

OBJECIONES PRESIDENCIALES POR INCONSTITUCIONALIDAD

INCIDENCIA DEL RÉGIMEN PRESIDENCIAL EN EL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

Presentado por:

GLORIA ANGÉLICA ENRÍQUEZ YAGÜÉ

Estudiante V Cohorte

Maestría en Derecho Público

UNIVERSIDAD SANTO TOMAS

FACULTAD DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO PÚBLICO

2015

CAPITULO I

RÉGIMEN PRESIDENCIAL

Sea lo primero recordar que el cumplimiento de las funciones estatales se encuentra a cargo de las tres ramas del poder público principales: legislativa, ejecutiva y judicial, y que el principio democrático que preside ese esquema de organización es que las funciones se ejercen en forma separada, por personas distintas, para evitar la concentración del poder en unas solas manos¹. Por lo que una de las ideas directrices de las revoluciones burguesas (Revolución Francesa, Independencia de las Colonias norteamericanas, etc.) fue la necesidad de construir regímenes políticos donde el poder pudiera separarse para introducir el control de unos sobre otros mediante un sistema de pesos y contrapesos.

Es así como en el régimen presidencial en principio el centro del poder político del Estado se radica en el presidente, bajo un sistema de autonomías relativas de las ramas del poder público, por cuanto el congreso o parlamento no se deriva del poder presidencial, pero este tampoco deriva su poder del presidente. Normalmente en este tipo de sistema el Presidente es elegido popularmente, lo mismo el Parlamento o Congreso, por lo tanto sus mandatos se derivan directamente de la voluntad popular.

Se dice que el presidente cumple un rol central por el cúmulo de potestades y funciones que concentra y en este sentido el Presidente detenta en sí mismo la condición de jefe de Estado, jefe de Gobierno y por lo tanto nombra los ministros o secretarios, es jefe de la administración pública, jefe o comandante de las Fuerzas Armadas del Estado, y en algunos esquemas incide en las decisiones legislativas y judiciales. En este modelo de gobierno puede tener cabida

¹ Derecho Constitucional General e Instituciones Políticas Colombianas – Jaime Vidal Perdomo – Legis – 2009 – Decima Edición – Bogotá D.C. Pág. 111.

institucional el consejo de ministros, como en Colombia. Pero el presidente es quien tiene los poderes constitucionales, que comparte con los ministros, pues estos últimos suscriben sus actos o son delegatarios de atribuciones suyas. El presidente es el órgano que ostenta el poder ejecutivo mientras que el poder legislativo lo suele concentrar el congreso, sin perjuicio de las facultades que en materia legislativa posee el presidente².

REGIMEN PRESIDENCIAL EN ESTADOS UNIDOS, LATINOAMERICA Y COLOMBIA:

- Régimen Presidencial Norteamericano:

Siempre será útil presentar el funcionamiento del sistema presidencial en el país que lo creó y en otro que lo implantó siguiendo parte del modelo y agregándole su propia experiencia histórico-política³.

Siendo los Estados Unidos la república democrática presidencialista más conocida en la historia contemporánea, es menester resaltar que las teorías de la separación de los poderes de Locke y Montesquieu ejercieron notable influencia en el pensamiento de los constituyentes de los Estados Norteamericanos, tan es así que la aplicación de esos principios la hicieron organizando de un lado, el Congreso, compuesto del Senado y la Cámara de Representantes, encargado del poder financiero y el poder legislativo, que ejerce con independencia del gobierno. Paralelamente, del otro lado de la balanza, un presidente de la Unión, jefe de estado y jefe del gobierno, que cumple sus funciones sin obligaciones de rendir cuentas al Congreso (sistema de checks and balances, equivalente a la separación de poderes). Esta autonomía constituye el factor principal del esquema presidencial. El jefe de Estado designa y remueve

² Con carácter excepcional y transitorio, la Constitución le reconoce al Presidente de la República atribuciones legislativas, es decir, facultades para expedir normas con fuerza material de ley. Esto tiene lugar en los casos de: (i) las facultades extraordinarias otorgada por el Congreso (C.P. art. 150-10), (ii) la declaratoria de los estados de excepción (C.P. art. 212 a 215); y el decreto del Plan Nacional de Inversiones, cuando dicho plan no es expedido por el Congreso (C.P. art. 341).

