



**TEORIA DE LA SUSTITUCION DE LA CONSTITUCION APLICADA POR
LA CORTE CONSTITUCIONAL: Una Nueva Modalidad de Control a las
Reformas de la Carta Política**

**NAYRA YICELA AYERBE MARTÍNEZ
CODIGO: 2109940**

**Trabajo de grado presentado para optar el título de Magister en
Derecho Público**

**DIRIGIDO POR:
GABRIEL BARRETO FERRO**

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRIA EN DERECHO PÚBLICO
-EN CONVENIO CON LA UNIVERSIDAD DE KONSTANZ-**

INTRODUCCIÓN

A partir del año 2003¹, la Corte Constitucional elaboró una teoría denominada “*Sustitución de la Constitución*”, la cual cambió radicalmente su posición frente al control de constitucionalidad de los Actos Reformatorios de la Carta Política de 1991². Es así como dicha teoría amplió la competencia del máximo tribunal constitucional al momento de realizar un estudio de constitucionalidad de tales actos, el mecanismo utilizado consistió en elaborar una nueva forma de interpretar la función constitucional conferida en el Artículo 241 numerales 1³ y 2⁴, específicamente respecto a la frase “(...) sólo por vicios de procedimiento en su formación” que se encuentra al finalizar dichos numerales.

La nueva tendencia asumida por la Corte Constitucional, básicamente propone el establecimiento de la “*Competencia*” como un presupuesto imprescindible del procedimiento, así las cosas el máximo tribunal constitucional al momento de realizar un estudio de constitucionalidad de los actos que han reformado la Carta Política, debe verificar que el órgano que elabora dicho acto jurídico tenga competencia para ello, y en esa medida no se extralimite en sus funciones, por más de que haya seguido al pie de la letra el trámite respectivo, por lo cual dichos límites competenciales impiden que so pretexto de reformar la Constitución el órgano que expida dicho acto,

¹ Sentencia C-551/03 M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett.

² Antes del año 2003 tan sólo se permitía el estudio de constitucionalidad por vicios en el trámite derivados de debates, quorum, el cual se inicia con la sentencia C-222/97 M.P. José Gregorio Hernández frente a los vicios de procedimiento señala: “Se advierte que el análisis a cargo de la Corte está referido únicamente a los aspectos formales y de trámite de la reforma, tal como lo establece el aludido precepto, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 379 *Ibidem*, a cuyo tenor los actos legislativos, la convocatoria a referendo, la consulta popular o el acto de convocación de una Asamblea Constituyente sólo podrán ser declarados inconstitucionales cuando se violen los requisitos establecidos en el Título XIII de la Carta”.

³ Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.

⁴ Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación.

vulnere aspectos de la identidad de la misma, y sustituya la Constitución por otra distinta.

La problemática surge en la medida que, en la Constitución Política de 1991 no existen cláusulas pétreas o principios intangibles que impidan modificar aspectos de la misma, situación que contraría la nueva tendencia elaborada por la Corte Constitucional puesto que esta señala la existencia de unos elementos esenciales en el contenido de la Carta Política que no pueden sustituirse, siendo el encargado de identificarlos el máximo tribunal constitucional.

Resultando de esta manera los siguientes interrogantes: ¿Cuáles son las posturas o vertientes sobre las que se basa la teoría de la sustitución de la Constitución aplicada por la Corte Constitucional? Y ¿cuáles posturas se muestran en contra del establecimiento de dicha teoría? ¿Es posible conjurar la afectación al principio democrático mediante la adopción de nuevas premisas a dicha tendencia?

La presente investigación busca ofrecer una respuesta a los cuestionamientos antes mencionados, analizando los fundamentos doctrinales de la teoría de la sustitución de la Constitución; y sobre la base de tales planteamientos la tesis que se defenderá en el presente trabajo de investigación parte de la fundamentación que la Corte Constitucional ha elaborado para esta tendencia, la cual se basa en la distinción entre poder constituyente originario y derivado y en el establecimiento de unos elementos esenciales identificados por la Corte Constitucional, no es suficiente para desvirtuar la llamada objeción democrática desde sus dos perspectivas⁵, elaborando de esta manera una postura que mitigue la afectación al principio democrático inmersa en

⁵ La primera objeción democrática se presenta entre el criterio democrático, según el cual las decisiones colectivas han de adoptarse por mayoría, y el criterio constitucional, que excluye determinadas cuestiones de esa esfera colectiva y que condiciona cómo, y a veces también, qué puede o debe decidirse por mayoría y la segunda forma de objeción democrática postula que esa primacía de la Constitución sobre la ley ha de garantizarse recurriendo a procedimientos judiciales y debe llevarse a cabo por órganos del poder judicial.

dicha tendencia, tomando ciertos planteamientos que permiten adicionar a la teoría elementos en favor de dicho principio.

Así las cosas, para alcanzar dichos objetivos, la investigación inicia su enfoque a partir de la definición de Constitución, es decir el *QUÉ*, orientada específicamente a la concepción sobre la cual se han construido las bases de la Teoría de la Sustitución de la Constitución, identificando de esta manera su condición normativa⁶, que tiene como características la materialidad de sus preceptos y la rigidez en el procedimiento de formación diferenciándolo al establecido para las leyes, que corresponde al primer capítulo de la presente investigación.

Esta concepción de Constitución, ha condicionado a su vez la *noción clásica*⁷ de Reforma Constitucional (*el CÓMO*), toda vez que dicha institución jurídica desde la perspectiva antes señalada se encuentra condicionada, y en lugar de coadyuvar al acoplamiento de los preceptos superiores a las transformaciones sociales que se presentan con el paso del tiempo, se ha erigido en una barrera que imposibilita el avance de los mismos. Lo anterior es consecuencia del establecimiento en la doctrina de unos instrumentos que impiden la modificación de determinados preceptos constitucionales, y son reconocidos bajo la denominación de “*límites de la reforma constitucional*”, planteamientos que han sido retomados por la Corte Constitucional

⁶ Véase HESSE, Konrad: *Escritos de derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983. P.66; DE OTTO, Ignacio, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1989. p. 18. SCHNEIDER, Hans Peter: *Democracia y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p.47. STERN, Klaus: *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, p. 371. BIDART, Germán *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*. Buenos Aires: Ediar, 1995, p. 529. KÁGI, Werner. *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado*. Investigaciones sobre las tendencias desarrolladas en el moderno Derecho Constitucional. Madrid: Dykinson, 2005, pp. 99 ss. GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1983, p.71. CARBONELL, Miguel, *Reforma Constitucional y Fuentes del Derecho en México*, Universidad Nacional Autónoma de Derecho, 1998, p. 165.

⁷ Se hace referencia a las concepciones teóricas, que impiden analizar la Reforma Constitucional desde su naturaleza garantista, estableciendo un carácter “anti-reformista” a la misma lo cual impide adecuar la Constitución a realidades sociales. Dichas perspectivas teóricas serán analizadas en la presente investigación.

desde la postura de los *límites materiales implícitos*, al momento de elaborar su postura sobre la “*teoría de la sustitución de la Constitución*” en desmedro del principio democrático.

Es así como se abordarán las diversas vertientes en las que se puede desarrollar el problema en lo que respecta a los “*límites de la reforma constitucional*” y a las posturas más reconocidas que sobre los mismos se han planteado, a partir del estudio de las *normas sobre producción de la reforma*⁸ realizado por el doctrinante Carlos de Cabo en su obra “*La reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del derecho*” y a la cual se le han adicionado elementos teóricos que enriquecen el estudio de las diversas vertientes en relación con la reforma constitucional, aspectos que se abordarán en el segundo capítulo.

Desarrollados tales planteamientos teóricos en lo que respecta a la Reforma Constitucional y a los límites de la misma, se procederá a analizar las posturas más reconocidas que se han elaborado en torno a las dos formas de objeción democrática: La primera objeción democrática se presenta entre el criterio democrático, según el cual las decisiones colectivas han de adoptarse por mayoría, y el criterio constitucional, que excluye determinadas cuestiones de esa esfera colectiva y que condiciona cómo, y a veces también, qué puede o debe decidirse por mayoría; y la segunda forma de objeción democrática postula que esa primacía de la Constitución sobre la ley ha de garantizarse recurriendo a procedimientos judiciales y debe llevarse a cabo por órganos del poder judicial. Dichos aspectos corresponden a temas coyunturales del Estado Constitucional, y que en la actualidad se presentan en la manera como se equilibran los términos Constitución, Democracia y el Papel de los Jueces como garantes de la supremacía de la Carta Política, temas que se desarrollarán en el capítulo tercero como debates en torno a las formas de objeción

⁸ El doctrinante Carlos de Cabo al momento de realizar el análisis de la Norma de Reforma, la divide en dos grandes aspectos: el de la Competencia y el del Procedimiento. (Reforma Constitucional en la perspectiva de las fuentes del derecho. Trotta, Madrid, 2003. p.30)

democrática.

En el cuarto capítulo denominado “*El control constitucional en la Carta Política de 1991: la discusión en nuestro derecho*” se pondrá de presente, las posturas doctrinales sobre los cuales la Corte Constitucional ha cimentado la Teoría de la Sustitución de la Constitución, así como la objeción democrática a la doctrina de la Sustitución de la Constitución; una vez expuesta la problemática, seguidamente se presenta una propuesta con el fin de establecer las situaciones específicas en las cuales se puede dar aplicación a la nueva modalidad de control sobre los actos reformativos de la Carta Política. Así pues el objetivo es analizar el nivel de participación de la ciudadanía frente a la propuesta de reforma a la Constitución, y señalar un criterio que permita en ciertos casos limitar el examen de constitucionalidad a los vicios de trámite en la formación del acto.

1. EL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN

En este capítulo se pretende abordar el concepto de Constitución desde la perspectiva política y normativa con sus correspondientes rasgos característicos, toda vez que partiendo de las diferencias entre una y otra, evidenciaremos que en uno de estos conceptos de Constitución se encuentran las bases teóricas sobre las cuales se sustenta la Teoría de la Sustitución de la Constitución.

1.1. EL CONTENIDO POLÍTICO DEL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN

Según manifiesta (De Otto, 1993, pág. 11) el término Constitución se encuentra en su origen cargada de significado político, “(...) *evocando de inmediato ideas tales como libertad y democracia, garantía de los derechos ciudadanos, limitación del poder*”, lo cual responde al sentido que en la historia se le ha dado al constitucionalismo como un movimiento ideológico y político⁹, de esta manera el que un Estado sea Constitucional, en el significado político indica que la organización de los poderes responde a un determinado fin: el aseguramiento y la garantía de la libertad de los ciudadanos.

1.2. LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA SUPREMA

Señala con mucha elocuencia (Heller, 1942) en relación con esta perspectiva que en el lenguaje jurídico suele entenderse por Constitución del Estado “(...) *no la estructura de un “status” político total, antes descrita, sino únicamente el contenido normativo jurídico destacada de esta realidad; no una estructura social conformada por normas, sino una estructura normativa de sentido; no ser, sino un deber ser*”.

⁹ De Otto señala que la finalidad del movimiento que históricamente se llamó constitucionalismo no era, obviamente introducir en los ordenamientos una norma denominada Constitución, sino asegurar la garantía de la libertad frente al poder público, para lo cual transcribe el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano aprobada por la Asamblea Nacional Francesa de 1789.

A su vez (De Otto, 1993, pág. 14) señala que el establecimiento en el ordenamiento jurídico de una norma suprema es decir una Constitución: “(...) *significa que esa creación normativa o legislación en el sentido amplio del término queda a su vez sujeta a normas que son el fundamento y límite de su validez*”.

Es necesario establecer a su vez que el contenido normativo de la Constitución también se relaciona a su vez con su fuerza normativa, es decir que tiene como característica su pretensión de vigencia, lo cual según (Vila, 2005, pág. 9) “(...) *la conduce a intentar ordenar y conformar la realidad política y social*”, para ello goza de eficacia jurídica mediante el establecimiento de mecanismos que coadyuven a hacer exigible su cumplimiento¹⁰; como escribe (Hesse, 1983, pág. 8) la Constitución “(...) *tiene que crear un sistema que grave sobre sí mismo y conlleve los presupuestos necesarios para prevalecer*”.

El doctrinante Werner Kāgi va más allá y asimila el concepto de Constitución como un proceso público que integra al derecho y a la política, señalando la existencia de unos valores y principios que hacen parte del concepto de fuerza normativa de la carta política:

“Por eso, sin perjuicio de las clasificaciones de Constitución y sus críticas, la fuerza normativa constitucional se vincula directamente con una noción de Constitución abierta y dinámica, entendida como el orden jurídico fundamental de la comunidad política; por cuanto la Constitución fija los valores y principios rectores con arreglo a los cuales se debe formar la unidad política” (Kāgi, 2005, pág. 99).

De otra parte, doctrinantes como (Carbonell, 1998, pág. 165) aluden a la intrínseca

¹⁰ Señala HESSE, “La fuerza normativa de la Constitución es el instituto dinamizador del fortalecimiento de los derechos fundamentales y de la transformación jurídica de la Constitución en una norma exigible judicialmente de su cumplimiento”. (Escritos Constitucionales. Madrid: CEC, 1983, pp. 59-84.)

relación entre democracia y normatividad constitucional, toda vez que es en un sistema democrático donde es posible que se pueda configurar una concepción de Constitución desde la perspectiva normativa:

“(…) puesto que los regímenes autoritarios no suelen caracterizarse por su estricta observancia de las formas jurídicas. Por otro lado, la democracia encuentra su mejor garantía en la normatividad constitucional, no basta la sola proclamación retórica de los derechos fundamentales (de todos mayorías y minorías) y de la división de poderes; hay que hacer que sus postulados se cumplan en la realidad, hay que poner los medios para que sean exigibles y exigidos, y para que, en caso de ser violadas las normas que los recogen, se produzca la consecuente sanción. La democracia sobrevive cuando dentro del Estado se cuenta con la vigencia efectiva de una constitución normativa, que es el mejor obstáculo a la arbitrariedad y al autoritarismo”.

Es importante por último hacer alusión a dos de los rasgos característicos de la Constitución como norma suprema, que permiten garantizar el cumplimiento de los contenidos establecidos en la Constitución, el primero corresponde a la supremacía constitucional y el segundo al carácter escrito de las mismas:

Seguido ciertamente el establecimiento de una norma suprema, por encima de los órganos superiores del Estado, se hace mediante la promulgación de un texto escrito, la llamada constitución escrita, con el nombre de Constitución o cualquier otro, pero sólo en Constitución. Como norma cuando el ordenamiento establece que el cumplimiento de sus preceptos es obligado y, en consecuencia, que su infracción es antijurídica. Sólo entonces cabe decir que hay constitución y que la constitución escrita es normal, la suprema norma. Por ello es posible decir que no tienen constitución estados que son constitucionales en el sentido de que su estructura y funcionamiento obedece a las exigencias del constitucionalismo como movimiento político, pero en los cuales no se utiliza la técnica completa de establecer una norma suprema con la que quepa enjuiciar tanto la legislación como cualquier otra función del Estado. (De Otto, 1993, pág. 15)

De esta manera, el Concepto de Constitución normativa entraña una pretensión de vigencia, y en esa medida impone el orden por ella regulado frente a posibles ataques circunstanciales, dotada de amplia eficacia jurídica como instrumento regulador con fuerza propia.

Es así como partiendo de dicha postura, la Constitución Política de Colombia de 1991 obliga a los poderes del Estado, lo cual implica que sus actuaciones deben ser revisadas para verificar si se encuentran conforme a la norma fundamental, tal función ha sido asignada por la Carta Política a la Corte Constitucional.

2. REFORMA CONSTITUCIONAL

La Constitución no es inmutable, y en esa medida se hace necesario su adaptación a la realidad, a las transformaciones sociales, mediante la existencia de cambios o modificaciones a la misma, “(...) *porque su normativa envejece con el paso del tiempo y porque la existencia de lagunas es un fenómeno obligado, que deriva de la compleja e inabarcable realidad que con ellas se pretende regular, su modificación resulta inexorable*” (De Vega, 1991, pág. 59).

En igual sentido señala (Loewenstein, 1982, pág. 163) “(...) *que aún la mejor constitución- esto es, aquella que goza del mayor consenso y que ha sido elaborada de la forma más cuidadosa- es tan sólo un compromiso, no pudiendo ser, además, otra cosa*”.

Es así como, la Reforma Constitucional ha sido analizada desde diversas posturas, la más generalizada ha sido la que señala la necesidad de modificar la Constitución, siempre y cuando se mantenga su identidad, lo cual permite conservar la fuerza normativa de la Constitución.

De esta manera autores como (Bryce, 1952, págs. 94-95) consideran la cláusula de revisión como un “(...) *medio del que se sirven las Leyes Fundamentales para proyectar su permanencia a lo largo del tiempo, asegurando pues su continuidad, toda vez que se institucionaliza el modelo de rigidez para sus procesos de transformación (...)*”. Así las cosas, la reforma funciona “*cuando se activan los institutos de revisión, en virtud del cual se permita la adecuación de la norma fundamental a las contingencias históricas, pero sin que ello suponga una vulneración de la misma, esto es, sin que tales adaptaciones perjudiquen o distorsionen lo que configura la esencia misma del ordenamiento*”. (Verdú, 1977, pág. 533).

En igual sentido (Carbonell, 1998, pág. 238) señala que la “(...) *reforma*

constitucional no debe emprenderse para llevar al texto de la Constitución necesidades coyunturales o intereses meramente partidistas. Esas necesidades e intereses deben valorarse junto a los beneficios de la estabilidad constitucional, de su identificación clara por sus destinatarios y, en definitiva, por el entendimiento de que cumplir la Constitución sin intentar cambiarla (siempre que efectivamente se trate de un cumplimiento y no de “falseamiento”), aunque suponga ciertas desventajas transitorias, es una de las mejores formas de conservar e incrementar su fuerza normativa”.

Estos planteamientos van de la mano con el establecimiento de los reconocidos “límites al poder de reforma”, como instrumentos que permiten asegurar una de las características de la constitución normativa que es su vigencia.

De esta manera, autores como (Díaz, 2004, pág. 558) señalan que “(...) la cuestión de los límites a la reforma es una cuestión nuclear. Pues aquí se pone a prueba todo el edificio conceptual de la teoría de la reforma”.

A su vez (Loewenstein, 1982, pág. 188) frente al particular afirma que:

(...) la cuestión referente a los límites de la reforma constitucional es un viejo problema que en tiempos recientes ha adquirido una mayor importancia (...) se trata de dilucidar si la constitución está por encima del legislador constitucional, o a su disposición. Aquí se esconde un conjunto de cuestiones extremadamente amplio, y que afecta además a los valores fundamentales de la democracia.

