder público en el o los órganos en los que se materializa el principio de autogobierno, no genera, per se, una sustitución del principio, sin embargo, "Y aunque no cualquier forma de participación de los actores sociales y políticos en la gestión de la Rama Judicial es ilegítima, los términos específicos en los que se previó esta intervención, y el contexto en el que prevé, sí anulan la autonomía judicial". No obstante, no señala cuales serían aquellos aspectos que deberían salvaguardarse en la forma para no afectar el fondo del principio.

El argumento de la Corte de conformidad con el cual una ley estatutaria prevé en el modelo anterior a la reforma una comisión interinstitucional que asegura la comunicación permanente del órgano de autogobierno con los demás órganos jurisdiccionales y otras instancias estatales, carece, por decir lo menos, de *pertinencia y relevancia*; en efecto, extraer características de un principio del que se predica ser pilar fundamental de la Constitución, esto es, generado por parte del poder constituyente originario, a partir del desarrollo legislativo posterior de ese postulado, constituye una falacia argumentativa, puesto que precisamente el ejercicio que se practica es el de analizar si lo establecido por el constituyente originario fue sustituido, y este no es el encargado de promulgar leyes estatutarias. Pareciera que la Corte busca, con este tipo de argumento, dar solidez a la idea de que la característica "endógeno" es inherente y restrictivo para materializar el principio de autogobierno.

Auto-restricción, señaló Alejandro Linares en su salvamento de voto: la metodología para el análisis de este vicio, denominado "*juicio de sustitución*", sigue siendo un concepto complejo, inacabado e incompleto, que por tal razón debe ser usado con especial prudencia y auto-restricción en aras de no convertir un control estrictamente jurídico en un control político de conveniencia o de cualquier otra naturaleza.

La Corte Constitucional no enuncia el eje axial de la Constitución a partir de múltiples referentes normativos, tal y como señala su propia jurisprudencia como exigencia mínima para la conformación de la premisa mayor del juicio de sustitución.

La lectura que la Corte Constitucional le da al principio de separación de poderes resulta ser extrema al señalar que las funciones se deben cumplir de manera excluyente y exclusiva por parte de estos, puesto que desconoce, en primera instancia, que los principios tienen como característica principal la de ser limitados en su aplicación en razón de las condiciones fácticas y jurídicas, y en segunda, que existen claros ejemplos en la práctica jurisdiccional que enseñan que en realidad ello no es así, sin que por ello se puede predicar de aquellas su inconstitucionalidad.

La única función con la quedó el constituyente derivado a partir de la sentencia C-285 de 2016 en cuanto a la reforma, reemplazo o supresión del Consejo Superior de la Judicatura es la de cambiarle el nombre, puesto que sus funciones, forma de funcionamiento, integrantes, y demás elementos caracterizadoras de esta se tendrían que mantener con el objeto de no sustituir el principio de autogobierno judicial como pilar fundamental de la Constitución. Es, por ello, que se puede afirmar que las características del Consejo Superior de la Judicatura constituyen clausula de intangibilidad.

Zagrebelsky en la cita introductoria de este artículo señalaba que a cada generación de herederos le corresponde “mejorar y perpetuar”, el legado recibido del constituyente originario, y que el instrumento normal es la jurisprudencia; en tanto que la reforma es un instrumento excepcional; pero ¿Qué sucede cuando a través de la jurisprudencia se reforma la Constitución aún introduciendo elementos propios de fórmulas de cláusulas de intangibilidad?