³ Carpizo, Jorge, *El presidencialismo mexicano*. Siglo veintiuno editores. México 2002; pp. 13-14.

libremente sus secretarios (equivalentes a ministros), y la aprobación que se requiere del Senado para su nombramiento es puramente simbólica. Los secretarios en (Colombia se los denomina impropriamente ministros) no son responsables ante el Congreso sino ante el presidente. Esta calidad de agentes del jefe de estado excluyó el gobierno de gabinete que corresponde al régimen parlamentario, porque la voluntad que prima no es la del cuerpo de ministros sino la del presidente.

Esta separación o división de poderes debía enmarcarse en un ámbito de equilibrio, no se consideró conveniente que un poder predomine sobre otro y también se estuvo consciente de las dificultades reales que podrían alterar este equilibrio. Por otro lado, la separación no significaba un aislamiento de los poderes, por el contrario debía existir una eficaz colaboración entre ellos. Poderes independientes pero estrechamente vinculados para alcanzar los fines del gobierno político. El tiempo se encargaría de demostrar que esta colaboración era trascendente, tanto como la independencia para ejercer sus atribuciones.

No obstante la separación de poderes erigida por la Constitución, allí se dispusieron ciertos procedimientos de colaboración entre el presidente y el Congreso que junto con los que ha creado la práctica ha corregido la rigidez inicial. A manera de ejemplo, se cita la sanción de las leyes por parte del ejecutivo, la ratificación por parte del Senado de los tratados internacionales firmados por el presidente, y la confirmación por parte de esta corporación del nombramiento de secretarios y altos funcionarios. Las relaciones entre los dos órganos de poder no son distantes porque los mecanismos de los partidos hacen de correa de transmisión entre ellos. El presidente puede oponer su veto a las leyes (lo que en Colombia se denomina objeción presidencial), y aunque no posee iniciativa legislativa el jefe del ejecutivo puede, por intermedio de los miembros de su partido, hacer tramitar proyectos de ley para sacar adelante su política gubernamental, o anexas proyectos a sus mensajes sobre el estado de la Unión. A pesar de ciertos periodos dentro de los cuales el Congreso ha tenido mucha influencia, principalmente a través de las comisiones del Senado, se le reconoce en el sistema una gran autoridad al Presidente como líder de la Nación. Aun en los casos en que el partido del presidente es minoría en una o en las dos corporaciones, cierta indisciplina de los partidos

permite que pueda obtener la aprobación en el Congreso de las leyes indispensables para su programa.

Por su parte, el Congreso no puede ni obtener la caída del presidente ni hacer renunciar a los ministros y a su turno el presidente no puede disolver el Congreso; ni el presidente ni los secretarios asisten a las sesiones del Congreso; el ejecutivo no tiene iniciativa para proyectos de ley⁴. En la práctica, sin embargo, los dos poderes no pueden funcionar aislados y los medios de acción del uno sobre el otro aparecen como una necesidad del funcionamiento del sistema político. En otra dirección, el presidente puede oponerse a los proyectos de ley aprobados por el Congreso de Estados Unidos a través del veto total a su texto, no a partes de él, como es permitido en Colombia. Generalmente los vetos son aceptados, y superarlos supone una mayoría de los dos tercios de los votos en las dos cámaras. Para este juego de la política debe tomarse en cuenta que los partidos políticos norteamericanos no son de corte ideológico, salvo en alguno puntos que sostienen con vehemencia, ni disciplinados, y que no existe propiamente una mayoría presidencial en el Congreso. Todo ello favorece, agregamos, la búsqueda del compromiso sin el cual no sería posible entender a cabalidad la vida institucional de Estados Unidos.⁵ En el Congreso de los Estados Unidos, mientras se afirma que la Cámara de Representantes refleja el sentido de los ciudadanos de Estados Unidos, el Senado representa a los estados miembros de la Unión, con 2 senadores por cada uno de ellos, sin importar el tamaño ni la población.