De esta manera, en relación a los límites de la reforma constitucional se ha adoptado de forma general por la doctrina¹¹ una clasificación que los divide básicamente en dos

¹¹ A este respecto afirma SCHMITT: “El concepto de reforma constitucional tiene un significado formal y material. En sentido formal se entiende bajo dicha denominación la técnica por medio de la

grandes grupos:

- En primer lugar aquellos que señalan que el poder de revisión sólo puede ser limitado de acuerdo con el procedimiento establecido directamente por la Constitución, confiando de esta manera en el principio democrático de la mayoría parlamentaria la garantía de los derechos y libertades contenidos en la Carta Política, por lo cual podrían modificar cualquier aparte de la misma, condicionado al respeto de los procedimientos contenidos en la ley fundamental. Al respecto autores como (Tovar, 2012, pág. 280) han denominado estos *límites como formales*, cuya existencia “(...) radica en los procedimientos y trámites agravados respecto de la reforma constitucional, por tanto son procedimientos especiales que no se pueden equiparar a las formalidades típicas de las leyes ordinarias”.
- En segundo lugar, aquellos que argumentan que el poder de reforma se encuentra limitado no sólo por el procedimiento sino a su vez por la materia o

cual se modifica el texto, tal como existe en el momento de realizar el cambio de la Constitución. En este sentido es o, por lo menos, debe de serlo cada vez modificación del texto constitucional. En la mayor parte de las constituciones, las disposiciones a este respecto se encuentran al final del documento. La reforma constitucional en sentido material, por otra parte, es el resultado del procedimiento enmienda constitucional, esto es, el objeto al que dicho procedimiento se refiere o se ha referido”. (Schmitt, Carl. Teoría de la Constitución, Madrid, Nacional, 1952, p. 164-165). También Alaez Benito, ha señalado: “El límite material ha de dejar de ser considerado –sea cual sea su contenido: lógico, funcional o político-moral- como una norma constitucional tácita y requiere, además, un tratamiento teórico que desentrañe sus peculiaridades como estructura normativa y la relación que éstas tienen con su función estructural. Por un lado, no debe ser confundido con los condicionamientos orgánico-procedimentales (los llamados límites formales) que las normas sobre reforma constitucional hayan querido establecer autorreferencialmente sobre el desarrollo de la «positividad» del ordenamiento (incluso en el caso de ser límites relativos superables por la vía de la doble reforma constitucional). (El problema de los límites materiales a la reforma de la CE de 1978, Universidad de Oviedo, 1999. P.) Para Guastini, el poder de reforma está circunscrito a las normas que lo regulan y es un poder limitado. Los límites expresos o textuales son los establecidos por el mismo documento constitucional, literalmente. Los no expresos son implícitos que se deducen del texto constitucional mediante “controvertibles” técnicas de interpretación. Otros no expresos son los lógicos, y finalmente los absolutos cuando no puede reformarse la Constitución, y relativos, cuando subsisten hasta que se derogue la disposición constitucional. (Guastini, Ricardo. Estudios de teoría constitucional, colección doctrina jurídica contemporánea, Fontamara, México, 2001. Pág. 195.)

sustancia contenida en la Carta Política, presentándose de esta manera determinados aspectos los cuales se encuentran vedados para el reformador y sólo pueden ser modificados por la actuación del poder constituyente originario. En igual sentido (Bayón, 2002, pág. 3) ha señalado: “(...) *en el Estado constitucional el poder normativo del legislador democrático está sujeto a límites materiales, cuyo contenido puede ser de lo más diverso, pero entre los cuales el límite por antonomasia es sin duda el representado por los derechos fundamentales*”.

No obstante, esta clásica distinción de los límites a la reforma constitucional se queda corta frente al trasfondo teórico que posee el estudio a profundidad de esta temática constitucional, por lo cual se abordará la misma desde la perspectiva planteada por el doctrinante Carlos de Cabo, quien hace un completo estudio de los límites a la reforma constitucional en su célebre obra “*La Reforma Constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho*”, adicionando mediante la presente investigación elementos teóricos que complementan los planteamientos de dicho autor, con el fin a su vez de identificar en el capítulo cuarto las vertientes doctrinales sobre las cuales se fundamentó la Teoría de la Sustitución de la Constitución:

2.1 LIMITES A LA REFORMA CONSTITUCIONAL

2.1.1. Normas sobre la Reforma

Como primera medida se analizarán las “*Normas sobre la Reforma*”, o las normas que señalan el procedimiento para Reformar la Constitución, por lo cual con el fin de realizar un estudio de cada una de las vertientes, el autor Carlos de Cabo las divide en dos grandes aspectos: el de la Competencia y el del Procedimiento:

2.1.1.1. Como Regla de Competencia

El primer aspecto a analizar es el relativo a “*La norma sobre la (producción de) Reforma como Regla de Competencia*”, es de precisar que este tema es de suma trascendencia para la presente investigación, en la medida que, el término “*Competencia*” y la connotación dada al mismo por una de las posturas clásicas, corresponde al eje central sobre el cual se ha edificado la Teoría de la Sustitución de la Constitución.

A continuación se analizará desde dos puntos de vistas:

Desde un punto de vista *subjetivo*, en cuanto la existencia de límites se deduce de los sujetos (órganos a quienes está atribuida aquella competencia) y desde un punto de vista que puede considerarse *objetivo* en cuanto los supuestos límites de la Reforma se entiende que derivan de exigencias o circunstancias que condicionan o “sitúan” a ese Ordenamiento (...). (De Cabo, La reforma constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho , 2003, pág. 30)

2.1.1.1.1. Perspectiva Subjetiva

Hace alusión a los órganos a quienes se les ha atribuido la Reforma de la Carta Política; este aspecto corresponde a un tema que ha generado bastante controversia, en la medida que, se basa en la clásica distinción entre poder constituyente y el poder de revisión o poder constituido.

Uno de los principales defensores de esta clásica distinción es el autor Pedro de Vega quien en su reconocida obra “*La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder constituyente*”, condiciona la existencia de los límites de la reforma al establecimiento de una clara diferenciación de estos dos conceptos:

Negar o afirmar la existencia de límites, presupone una definición y una opción clara sobre el entendimiento y la naturaleza del poder constituyente y del poder de revisión. Cuando no se reconocen límites de ningún tipo a la operación de reforma, lo que en realidad se está proclamando es la identificación entre poder constituyente y poder de reforma. Porque el poder de reforma es ilimitado, bien puede considerarse como el auténtico y soberano poder constituyente del Estado. Cuando por el contrario, se entiende que la reforma tiene unas fronteras que de ningún modo puede sobrepasar, lo que se está consagrando es la diferencia tajante entre poder constituyente y poder de revisión. Porque el poder de reforma es un poder limitado, de ningún modo puede equipararse con el poder constituyente y soberano (De Vega, 1991, pág. 220).

A su vez Carl Schmitt distingue el Poder constituyente del pueblo, respecto del poder constituido denominándolo legal-constitucional:

Todo lo que se verifica en regulación legal-constitucional a base de la Constitución, y en el marco de las competencias constitucionales a base de la regulación legal-constitucional, es, en esencia, de naturaleza distinta a un acto del poder constituyente.

(...)

Es especialmente inexacto caracterizar como poder constituyente, la facultad, atribuida y regulada sobre la base de una ley constitucional, de cambiar, es decir, de revisar determinaciones legal-constitucionales. También la facultad de reformar o revisar leyes constitucionales (por ejemplo, según el art. 76, C. a.) es, como toda facultad constitucional, una competencia legalmente regulada, es decir, limitada en principio. No puede sobrepasar el marco de la regulación legal-constitucional en que descansa. (Schmitt, 1952, págs. 113-114)

Ferreya es otro de los teóricos que acepta la distinción entre Poder Constituyente y poder constituido, acotando que dicha diferenciación es un aspecto fundamental para un Estado de derecho, señalando lo siguiente:

“(…) establecer la diferencia entre el poder constituyente y los poderes constituidos es un capítulo medular de todo Estado de derecho. La función propia del poder constituyente es la de configurar e instaurar el derecho constitucional; la función propia del poder constituido es gobernar de acuerdo con las reglas del sistema jurídico constitucional, no generarlas”. (Ferreira, 2007, pág. 94)

Esta distinción tiene por base teórica la concepción elaborada por el francés Emmanuel Siéyes sobre el poder constituyente. “*Sus tesis inspiradas en la teoría de la división de poderes de MONTESQUIEU¹², combinada con las propuestas de ROUSSEAU¹³ de soberanía popular, estructuran la idea fuerza del poder constituyente como el creador del documento superior que organiza al Estado*” (Ramirez, 2005, pág. 206).

Es así como en su célebre obra *¿Qué es el Tercer Estado?* señala que el poder político se encuentra radicado en la nación, la cual es “*Un cuerpo de asociados que viven bajo una ley común y representados por la misma legislatura*”. (Sieyes, 1943, pág. 32) De esta manera la nación no es conformada por privilegiados o como el los denomina “*notables*”, sino por individuos quienes tienen derecho exclusivamente a realizar la Constitución, señalando claramente como autor de la misma a un “*Poder Constituyente*” diferenciándolo del poder delegado:

¹² Montesquieu señaló “(…) *que para garantizar la libertad del ciudadano, y que esta sea un límite a cualquier autoridad, es necesario que los poderes se encuentren separados, pues cuando estos se encuentran unidos en una persona o en un mismo cuerpo, de ello se sigue la arbitrariedad y la tiranía. Por eso es necesario que el poder sea distribuido en diferentes manos, dejando en el Legislativo la promulgación de las leyes, en el Ejecutivo las relaciones exteriores, y en el Judicial el juzgamiento y castigo de las infracciones a la ley*”. (El espíritu de las leyes Montesquieu editorial Porrúa México 2013)

¹³ Rousseau al respecto manifiesta: “*Doy por supuesto lo que creo haber demostrado, a saber: que no hay en el Estado ninguna ley fundamental que no se pueda revocar, ni el mismo pacto social; porque si todos los ciudadanos se reuniesen para romper ese pacto, de común acuerdo, no se puede dudar de que estaría legítimamente roto*” (Contrato Social, Editorial Austral. p. 87). No obstante, es necesario aclarar que a pesar de apoyarse en los postulados rousseanicos, se apartará de ellos en puntos fundamentales, como el radicar el poder soberano, no en el pueblo, sino en la nación; al igual, que sostener, en contraposición a la idea de la democracia directa, el postulado de la democracia representativa.

En cada parte, la constitución no es obra del poder constituido, sino el poder constituyente. Ninguna especie de poder delegado puede cambiar nada en las condiciones de su delegación. Es en ese sentido en el que las leyes constitucionales son fundamentales. Las primeras aquellas que establecen la legislatura, están fundadas por la voluntad nacional antes de toda constitución; forman su primer grado. Las segundas deben ser establecidas por una voluntad representativa especial. Así todas las partes del gobierno se remiten y dependen en último análisis de la nación (Sieyes, 1943, págs. 109-110).

Los planteamientos argüidos por esta vertiente teórica, han sido retomados por la Corte Constitucional cuando expone las bases conceptuales sobre las cuales elabora la Teoría de la Sustitución de la Constitución, señalando de esta manera por primera vez¹⁴ en qué consiste un vicio de procedimiento incluyendo en el análisis de los mismos precisamente la Competencia, es decir la verificación previa del órgano constitucionalmente autorizado para realizar la reforma; tal estudio se expondrá a profundidad en el cuarto capítulo.

2.1.1.1.1. Posiciones críticas a la perspectiva subjetiva

Frente a esta vertiente que diferencia claramente el poder constituyente y el poder de reforma o constituido, se han elaborado numerosas *posiciones críticas*, las cuales han sido divididas por el autor Carlos de Cabo aludiendo argumentos de tipo “*teórico*” e “*histórico*”, las cuales versan sobre el concepto de soberanía en el orden constitucional:

En relación con el *aspecto teórico*, la primera posición critica la teoría del poder constituyente del pueblo, según la cual este dispone de forma soberana de lo que es derecho y en esa medida de la Constitución misma, declarando válido lo que el

¹⁴ Después de 12 años de expedida la Constitución de 1991.

pueblo haga conforme a la Constitución. Señala que el poder constituyente no es un poder incondicional, ni soberano, puesto que se trata de un poder que se basa en la participación ciudadana por lo cual está sujeta a reglas:

Si hay un poder constituyente del que el pueblo es titular, éste puede actuar al margen de lo dispuesto en la Constitución, reformándola también al margen del procedimiento de reforma que la Constitución prevea o incluso aunque la constitución se declare irreformable. (De Otto, 1993, pág. 55)

De igual forma, señala de Otto que la teoría del poder constituyente no aporta fundamento alguno a la validez de la Constitución como norma jurídica puesto que, *“(...) con ello se llega a un resultado exactamente contrario al que se pretende: si el pueblo tiene poder constituyente, la Constitución no lo limita, y si la Constitución lo limita, el pueblo no tiene poder constituyente”*. (De Otto, 1993, pág. 55)

Una segunda posición que corresponde a la defendida por el constitucionalista Manuel Aragón, la cual afirma la existencia de un soberano en el Estado Constitucional, que corresponde exclusivamente al Pueblo¹⁵, sin embargo, no refuta a su vez la *“grandeza histórica de la Constitución”*, pero señala que la misma tiene su razón de ser en *“(...) su pretensión de garantizar jurídicamente ese hecho de la soberanía popular (...) La normativización de la soberanía popular no significa tanto su limitación como su garantía y, en ese sentido, la autolimitación del soberano, constitucionalizándose, no repugna a su propia condición de soberano”*. (Aragón, 2002, págs. 16-17) De tales planteamientos se deriva su permisibilidad a aceptar que

¹⁵ Posiciones contrarias encontramos en autores como: Miguel Carbonell quien señala que “dentro del Estado constitucional la soberanía no puede pertenecer más que a la Constitución, que es el marco de referencia suprema de las actividades de todos los habitantes del Estado. (*Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1998. P. 145-191). De igual forma Gustavo Zagrebelsky señala que “con referencia a los Estados pluralista actuales, antes que de soberanía de la Constitución sería más adecuado hablar de ‘constitución sin soberano’. (*El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Trotta, Madrid, 1995. p. 13

la única autolimitación del poder constituyente es la procedimental y no la material (la cual se analizará posteriormente), en la medida que, al estar juridificada la soberanía popular se hace necesario el establecimiento de reglas que estructuren la formación de la voluntad soberana, negando la posibilidad de que estas reglas a su vez limiten el contenido de su voluntad *“porque el soberano constitucionalizado ha de tener la facultad de cambiar, radicalmente, en cualquier momento, de Constitución, o, dicho en otras palabras, el pueblo tiene que conservar la libertad de decidir, jurídicamente, su propio destino.* (Aragón, 2002, pág. 17)

En lo que respecta a la crítica de los planteamientos que diferencian el poder constituyente y el poder de reforma o constituido, desde el punto de vista *histórico*, se resaltan las siguientes posiciones:

La primera de ellas, ha sido estudiada y criticada a su vez por el doctrinante Pedro de Vega¹⁶; dicha postura equipara el poder de reforma y el poder constituyente originario¹⁷, y se origina como respuesta al problema que se presenta entre la supremacía de la Constitución y la Soberanía popular, en la medida que la existencia de un poder constituyente originario, no sujeto a límites dificultaría la supremacía de la ley fundamental. Es así como señala al respecto (De Vega, 1991, pág. 224) que *“para resolver tan singular aporía, los padres del constitucionalismo moderno recurrieron al argumento que, incipientemente formulado por Rousseau, en sus*

¹⁶ De Vega, Pedro denomina esta posición: La solución del constitucionalismo clásico y su proyección actual: el poder de reforma como poder constituyente. (La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente, Tecnos, Madrid, 1991. p. 223-228)

¹⁷ De este argumento se deriva a su vez los planteamientos de Díaz Sergio, quien señala que *“(…) en un orden democrático, si la creación originaria de una constitución supone un poder constituyente, la creación subsecuente de nuevas normas constitucionales, observando un procedimiento de revisión preexistente supone también un poder constituyente (…)”* (Teoría de la reforma constitucional, Ediar, Buenos Aires, 2004. p. 187). A su vez González, Juan, sostiene que: *“En efecto, para nosotros existe una misma e idéntica función constituyente, operada por un mismo e idéntico poder constituyente que, ejerciendo en dos circunstancias distintas configuran dos especies de poder constituyente según actúen en un momento liminar o en un momento subsecuente de continuidad”.* (La Constitución y su reforma. Revista Española de Derecho Constitucional, nº 17, año 6, 1986.p. 142).

Consideraciones sobre el Gobierno de Polonia, desarrolló Frochot en la Asamblea Constituyente francesa de 1791”.

Por lo cual esta posición afirma que una vez elaborada la primera constitución, el poder originario se diluye y queda absorbido a los parámetros constitucionales, transformándose en un poder constituyente delegado. De esta manera, el pueblo al expresarse sin ningún tipo de mediación en un primer momento, ya no podría volver a expresarse de manera directa, quedando sólo la ley constitucional como garantía de su voluntad.

Sin embargo, esta posición posee una crítica la cual es realizada por el doctrinante Pedro de Vega, cuyos argumentos son importantes traer a colación:

De esta forma, la subsunción del poder constituyente en el ámbito de la normativa constitucional, para lo único que terminaría sirviendo será, no como pretendía Frochot en su célebre discurso, “para garantizar la Constitución contra las ambiciones de sus representantes o delegados”, sino para sustraer al pueblo el ejercicio real de su soberanía y asegurar, constitucional y legalmente frente al mismo, el poder ilimitado de sus mandatarios. (De Vega, 1991, págs. 231-232)

La segunda posición, se aborda desde la perspectiva de la mundialización del derecho, esta postura señala que en la actualidad seguir diferenciando al poder constituyente como original o fundador es una ficción, toda vez que las constituciones que surgen en la actualidad, nacen con la necesidad de amoldarse a exigencias ya creadas por estados constituidos o constituciones anteriores, a su vez en dichos procesos constituyentes han perdido su carácter de nacional, teniendo en cuenta que dichas constituciones deben ajustarse a un modelo generalizado de supuestos de adaptación, es decir realmente no se presenta una participación por parte de la ciudadanía como constituyente, tal escenario es presentado por el doctrinante Antonio De Cabo de la siguiente manera:

“De otro lado, la propia noción de constitución del Estado ha ido perdiendo intensidad en la medida en que las constituciones que ahora se aprueban, se hacen sobre estados definitivamente constituidos (no es probable, por poner un ejemplo, que una nueva constitución en Francia supusiera una ruptura constituyente con el pasado). Por último, los procesos constituyentes han perdido en muy buena medida su carácter nacional. Constituirse quiere decir en la actualidad, casi exclusivamente, a la tarde exigencias exteriores, amoldarse a un modelo generalizado, recibir, en definitiva, una ordenación exterior. El afán comparatista de parte de nuestra disciplina sería su exponente en el plano doctrinal. Una labor técnica, relativamente interpuesta, no participativa y no constituyentes sentido sustancial de la que muy difícilmente puede predicarse el carácter de soberanía como decisión máxima e incondicionada.” (De Cabo A. , 2000, págs. 59-60)

Otra de las posiciones críticas es señalada por Carlos de Cabo, quien al exponer su posición parte de los cambios que ha conllevado el Estado Social, distinguiéndolo del económico, el cual se presentó en el Estado liberal y se caracterizaba por un constitucionalismo sin contradicciones, situación distinta acontece en el Estado Social, en el cual la Constitución “(...) *no se construye sobre la abstracción sino que la realidad entra en la Constitución, y como la realidad es contradictoria, la Constitución expresa esa contradicción*”. (De Cabo, La reforma constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho , 2003, pág. 38). De esta manera el poder constituyente del Estado Social no es homogéneo, este encarna la soberanía formal y la material, lo cual permite actuar sobre cualquier aspecto de la sociedad, resultando en un pacto que entra en la Constitución, sin que sea posible el establecimiento de límites competenciales, equiparando el poder constituyente y el poder de revisión.