Referencias

- Alamillo, J. R. (2012). De la reforma constitucional y sus límites materiales. Consideraciones desde la Teoría del Estado y de la Constitución. *Teoría Y Realidad Constitucional*, (30), 89-138.
- Alcalá, H. N. (2009). Consideraciones Sobre Poder Constituyente Y Reforma De La Constitución En La Teoría Y La Práctica Constitucional. *Ius Et Praxis (07172877)*, 15(1), 229-262.
- Alexy, R. (1997). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.
- Barak, A. (2006). *Comparative law, originalism and the role of a judge in a democracy: a reply to justice Scalia*. Fullbright Convention, 29 de enero de 2006.
- Biscaretti, P. (1996) Introducción al Derecho Constitucional comparado. *Las «formas de Estado» y las «formas de gobierno»*, *Las Constituciones modernas*, México, Fondo de Cultura Económica.
- Brewer-Carías, Allan R. 2007. “Nuevas reflexiones sobre el papel de los tribunales constitucionales en la consolidación del Estado democrático de Derecho: defensa de la Constitución, control del poder y protección de los derechos humanos”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, Programa Estado de Derecho para América Latina, KAS, p. 74;
- Carbonell, M. (2012). Sobre la Constitución viviente. *Revista De La Facultad De Derecho Y Ciencias Políticas*, (117), 347-357.
- Carbonell, Miguel, Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México, México, Porrúa, 2001.
- Couture, E.J. (1998). *Estudios de derecho procesal civil. Tomo III, El juez, las partes y el proceso*. Ediciones Depalma, tercera edición. Buenos Aires.
- De Vega García, P. (1985). *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid, Tecnos.
- Ferrajoli, L. (2012). Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. *Un debate sobre el constitucionalismo* (pp. 11-50). Madrid, España: Marcial Pons.
- González, J.J. (1986). La Constitución y su Reforma. *Revista española de derecho constitucional*. Madrid, España: ISSN 0211-5743, año No 6, No 17, 1986, págs. 345-391.
- Gorsuch, N. (2017). I Will Be A Faithful Servant Of The Constitution. Versión digital disponible en: http://www.realclearpolitics.com/video/2017/01/31/gorsuch_i_will_be_a_faithful_servant_of_the_constitution.html

- Guastini, R. (1986). *Sui principi di diritto*. Padova, Italia: Cedam.
- Guastini, R. (2003). *La constitucionalización del ordenamiento jurídico*, en Neoconstitucionalismo(s), Miguel Carbonell (Ed). Madrid. España: Trotta.
- Hart, H. L. A. (2007). *El concepto de derecho*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.
- Hernández, R. (1993). El poder constituyente derivado y los límites jurídicos del poder de reforma constitucional. *Revista española de derecho constitucional*. Madrid, España: ISSN 0211-5743, Año No 13, No 37, págs. 143-158.
- Jefferson, T. (1987). *Autobiografía y otros escritos*. Madrid: Tecnos.
- Madison, J. (2005). *República y libertad*. Madrid: CEP.
- Pardo, C y Bernal, C. (2017). *Nuevos magistrados de la Corte Constitucional*. Versión digital disponible en: <http://www.semana.com/nacion/articulo/senado-eligio-a-cristina-pardo-y-carlos-bernal-como-nuevos-magistrados-de-la-corte-constitucional/524064>
- República de Colombia .Corte Constitucional. Sentencia C-544 de 1992. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Versión digital disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/c-544-92.htm>. (junio de 2018)
- República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-1040 de 2005. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda; Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Antonio Sierra Portoy Clara Inés Vargas Hernández. Versión digital disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-1040-05.htm>. (junio de 2018)
- República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-1049 de 2005. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra. Versión digital disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/c-1049-05.htm>. (junio de 2018)
- República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-285 de 2016. Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero. Versión digital disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-285-15.htm>. (junio de 2018)
- República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-288 de 2012. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Versión digital disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-288-12.htm>. (junio de 2018)
- República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-551 de 2003. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett. Versión digital disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-551-03.htm>. (junio de 2018)
- República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-574 de 2011. Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Pérez. Versión digital disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-574-11.htm>. (junio de 2018)
- República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-579 de 2013. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt. Versión digital disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-579-13.htm>. (junio de 2018)

- Schmitt, C. (1982). «La revolución legal mundial», Madrid, España: *Revista de Estudios Políticos*, n.º 10, *Teoría de la Constitución*.
- Stern, K. (1997). *El derecho del Estado de la República Federal Alemana*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.
- Vera, M.J. (2012). Los precedentes franceses y estadounidense y su influencia en la rigidez constitucional de la constitución española de 1812. *Revista De Derecho Político*, (83), 475-510.
- Vila C., I. (2012). *Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo*. Bogotá: Segunda edición actualizada. Editorial Legis.
- Zagrebelsky, G. (2000). *Manuale di diritto Costituzionale*, 2ª. ed., Turín, Utet, 1988. versión en español 2000, "La Constitución y sus normas", en *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, México, Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México.
- Zagrebelsky, G. (2006). "La Constitución y sus normas", en Carbonell, M., *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, México, D. F., Porrúa-UNAM.
- Zagrebelsky, G., & Carbonell, M. (2006). ¿Qué es ser juez constitucional?. *Díkaion*, 20(15), 155-171.