- Régimen presidencial en América Latina:

Una de las primeras clasificaciones de los diversos sistemas presidenciales en América Latina fue la de Karl Loewenstein hacia mediados del siglo pasado, quien diferenció entre presidencialismo puro, presidencialismo atenuado y parlamentarismo aproximado⁶.

⁴ Ibídem. P. 188

⁵ Ibídem. P. 190

⁶ Karl Loewenstein. La presidencia fuera de los Estados Unidos (estudio comparativo instituciones políticas)", Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México, México, año II, No. 5, 1949, P. 21-28.

Ciertamente, ha pasado mucho tiempo y múltiples cambios han tenido lugar en los sistemas presidenciales de la región, sobre todo a partir de la “tercera ola democratizadora”, propiciando diversas clasificaciones doctrinales. Una de las más recientes es la de Jorge Carpizo, quien, en atención a lo establecido en la respectiva norma constitucional, distingue entre presidencialismo puro, presidencialismo predominante, presidencialismo atemperado, presidencialismo con matices parlamentarios y presidencialismo parlamentarizado⁷.

- **Presidencialismo Puro:** Aun cuando cabría afirmar que ya no existen sistemas presidenciales puros, salvo el de Estados Unidos, si por “fuerza” se entiende aquel que ha mantenido sin alteraciones sus características originales⁸, es posible identificar aun el presidencialismo puro como el que se aproxima al modelo estadounidense en sus aspectos esenciales: un poder ejecutivo unitario y de elección popular (directa o indirecta) por un periodo fijo o determinado; existencia de equilibrios, frenos y contrapesos, entre los órganos del poder; el presidente designa y remueve libremente a los ministros, quienes son responsables ante él; el Presidente posee la facultad de veto legislativo; ni el presidente ni los ministros son responsables políticamente ante el Congreso, aunque estos últimos pueden ser sujetos de juicio político, o bien de juicio de responsabilidad o impeachment en el caso del presidente (que si bien puede acarrear la destitución, a diferencia de los sistemas parlamentarios, ello no deriva propiamente de una pérdida de confianza o moción de censura por una gestión administrativa inadecuada sino de haber incurrido en alguna causa de responsabilidad prevista en la Constitución o la ley).⁹

⁷ La democracia constitucional en América Latina y las evoluciones recientes del presidencialismo. Memorias Encuentro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Pedro Pablo Vanegas Gil. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2009. Tendencias recientes en los sistemas presidenciales latinoamericanos. José de Jesús Orozco Henríquez. Pág. 51.

⁸ Diego Valadés. La parlamentarización de los sistemas presidenciales, México, UNAM, 2007, P. 4.

⁹ La democracia constitucional en América Latina y las evoluciones recientes del presidencialismo. Memorias Encuentro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Pedro Pablo Vanegas Gil. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2009. Tendencias recientes en los sistemas presidenciales latinoamericanos. José de Jesús Orozco Henríquez. Pág. 53.

- **Presidencialismo predominante:** Coincide con las características esenciales del presidencialismo puro, salvo la relativa al supuesto equilibrio entre los órganos del poder público y los mecanismos de frenos y contrapesos, toda vez que en este tipo de gobierno presidencial la Constitución confiere al Presidente muchas facultades incluso en ámbitos económicos y se le concibe como el pivote, eje o columna del sistema político constitucional. Por tanto, se establece un desequilibrio a favor del órgano ejecutivo, que tiende a ser predominante, y resultan débiles los controles respecto de éste, porque los órganos de control carecen de autonomía o porque ésta es escasa o nula (si bien existen mecanismos razonablemente eficaces de protección de los derechos fundamentales, por lo que se aleja de una autocracia).¹⁰
- **Presidencialismo con matices parlamentarios:** Los mecanismos de control del poder público en este tipo de gobierno son básicamente los del sistema presidencial puro, pero incorpora algunos aspectos que se inspiran en el parlamentario; piénsese por ejemplo, en la existencia de un Consejo de Ministros con facultades amplias, cuyos miembros son removidos libremente por el Presidente y donde el Congreso puede censurar a un ministro, pero la decisión final sobre la dimisión del ministro censurado es facultad discrecional del Primer Mandatario. Por ello no se considera el sistema respectivo como parlamentarizado sino solo con matices parlamentarios, sin desconocer la repercusión política que podría tener la eventual censura ministerial en la opinión pública y las relaciones entre el Legislativo y el Ejecutivo.¹¹
- **Presidencialismo parlamentarizado:** Se caracteriza por introducir en un sistema presidencial controles propios del sistema parlamentario que pueden llegar a alterarlo. En este sentido el Gabinete y los ministros son individualmente responsables tanto ante el Presidente como ante el Congreso; por tanto, este último puede censurar o, en su