2.1.1.1.2. Punto de Vista Objetivo

A continuación se analizarán desde el punto de vista *objetivo* los límites de la reforma, cuyas exigencias se derivan del propio ordenamiento constitucional específicamente del texto constitucional, esta perspectiva analiza los límites

materiales de la reforma de la Carta Política, por lo cual en primer lugar se expondrá la vertiente que se ha generalizado sobre los mismos.

Como primera medida se parte del *carácter material* como una de las categorías desde la perspectiva objetiva, al respecto afirma (Aláez, 1999, pág. 14):

En efecto, el problema de los límites materiales a la reforma constitucional entronca de forma directa con la Teoría de la Constitución y, más concretamente, con el concepto de Constitución. Se observa una intrínseca relación entre la posición dogmática que se adopte frente a la cuestión de qué sea, o más bien, cómo haya de entenderse una Constitución, y la solución que se dé al segundo interrogante de si son o no admisibles los límites materiales a la reforma constitucional, y si éstos deben hallarse, en todo caso, recogidos por la literalidad constitucional”.

En el mismo sentido, señala el doctrinante Werner Kägi en relación con el carácter material como límites al poder de revisión:

(...) el problema de las materias esenciales de la Constitución (o de la llamada constitución material) se presenta siempre de nuevo en el Derecho del Estado en los más diversos contextos, sobre todo con respecto a la revisión de la Constitución. El fundamento en los límites absolutos del poder reformador de la constitución, en base a prohibiciones expresas de revisión o bien "en la esencia la constitución", así como también la delimitación de una revisión parcial o total, de una modificación o supresión de la constitución y de otras cuestiones más, sólo puede efectuarse sobre el fundamento de una teoría material de la Constitución si no quiere quedar como meramente oportunista. (Kägi, 2005, págs. 103-104)

Así las cosas el carácter material de la Constitución va de la mano con la existencia de un núcleo esencial de elementos¹⁸ que definen la Carta Política, los cuales no pueden ser objeto de reforma, estableciendo de esta manera un límite que procede directamente del texto constitucional. Es necesario indicar que los argumentos argüidos por esta vertiente teórica, han sido retomados por la Corte Constitucional cuando desarrolla las bases conceptuales sobre las cuales elabora la Teoría de la Sustitución de la Constitución, aludiendo que aunque la norma fundamental no contiene cláusulas pétreas que prohíban modificar determinados artículos, en toda Constitución democrática se imponen límites materiales al poder de reforma, tal estudio se expondrá a profundidad en el capítulo denominado “*La discusión en nuestro derecho*”.

Retomando la connotación de carácter material, (De Cabo, La reforma constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho , 2003, pág. 41) ha establecido: que “*Se entiende que en toda constitución se encuentra un núcleo que define su identidad así como la identidad y (de cuyo mantenimiento depende la) continuidad del Estado, por lo que es, necesariamente, inmodificable (...). Esta inmodificabilidad se configura, por tanto, como un componente básico de lo que genéricamente se conoce como defensa de la Constitución y fundamenta, asimismo, la tesis que se viene sosteniendo en la materia de la imposibilidad de suprimir el orden constitucional en su totalidad y sustituirlo por otro distinto (...)*”.

¹⁸ En relación con el establecimiento de unos contenidos mínimos constitucionales irreformables doctrinantes como De Otto, Ignacio señalan al respecto: “*Sin embargo, a pesar de esta indiferencia aparente de la Constitución respecto de lo que pueda surgir de la reforma, hay buenos motivos para afirmar que esta tiene al menos un límite consistente en que no sería conforme la constitución suprimir la democracia misma, ni siquiera utilizando para ello procedimientos democráticos, y ello por la misma razón por la que es contradictorio afirmar que un poder absoluto puede autolimitarse*”. (Derecho constitucional. Sistema de fuentes, Ariel, Barcelona, 1989. p. 18). A su vez De Vega, Pedro menciona sobre el particular: “*De todos modos, como presupuesto medular y criterio legitimador básico de la organización constitucional contemporánea, aparece el principio democrático de la soberanía popular y del poder constituyente el pueblo. En cuanto punto de partida inexcusable en la forja del Estado constitucional, a él tendrá que referirse cualquier tipología que pretenda efectuarse, con unas mínimas aspiraciones generalizadoras, sobre los límites materiales implícitos*”. (Reforma Constitucional en la perspectiva de las fuentes del derecho. Trotta, Madrid, 2003. p. 288)

A su vez varios doctrinantes¹⁹ denominan dicha perspectiva material como “*límites implícitos materiales*” diferenciándolos de los límites implícitos formales²⁰, entre ellos el profesor Pedro de Vega quien argumenta que los límites materiales implícitos se derivan del principio político de *soberanía popular*, los cuales se deducen de los valores y supuestos políticos en los que se estructura el Estado constitucional, configurándose como aspectos inmodificables por parte del poder de reforma de la carta política, puesto que su enmienda generaría la configuración de un nuevo régimen político y se originaría un ordenamiento constitucional distinto:

En cualquier caso, lo que resulta incuestionable es que, bien cuando aparecen como elementos claramente definidos en los textos constitucionales o en los preámbulos de los mismos, o bien cuando se presentan como supuestos indiscutibles de la ideología social imperante, esos principios y valores legitimadores del ordenamiento, tendrán por fuerza que configurarse como zonas exentas al poder de revisión, y adquirir, por tanto, el indudable carácter de límites materiales implícitos a toda operación de reforma”. (De Vega, 1991, pág. 285)

Esta concepción materialista de los límites al poder de reforma constitucional, ha sido a su vez abanderada por el reconocido doctrinante Carl Schmitt, quien tiene una concepción material de Constitución:

Schmitt parte del concepto positivo de constitución, señalando el nacimiento de una constitución “(...) *mediante decisión política unilateral, o mediante convención plurilateral de varios de tales sujetos*” (Schmitt, 1952, pág. 50). Distinguiendo a su

¹⁹ En Ferreres, Victor: “*Una defensa de la rigidez constitucional*”, cit. en nota 7, p. 42, nota 31, pueden encontrarse referencias bibliográficas acerca de la discusión sobre la existencia o inexistencia de límites implícitos a la reforma constitucional, tanto en España como en Estados Unidos. Lo que, en relación con nuestra constitución, sostiene al respecto el propio Ferreres es que sí habría en ella límites materiales implícitos, pero que el Tribunal Constitucional no debería intervenir para controlar si las leyes de reforma constitucional los respetan.

²⁰ Los cuales se analizarán seguidamente. cuando se profundice en el carácter formal que correspondería al segundo aspecto desde el punto de vista objetivo.

vez en el texto de la Constitución las normas “*propriadamente constitucionales*” de las “*leyes constitucionales*”, cuyo parámetro de diferenciación se encuentra en la identificación de ciertos aspectos fundamentales dentro de la Constitución, en la medida que las leyes constitucionales existen con base en la carta política.

Las decisiones, como tales, son cualitativamente distintas de las normaciones legal-constitucionales establecidas sobre su base”.

(...)

Una ley constitucional es, por su contenido, la normación que lleva a la práctica la voluntad constituyente. Se encuentra por completo bajo el supuesto y sobre la base de la decisión política de conjunto contenida en esa voluntad. (Schmitt, 1952, pág. 88)

Así las cosas, la facultad de reformar la Constitución, se refiere a la posibilidad de modificar las leyes constitucionales, excluyendo de esta órbita las decisiones políticas fundamentales expresadas por el poder constituyente y de su exclusiva competencia, el cual según Schmitt no se agota o deja de existir una vez emitida la Constitución, puesto que por encima de la misma sigue subsistiendo la voluntad del poder constituyente. En ese sentido, al señalar el ámbito de aplicación de dicha facultad de reforma Schmitt afirma que esta contiene:

(...) tan sólo la facultad de practicar, en las prescripciones legal-constitucionales, reformas, adiciones, refundiciones, etc; pero manteniendo la Constitución; no la facultad de dar una nueva Constitución, ni tampoco la de reformar, ensanchar o sustituir por otro el propio fundamento de esta competencia de revisión constitucional (...). (Schmitt, 1952, pág. 120)

A su vez el doctrinante Karl Loewenstein analiza la Constitución desde su perspectiva material, introduciendo dentro de dicha noción el concepto de “*disposiciones intangibles*”, las cuales tienen por finalidad excluir de cualquier modificación a

determinadas normas constitucionales, distinguiendo al interior de tales disposiciones dos posibilidades: la primera de ellas se refiere a aquellas prohibiciones expresas que señala textualmente la Constitución que no es posible reformar, y en segundo lugar aquellas que se deducen del “espíritu” o *telos* de la Constitución por lo cual expresamente no se encuentran contenidas en la misma, y que son denominados límites no articulados o tácitos:

Aquí hay que distinguir, por lo pronto, dos situaciones de hecho: por una parte, medidas para proteger concretas instituciones constitucionales-intangibilidad articulada-, y, por otra parte, aquellas que sirven para garantizar determinados valores fundamentales de la Constitución que no deben estar necesariamente expresados en disposiciones o en instituciones concretas, sino que rigen como “implícitos”, “inmanentes” o “inherentes” a la constitución. (Loewenstein, 1982, pág. 189)

Continuando con la perspectiva objetiva de los límites materiales, se analizará el *carácter formal* de los mismos, los cuales se relacionan con una específica técnica formal establecida en el texto constitucional, con el fin de mantener contenidos que demandan seguridad jurídica:

De esta manera autores como Merkl y Ross han considerado como disposiciones intangibles las normas que fijan el procedimiento de reforma, sobre la base de un enfoque estrictamente formal, exigencia de la lógica y de la coherencia del sistema constitucional.

Estas posiciones se soportan en una concepción gradualista del derecho y del normativismo de la teoría de Kelsen, basado en que la validez y eficacia de la norma se determina por la existencia de una norma superior, es decir se basa en el principio de jerarquía.

A continuación se exponen los planteamientos del doctrinante Adolfo Merkl, desarrollados por el profesor Pedro de Vega en los siguientes términos:

Conforme a este presupuesto, entenderá Merkl, que el principio según el cual *lex posterior derogat legi priori*, no tiene, naturalmente, una aplicación automática. Porque cada norma jurídica encuentra establecida sus condiciones de validez en una norma superior, la derogación en concreto de cada una de ellas habrá de depender también de la existencia de una específica norma derogación (*Derogationsnorm*), que por fuerza revestirá el carácter de norma superior a la que se deroga. Como potencia abstracta, cabría entender que la *Derogationsnorm* de todo el ordenamiento se encuentra en la Constitución.

(...)

La pregunta a resolver es esta: si la *Derogationsnorm* es jerárquicamente superior siempre a la norma que se deroga, ¿dónde se pueden encontrar los criterios de validez en los casos en que se trata de modificar o derogar los preceptos de la Constitución que, como se sabe, representa la *Grundnorm* del ordenamiento?. (De Vega, 1991, págs. 278-279)

La respuesta a dicho interrogante es planteada por Merkl bajo el supuesto de que la *Derogationsnorm* corresponde específicamente a las normas de procedimiento de reforma, excluyendo las demás disposiciones constitucionales. De esta manera, la Constitución como norma de mayor jerarquía establece en determinados preceptos, cómo se deben crear y modificar las demás normas inferiores, por lo que no existiendo una norma superior que determine un procedimiento para hacerlo, los mismos no pueden ser derogados.

Por otro lado, en lo que respecta a la postura señalada por Alf Ross la cual ha sido denominada: “*inadmisibilidad de la auto-obligación normativa*”²¹, tiene como punto de partida una visión normativista y gradualista del derecho, en la medida que, la fundamentación de las competencias y atribuciones de las distintas autoridades se encuentran en las normas, y a su vez “(...) *cada competencia regulada en una norma está determinada por la existencia de una autoridad superior en la que encuentra su*

²¹ Ver De Cabo, Carlos. (*Reforma Constitucional en la perspectiva de las fuentes del derecho*. Trotta, Madrid, 2003. p.43)

fuerza de validez” (De Vega, 1991, pág. 280).

Así las cosas Ross al cuestionarse dónde realmente se encuentra regulada la competencia del poder de reformar la Constitución (como norma de superior jerarquía), llega a la conclusión que tal función le corresponde a las normas de procedimiento de la reforma constitucional; aplicando la regla lógica²² que “*una proposición no puede referirse a sí misma*”, por lo que “*la Constitución, tal como la ley, no puede expresar las condiciones de su propia reforma*” (Ross, 1994, págs. 79-80), se deduce finalmente que las normas que regulan el procedimiento de reforma de la Constitución “*(...)en cuanto no pueden aplicarse a sí mismas, se convierten en irreformables*”. (De Cabo, La reforma constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho , 2003, pág. 44)

2.1.1.1.2.1. Posiciones críticas a la perspectiva subjetiva

Desarrollada la perspectiva objetiva, relacionada con la doctrina de los límites materiales desde su *carácter material y formal*, a continuación se establecen las críticas en uno y otro sentido, que se han elaborado por diversos doctrinantes.

En relación con los *límites materiales* desde su *carácter material*, se resaltan las siguientes posturas:

Uno de los doctrinantes que ha negado la existencia de límites materiales a la voluntad soberana ha sido Manuel Aragón, quien ha señalado como única autolimitación del poder constituyente que resulta compatible con su soberanía es la

²² Ross, Alf señala al respecto: “*(...) podría sostenerse que cierta autoridad, por ejemplo, A3, puede ser establecida por normas sancionadas por ella misma, lo que equivale a decir que es posible que una norma determine las condiciones para su propia sanción, incluyendo la manera en que ella puede ser modificada. Una reflexividad de este tipo, empero, es una imposibilidad lógica, y generalmente es reconocida como tal por los lógicos*”. (Sobre el derecho y la justicia. Eudeba, Buenos Aires, 1994. p.80)

autolimitación procedimental y no la material, en la medida que el pueblo debe mantener su voluntad de decidir jurídicamente su propio destino:

(...) es evidente que una constitución democrática habrá de contener límites materiales frente un poder de reforma en el que el pueblo no participe. Más aún, lo que resulta criticable, por incongruente, sería la propia existencia de una situación normativa de ese género, es decir, de una constitución democrática cuya reforma esté sustraída a la voluntad popular. Ello supondría condenar al soberano (que en cuanto lo es tiene que poseer la capacidad de autodeterminarse) a actuar fuera del derecho cuando quiera ejercer su soberanía. (Aragón, 2002, pág. 18)

Señalando finalmente que la existencia de los límites materiales tendrían dos significados que lesionarían el ejercicio democrático y el establecimiento del estado de derecho: el primero es una obligación que impone el derecho a las futuras generaciones de quedar sometidas la voluntad de las generaciones presentes, con lo cual el Estado constitucional no sería un Estado democrático, y la segunda que la democracia impone a esas generaciones del futuro la obligación de expresar su voluntad al margen de la norma, con lo cual el Estado democrático perdería su completa condición de Estado de derecho y en esa medida de Estado constitucional.

Una segunda posición crítica al establecimiento de límites materiales ha sido desarrollada por el doctrinante Juan Luis Requejo Pagés, quien afirma la existencia únicamente de límites sustantivos o procesales establecidos en el Título X de la Constitución Española de 1978, refiriéndose específicamente a las normas de procedimiento de reforma a la Carta Política, en consecuencia niega que la Constitución haya previsto la existencia de límites materiales a su revisión total y en esa medida no es posible deducir la existencia de unos límites implícitos, pues expresamente²³ no han sido señalados por el constituyente:

²³ Esta posición ha sido asumida por el doctrinante Javier Jiménez quien señala que: “(...) *razonando*

Sin embargo, por encima de la lógica estricto censo de la lógica normativa está, siempre, la lógica positiva, esto es, la impuesta por la expresa voluntad constituyente, frente a la que nada pueden límites que, por más que se califiquen de implícitos, no son sino los queridos por el intérprete. Y éste no puede creer ahí donde el constituyente, expresamente, no ha querido. (Requejo, 1998, págs. 1-2)

Una tercera posición a resaltar es la establecida por el jurista Carlos de Cabo, quien hace una crítica en relación a la existencia de unos límites esenciales, irreformables de supuestos como democracia, derechos y libertades, etc., señalando dos argumentos:

- *“Una es que esos supuestos no tienen un contenido estrictamente fijado, indiscutido y definitivamente precisado (...)”* (De Cabo, La reforma constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho , 2003, pág. 48) lo cual implica la existencia de concepciones distintas sobre los mismos y de esta manera diversos márgenes de acción que dificultarían su aplicación.
- *“La otra es que tampoco puede aceptarse el agotamiento de la capacidad constituyente”*. (De Cabo, La reforma constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho , 2003, pág. 49) Argumenta que no es posible entender que todo esté constituido, realizar esta afirmación correspondería a un pensamiento único o a un supuesto del “fin de la historia” incorporando la

en base

a la existencia de límites implícitos a la revisión constitucional, el jurista se sobrepone al constituyente, deslizándose desde la válida caracterización del régimen político hacia la «juridificación» de los contenidos que en éste se consideran sustanciales, y ello suponiendo —esto es lo criticable del procedimiento— una «voluntad» no declarada por la norma. Pero es que además estos planteamientos incorporan una velada desvalorización del Derecho, en la medida en que le hacen depender mecánicamente —la idea del reflejo— de instancias metajurídicas en las que, se afirma, reside la «verdadera» Constitución”. (Algunos problemas de interpretación en torno al título X de la Constitución. Revista del Departamento de Derecho Político, n° 7, año 1980.p. 93-94)

existencia de lo que denomina “el elemento utópico” no desde el punto de vista ideal sino desde la racionalidad: “(...) entender lo utópico no tanto en el sentido de configuración en base a elementos irracionales que están fuera de la realidad, sino como construcción racional, producto occidental del pensamiento ilustrado, apoyado en elementos reales y cuya virtualidad transformadora utópica se verifica mediante su encarnación en lo real. (De Cabo, 2004, págs. 47-56)

En relación a las críticas desarrolladas en torno a los *límites materiales* desde su *carácter formal*, se resaltan los siguientes planteamientos:

Respecto a la tesis de la Derogationsnorm planteada por el doctrinante Merkl se señalan críticas a la misma:

(...) por la dificultad lógica para aplicarla a la Norma constitucional como máximo escalón normativo que impide toda referencia a un nivel superior, por su imprecisión que obliga a tener que acudir a la interpretación; por los problemas que plantea la necesidad de ser expresa cuando se trata de Constituciones (rígidas) que no la contienen y, sobre todo, la imposibilidad de aplicación a las Constituciones flexibles (...). (De Cabo, 2003, pág. 45).