¹⁰ Ibídem. Pág. 54.

¹¹ Ibídem. Pág. 56.

caso, emitir voto de falta de confianza a los ministros, quienes entonces deben separarse del cargo, con diversas modalidades. En contados casos, además, el Ejecutivo puede disolver anticipadamente el Congreso y convocar a elecciones, a pesar de lo cual se respeta el periodo fijo de aquel.

La diferencia fundamental entre el presidencialismo con matices parlamentarios y el presidencialismo parlamentarizado radica en que en este último cabe la posibilidad, se insiste, no solo que el Congreso se reserve la atribución de censurar a los ministros sino que la misma suponga la remoción o dimisión del ministro censurado, con independencia de la voluntad del Primer Mandatario. Por otra parte, a diferencia del sistema parlamentario, el presidente sigue siendo, en general, el pivote o eje del sistema político – constitucional, pues concentra las funciones de jefe de Estado y de gobierno.¹²

Al Presidente de la Republica – al mismo tiempo jefe de Estado y jefe de gobierno- se le atribuye un conjunto de competencias constitucionales que lo convierten, además de representante del Estado, en el centro motor de la actividad política, en tanto jefe de la administración, jefe de las fuerzas armadas, colegislador y ejecutor de la legislación aprobada por el Congreso.

Por su parte, los sistemas presidenciales de América Latina se inspiraron claramente en el de Estados Unidos; algunos estructuraron un presidente muy fuerte o fuerte a secas, pero controlado por el congreso; otros fortalecieron al poder legislativo como el centro del poder, aunque posteriormente la primera corriente haya prevalecido. Resulta interesante conocer cuáles fueron los antecedentes y algunas fuentes de los constituyentes norteamericanos, debido a que, indirectamente, tuvieron presencia en América Latina, precisamente a través de la Ley Fundamental norteamericana. Si bien es reconocida en el régimen presidencial la rigidez de la separación o división del poder, también es frecuente calificar al sistema de

¹² Ibídem. Pág. 58 y 59.

“separación y coordinación de poderes”, en tanto que en él se cumplen con la mayor fidelidad los principios y características de equilibrio, control mutuo y balanzas (pesos y contrapesos) que propuso en su famosa teoría Montesquieu. Concebido así en su versión original y clásica, el sistema de gobierno presidencial se sostiene ideológicamente en la creencia de que división y equilibrio son la mejor garantía de una relación armónica entre los “detentadores del poder” y con ello la producción de “una armonía permanente en la sociedad estatal”. Estas pretensiones, como lo reconocen muchos estudiosos del presidencialismo, han sido una falsa ilusión, lo cual se ha probado desde 1791 en Francia, cuando fracasó el intento de poner en práctica la teoría de Montesquieu, así como en los propios Estados Unidos de nuestro tiempo, donde ya no es tan cierto que el Presidente puede lograr sin sobresaltos y crisis la aprobación congresional de sus presupuestos; y ya no se diga en los países latinoamericanos, en los que la supuesta fortaleza del ejecutivo no ha probado ni eficacia ni continuidad, pues se ha cimentado sobre legislativos inoperantes y jueces sometidos.

A diferencia del modelo estadounidense, cuyo sistema presidencial evolucionó hacia un equilibrio relativo de los tres poderes del gobierno, el régimen presidencial en América Latina, como consecuencia de causas históricas, sociológicas y económicas, así como de la influencia del caudillismo y el cacicazgo, “se caracterizó desde sus orígenes por una preponderancia total del poder ejecutivo frente a los otros dos poderes del gobierno, basado no solo en el cúmulo de atribuciones constitucionales sino metaconstitucionales, con una fuerte tendencia a personalizar el poder y a ejercerlo de forma paternalista”.¹³

El presidente en América Latina se ha convertido en el centro del poder político, de la integración nacional, de la orientación del Estado y de las relaciones internacionales. Al mismo tiempo ha encarnado la tradición cultural, los valores y los consensos sociales, tanto que los ensayos inclinados al parlamentarismo, no han sido exitosos. Simétricamente, al crecimiento del poder ejecutivo ha correspondido un debilitamiento del legislativo y del judicial, lo que históricamente ha desembocado en autoritarismo. A falta de fortaleza del legislativo, que tiene

¹³ Ibídem. Pág. 64.

constitucionalmente un papel muy restringido, el presidente ocupa casi todo el espectro político, mientras que el Congreso se limita fundamentalmente a ser el espacio de la representación de intereses y partidos y de tramitación de las leyes.

En América Latina, el veto es el mecanismo por el cual el Presidente rechaza o formula observaciones respecto de un proyecto de ley o decreto aprobado por el Legislativo. Se considera como el principal contrapeso del Ejecutivo frente al Legislativo y todos los países latinoamericanos lo contemplan con algunas variantes. La finalidad del veto es tratar de impedir la entrada en vigor de leyes que se estiman inconvenientes o que adolecen de vicios de inconstitucionalidad, con el objeto de que se sometan a ulterior revisión, prevaleciendo en el ínterin el statu quo. En América Latina se puede distinguir entre el veto total y el parcial (En estados unidos existe el llamado “veto de bolsillo”, por el cual el Presidente omite firmar o promulgar el proyecto de ley, pero tampoco lo devuelve al Congreso con sus observaciones antes de que éste entre en receso, lo que se traduce en que el Presidente “congela” cierta iniciativa, “olvidándola en su bolsillo” e ignorando que alguna vez le fue enviada); en este último el Presidente regresa al Congreso, con sus observaciones, las partes del proyecto con las que disiente, en tanto que promulga y publica el resto de la iniciativa con la cual concuerda. Así, algunas partes del proyecto se convierten en ley mientras el resto se somete a una revisión ulterior del Congreso, en espera de la votación que, en su caso, supere el veto por presunta inconstitucionalidad, en algunos países de la región, el proyecto se somete al órgano judicial constitucional correspondiente.

Se dice que el veto parcial propicia un juego de suma positiva, donde los legisladores ganan con la promulgación de aquellos aspectos en que existe coincidencia con el ejecutivo, mejorándose el orden jurídico, mientras que este también gana al regresar al Congreso la parte del proyecto que se contrapone a sus preferencias, manteniéndose la normatividad en vigor ante alternativas no deseadas. Entre los países que prevén un veto parcial se

encuentran: Argentina (solo cuando la parte no vetada preserve “autonomía normativa”), Brasil Colombia, Panamá, Paraguay y Venezuela.¹⁴ Con respecto a los actos emanados del Parlamento o Congreso, normalmente una tarea complementaria está confiada al gobierno con relación a las leyes. Ella puede ser el veto, el reenvío o formulación de objeciones, sanción y promulgación. El veto es la negativa del gobierno hacia un proyecto de ley aprobado en las cámaras legislativas, que la hace inaplicable de manera definitiva o que aplaza su vigencia.¹⁵

Por su parte, el derecho colombiano no acepta el veto; en su lugar se encuentran las objeciones presidenciales a los proyectos de ley. A partir del artículo 165 se señalan los diferentes plazos, según la extensión del proyecto de ley, que tiene el presidente de la república para sancionar la ley o para la formulación de objeciones; si deja vencer el tiempo con que cuenta en cada caso está obligado a sancionar y promulgar la ley. Las objeciones presidenciales pueden producirse por considerar inconvenientes sus disposiciones, o porque el proyecto de ley contenga normas contrarias a la Constitución. En el primer evento el congreso decide finalmente, después de analizar las objeciones; en el segundo, la última palabra la tiene la Corte Constitucional, como se regula en el Artículo 167 de la Constitución. Si el Presidente de la Republica no sanciona el proyecto de ley en los términos y condiciones expuestos, lo hará por él el Presidente del Congreso, que lo es el del Senado.¹⁶