En cuanto a la posición planteada por Alf Ross denominada “*inadmisibilidad de la auto-obligación normativa*” autores como Bulygin²⁴ y Guibourg²⁵ objetan señalando que el argumento de la auterreferencia aplicada al proceso de reforma parte de una visión estática del derecho. En esa medida si se analiza de manera dinámica comprendiendo el devenir del tiempo la paradoja se diluye, puesto que si las normas

²⁴ Bulygin, Eugenio. *La paradoja de la reforma constitucional*. Revista de Ciencias Sociales. Universidad de Valparaíso (Chile) 1984. p. 329 a 336.

²⁵ Guibourg, Ricardo La autorreferencia normativa y la continuidad constitucional en Bulygin, Farrel, Nino (compiladores). *El lenguaje del derecho: homenaje a Genaro R. Carrio. Abeledo-Perrot*. Buenos Aires. 1983. p. 181 a 185.

de reforma han autorizado a un órgano a dictar leyes y luego, el órgano ha decidido modificar dicho mecanismo, no hay contradicción alguna.

El doctrinante (Ferreya, 2007, págs. 445-446) señala al respecto que:

Desde el punto de vista semántico la propiedad que posee una disposición de referirse a sí misma ('esta oración está redactada en castellano') no genera auto contradicción. Eso sí, la autorreferencia debe manejarse con cuidado, puesto que puede conducir a paradojas como el caso de la 'paradoja del mentiroso'. Aceptándose, pues, que no necesariamente toda autorreferencia vicia el significado de un enunciado, no habrá dificultades en aceptar también, por de pronto, que la prescripción impuesta por el art. 30 constitucional no impone una fórmula lógicamente insostenible.

2.1.1.2. Como Regla de Procedimiento

Puestos en consideración las normas de Reforma como *regla de competencia* (ámbito posible de la reforma), desde los puntos de vista subjetivo (sujetos que intervienen) y objetivo (derivan del texto constitucional) se procede a analizar las normas de Reforma como *regla de procedimiento* (conocidos como límites formales implícitos²⁶), es decir alude al procedimiento de reforma constitucional, el cual es más complejo que el exigido para las demás normas y se encuentra en las Constituciones escritas que se caracterizan por su rigidez, de esta manera estos límites formales implícitos se analizarán a partir de una fundamentación *material y formal*.

²⁶ Al respecto señala Aláez, Benito lo siguiente: “El límite material ha de dejar de ser considerado – sea cual sea su contenido: lógico, funcional o político-moral- como una norma constitucional tácita y requiere, además, un tratamiento teórico que desentrañe sus peculiaridades como estructura normativa y la relación que éstas tienen con su función estructural. Por un lado, no debe ser confundido con los condicionamientos orgánico-procedimentales (los llamados límites formales) que las normas sobre reforma constitucional hayan querido establecer autorreferencialmente sobre el desarrollo de la «positividad» del ordenamiento (incluso en el caso de ser límites relativos superables por la vía de la doble reforma constitucional)”. (El problema de los límites materiales a la reforma de la CE de 1978, Universidad de Oviedo, 1999. P.)

Como primera medida, en relación a la fundamentación *material* se señala como punto de partida los cambios históricos en la sociedad: el paso del Estado abstencionista liberal clásico²⁷ al Estado Social de Derecho²⁸ implica la necesidad de reforzar y mantener los acuerdos suscritos, como el pacto constitucional, dada las complejas fuerzas que se presentan en la dinámica social y que interactúan en la misma, lo cual demanda un específico y complejo procedimiento de reforma.

En relación a la fundamentación *formal* de las normas de reforma como regla de procedimiento, la misma tiene relación con el concepto de supremacía²⁹ y rigidez constitucional, haciendo alusión al procedimiento de reforma el cual se diferencia al procedimiento legislativo ordinario siendo un procedimiento más complejo y

²⁷ Señala el doctrinante De Vega, Pedro sobre esta primera etapa del Estado constitucional: “*Que, como indicamos en su momento, la definición y consagración de la constitución como ley suprema apareciera, en los inicios del constitucionalismo moderno, como un correlato inexcusable la propia lógica jurídica sobre la que se vértebra el Estado constitucional, no supone que, en la conciencia social, ideológica y política, esto es, en la praxis constitucional, se reflejará su verdadero contenido y alcance. Porque lo importante no era tanto someter el poder al imperativo de la ley, como declarar son las exentas a la acción del gobernante, la defensa y el reconocimiento social de la supremacía constitucional, representaría para la primera burguesía una preocupación menor*”. (La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente, Tecnos, Madrid, 1991. P. 275)

²⁸ Véase los comentarios del teórico Fioravanti, Maurizio quien señala: “*Precisamente por ese motivo, y porque es el punto de partida, hay que señalar con fuerza la importancia del cambio que se produce en Europa a partir de los años veinte, con la apertura de una fase de gran intensidad política que conduce a la fundación de repúblicas, como la alemana de Weimar, instaurada por la constitución de 11 de agosto de 1919., después, a su superación por parte de regímenes totalitarios, como en la misma Alemania o en Italia., e incluso al retorno, con la última posguerra mundial, a los regímenes democráticos dotado de diversas maneras de un sentido social. (...) En suma, la constitución tenía necesidad de contener en sí las grandes decisiones del poder constituyente, enunciándolas con otras igualmente grandes normas de principio, sobre todo en materia de derechos fundamentales y de igualdad. La Constitución, en cierto sentido, ha vuelto así a poseer, como en tiempo de la revolución, un contenido político que está directamente ligado a la voluntad del constituyente del pueblo soberano y que es un contenido democrático*”. (Constitución de la antigüedad a nuestros días, Trotta, Madrid, 2011, p. 149)

²⁹ De Vega, Pedro, señala al respecto: “*Naturalmente, al presentarse la idea de supremacía como principio cimentador de la estructura jurídica y política del moderno Estado constitucional, una exigencia inexorable de la lógica obligará a reconocer –aún en los sistemas en que en el derecho positivo se admiten las reformas totales- la existencia de límites implícitos formales a la revisión constitucional*”. (La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente, Tecnos, Madrid, 1991. P. 276)

específico. Es así como (De Vega, 1991, págs. 276-277) considera que en el moderno Estado Constitucional la idea de supremacía se erige como principio de la estructura jurídica y política deduciendo como una exigencia “(...) *la existencia de límites implícitos, formales a la revisión constitucional. ‘Porque el principio de rigidez –ha escrito con acierto Sandulli- constituye un elemento esencial de la estructura del régimen constitucional es, por sí mismo, un principio inmodificable y no susceptible de revisión’*”.

En todo caso señala (De Cabo, 2003, págs. 57-58):

(...) el procedimiento realiza, además de ese servicio a la estabilidad constitucional, una doble función de legitimación: una legitimación política respecto de la prosecución de fines o defensa de opciones no constitucionales (en cuanto no se puede reprimir la persecución de fines como ciudadanos cuando esos mismos fines podría imponerse como Poder constituyente) y una legitimación jurídica en cuanto que la observación del procedimiento convierte en correcta, desde el punto de vista positivo, la Reforma constitucional (...)

Frente a este fundamento de la existencia de un procedimiento específico de reforma de la Constitución desde argumentos formales, hace parte la postura del reconocido filósofo Hans Kelsen, quien desarrolla una concepción procedimental de los límites al poder de reforma, basando su pensamiento en el concepto de norma fundamental, a partir del cual elabora su teoría del sistema normativo, y sobre la cual se cimenta la validez de la Constitución, y en forma consecuente se fijan los criterios de validez del resto de normas sobre la base de la Constitución.

En lo que respecta a su concepción “*procedimental*” de los límites al poder de reforma de la Constitución, señala expresamente la existencia de una forma especial³⁰

³⁰ Hans Kelsen, menciona algunas formas de dificultar las enmiendas constitucionales: “*El expediente*”

(solemne) para las leyes constitucionales, que dificulta la modificación con respecto a las leyes ordinarias:

Existe un procedimiento especial, una forma determinada para la creación de las constitucionales, diferente del procedimiento de creación de las ordinarias. Esa forma especial relativa a las constitucionales, forma constitucional o Constitución en el sentido formal de la palabra, no es indispensable, mientras que la Constitución material, es decir, las normas que regulan la creación de preceptos generales y –en el derecho moderno- las que determina a los órganos y el proceso de la legislación, constituyen un elemento esencial de cada orden jurídico. (Kelsen, 1949, pág. 129)

De esta manera, Kelsen señala que el otorgarle un carácter más fijo y en ese sentido dificultar la reforma de la Constitución con respecto a las leyes ordinarias, es una característica de las Constituciones rígidas en oposición a las flexibles. Afirma el autor la posibilidad de que se pueda prohibir una reforma total a la Constitución o algunos de sus preceptos.

Así, por ejemplo, el artículo 8, párrafo 4 de la Constitución Francesa del 25 de febrero de 1875 (artículo 2° de la enmienda del 14 de agosto de 1884), establece: “La forma republicana de gobierno no podrá ser objeto de ningún proyecto revisión”. En estos casos no es jurídicamente posible modificar por acto legislativo, dentro del término señalado, la totalidad de la Constitución, o enmendar ciertas prescripciones específicas. (Kelsen, 1949, págs. 272-273)

Por lo cual, según lo expresado por Kelsen en su obra Teoría General del derecho y del Estado, se podría afirmar desde el punto de vista del positivismo jurídico, que cuando una Constitución no establece expresamente alguna prohibición de modificar

que con mayor frecuencia se echa a mano para hacer más difíciles las enmiendas constitucionales, consiste en exigir una mayoría calificada (dos terceras o tres cuartas partes) y un quórum que el usual (el número de miembros del poder legislativo competentes para tomar resoluciones). En algunas ocasiones, el cambio tiene que ser decidido varias veces antes de adquirir fuerza de ley”. Teoría General del Derecho y la Justicia, Imprenta Universitaria, México, 1949. P. 272)

determinados preceptos, el poder de reforma tendría la competencia para cambiar cualquier disposición constitucional siguiendo claro está, el procedimiento determinado por la Constitución para tal efecto, que correspondería al único límite de reforma de la misma.

Es importante resaltar que dicha concepción procedimental, se basa específicamente en el estudio por parte del Tribunal Constitucional de la revisión formal del trámite de la reforma, pero no va más allá del análisis de si el órgano competente y quien siguió el procedimiento podía o no formular cualquier contenido, al respecto establecía lo siguiente:

Se distingue con frecuencia entre inconstitucionalidad formal e inconstitucionalidad material de las leyes. Esta distinción no es admisible más que con la reserva de que la inconstitucionalidad llamada material es en último análisis también una inconstitucionalidad formal, en el sentido de que una ley cuyo contenido este en contradicción con las prescripciones de la Constitución dejaría de ser inconstitucional si fuera votada como ley constitucional. No puede, pues tratarse nunca de otra cosa más que saber si debe observarse la forma legal o la forma constitucional. (Kelsen, 1988, pág. 116)

Una vez expuestos los límites de la reforma Constitucional a través de las posturas más reconocidas, a continuación se expondrán dos debates teóricos que se derivan de la denominada “*Objeción democrática*”, cuyo análisis permite aportar elementos teóricos importantes en el estudio de la Teoría de la Sustitución de la Constitución y de esta manera para una reconstrucción de dicha tendencia, uno de los objetivos de la presente investigación.

3. OBJECIONES DEMOCRÁTICAS

3.1. PRIMERA OBJECCIÓN DEMOCRÁTICA: EL DEBATE EN TORNO A LA TENSION ENTRE DEMOCRACIA Y CONSTITUCIONALISMO

El Estado Constitucional se encuentra íntimamente ligado al concepto de democracia, constituyéndose en principio base de su establecimiento, por lo cual más que un mecanismo de solución de las controversias que se susciten al interior de las sociedades “(...) *propicia mejor que otros sistemas el desarrollo de la autonomía individual, del dialogo, de la igualdad de derechos y de la participación de todos en los asuntos comunes (...)*” (Prieto, 2003, pág. 137)

No obstante, a pesar de que estos conceptos deben confluir en el Estado para garantizar el respeto de los derechos de los ciudadanos, ello no quiere decir que no se presenten tensiones entre los mismos, toda vez que, desde sus inicios el *Constitucionalismo* fue concebido como un límite y garantía a la acción de los gobernantes³¹, es así como en la actualidad dichos límites se traducen en la exclusión de determinadas materias “(...) *de esa esfera colectiva y que condiciona cómo y, a veces también, qué puede o debe decidirse por mayoría*³² (...)” (Prieto, 2003, pág. 138), por lo cual el constitucionalismo en un primer planteamiento se muestra antidemocrático, ya que la “(...) *función básica de una Constitución es separar ciertas decisiones del proceso democrático, es decir, atar las manos de la comunidad*” (Holmes, 1988, pág. 218).

³¹ Al respecto el teórico Fioravanti, Maurizio señala: “*El constitucionalismo es concebido como el conjunto de doctrinas que aproximadamente a partir de la mitad del siglo XVII se han dedicado a recuperar en el horizonte de la constitución de los modernos el aspecto del límite y de la garantía*”. (Constitución de la antigüedad a nuestros días, Trotta, Madrid, 2011, p. 85)

³² En el mismo sentido, señala Alejandro Herrera en el estudio introductorio de la obra *Constitucionalismo y democracia*: “*Elster y Slagstad nos dicen, (...) que las constituciones sirven a dos funciones sobrepuestas: la protección de los derechos individuales y la limitación a ciertos cambios políticos por la mayoría*”. (Fondo de Cultura Económica, México, 1988. P. 13)

La problemática ha sido muy bien planteada por el doctrinante Francisco Laporta, quien al momento de analizar la concepción de *Constitucionalismo*, realiza la inclusión de dos grandes ideas las cuales constituyen los dos significados de la objeción democrática sobre los cuales se despliegan actualmente dos grandes debates:

La primera tiene que ver con la estructura jerarquizada del ordenamiento, y es la exigencia de que por encima de las leyes emanadas del poder legislativo se sitúe un texto jurídico que tengan primacía sobre ellas, es decir, que sea jerárquicamente superior a las leyes, y al que se llama comúnmente *Constitución*. La segunda, que es diferenciable de la anterior y no se deriva necesariamente de ella, es la idea que postula que esa primacía de la Constitución sobre la ley ha de garantizarse recurriendo a procedimientos judiciales y debe llevarse a cabo por órganos del poder judicial, es decir, se sitúa más bien en el terreno del procedimiento de adjudicación. (Laporta, 2001, pág. 461)

Es así como, se examinará la primera de las objeciones democráticas, de acuerdo con el siguiente cuestionamiento esbozado por (Laporta, 2001, pág. 461): “¿cuál puede ser la razón que justifique la existencia de un texto constitucional que se superponga a ese órgano y limite sus competencias legislativas dificultando o excluyendo de sus deliberaciones y decisiones determinadas materias?”

Iniciando con el estudio de esta problemática (Bayón, 2002, págs. 3-4) menciona los rasgos característicos del Constitucionalismo: el primero corresponde a que el poder normativo del legislador está sujeto a límites materiales, señalando que el límite por antonomasia son los derechos fundamentales³³ y agrega otros dos rasgos relativos a la protección del Estado Constitucional: la rigidez³⁴ constitucional y el control judicial

³³ Bayón deduce tal afirmación del artículo 16 de la Declaración de los derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: “*Toda la sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución*”

³⁴ Según lo expresado por el teórico Ferreres, Víctor: “*Decimos que una Constitución es «rígida» en la medida en que su modificación sólo es posible a través de un procedimiento más complejo que el procedimiento legislativo ordinario*”. (Una defensa de la rigidez constitucional. Doxa 23, 2000. P. 1).

de constitucionalidad de la ley como garantía necesaria de la primacía constitucional.

Así las cosas, dado los rasgos característicos del Estado constitucional: la rigidez y el control, señala Bayón que “(...) *el constitucionalismo así entendido suscita delicados problemas de justificación para todo el que asuma el valor de la democracia y acepte que el principio mayoritario, aun cuando no se identifique sin más con ella, es como mínimo uno de sus ingredientes*”. (Bayón, 2002, pág. 8)

Es muy interesante el planteamiento y la respectiva crítica que realiza seguidamente Bayón frente a una de las respuestas a dicha tensión asumidas por algunos reconocidos doctrinantes³⁵, quienes no consideran que se presente alguna dificultad entre democracia y constitucionalismo, partiendo de la afirmación de que la democracia no puede concebirse en términos puramente formales, es decir no es dable considerar la democracia exclusivamente como *procedimiento*, donde lo único importante es que se formulen las reglas necesarias para que cualquier decisión pueda ser tomada, “(...) *sino que implica una serie de requisitos sustanciales sin los cuales sería grotesco calificar una decisión mayoritaria como auténticamente democrática* (...)” (Bayón, 2002, pág. 10).

De esta manera la democracia implica conceptualmente hablando ciertos valores³⁶, o

³⁵ Bayón cita como doctrinantes que han asumido esta posición: “Esta es en síntesis la forma en la que han argumentado Ignacio DE OTTO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes* (Barcelona: Ariel, 1987), pp. 61 y 64-65; Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, jueces y control de la Administración* (Madrid: Civitas, 1995; 3ª ed. ampliada, por donde se cita, 1997), pp. 67-75; Francisco TOMÁS Y VALIENTE, “Constitución”, en E. Díaz y A. Ruiz Miguel (eds.), *Filosofía política (II): Teoría del Estado. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, vol. 10 (Madrid: Trotta, 1996) 45-61, p. 56; o Manuel ARAGÓN, “La democracia constitucional”, en E. García de Enterría et al. (eds.), *Constitución y constitucionalismo hoy. Cincuentenario del Derecho constitucional comparado de Manuel García-Pelayo* (Caracas: Fundación Manuel García-Pelayo, 2000) 95-124, de quien procede la afirmación (p. 99) de que el Estado constitucional es la forma jurídica de la democracia. Por supuesto, un planteamiento como éste no es en modo alguno exclusivo de la cultura. (*Democracia y derechos: El problema de fundamentación del constitucionalismo*, Madrid, 2002, p. 9)

³⁶ En este sentido leemos a días: “(...) si se entiende que la democracia tiene un importante contenido material axiológico, parecerían más justificados los mecanismos de defensa de tales valores frente a las

como señala Bayón los derechos fundamentales encarnarían precisamente esos requisitos sustanciales.

Por lo cual esta primera posición justifica la restricción al poder de la mayoría ya que se impide que sus decisiones puedan afectar los derechos fundamentales, protegiendo de esta manera la democracia de lo que sería una amenaza para ella, actuando como una especie de limitación del fundamento de la mayoría.

“O dicho de otro modo: la democracia sería en sí misma el fundamento de la limitación del poder de la mayoría. Y por eso no sólo no habría ninguna verdadera tensión que resolver entre constitucionalismo y democracia, sino que el Estado constitucional resultaría ser precisamente “la juridificación de la democracia”. (Bayón, 2002, pág. 10)

Concluyendo, se puede evidenciar que en esta posición, convergen unos presupuestos sustanciales que se podrían considerar verdaderos límites a la decisión mayoritaria, toda vez que si éstos se desconocieran se desdibujaría el concepto de democracia. Sin embargo critica este argumento, en la medida que, no considera que la objeción democrática quede desvirtuada dado que esta posición elude de fondo la problemática, por lo cual seguidamente expone que la raíz del debate se encuentra en las características propias de la democracia: el autogobierno (quién y cómo decide) o como señala (Bayón, 2002, pág. 11):

“(...) en rigor, es más adecuado caracterizarlo como el derecho de todos los miembros del cuerpo político a participar en pie de igualdad en la toma de decisiones públicas (...) exigencia que, en principio, sólo parece estar en condiciones de satisfacer la regla de la mayoría.”.

ocho que pretenden subvertirlos, aunque lo intente a través de los procedimientos que el propio sistema democrático prevé. (La constitución como orden abierto, Madrid, McGraw Hill, 1997. p.4).

Y el segundo ingrediente se refiere a su limitación (qué no se puede decidir o dejar de decidir), esto es, el respeto a los derechos que garantizan la autonomía individual de los ciudadanos. Identificados los dos ingredientes de la democracia plantea una correlación entre los mismos al señalar que: “(...) *algunos derechos y libertades individuales son en realidad prerequisites o condiciones necesarias de la genuina democracia puesto que sin ellos el procedimiento de decisión por mayoría no diferiría realmente de la toma de decisiones manipuladas o impuestas*”. (Bayón, 2002, pág. 13)

La decisión mayoritaria, no es por ende, la esencia de la democracia, sino que lo es la protección de determinados derechos que posibilitan la participación y la protección de todos en las decisiones y sus consecuencias, estos son considerados prerequisites de la democracia, es así como (Nino, 1997, pág. 274) señala que estos:

“(…) “derechos pueden ser considerados derechos *a priori* dado que son condición de la validez del proceso democrático y su valor no se encuentra determinado por ese proceso sino que está presupuesto por éste. Estos derechos *a priori* deberían ser, así respetados por el proceso democrático como prerequisites de su validez”.

Es aquí donde surge según (Bayón, 2002, pág. 15) una problemática, a la que denomina como la “paradoja de las precondiciones de la democracia”, la cual consiste en que:

“(…) el procedimiento de decisión por mayoría no encarna realmente un ideal valioso (el de la auténtica participación de todos en pie de igualdad en la toma de decisiones públicas) a menos que estén satisfechas ciertas condiciones previas; pero cuanto más exigente sea la definición de esas condiciones, mayor es el número de cuestiones que, como prerequisites de la democracia, deberían sustraerse al procedimiento de decisión por mayoría; así que, en el extremo, el procedimiento democrático alcanzaría su valor

pleno cuando apenas quedaran cuestiones sustanciales que decidir por mayoría”.

Se identifica de esta manera el problema de fondo que se encuentra en la discusión acerca de la objeción democrática al constitucionalismo, que consiste en cómo equilibrar los ideales de autogobierno y derechos, “(...) *que justifique hasta qué punto debe estar abierta al procedimiento de decisión por mayoría la definición de los contornos de las precondiciones mismas que hacen de él un ideal valioso*” (Bayón, 2002, pág. 20).

Por lo cual plantear la objeción democrática es reclamar una respuesta a la pregunta de qué es (y por qué) lo que puede sustraerse legítimamente a la decisión de la mayoría:

Frente a las posibles respuestas al problema ya planteado, es dable mencionar aquella que se fundamenta en que dado que los derechos corresponden a potestades de todos ser humano su satisfacción debe concebirse como una exigencia ética incondicional e innegociable, por lo cual los derechos se convierten en vetos o cartas de triunfo conocidos como un “*coto vedado*”³⁷ sobre los cuales el poder de las mayorías no puede decidir.

Uno de los teóricos que ha defendido de esta postura es el doctrinante Luigi Ferrajoli, quien elaboró una teoría conocida como sustancialismo, la cual básicamente señala dado que los poderes públicos tienden a no dar cumplimiento a los derechos se hace necesario implementar unas medidas coercitivas denominadas garantías que permitan que dichos derechos establecidos en las Constituciones sean efectivamente observados. Por lo cual plantea una reformulación del concepto de legalidad, considerando a esta, ya no en términos estrictamente formales, sino también otorgándole una dimensión sustancial. Señala que con la primera concepción del

³⁷ Ernesto GARZÓN VALDÉS, “Derecho, ética y política. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 644-645.

principio de legalidad se establecen los sujetos y los procedimientos para el ejercicio del poder, mientras que la segunda exige que las materias de decisión se encuentren legalmente delimitadas. Afirma que un Estado, en donde solo se conciba la legalidad en términos formales, puede adaptar su régimen jurídico a cualquier forma: totalitario, autoritario; razón por la cual, solo son estados de derecho aquellos que además de enunciar límites formales, incorporan límites sustanciales al ejercicio del poder. (Ferrajoli, 1995, págs. 852-856), los cuales corresponden a los derechos fundamentales que protegen a los ciudadanos y a las minorías de los poderes públicos y de las mayorías políticas, sustrayendo la posibilidad de cualquier decisión sobre estos derechos.

La anterior postura señalaba la existencia de unos derechos que se convierten en límites sustanciales al poder de las mayorías, a continuación se pone presente un planteamiento que argumenta el mantenimiento de los preceptos constitucionales a pesar del cambio generacional y que parte del cuestionamiento ¿porqué o con qué legitimidad las generaciones pasadas pueden imponer sus decisiones sobre las futuras? Al respecto señala (Bayón, 2002, pág. 51)

Así es, en efecto, como planteaban el problema Paine o Jefferson: admitir que el poder de decisión de la generación actual esté constreñido por decisiones adoptadas por una generación precedente sería admitir el gobierno de los muertos sobre los vivos, negar a la generación presente su derecho pleno a autogobernarse, ignorando -en palabras de Paine- que “cada generación debe ser tan libre para actuar por sí misma como aquellas que la han precedido.

Jon Elster formula esta problemática como paradoja de la democracia de la manera siguiente: “*Cada generación desea ser libre para obligar a sus sucesoras, sin estar obligada por sus predecesoras*”. (Elster J. , 1989, pág. 94). Ha sido muy conocida la idea planteada por Elster, en la cual Ulises se hace atar al mástil de su barco para no

dejarse seducir por el canto de las sirenas, de igual modo nos dice el autor que la comunidad política puede tomar ciertas decisiones que sabe que pueden tentarla, pero que, vistas desde un momento de lucidez considera repudiables.

En una analogía entre individuos y colectividad, Elster señala que sólo imponiéndose limitaciones y recurriendo a precompromisos, la colectividad podría asegurar un genuino autogobierno, a lo largo del tiempo, hacia la consecución de las finalidades perseguidas.

Existen marcadas posiciones que se muestran en contra de esta postura, una de las cuales es planteada por el mismo Elster al señalar que el precompromiso puede esconder, más que un intento de mantener la objetividad en momentos de lucidez, el deseo de imponer intereses sectoriales con el correr del tiempo:

“Supongamos que el 51% de los constituyentes desean proteger la propiedad, pero temen que su idea podría convertirse rápidamente en una opinión minoritaria en el conjunto de la población. En este caso, pueden salvaguardar su propósito usando su mayoría del 51% para estipular que se requiera una mayoría del 67% para revocar la disposición”. (Elster J., 2002, pág. 116)

A su vez esta posición ha sido criticada de esta manera por (Bayón, 2002, pág. 52) al señalar que mediante esta posición en relación al precompromiso, no queda desactivada la objeción democrática planteada inicialmente:

Porque del hecho de que el procedimiento mayoritario, como todo procedimiento, requiera normas constitutivas no se sigue que esas normas hayan de ser inmunes al cambio o modificables sólo por una vía distinta del propio procedimiento mayoritario. Y la cuestión no es entonces si el pasado debe condicionar el presente, sino cómo debe condicionarlo.

Vistas así las cosas, la objeción democrática puede y debe plantearse de un modo mucho

más plausible que el que sugiere la vieja retórica de la tensión entre las generaciones. De un modo que, por supuesto, da por sentado que ha de haber normas constitutivas del procedimiento legislativo ordinario (que por definición impedirán legislar válidamente de cualquier otro modo), pero que pregunta por qué dichas normas, en todo o en parte, habrían de ser inmodificables a través de ese mismo procedimiento; que reclama, en suma, una justificación para el hecho de que, siendo intrínsecamente valioso el autogobierno a través del procedimiento mayoritario, haya materias -ya se trate de sus propias normas constitutivas o de cualquier otra- que queden atrincheradas frente a éste”.

3.2. SEGUNDA OBJECCIÓN DEMOCRÁTICA: EL DEBATE EN TORNO A LA DIFICULTAD CONTRAMAYORITARIA

La segunda forma de la objeción democrática que ha generado gran controversia a lo largo del devenir histórico, como ya se hizo referencia, está relacionada con las razones que justifican que sea un grupo de jueces no elegidos democráticamente, quienes impongan sobre el órgano legislativo una decisión, una limitación³⁸ o para invalidar sus decisiones.

Es así como se han elaborado diversas posturas que dan respuesta a este planteamiento por lo cual, a continuación se presentan las principales tendencias esbozadas por diversos autores, que ilustran qué caminos se han señalado con el fin de dar respuesta a este debate:

Como primera medida, se hace alusión al primer modelo que se elaboró en torno al

³⁸ Al respecto señala Prieto, Luis: “Suponiendo que aceptemos la idea de supremacía, se trata de discutir si la justicia constitucional, esto es, en sentido amplio, la garantía de la Constitución a través de la acción de los jueces y tribunales representa una exigencia insoslayable o, por el contrario, un accidente-para algunos un lamentable accidente- que se puede o debe evitar. En pocas palabras, ¿son los jueces, y qué tipo de jueces y mediante qué procedimientos, los sujetos idóneos para asegurar el respeto a esa norma suprema?”

control judicial de constitucionalidad de todas las normas del sistema, el cual señalaba que los jueces constitucionales hacen valer frente al legislador límites claramente preestablecidos por la Constitución.

Así según Alexander Hamilton (uno de los padres fundadores del control judicial de constitucionalidad) en el Federalista N° 78, afirma que le corresponde al poder judicial “*declarar nulos todos los actos contrarios al sentido evidente de la Constitución*” (Hamilton, Madison, & Jay, 1994, pág. 331) y niega las posibles consecuencias antidemocráticas que puedan surgir de dicho control judicial.

Es así como el razonamiento de Hamilton en torno a la defensa de la posibilidad de un control judicial de las leyes es expresado en palabras de (Gargarella, 2012, pág. 72) de forma muy precisa al señalar:

“(…) en primer lugar, el hecho de que el poder judicial tenga la capacidad de negar la validez de una norma legislativa no implica de ningún modo la superioridad de los jueces respecto de los legisladores. Dicha operación tampoco supone poner en cuestión la «voluntad soberana del pueblo». Al contrario, la decisión de anular una ley viene a reafirmar, justamente, el peso de la voluntad popular. Ello se debe a que, al anular una ley, el poder judicial ratifica la supremacía de la Constitución, que es el documento que más fielmente refleja la voluntad soberana del pueblo”.

De esta manera la verdadera amenaza a la autoridad suprema del pueblo surgía cuando a los jueces se le negaba su capacidad revisora o si se autorizaba, implícitamente la promulgación de leyes contrarias a la Constitución. Esta argumentación fue luego retomada por el Juez Marshall de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso “*MARBURY s. MADISON*” en el año 1803, cuando por primera se reconoció la competencia del control judicial sobre las leyes inconstitucionales, tal situación fue explicada por el doctrinante (Kramer, 2011, págs.

162-163):

“Como cualquier otro escritor de la época, Marshall comenzó con el pronunciamiento de que la Constitución es “la ley suprema y principal”, y que, por lo tanto, “una ley de la cámara, contradictoria con la Constitución, es nula.

(...)

Marshall agregó un argumento textual. El poder judicial federal se extiende a los casos “que surgen bajo” la Constitución. “¿Podría ser” se preguntaba con incredulidad, “que un caso que surgiera bajo la Constitución debiera ser decidido sin examinar el instrumento bajo el cual surge? Para aquel aún no persuadido de la “extravagancia” de esa suposición. Marshall ofrecía una lista de leyes flagrantemente inconstitucionales que deberían ser exigidas por los tribunales si éstos ignoraran cuestiones de constitucionalidad. (...) Marshall concluía: una ley contradictoria con la Constitución es nula, y “los tribunales, al igual que los otros departamentos, están obligados por este instrumento”

El papel de los tribunales constitucionales, es a su vez defendido por el gran pensador Hans Kelsen para quien este cuerpo colegiado es el llamado a proteger la Constitución³⁹:

“(...) la evaluación de la constitucionalidad de una ley por parte de un Tribunal constitucional implica una respuesta a la cuestión de si la ley ha sido dictada de acuerdo a la Constitución. Pues aun cuando una ley fuese inconstitucional por tener un contenido inconstitucional es inconstitucional sólo por haber sido adoptada como una ley de reforma de la Constitución”. (Kelsen, 1995, pág. 25)

³⁹ Contraria a la posición de Carl Schmitt quien señalaba en el presidente elegido por el pueblo al verdadero defensor de la Constitución capaz de representar al pueblo alemán mas allá de la ineficaz mediación parlamentaria.

Es importante traer a colación una crítica contra las potestades del poder judicial en relación al control judicial de constitucionalidad de las leyes negando los argumentos planteados por Hamilton y Marshall, realizada por el jurista Alexander Bickel a la que denominó “*carácter contramayoritario*”, la cual es analizada por (Gargarella, 2012, pág. 77) de la siguiente manera:

“Ambos presentan argumentos engañosos —afirmó Bickel— porque invocan al pueblo para justificar la revisión judicial cuando, en realidad, lo que hacen es justificar una frustración de «la voluntad de aquellos que efectivamente representa[ban] al pueblo». Los jueces —agregaba— «ejercen un control que no favorece a la mayoría prevaleciente, sino que va contra ella. Esto [...] es lo que realmente ocurre [...] ésta es la razón por la que se puede acusar al poder de revisión judicial de ser antidemocrático». En su opinión, la revisión judicial representa «el poder de aplicar y dar forma a la Constitución, en cuestiones de la mayor importancia, contra los deseos de las mayorías legislativas que son, a su vez, incapaces de torcer la decisión-judicial”

Ya sentados los argumentos generales a favor y en contra de la revisión judicial que le permite declarar nulos todos los actos contrarios a la Constitución, es importante continuar con el estudio de las posturas (a favor y en contra) de un control judicial de constitucionalidad que proteja ciertos valores ideológicos, implícitos o inmanentes a la Carta Política.

Es así como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán, la cual reconoce una jerarquía de valores, ha sido denominada por doctrinantes con el nombre de la “*Constitución como orden de Valores*”, según menciona el doctrinante Luis Cruz en el libro que lleva el título antes mencionado:

(...) tiene su punto de partida en la primera jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán. El punto culminante lo constituye la sentencia

Luth de 1958, donde se establecen los conceptos centrales de valor, ordenamiento valorativo, jerarquía valorativa y sistema de valores, en los que se apoyará posteriormente el Tribunal Constitucional en numerosas decisiones”. (Cruz, 2005, pág. 9)

Esta doctrina ha sido aceptada e incluida en la jurisprudencia de Tribunales Constitucionales de diversos países, verbigracia, Alemania, India y Colombia, no obstante, ha recibido numerosas críticas por parte de importantes teóricos del derecho, quienes consideran que este tipo de planteamientos trae como consecuencia un exceso de facultades por parte de dichos cuerpos colegiados que genera un debilitamiento del principio democrático.

Frente a este difícil panorama, diversos autores han encontrado posibles salidas que permitirían contrarrestar dicha tensión, lo anterior con la finalidad de garantizar el principio democrático y a su vez mantener la existencia de tribunales constitucionales que permitan de alguna manera controlar a los órganos democráticos.

Como primera medida se trae a colación el pensamiento plasmado por el filósofo Ronald Dworkin, quien considera al “Derecho” como una cuestión de derechos los cuales deben ser defendibles en una Corte y reconocidos por la Constitución; resalta el papel ejercido por los jueces, al defender la labor que realizan, señalando que los mismos no ceden ante aquello que los representantes de la mayoría consideran correcto asumiendo una postura que equilibra el principio democrático con los derechos, al respecto manifiesta:

Hércules⁴⁰ no es ningún tirano tratando de engañar al público acerca de su poder democrático. Cuando interviene en el proceso de gobierno para declarar

⁴⁰ Ronald Dworkin bautiza con el nombre de “Hércules” a un juez quien enfrenta el análisis de una serie de casos difíciles de la jurisprudencia norteamericana.

inconstitucional algún estatuto u otro acto del gobierno, lo hace al servicio de su juicio más concienzudo acerca de qué es en realidad la democracia y qué quiere decir en realidad la Constitución, madre y guardiana de la democracia (Dworkin, 1992, pág. 280).