En América Latina, al implementarse el modelo presidencial, si bien el principio de separación de poderes se mantiene, se introducen algunas innovaciones con el objeto de fortalecer al poder ejecutivo, debilitando así el equilibrio de poderes y generando una preponderancia del Presidente de la República. En este orden de ideas, a este modelo lo caracteriza el principio de separación de poderes: legislativo, ejecutivo y judicial, -los cuales se concretan en la irrevocabilidad mutua entre el ejecutivo y legislativo, así como también en lo que a la independencia del poder judicial se refiere, y reflejan al Estado constitucional de Derecho.

¹⁴ La democracia constitucional en América Latina y las evoluciones recientes del presidencialismo. Memorias Encuentro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Pedro Pablo Vanegas Gil. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2009. P. 61

¹⁵ Derecho Constitucional General e Instituciones Políticas Colombianas – Jaime Vidal Perdomo – Legis – 2009 – Decima Edición – Bogotá D.C. Pág. 133.

¹⁶ Ibídem. P.134

Para algunos autores en la mayoría de sistemas presidencialistas latinoamericanos¹⁷, a diferencia del estadounidense, el poder ejecutivo es fortalecido en desmedro del poder legislativo, por lo que se viene a debilitar el equilibrio de poderes, generando una preponderancia del Presidente de la República, quien se viene a convertir en el centro de gravedad del régimen.

A manera de ejemplo, el presidencialismo tradicional vigente en México¹⁸, no favorece la cooperación, pues es el Poder Ejecutivo quien determina unilateralmente su gabinete y la política que aplica y carece, por lo tanto, de suficiente motivación institucional para negociar y acordar el rumbo del gobierno con el Congreso lo cual, en el marco de un electorado plural que no concede ni concederá la mayoría a nadie en el futuro previsible, ha derivado desde 1997 hasta la fecha, en un enfrentamiento intermitente entre poderes y en una incapacidad para concretar reformas y acuerdos importantes en todos los campos. Adicionalmente, las instituciones y normas constitucionales que permiten un control político real y cotidiano del Poder Ejecutivo simplemente no existen: las comisiones de trabajo del Congreso de la Unión ni siquiera tienen facultades constitucionales como sus homólogas en muchos países, para investigar con detalle y oportunidad el funcionamiento cotidiano del Poder Ejecutivo, ni cuentan con instrumentos de control que son normales en los sistemas presidenciales democráticos¹⁹. Así las cosas, podemos estar seguros de que una mayor concentración de poder en la institución presidencial, sin contrapesos efectivos en el Poder Legislativo, significaría una regresión autoritaria por completo indeseable, además de exponer al país a graves crisis de gobernabilidad, por las que ya han pasado muchos países latinoamericanos

¹⁷ Nohlen, Dieter, *Presidencialismo, Sistemas electorales y Sistemas de partidos en América Latina en: Tratado de Derecho Electoral Comparado de América Latina*, editado por Nohlen, Dieter, Sonia Picado y Daniel Zovatto, FCE, México, 1997.

¹⁸ Serrafiero, Mario, *Presidencialismo y parlamentarismo en América Latina: un debate abierto* en "Revista Mexicana de Sociología". UNAM. México, abril-junio, 1998; año LX, núm. 2, p. 179. Véase Alcántara Sáez, Manuel y Sánchez López, Francisco, *Veto, insistencia y control político en América Latina: una aproximación institucional* en "Perfiles Latinoamericanos". Revista de la sede académica de México de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. México 2001; año 9, núm. 19, pp. 159-161.