La segunda salida ante la problemática que surge del papel del poder judicial, y la justificación de su actuar en una democracia, es presentada por el doctrinante Bruce Ackerman quien parte de diferenciar el modelo monista y proponer el “*modelo dualista*” distinguiendo aquellos *momentos constitucionales* en los cuales la ciudadanía hace algo más que elegir a sus gobernantes ejercitando su “*soberanía popular*” a diferencia del “*poder delegado*” normalmente ejercido que se podrían definir como *momentos corrientes*. Este modelo dualista presupone la existencia de una constitución dualista la cual contiene dos caminos legislativos. Uno se refiere a un sistema de legislación normal y el segundo es un sistema de legislación superior:

El primero:

(...) en el que políticos democráticamente electos están habilitados para sancionar leyes que ellos creen sirven al interés público. El otro (...) a través de una serie de plebiscitos y otros mecanismos más deliberativos, un movimiento en favor de la política constitucional finalmente obtiene el consenso profundo, amplio y continuado del pueblo”. (Ackerman, 1999, págs. 152-153)

Finalmente señala Ackerman que en el evento en que sobreviva un programa constitucional al exigente test de deliberación y decisiones del pueblo se pregunta ¿Qué sucede después? En este momento es donde ingresa al escenario los Jueces para proteger los momentos constitucionales contra decisiones parlamentarias que puedan afectar dichos momentos:

(...) una vez más, para ofrecer un mecanismo institucional a fin de asegurar que los políticos normales que continúan gobernando en la capital de la nación se tomen en serio las palabras del pueblo. (...) Cuando ellos invalidan un acto

ordinario de legislación parlamentaria con el fundamento de que éste es inconsistente con anteriores juicios considerados del pueblo, ellos obligan a los políticos de la capital a movilizar el amplio y profundo consenso necesario para respaldar la proposición de que el pueblo ha cambiado de opinión. Al hacer respetar la Constitución de esta manera, los jueces no matan “lo político” sino que le dan nueva vida y estructura, forzando así a los políticos en la capital a compartir el ejercicio de la deliberación pública con el pueblo en su conjunto. (Ackerman, 1999, pág. 154)

De otra parte el profesor Wilfrid J. Waluchow en su obra “Una teoría del control judicial de constitucionalidad basada en el *common law*”, plantea otra posible salida a favor del rol desempeñado por los jueces, según la cual en muchos casos no sabemos con anticipación cuáles son nuestros derechos y libertades, situación que genera violaciones no intencionales de estos derechos por parte del legislador dada nuestra condición humana, por lo tanto se hace necesario que los Jueces encargados de aplicar las leyes determinen en casos particulares lo que es razonable o equitativo:

Otra forma es confiar, en su lugar, en una casuística metodología de *common law* para la resolución de conflictos. ¿Qué grado de fuerza es razonable emplear frente a la amenaza contra la persona o contra la propiedad? Dada la panoplia de circunstancias en las que brotan tales amenazas, sería completamente disparatado intentar definir *a priori*, y para todos los casos que pudieran surgir, cuál sería un grado razonable de empleo de la fuerza. Así que el sistema deja que la gente lo considere por sí misma, quizá con el auxilio de las previas decisiones judiciales en casos similares, y confía en la evaluación que puedan hacer los jueces sobre el juicio de un ciudadano en particular acerca de lo que de hecho era razonable dadas las circunstancias en las que se vio amenazado. (Waluchow, 2009, pág. 57)

Por último, es necesario poner de presente una teoría la cual elabora una noción de

constitucionalismo, según se manifiesta más sensible a los principios de la participación popular y la apertura democrática denominada “Constitucionalismo débil”, y que es planteada por autores como Juan Carlos Bayón y Joel I. Colón-Ríos. En ese sentido, Bayón reflexiona en algún diseño institucional que pueda respetar el valor del procedimiento democrático (con el fin de que no sean los jueces quienes tengan la última palabra según señala el autor en relación al alcance de los derechos) y a su vez aproveche las ventajas del control judicial de constitucionalidad.

Y la respuesta es que ese diseño no sólo es posible, sino que, bajo fórmulas diferentes –pero creo que funcionalmente equivalentes–, existe de hecho en países como Canadá o Suecia. En Canadá el parlamento puede decidir, por la misma mayoría requerida para el procedimiento legislativo ordinario -y excepto en lo relativo a algunos derechos-, que una ley considerada inconstitucional por el Tribunal Supremo continúa no obstante en vigor por un plazo de cinco años (susceptible de sucesivas renovaciones por el mismo procedimiento). En Suecia se consigue un resultado similar por una vía distinta: para enmendar el catálogo de derechos que goza de la protección constitucional más fuerte basta la misma mayoría necesaria para aprobar cualquier ley, aunque ha de alcanzarse en dos votaciones distintas entre las cuáles han de mediar elecciones generales y un mínimo de nueve meses. (Bayón, 2000, pág. 88)

De igual forma, Joel I. Colón-Ríos en su obra “*La constitución de la democracia*” rechaza la existencia de un *Constitucionalismo Fuerte*, señalando como primera medida que la Carta Política no se encuentra bajo el dominio exclusivo de juristas expertos y a su vez no la concibe como la encarnación de principios universales, sino como obras de distintos grupos y el resultado de luchas políticas, presentando a su vez una serie de premisas básicas que estructuran la *Teoría del constitucionalismo débil*:

En primer lugar, el constitucionalismo débil no asume el ejercicio del poder constituyente como un acontecimiento político que se debe evitar a toda costa. (...) En lugar de privilegiar la supremacía de las formas constitucionales por medio de una constitución difícil o imposible de modificar, reconoce a la constitución como ley superior (y en ese sentido establece límites al poder legislativo, tanto respecto a la creación de leyes ordinarias como respecto a la reforma constitucional) pero deja la puerta abierta para el ejercicio futuro del poder constituyente. Así, el constitucionalismo débil no trata de resolver la tensión entre el constitucionalismo y la democracia, sino que la reconoce como una consecuencia inevitable de adoptar una ley suprema y, más aún, la intensifica al otorgar a los ciudadanos los medios para transformar el texto constitucional en cualquier momento. (...) El constitucionalismo débil no recomienda una constitución que, al igual que una ley ordinaria, puede ser fácilmente modificada por las mayorías populares, si el término mayorías populares se refiere simplemente a la mayoría de los funcionarios estatales que se sientan en una legislatura. Cuando una transformación constitucional importante es necesaria, el constitucionalismo débil exige que esta se realice mediante un ejercicio de participación popular similar al proceso ideal presente cuando una constitución es originalmente adoptada (lo cual no significa necesariamente que alterar el texto constitucional será fácil, sino que el proceso para modificarlo debe ser altamente participativo). (Colón-Rios, 2013, págs. 73-75)

Así las cosas, esta doctrina que plantea la configuración de un orden de valores en la Constitución como limitación al poder de reforma, y en ese sentido que estructure a su vez la existencia de un ente judicial colegiado independiente el cual realice la revisión de constitucionalidad de las leyes, ha sido incorporada al interior del máximo tribunal Constitucional de Colombia: la Honorable Corte Constitucional, posición que ha generado debates en relación con el establecimiento de límites materiales implícitos, la cual se analizará en el siguiente capítulo:

4. EL CONTROL CONSTITUCIONAL EN LA CARTA POLITICA DE 1991: LA DISCUSION EN NUESTRO DERECHO

4.1 LA INTERPRETACIÓN DE UN CONTROL

La historia del constitucionalismo colombiano a partir de la expedición de la Carta Política de 1991 ha sido reconocida por un continuo reformismo, que ha conllevado la introducción en 24 años de 38 modificaciones⁴¹ constitucionales (5 de los cuales han sido declarados inexecutable por la Honorable Corte Constitucional), 37 Actos Legislativos por la vía del Congreso de la República y tan sólo uno mediante referendo constitucional que corresponde al Acto Legislativo N° 1 de 2004. Observando tal panorama, se deduciría la inexistencia de algún mecanismo o tipo de control que realizara un análisis sobre la actuación del poder de reforma a la Constitución, no obstante, el Constituyente primario mediante la Carta Política de 1991 decidió crear una nueva institución denominada Corte Constitucional, la cual tendría como función primordial y específica la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, otorgándole a su vez dos nuevas competencias las cuales se encuentran en los numerales 1° y 2° del artículo 241 Superior, relacionadas directamente con el control sobre los actos reformativos de la Constitución.

En ese sentido el Constituyente Primario, a su vez le señaló a la Corte Constitucional el margen de acción sobre el cual debería ejercer el control a los actos reformativos de la carta política, utilizando la siguiente frase que finaliza los numerales 1° y 2° del artículo 241 Constitucional:

“(…)sólo por vicios de procedimiento en su formación”.

A partir de esta frase, se han desprendido un sinnúmero de decisiones emanadas de la

⁴¹ Ver cuadro número 1 anexo.

Corte Constitucional al momento de efectuar el control sobre los actos reformativos de la Carta, las cuales han creado tendencias jurisprudenciales en torno a la interpretación de la misma y a la forma de ejercer dicha competencia atribuida taxativamente por la Norma Suprema, la cual es considerada de vital importancia para salvaguardar la supremacía de la Constitución.

Así pues, analizando la jurisprudencia de la Corte Constitucional la cual interpreta la Carta Política de 1991, podemos evidenciar dos tipos de control a los actos reformativos de la Carta Política:

4.1.1. El Control por Vicios en el Trámite

A modo de introducción señala (Robles, 2012) que:

“En el Estado legal de derecho, las constituciones pueden ser flexibles y su revisión puede realizarse a través de mecanismos similares a los de la expedición de las leyes ordinarias. Por el contrario, el Estado constitucional de derecho se caracteriza, entre otros aspectos, por la rigidez de la constitución, es decir, que ésta sólo puede ser modificada a través de procedimientos especiales para proteger su integridad frente a coyunturas políticas, equilibrando las necesidades de estabilidad y cambio del sistema.

Los límites de procedimiento están consagrados en la mayor parte de las constituciones. En América Latina, por ejemplo, en las de Colombia, Venezuela, Bolivia, Costa Rica, Chile, Nicaragua, República Dominicana (...).”

La Constitución Política de 1991 señala en el artículo 379 que los únicos límites a la reforma constitucional son los requisitos de procedimiento establecidos en el título XIII⁴².

⁴² Mediante sentencia C-222/97 M.P. José Gregorio Hernández frente a los vicios de procedimiento señala: “Se advierte que el análisis a cargo de la Corte está referido únicamente a los aspectos formales y de trámite de la reforma, tal como lo establece el aludido precepto, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 379 Ibidem, a cuyo tenor los actos legislativos, la convocatoria a referendo, la consulta

Así las cosas, en relación con el control otorgado a la Corte Constitucional desde la expedición de la Constitución de 1991, tuvieron que pasar seis años⁴³ para que se resolviera la primera demanda de inconstitucionalidad presentada por los ciudadanos Manuel Barreto Soler, Carlos Rodríguez Mejía y Gustavo Gallón Giraldo en contra del Acto Legislativo No 2 de 1995, por medio del cual se adicionaba el artículo 221 de la Constitución.

Los argumentos de la demanda se centraron en vicios de procedimiento en la formación del Acto Legislativo antes mencionado, en la cual básicamente señalaron que “(...) *la publicación del informe de ponencia en la segunda vuelta en la Comisión I de la Cámara fue posterior al primer debate, y no al contrario, como lo ordenan los artículos 156 y 157 de la Ley 5a. de 1992*”.

Mediante sentencia C-387/97 del 19 de agosto de 1997, Magistrado Ponente, Dr. Fabio Morón Díaz, se resolvió declarar exequible el Acto Legislativo N° 2 de 1995. Es de resaltar que en dicho fallo la Corte Constitucional hizo énfasis en el tipo de control que realiza sobre los actos reformativos de la Norma Suprema, afirmando lo siguiente:

“(...) *el examen de la Corporación se limita a los vicios de procedimiento*
(..)”.

Frente a la jurisprudencia emanada por la Corte Constitucional en lo que respecta al Control por Vicios en el Trámite, señala el doctrinante (Cajas, 2008):

“*Como se aprecia, entre los años 1992 y 2003, la Corte mantuvo una*

popular o el acto de convocación de una Asamblea Constituyente sólo podrán ser declarados inconstitucionales cuando se violen los requisitos establecidos en el Título XIII de la Carta”.

⁴³Es de aclarar que a partir de la Constitución de 1991, ya se habían emitido cuatro actos legislativos (1, 2, 3 de 1993 y 1 de 1995) los cuales no fueron demandados por los ciudadanos y en esa medida no fueron controlados por la Corte Constitucional. Dichos actos legislativos fueron expedidos por el Congreso (Artículo 375 Constitucional).

interpretación literal y sistemática de la Constitución en cuanto a la reforma por medio de actos legislativos, entendiéndose que su facultad de control constitucional únicamente estaba enmarcada en la verificación del procedimiento seguido por el Congreso al aprobar la reforma.

Según los primeros años de jurisprudencia, la ley 5 de 1992, ley orgánica del Congreso, también vinculan al constituyente derivado en el procedimiento de reforma, pero únicamente en las normas que sean compatibles con la Constitución. Es decir, hubo una discontinuidad entre el activismo de la Corte Suprema de Justicia para controlar las reformas, como ocurrió en 1979, 1981 y en 1990, mientras que la Corte Constitucional mantuvo la interpretación estricta de su facultad de control, en los primeros 11 años de existencia”.

2.1.2. El Control por Vicios de Competencia

En el año 2003 por primera vez se presentaron dos iniciativas de reforma a la Constitución Política de 1991 mediante el mecanismo del Referendo Constitucional:

- Una de iniciativa de origen popular, denominada “*Referendo por el desarme ciudadano*” la cual no cumplió con las firmas equivalentes al 5% del Censo Electoral y,
- La Segunda de iniciativa del gobierno, denominada “*Referendo contra la corrupción el desparrame de finanzas públicas y para fortalecer la democracia*”⁴⁴, la cual pasó el trámite en el Congreso (hubo aprobación de la mayoría de los miembros de ambas Cámaras⁴⁵) expidiéndose de esta manera la Ley 796 de 2003 “*Por la cual se convoca un referendo y se somete a consideración del pueblo un proyecto de Reforma Constitucional*”, la cual de conformidad con el Numeral 2º del Artículo 241 Constitucional debía ser

⁴⁴Referendo aprobado por el Congreso. Fue sometido a votación por parte del pueblo el sábado 25 de octubre de 2003. Sólo la pregunta número 1 logró superar el umbral necesario para la aprobación convirtiéndose en el Acto Legislativo 01 de 2004.

⁴⁵ Artículo 33. Ley 134 de 1994.

revisada por la Corte Constitucional “(...) *con anterioridad al pronunciamiento popular; (...) sólo por vicios de procedimiento en su formación*”.

Así las cosas, mediante sentencia C-551 de 2003 M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett, la Corte Constitucional realiza una revisión de constitucionalidad de la Ley 796 de 2003, creando una nueva tendencia jurisprudencial la cual sigue vigente, específicamente desarrolla una nueva modalidad en relación con el control de los actos reformativos de la Carta Política denominada control por “*Vicios de Competencia*” o en términos generales “*Teoría de la Sustitución de la Constitución*”.

A continuación se procede a analizar con mayor grado de profundización cada uno de los rasgos fundamentales de esta nueva tendencia jurisprudencial, siendo necesario analizar los orígenes de la misma a partir del alcance de la frase “*sólo por vicios de procedimiento en su formación*”, significado que sólo 12 años después de expedida la Constitución Política de 1991 es dado a conocer por la Corte Constitucional mediante sentencia C-551/03 y cuya comprensión permitirá distinguir el control “*por vicios de procedimiento o de trámite*” y el control por “*vicios competenciales*”, éste último relacionado directamente con la “*Teoría de la Sustitución de la Constitución*”.

Teoría que va de la mano con las nuevas tendencias del constitucionalismo moderno, siendo indispensable su estudio toda vez que, corresponde al objeto principal de la presente investigación.

4.2. LA TEORÍA DE LA SUSTITUCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN APLICADA POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

4.2.1. Planteamiento de la Problemática

La Constitución Política de 1991 no existen cláusulas pétreas o principios intangibles,

que impidan modificar aspectos de la misma, situación que contraría la nueva tendencia elaborada por la Corte Constitucional denominada Teoría de la Sustitución de la Constitución, puesto que esta señala la existencia de unos elementos esenciales en el contenido de la Carta Política que no pueden sustituirse, siendo el encargado de identificarlos el máximo tribunal constitucional. El debate se centra como primera medida, en si la Corte Constitucional se encuentra o no facultada para el establecimiento de estos límites al poder de reforma de la Constitución, para lo cual se requiere profundizar en el análisis de la tendencia aplicada por la Corte desde el punto de vista del fundamento teórico que posibilita el establecimiento de los límites: en sus dos modalidades: competencia y procedimiento, de igual forma de donde deriva doctrinalmente hablando, la atribución de la Corte Constitucional para controlar que no se vulneren dichos límites. Finalmente se demuestra que dicha tendencia a partir de sus bases teóricas, coadyuvan a blindar la Carta Política de modificaciones que en determinadas circunstancias afectan los procedimientos democráticos, por lo cual se presenta una propuesta que mitigue tal vulneración.

4.2.2. Génesis de una Teoría: Sentencia C-551 de 2003

Tal y como se mencionó a grandes rasgos en el capítulo anterior, para el año 2003, el Gobierno del presidente Álvaro Uribe Vélez presentó al Congreso de la República una iniciativa de Reforma a la Carta Política mediante el mecanismo del Referendo Constitucional, dicha iniciativa pasó el trámite respectivo en la rama legislativa, y en consecuencia se expidió la Ley 796 de 2003 *“Por la cual se convoca un referendo y se somete a consideración del pueblo un proyecto de Reforma Constitucional”*.

Mediante dicha Ley, se ponía a consideración del electorado un proyecto de Acto Legislativo, que requería la aprobación de 19 preguntas relacionadas entre otros aspectos con: la pérdida de derechos políticos, reducción del Congreso, período de autoridades territoriales, Supresión de Contralorías Departamentales, Distritales y

Municipales.

De esta manera, le correspondía a la Corte Constitucional en virtud del mandato consagrado en el numeral 2° Artículo 241 de la Carta Política, realizar el examen de constitucionalidad a la Ley 796 de 2003 “(...) *con anterioridad al pronunciamiento popular, (...) sólo por vicios de procedimiento en su formación*”.

Así las cosas, el Máximo Tribunal Constitucional con el fin de efectuar el estudio de constitucionalidad de la Ley 796 de 2003 emite la sentencia C-551 de 2003, realizando por primera vez dos actuaciones a resaltar:

- El primer juicio de constitucionalidad a una Ley que convoca un referendo constitucional, orientando su actuar a “(...) *a proteger la supremacía de la Constitución (CP art. 4) y la libertad del elector (CP art. 378), pero igualmente a favorecer y potenciar el principio democrático y la soberanía popular (CP arts 1 y 3), que se expresan por este mecanismo de democracia semidirecta*⁴⁶” y,
- La creación de una nueva postura en relación con el control sobre los actos reformativos de la Carta Política denominada “*Teoría de la sustitución de la Constitución*” o control por “*vicios competenciales*”, cuyo desarrollo se analizará a continuación:

Antes de plantear la tesis principal de la teoría ya mencionada, se hace necesario lograr una claridad en torno al alcance de la frase final consagrada tanto en el numeral 1° como en el 2° del Artículo 241 de la Carta Política.

Frase que enmarca el control ejercido por la Corte Constitucional sobre los actos reformativos de la Carta Política, y cuyo análisis es indispensable para lograr una mejor comprensión de la nueva postura:

⁴⁶ Sentencia C-551/03 MP. Eduardo Montealegre Lynett.

“ARTICULO 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.

2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación”. (Subrayado Fuera de Texto Original)

Como se puede evidenciar, la frase a que se hace alusión y que enmarca el campo de acción del control sobre los actos reformativos de la norma suprema ejercido por la Corte Constitucional es la siguiente:

“(...) sólo por vicios de procedimiento en su formación”.

Es así como, mediante sentencia C-551 de 2003 por primera vez (después de 12 años de expedida la Constitución) se determina *“(...) en qué consiste un vicio de procedimiento y hasta donde se extiende su competencia para examinar y declarar esos vicios”.*

Así las cosas, con el fin de desarrollar este planteamiento la Corte Constitucional parte del siguiente cuestionamiento:

“(...) ¿qué sucede con los vicios de competencia relativos a si el procedimiento fue seguido por un órgano constitucionalmente autorizado para ello?”.

A continuación se desarrolla la tendencia que ha aplicado la Corte Constitucional en torno a los límites de la Reforma a la Carta Política, sobre la base de la respuesta al

interrogante antes planteado:

4.2.3. Límites Aplicados Por La Corte Constitucional Como Fundamento De La Teoría

La Corte Constitucional dando respuesta al cuestionamiento antes planteado argumenta como primera medida, que la competencia es un presupuesto ineludible del procedimiento, por lo que se vicia el procedimiento si el órgano que expide el acto jurídico no tiene competencia para ello, por más de que haya seguido al pie de la letra el trámite respectivo:

“El anterior examen muestra que cuando la Constitución adjudica a la Corte el control de los vicios de procedimiento en la formación de una reforma constitucional en general, y de una ley que convoca un referendo en particular, no sólo le atribuye el conocimiento de la regularidad del trámite como tal, sino que también le confiere competencia para que examine si el Constituyente derivado, al ejercer el poder de reforma, incurrió o no en un vicio de competencia”⁴⁷.(Subrayado Fuera de Texto Original)

De esta manera de acuerdo con la interpretación dada por la Corte Constitucional a la frase “(...) sólo por vicios de procedimiento en su formación”⁴⁸ se colige que de la misma deriva el control por vicios de competencia, como una categoría de los vicios de forma o de trámite, toda vez que según señala de nada sirve que un órgano haya

⁴⁷ Ibidem

⁴⁸ Frase contenida en los numerales 1° y 2° Artículo 241 Constitucional.

seguido y agotado el procedimiento previsto para adelantar una reforma constitucional de manera impecable, si tal órgano era incompetente para llevarla a cabo, es decir como se indicó la Corte Constitucional a partir de la sentencia C-551/03 mediante una nueva interpretación de los vicios de forma, creó la posibilidad de verificar la competencia de quien emane el acto reformativo respectivo dado que es un presupuesto ineludible del procedimiento, estos vicios se denominan “*competenciales*”, configurándose como un nuevo mecanismo de control a los actos reformativos del poder de reforma.

Así las cosas, esta nueva tendencia jurisprudencial, posee una sólidas bases teóricas sobre las cuales se ha cimentado, y que le han permitido un desarrollo a través de diversas sentencias a partir del año 2003, por lo cual en relación a las doctrinas que se han elaborado en torno al establecimiento

con el fin de identificar el tipo de límites en el marco de la doctrina constitucional aplicados por el máximo tribunal constitucional como fundamento de la Teoría de la Sustitución de la Constitución, y de acuerdo con los planteamientos antes esbozados, es dable establecer que la misma tiene por base la Teoría de la norma sobre la (producción de) Reforma específicamente como *Regla de Competencia*⁴⁹, este último desde los puntos de vista *subjetivo y objetivo*.

Frente a la Teoría de la norma sobre la (producción de) Reforma como *Regla de Procedimiento*, conocidos como límites formales implícitos, es necesario aclarar que no serán objeto de análisis en la presente investigación, toda vez que, el establecimiento de la teoría de la Sustitución de la Constitución no se elaboró teniendo como fundamento teórico un límite formal implícito, en la medida que, desde la creación de la Constitución de 1991, en la que se señala un procedimiento de

⁴⁹ De acuerdo con la clasificación vista en el capítulo segundo.

reforma más complejo que el exigido para las demás normas, se configuran estos límites, cuyo control es ejercido por la Corte Constitucional bajo la modalidad de *vicios de trámite*; tales afirmaciones son a su vez reconocidas por el máximo tribunal Constitucional en la sentencia C-551/03 en los siguientes términos:

“Los límites formales y procedimentales que la Constitución impone al poder de reforma son obvios, pues la Carta ha establecido los mecanismos, procedimientos, etc., requeridos o autorizados para realizar la reforma constitucional. Por ejemplo, es claro que un acto legislativo necesita ser tramitado en dos períodos y contar con el voto favorable de la mayoría de los miembros de ambas cámaras (CP art. 375), mientras que un referendo supone no sólo el voto favorable de la mayoría absoluta de los sufragantes, sino que, además, el número de éstos exceda de la cuarta parte del total de ciudadanos que integren el censo electoral (CP art. 378). El interrogante obvio es si, además de esas exigencias de trámite, el poder de reforma tiene límites competenciales, en el sentido de que existan temas vedados a su capacidad de reformar las normas constitucionales”.

Es de aclarar que la Corte Constitucional al elaborar la teoría de la Sustitución de la Constitución, integra como una categoría de los vicios de forma, los denominados vicios competenciales (éste último relacionado directamente con la “Teoría de la Sustitución de la Constitución) al argumentar de los vicios de procedimiento una nueva modalidad de control sobre los actos reformativos de la Carta Política denominada vicios

A continuación se profundiza en la Teoría de la norma sobre la (producción de) Reforma como Regla de Competencia, este último desde los puntos de vista *subjetivo* y *objetivo*, sobre la cual se erige la Teoría de la Sustitución de la Constitución:

4.2.3.1.Límites desde el Punto de Vista Subjetivo

Esta modalidad como se indicó en el segundo capítulo hace alusión a los órganos a quienes se les ha atribuido la Reforma de la Carta Política, de esta manera la Corte Constitucional acoge la distinción clásica entre *poder constituyente originario* el cual existe por fuera de cualquier autorización constitucional previa y sin necesidad de ella, y se hace manifiesto en la creación de un nuevo Estado o en una revolución conducente al establecimiento de una nueva Constitución, y *derivado* el cual sólo puede ejercerse en las condiciones previstas por el legislador.

Esta postura acogida por reconocidos doctrinantes (mencionados en el capítulo 2) se muestra en contra de la inexistencia de límites a la reforma, estableciendo claramente la distinción entre poder originario y derivado como presupuesto necesario para que sea únicamente el constituyente originario el encargado de fijar fronteras que de ningún modo puede sobrepasar el poder de reforma, ya que el mismo es un poder limitado, ello ha permitido a la Corte Constitucional consolidar a partir de la elaboración de esta teoría, diversos argumentos (los cuales se presentarán en la medida en que se exponga la nueva tendencia jurisprudencial y que diferencian el poder originario y derivado), que mitiguen la actuación del poder de reforma⁵⁰ al momento de realizar enmiendas a la Carta Política, puesto que “(...) únicamente éste tiene existencia a partir del hecho constituyente y en los términos definidos por las decisiones fundamentales⁵¹ tomadas por el poder constituyente”⁵², decisiones fundamentales que son determinadas e interpretadas exclusivamente por la Corte Constitucional, como seguidamente se analizará bajo la noción de “*elementos esenciales*”.

⁵⁰ Haciendo alusión al Congreso de la República, El pueblo mediante referendo y a la Asamblea Constituyente, ya que la Constitución en su artículo 374 no los acoge como mecanismos de revisión total.

⁵¹ Expresión que hace parte del pensamiento elaborado por Schmitt en relación con su concepción materialista de los límites al poder de reforma constitucional como se analizó en el capítulo segundo.

⁵² C-551/03

Al momento de exponer cuál es la diferenciación entre estos conceptos la Corte inicia sus planteamientos realizando las siguientes especificaciones:

“Este poder constituyente originario no está entonces sujeto a límites jurídicos, y comporta, por encima de todo, un ejercicio pleno del poder político de los asociados. (...) los actos del poder constituyente originario son fundacionales, pues por medio de ellos se establece el orden jurídico, y por ello dichos actos escapan al control jurisdiccional. (...) Por su parte, el poder de reforma, o 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”.

4.2.3.2.Límites desde el Punto de Vista Objetivo

En relación a esta perspectiva, cuyas exigencias se derivan del propio ordenamiento constitucional específicamente del texto constitucional, está relacionada con los límites materiales de la reforma de la Carta Política, conocidos como *límites materiales implícitos*, los cuales no pueden ser objeto de reforma por parte del poder constituyente derivado.

Es necesario retomar la afirmación según la cual la Constitución de 1991, no estableció en alguno de sus artículos la existencia de cláusulas pétreas o principios intangibles, que impidan modificar aspectos de la misma, sin embargo, a través de la Teoría de la Sustitución de la Constitución se impusieron bajo la denominación de límites competenciales, los *límites materiales implícitos* antes indicados, argumentando en la sentencia C-551/03 que una situación es la posibilidad de reformar la Constitución, dado la no introducción de cláusulas pétreas, y otra es que bajo el pretexto de reformar la Constitución en efecto ésta sea *sustituida* por otra totalmente diferente, lo cual excedería la competencia del titular de ese poder.

Es así como, frente a esta nueva figura jurídica denominada sustitución de la Constitución, la Corte señala un alcance a la misma, según la cual al limitar la competencia del poder reformativo a modificar la Constitución de 1991 debe entenderse que la Carta Política debe conservar su identidad en su conjunto y desde una perspectiva material, a pesar de las reformas que se le introduzcan, basándose a su vez en que tales límites competenciales fueron establecidos expresamente por el “*Constituyente originario en el artículo 374 de la Constitución adoptada en 1991 por la Asamblea Constituyente como comisionada del pueblo soberano*”⁵³, arguyendo nuevamente la teoría del poder constituyente originario sobre el poder constituyente derivado como base de sus planteamientos, en los siguientes términos:

“El Constituyente derivado no tiene entonces competencia para destruir la Constitución. El acto constituyente establece el orden jurídico y por ello, cualquier poder de reforma que el constituyente reconozca únicamente se limita a una revisión. El poder de reforma, que es poder constituido, no está, por lo tanto, autorizado, para la derogación o sustitución de la Constitución de la cual deriva su competencia. El poder constituido no puede, en otras palabras, arrogarse funciones propias del poder constituyente, y por ello no puede llevar a cabo una sustitución de la Constitución, no sólo por cuanto se estaría erigiendo en poder constituyente originario sino además porque estaría minando las bases de su propia competencia⁵⁴”.

Como se mencionó anteriormente, con el fin de verificar que el poder de reforma cuando lleva a cabo una enmienda constitucional no sustituya una Constitución por otra, al momento de realizar un control a dichos actos reformativos debe revisar en primer lugar la competencia del mismo, denominándolos “vicios de competencia”.

⁵³ Sentencia C-551/03

⁵⁴ *Ibidem*

De esta manera al momento de cuestionarse qué debe tener en cuenta el juez constitucional para analizar si se incurre o no en un vicio de competencia, señala una respuesta de la cual se colige claramente la tendencia de la Corte a identificar unos elementos que se consideran indispensables y sin los cuales se desdibujaría la idea de Constitución o en los términos de la Corte se sustituiría por otra:

Para saber si el poder de reforma, incluido el caso del referendo, incurrió en un vicio de competencia, el juez constitucional debe analizar si la Carta fue o no sustituida por otra, para lo cual es necesario tener en cuenta los principios y valores que la Constitución contiene, y aquellos que surgen del bloque de constitucionalidad⁵⁵.

4.2.4. La Objeción democrática a la Doctrina de la Sustitución de la Constitución

En la sentencia C-970/2004, la Corte Constitucional elaboró por primera vez el “*test de sustitución*”, presentando los pasos que debe seguir dicho órgano para llevar a cabo un estudio de constitucionalidad de un acto reformativo de la Carta Política cuando se alegue un “*vicio de competencia*”. El test tiene la siguiente estructura:

La premisa mayor consiste en las siguientes normas: una reforma constitucional sustituye la constitución si reemplaza un elemento definitorio de la identidad de la Constitución. La afirmación de que la reforma constitucional demandada reemplaza un elemento de esta naturaleza es la premisa menor. Al cumplirse esta condición deriva la conclusión de que la reforma es una sustitución de la Constitución.

Analizando estas premisas se puede colegir que en esta sentencia la Corte no especificó qué debe entenderse por elemento definitorio de la identidad de la Constitución ni propuso ningún criterio apropiado para determinar cuando una norma, un principio o derecho constitucional establece o representa un elemento de este tipo.

⁵⁵ Ibidem

La problemática surge en diversos sentidos: como primera medida dicha estructura supone conocer de antemano qué se considera elemento definitorio, a su vez que la Corte debe ser el supremo intérprete de la esencia de la Constitución y tercero que al no establecerse de una forma razonable mediante la cual se identifique claramente acerca si determinado elemento es esencial o no, es la Corte quien exclusivamente puede determinar los mismos, por lo cual ningún otro poder se encuentra legitimado para realizar tal actuación.

4.2.5. Propuesta de Mejora

Se resalta el papel ejercido por la Corte Constitucional, órgano creado a partir de la Carta Política de 1991, y a quien el Constituyente Primario en el artículo 241 le confió la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, cuyo objetivo con la creación de la “*Teoría de la Sustitución de la Constitución*” fue precisamente proteger la norma suprema de posibles sustituciones a su núcleo esencial, sin embargo dado la problemática antes planteada se hace necesario realizar una propuesta que se muestre más acorde con los principios democráticos y con la misma soberanía popular, y de esta manera tenga en cuenta el grado de participación de la ciudadanía.

Por lo cual cuando se dispone a reformar la Constitución el máximo tribunal debe ser muy cuidadoso al momento de ejercer el Control Constitucional, puesto que debe verificar con sumo detalle el procedimiento propiamente dicho en lo que respecta al proceso de formación del Acto Legislativo o de la Ley que convoca a referendo, y a su vez verificar la competencia de quien reforma la Constitución.

Frente a este punto se hace necesario ahondar en los 3 titulares, a los cuales el Constituyente Primario les otorgó la competencia para reformar la Constitución

consagrados en el artículo 374 Superior, y que como se mencionó en el primer capítulo son los siguientes:

- El Congreso
- El Pueblo mediante referendo y
- Por una Asamblea Constituyente

De esta manera, el objetivo de mencionar los titulares quienes detentan la potestad de reformar la Constitución, es exponer una propuesta en relación con la aplicación de la *“Teoría de la Sustitución de la Constitución”* respecto de cada uno de ellos teniendo en cuenta el origen de su iniciativa, como se analizará a continuación:

En primer lugar en relación con la potestad de reformar la Carta Política por la vía del Congreso de la República, señala el artículo 375 Superior que su iniciativa corresponde al Gobierno, a *“(…) 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”*.

En ese sentido de acuerdo con la investigación realizada se evidencia que de los 38 Actos Legislativos que han reformado la Constitución 37 fueron expedidos por este procedimiento, y a su vez en cuanto a la presentación de los proyectos de Acto Legislativo su iniciativa correspondió únicamente al Gobierno y al Congreso, por lo cual la ciudadanía hasta la fecha no ha realizado ninguna propuesta en ese sentido.

Así las cosas, frente a este mecanismo de reforma a la Constitución realizado por parte del Congreso de la República, encuentro ajustada la aplicación de la *“Teoría de la sustitución de la Constitución”*; por lo cual cuando la Corte Constitucional realice un examen de constitucionalidad a un Acto Legislativo que sea demandado por un ciudadano en ejercicio del numeral 1º artículo 241 Superior debe analizarse tanto el

procedimiento en relación al proceso de formación del Acto Legislativo como el estudio de la competencia que correspondería al ejercicio del Juicio de Sustitución puesto en consideración en la presente investigación.

Cuestión distinta, es el segundo titular del poder de reforma a la Constitución haciendo alusión al Pueblo mediante referendo, que como se mencionó en el primer capítulo la iniciativa corresponde al Gobierno o a los ciudadanos.

En ese sentido, se torna necesario diferenciar dos momentos en los cuales se realiza el examen de constitucionalidad por parte del máximo tribunal constitucional, lo anterior con el fin de argumentar la propuesta que se desea plantear en el presente escrito:

- El primer momento en el cual la Corte realiza una revisión de constitucionalidad, se considera de obligatorio cumplimiento, y corresponde a la decisión que debe tomar con anterioridad al pronunciamiento popular sobre la constitucionalidad de la convocatoria al referendo para reformar la Carta Política⁵⁶. En esa medida resulta necesario diferenciar si la iniciativa del referendo proviene del Gobierno o de la ciudadanía:

De esta manera, como se analizó en el segundo capítulo, de los nueve referendos constitucionales sólo tres⁵⁷ han superado las etapas del procedimiento establecido en el artículo 33 de la Ley 134 de 1994, convirtiéndose en Leyes de la República⁵⁸ sobre las cuales se surtió el

⁵⁶ Numeral 2° Artículo 241 Superior:“ (...) 2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación.

⁵⁷Referendo contra la corrupción, el desparrame de finanzas públicas y para fortalecer la democracia, el referendo por la Reelección Presidencial y el Referendo que buscaba Cadena perpetua para abusadores de niños.

⁵⁸Ley 796 de 2003, Ley 1354 de 2009 y la Ley 1327 de 2009

respectivo examen de constitucionalidad. Y a su vez en relación con la iniciativa, dos de ellos tuvieron origen popular (Referendo por la Reelección Presidencial y el de Cadena perpetua para abusadores de niños por lo cual se procede a analizarlos de la siguiente manera:

El primer referendo al que se hace alusión es el referendo por la reelección presidencial, cuya revisión se realizó a través de la sentencia C-141/10 (punto 3.2.8) siendo declarada la inexecutable de la Ley 1354 de 2009 por la Corte Constitucional tanto por vicios de procedimiento en la formación del acto como por vicios de competencia (teoría de la sustitución de la Constitución).

En este aspecto se requiere profundizar puesto que considero que la Corte Constitucional cuando evidencie que la ciudadanía es quien se pronuncia con el fin de reformar la Carta Política y específicamente mediante el mecanismo del referendo constitucional debe evaluar su nivel de participación de la ciudadanía que en este mecanismo de reforma es de alto grado. Puesto que la ciudadanía es quien posee la competencia (en ejercicio de su poder soberano) de realizar cambios a la norma suprema, y en esa medida considero que la Corte Constitucional al momento de realizar el examen de constitucionalidad debe limitar su análisis al estudio de los vicios de procedimiento que se evidencien en la respectivas Leyes que convocan a referendo y que someten a consideración del pueblo un proyecto de Reforma Constitucional.

Situación que aconteció en la revisión de la Ley 1327 de 2009 la cual fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-397/10⁵⁹ por la configuración específicamente de vicios en el trámite a pesar de que se podía verificar de igual forma vicios de competencia en dicha Ley

⁵⁹ M.P. Dr. Juan Carlos Henao Pérez

(dado el precedente jurisprudencial establecido en la sentencia C-141/10).

Así las cosas expresamente la Corte Constitucional se abstuvo de realizar un análisis de fondo frente a la configuración de “*vicios de competencia*” señalando lo siguiente: “(...) *la Corte no entrará a examinar los vicios de competencia o de sustitución en el caso concreto, ya que con la ocurrencia de estas graves irregularidades en el proceso de formación de la ley que convoca al referendo, hace suficiente y clara la declaratoria de inconstitucionalidad de la ley*”.

- El segundo momento en el cual la Corte realiza una revisión de constitucionalidad con ocasión del referendo constitucional, se presenta cuando se ha sometido a consideración del pueblo el proyecto de Reforma Constitucional y obtiene la aprobación⁶⁰ de la ciudadanía convirtiéndose de esta manera en Acto Legislativo, el cual puede ser demandado por los ciudadanos en ejercicio de la facultad establecida en el numeral 1° Artículo 241 Constitucional.

Es decir que a diferencia del primer momento que es de obligatorio cumplimiento el segundo es eventual.

Así las cosas, en este caso considero que la Corte Constitucional debería analizar previamente a la revisión del Acto Legislativo el origen de la iniciativa, y en el evento de verificar que procede del pueblo limitar su estudio de constitucionalidad a los vicios de trámite tal y como se explicó en el primer momento.

En ese sentido, como se mencionó en el punto 1.1.2. de los 38 Actos Legislativos que han reformado la Constitución tan sólo el Acto Legislativo N° 1 de 2004 ha salido avante y ha logrado cumplir todos los requisitos y a su

⁶⁰ 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 (Párrafo 2° Artículo 378 Constitucional)

vez superado los controles respectivos al mismo, por la vía del referendo constitucional, en la medida que fue demandado por los ciudadanos mediante el mecanismo establecido en el numeral 1° artículo 241 Constitucional en varias oportunidades⁶¹ quienes argumentaban vicios de trámite ante lo cual la Corte Constitucional declaró su exequibilidad.

Por último seguidamente se analizará el tercer titular que de acuerdo con el artículo 374 Superior puede reformar la Constitución haciendo alusión a la Asamblea Constituyente:

En relación con este mecanismo de reforma a la Carta Política, se afirma que el pueblo actúa como constituyente primario, es decir tiene la competencia de modificar la Constitución Política de Colombia de 1991 de forma parcial o total; toda vez que es la ciudadanía quien directamente decide si convoca a una Asamblea Constituyente y a su vez la elige en comicios electorales, quedando suspendida la facultad que posee el Congreso de la República para reformar la Constitución durante el período señalado para el cumplimiento de sus funciones.

Frente a este caso, se puede evidenciar que el grado de participación del pueblo es muy alto, y en ese sentido no posee limitación alguna que restrinja el ejercicio de su poder soberano, por lo cual la Corte Constitucional no podría argumentar la sustitución de la Constitución puesto que la competencia está legitimada por la autorización del pueblo quien específicamente la delega a una Asamblea Constituyente con el fin de cambiar la Carta Política de forma parcial o total, al punto de atribuirse la potestad (actuando como constituyente primario) de cambiar la constitución vigente por otra distinta.

⁶¹Demandas que resolvieron mediante las sentencias C-973/04, C-1000/04 y C-1121/04.

CONCLUSIONES

1. La Corte Constitucional en la elaboración desde el año 2003 de la Teoría de la Sustitución de la Constitución se basó en una concepción normativa de la Carta Política con sus características de rigidez y materialidad, escenario propicio para el desarrollo de unos planteamientos teóricos donde el poder constituyente originario emerge como supremo poder que limita la actuación del poder de reforma, el cual bajo ninguna circunstancia puede suprimir la acción del Constituyente originario, dado que es un poder constituido, de ahí surge la configuración de una nueva forma de control de constitucionalidad en la cual el máximo tribunal constitucional debe verificar la competencia de quien emane la enmienda constitucional, puesto que el poder de reforma no puede equipararse al poder constituyente originario, para lo cual se requiere a su vez materializar ciertos límites a través del establecimiento de unos elementos esenciales que se convierten en fronteras que el poder de reforma no puede sobrepasar, y que son establecidos por la Corte Constitucional en su real saber y entender, situación que lejos de permitir al pueblo actuar como soberano, circunscribe sus acciones a lo que esté “conforme a la Constitución” generando un menoscabo en el ejercicio democrático, ya que por un lado se autolimita constitucionalizándose y de esta manera separa ciertas decisiones del proceso democrático, y por otro lado que es el aspecto sobre el cual se centra la crítica planteada a la Teoría de la Sustitución de la Constitución es que el llamado a proteger este núcleo esencial es únicamente la Corte Constitucional, quien como supremo intérprete de la Carta Política tiene la última palabra a la hora de establecer dichos elementos esenciales, no obstante el llamado realmente a realizar tal función debería corresponderle al pueblo como soberano.

2. La teoría de la Sustitución de la Constitución tal como se ha desarrollado y con apoyo de los planteamientos teóricos antes esbozados, priva de sus derechos a los ciudadanos, haciendo alusión a los de representación e igualdad en la solución acerca de lo que debe establecerse como un elemento esencial de la Constitución, impidiendo al pueblo gobernarse por sí mismo, por lo cual se hace imperioso realizar ciertas modificaciones a dicha tendencia a fin de que mitigue dicha vulneración, máxime cuando la Corte no tiene claridad en relación a qué debe entenderse por elemento definitorio de la identidad de la Constitución ni propuso ningún criterio apropiado para determinar cuándo una norma, un principio o derecho constitucional establece o representa un elemento de este tipo, por lo cual se propone que la Corte Constitucional con anterioridad al examen de constitucionalidad de los Actos Legislativos y Leyes que convoquen a Referendo Constitucional, debe revisar la procedencia de la iniciativa que reforma la norma suprema, para efectos de analizar el grado de participación de la ciudadanía en la creación de la propuesta y de esta manera limite su actuar a los vicios de trámite en la formación del acto.

3. Es criticable que la Corte Constitucional al establecer la existencia de unos límites competenciales, los derive de los vicios de procedimiento, toda vez que teóricamente éstos se circunscriben al proceso de reforma constitucional, siendo más complejo que el exigido para las demás normas, y no apuntan a la elaboración de unos límites materiales en cuanto al análisis que la Corte debe realizar del contenido de los actos de reforma a la Carta Política, y que no pueden ser sustituidos por el poder constituyente derivado; de esta manera dada la prohibición señalada en la frase final de los numerales 1° y 2° Artículo 241 Superior que circunscribe la actuación del máximo tribunal constitucional “sólo por vicios de procedimiento en su formación” la Corte bajo el ropaje de vicios de procedimiento construye una teoría que se basa en la existencia de verdaderos límites materiales al poder de revisión.

4. La aplicación de la Teoría de la Sustitución de la Constitución en Colombia ha conllevado a la Inexequibilidad de 5 Actos Legislativos y de una Ley la cual convoca a Referendo constitucional; iniciativas que han provenido directamente del pueblo y en la mayoría de los casos del órgano de representación popular: El Congreso de la República. Ello ha incrementado las críticas en torno a que un órgano que no es elegido por el pueblo, como un tribunal constitucional, tenga la competencia para eliminar del ordenamiento jurídico normas cuyas propuestas se han originado de la ciudadanía y del órgano que fue elegido para representarlo, haciendo alusión al poder legislativo.

BIBLIOGRAFIA

Textos

- Ackerman, B. (1999). *La política de diálogo liberal*. Barcelona: Gedisa.
- Aláez, B. (1999). *Los límites materiales a la reforma de la constitución española de 1978*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Aragón, M. (2002). *Constitución, democracia y control*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Bayón, J. (2000). Derechos, democracia y Constitución. *Discusiones*.
- Bayón, J. (2002). Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo. En B. S. Carrillo, *Constitución y derechos fundamentales*. Madrid.
- Bryce, J. (1952). *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- Bulygin, E. (1984). La paradoja de la reforma constitucional. *Ciencias Sociales*, 336.
- Bulygin, E. (1984). La paradoja de la reforma constitucional. *Revista de Ciencias Sociales*.
- Carbonell, M. (1998). *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Colón-Rios, J. (2013). *La constitución de la democracia*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia.
- Congreso Internacional . (2005). *Reforma de la Constitución y Control de Constitucionalidad* . Bogotá : Universidad Externado de Colombia.
- Cruz, L. (2005). La Constitución como orden de valores Problemas jurídicos y políticos. Granada : COMARES.
- De Cabo, A. (2000). ¿crisis del concepto de soberanía? En A. & Cabo, *Constitucionalismo, mundialización y crisis del concepto de soberanía: Algunos efectos en América Latina y en Europa*. Alicante: Universidad de Alicante.
- De Cabo, C. (2003). *La reforma constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho* . Madrid: Trotta.
- De Cabo, C. (2004). El elemento utópico, ingrediente cultural del constitucionalismo. En F. Balaguer, *Derecho constitucional y cultura : estudios en homenaje a Peter Häberle* (pág. 736). Madrid: Tecnos.
- De Otto, I. (1993). *Derecho constitucional :sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel.
- De Vega, P. (1991). *La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente*. Madrid: Tecnos.
- Díaz, R. (2004). *Teoría de la Reforma Constitucional*. Buenos Aires: Ediar.
- Dworkin, R. (1989). *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Ariel.

- Dworkin, R. (1992). *El Imperio de la Justicia*. Barcelona: Gedisa.
- Elster, J. (1989). *Ulises y las sirenas*. México: Fondo de cultura económica.
- Elster, J. (2002). *Ulises desatado*. Barcelona: Gedisa.
- Elster, J. y. (1999). *Constitucionalismo y democracia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Trotta.
- Ferreres, V. (2000). Una defensa de la rigidez constitucional. *Doxa* 23.
- Ferreya, R. (2007). *Reforma constitucional y control de constitucionalidad*. Buenos Aires: Ediar.
- Fioravanti, M. (2011). *Constitución de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta.
- Friedrich, C. (1975). *Gobierno constitucional y democracia*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- García, M. (1990). Perfil ambivalente de la fórmula de reforma constitucional en la dialéctica permanencia-cambio. *Revista de Derecho Político*, 196.
- Gargarella, R. (2012). *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del derecho constitucional.
- Garzón, E. (1993). *Derecho, ética y política*. Madrid: Centro de estudios constitucionales.
- Guastini, R. (2001). *Estudios de teoría constitucional*. México: Fontamara.
- Guibourg, R. (1983). La autorreferencia normativa y la continuidad constitucional. En F. N. Bulygin, *El lenguaje del derecho: homenaje a Genaro R.* (págs. 181-185). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Hamilton, A., Madison, J., & Jay, J. (1994). *El Fderalista*. México: Fondo de cultura económica.
- Hart, E. (1997). *Democracia y Desconfianza*. 1997: Siglo del Hombre .
- Hart, H. (2009). *El concepto de derecho*. Buenos Aires: AbeledoPerrot.
- Heller, H. (1942). *Teoría del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Henoa, Juan . (2013). *Diálogos Constitucionales de Colombia con el mundo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Hesse, K. (1983). *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Holmes, S. (1988). El precompromiso y la paradoja de la democracia. En J. y. Elster, *Constitucionalismo y democracia* (pág. 375). México: Fondo de cultura económica.
- Jimenez, J. (1980). Algunos problemas de interpretación en torno al título X de la Constitución. *Revista del departamento de derecho político*, 103.
- Kagi, W. (2005). *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado*. Madrid : Dykinson.
- Kägi, W. (2005). *La constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado*. Madrid: Dykinson.
- Kelsen, H. (1949). *Teoría General del derecho y la justicia*. México: Imprenta Universitaria.

- Kelsen, H. (1988). *Escritos sobre la democracia y el socialismo*. Madrid: Debate.
- Kelsen, H. (1995). ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución? Madrid: Tecnos.
- Kelsen, H. (1995). *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid: Tecnos.
- Kramer, L. (2011). *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*. Madrid: Marcial Pons.
- Kramer, L. (2011). *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*. Madrid: Marcial Pons.
- Laporta, F. (2001). El ámbito de la Constitución. *Doxa* 24, 484.
- Loewenstein, K. (1982). *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel.
- Loewenstein, K. (1982). *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel.
- Mortati, C. (2000). *La Constitución en sentido material*. Madrid: Dayton.
- Nino, C. (1997). *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa.
- Otto, I. (1985). *Defensa de la Constitución y partidos políticos*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales.
- Prieto, L. (2003). *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trtotta.
- Ramirez, G. (2005). *Límites de la Reforma Constitucional en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Requejo, J. (1998). *El poder Constituyente constituido*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales.
- Revorio, D. (1997). *La Constitución como orden abierto*. Madrid: McGraw Hill.
- Ross, A. (1994). *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires: Eudeba.
- Rousseau, J. (s.f.). *Contrato Social*. Austral.
- Schmitt, C. (1952). *Teoría de la Constitución*. México: Nacional.
- Sieyes, E. (1943). *¿Qué es el tercer Estado?* Buenos Aires: Americalee.
- Tovar, F. (2012). La teoría de la sustitución constitucional. *PRINCIPIA IURIS* N°18, 450.
- Verdú, L. (1977). *Curso de Derecho Político*. Madrid: Tecnos.
- Vila, I. (2005). *Los límites de la Corte Constitucional*. Bogotá: Legis.
- Vila, I. (2005). *Los límites de la Corte Constitucional: Hacia una teoría de la Constitución como sistema material de valores*. Bogotá: Legis.
- Waluwoch, W. (2009). *Una teoría del control judicial de constitucionalidad basada en el common law*. Madrid: Marcial Pons.

Jurisprudencias

Corte Constitucional. Sentencia C-113 de 1993. MP. Dr. Jorge Arango Mejía

Corte Constitucional. Sentencia T-543 de 1998. MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia de mayo 5 de 1978. GACETA JUDICIAL, Tomo 157, número 2397, páginas 91 a 126.

Corte Constitucional. Sentencia C-387de 1997. M. P. Dr. Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional. Sentencia C-222 de 1997. M.P. José Gregorio Hernández.

Corte Constitucional. sentencia C-551 de 2003. M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional. Sentencia C-544 de 1992. MP. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. Sentencia C-970/04 M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil

Normativas

Constitución Política de Colombia de 1991

Ley 134 de 1994. *“Por la cual se dictan normas sobre mecanismos de participación ciudadana”*.

Ley 796 de 2003 *“Por la cual se convoca un referendo y se somete a consideración del pueblo un proyecto de Reforma Constitucional”*

Ley 1327 de 2009 *“Por medio de la cual se convoca a un referendo constitucional y se somete a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional”*

Documentos Electrónicos

Recuperado de:

- www.secretariasenado.gov.co
- www.registraduria.gov.co

ANEXOS

Cuadro N° 1. Actos Legislativos que han Reformado la Constitución Política de 1991

NUMERO DE ACTO LEGISLATIVO		AÑO	ORGANO QUE LO IMPULSÓ	NO CONTROL CONSTITUCIONAL	SI CONTROL CONSTITUCIONAL
1	ACTO LEGISLATIVO 1	1993	CONGRESO	X	
2	ACTO LEGISLATIVO 2				
3	ACTO LEGISLATIVO 3				
4	ACTO LEGISLATIVO 1	1995	CONGRESO	X	
5	ACTO LEGISLATIVO 2	1995	CONGRESO		X
6	ACTO LEGISLATIVO 1	1996	CONGRESO		X
7	ACTO LEGISLATIVO 1	1997	CONGRESO		X
8	ACTO LEGISLATIVO 1	1999	CONGRESO	X	
9	ACTO LEGISLATIVO 1	2000	CONGRESO	X	
10	ACTO LEGISLATIVO 2				
11	ACTO LEGISLATIVO 01	2001	CONGRESO		X
12	ACTO LEGISLATIVO 2	2001	CONGRESO	X	
13	ACTO LEGISLATIVO 01	2002	EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA	X	
14	ACTO LEGISLATIVO 02	2002	PODER EJECUTIVO – RAMA LEGISLATIVA	X	
15	ACTO LEGISLATIVO 03	2002	EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA		X
16	ACTO LEGISLATIVO 01	2003	PODER PÚBLICO - RAMA LEGISLATIVA		X
17	ACTO LEGISLATIVO 02	2003	EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA		X
18	ACTO LEGISLATIVO 01	2004	PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. El pueblo de Colombia		X
19	ACTO LEGISLATIVO 2	2004	EL CONGRESO DE COLOMBIA		X

20	ACTO LEGISLATIVO 01	2005	PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA CONGRESO DE LA REPUBLICA		X
21	ACTO LEGISLATIVO 02	2005	PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA CONGRESO DE LA REPUBLICA	X	
22	ACTO LEGISLATIVO 03	2005	EL CONGRESO DE COLOMBIA	X	
23	ACTO LEGISLATIVO 1	2007	CONGRESO DE COLOMBIA		X
24	ACTO LEGISLATIVO 2	2007	CONGRESO DE COLOMBIA		X
25	ACTO LEGISLATIVO 3	2007	CONGRESO DE COLOMBIA	X	
26	ACTO LEGISLATIVO 4	2007	CONGRESO DE LA REPUBLICA		X
27	ACTO LEGISLATIVO 1	2008	PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA CONGRESO DE LA REPÚBLICA		X
28	ACTO LEGISLATIVO 1	2009	DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA CONGRESO DE LA REPÚBLICA		X
29	ACTO LEGISLATIVO 2	2009	DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA CONGRESO DE LA REPÚBLICA		X
30	ACTO LEGISLATIVO 1	2011	DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA		X
31	ACTO LEGISLATIVO 2	2011	DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA		X
32	ACTO LEGISLATIVO 3	2011	DEPARTAMENTO		X

			O ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA		
33	ACTO LEGISLATIVO 4	2011	DEPARTAMENT O ADMINISTRATIV O DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA		X
34	ACTO LEGISLATIVO 5	2011	CONGRESO DE COLOMBIA		X
35	ACTO LEGISLATIVO 6	2011	DEPARTAMENT O ADMINISTRATIV O DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA		X
36	ACTO LEGISLATIVO 1	2012	CONGRESO DE COLOMBIA		X
37	ACTO LEGISLATIVO 2	2012	CONGRESO DE COLOMBIA		X
38	ACTO LEGISLATIVO 1	2013	CONGRESO DE LA REPUBLICA	X	
39	ACTO LEGISLATIVO 1	2015	PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA	X	
40	ACTO LEGISLATIVO 02	2015	PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA	X	