¹⁹ Valdés, Diego. "La Constitución y el Poder", en Valadés, Diego y Carbonell, Miguel, coordinadores. *Constitucionalismo iberoamericano del siglo XXI*, Cámara de Diputados LVII Legislatura y Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, p. 162.

que intentaron esta misma ruta (Argentina, Perú, Venezuela y Bolivia). Reflexionemos sobre las posibles consecuencias de tal aventura en el marco de una sociedad como la mexicana, marcada por añejos y explicable resentimientos derivados de la desigualdad y la injusticia, así como por una historia proclive a la violencia política generalizada.

Sartori emite un duro juicio acerca de este sistema: "El presidencialismo, por mucho, ha funcionado mal. Con la única excepción de Estados Unidos, todos los sistemas presidenciales han sido frágiles: han sucumbido regularmente ante los golpes de Estado y otras calamidades". Este desempeño histórico tiene su explicación, según el autor, en una extrapolación del modelo presidencial estadounidense, que es precisamente el que México y con severas deficiencias imita: "los estadounidenses tienen una máquina constitucional diseñada para la parálisis gubernamental, defecto que surge con toda su fuerza cuando el modelo se exporta"²⁰. Ahora bien, ¿Cómo obtener una relación equilibrada, democrática y productiva entre los poderes ejecutivo y legislativo? "No cabe duda de que la *separación de poderes* constitucionales suele otorgar al Poder Legislativo más fuerza e independencia frente al Poder Ejecutivo de la que pueda darle la *fusión de poderes* (cursivas nuestras)"²¹.

- El régimen presidencial colombiano:

En Colombia desde la Constitución de 1821 se consagró como cabeza del poder ejecutivo al Presidente de la República. Antes de la Constitución de Cundinamarca de 1811 había aprobado un poder presidencial principal con dos consejeros responsables cuando las decisiones se tomaran de acuerdo con sus opiniones, por lo tanto puede decirse que se trataba de un ejecutivo colegiado. Pero fue desde 1886, con Rafael Nuñez cuando en Colombia se inició un esfuerzo del largo aliento por un presidencialismo en el marco de una centralización del poder en el territorio.

²⁰ 1 Sartori, Giovanni. "Ingeniería Constitucional Comparada", Fondo de Cultura Económica, México, 1994, Ib., p. 107.4 Ib., pp. 148-149.

²¹ Lijphart, Arend. "Las Democracias Contemporáneas", Ariel/Ciencia Política, España, 1987, p. 91.

Durante casi toda su historia, Colombia ha tenido un régimen presidencialista con claros componentes plebiscitarios. Quien gana las elecciones es a la vez jefe de Estado, de gobierno, suprema autoridad administrativa y comandante supremo de las fuerzas militares. Es así como el presidencialismo colombiano ha generado una concentración del poder en manos del ejecutivo lo cual fue reafirmado en la Constitución de 1991. A pesar del mantenimiento de un presidencialismo fuerte la Constitución de 1991 introdujo algunas figuras que lo moderan un poco. En esta dirección se estableció la figura de la moción de censura a los ministros (Art. 135) la cual, como lo han demostrado algunos intentos, no es muy eficaz en un régimen presidencial fuerte. De otro lado algunas materias fueron sustraídas de la esfera de acción del gobierno o fueron dotadas de órganos de regulación no dependientes del ejecutivo. Ello sucede con la Junta del Banco de la República que cumple funciones de autoridad monetaria, cambiaria y crediticia (Art.372) y lo mismo con la Comisión Nacional de Televisión en relación con las políticas para este sector de las comunicaciones (Art. 76 y 77). De otro lado los aspectos administrativos de la Rama Judicial fueron asignados a un organismo de la misma, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura (Art. 254), aspectos que antes gestionaba el Ministerio de Justicia.

Estos elementos de la Constitución de 1991 dan una configuración especial a las características que hoy en día tiene el régimen presidencial en Colombia, además de los cambios introducidos para fortalecer al Congreso frente al Ejecutivo y para lograr un mayor equilibrio entre las diferentes ramas del poder público, también por las implicaciones directas e indirectas que las reformas tuvieron para agravar muchas de las debilidades crónicas de los partidos políticos colombianos y que inciden en la forma como se ejerce el poder presidencial. Si bien se logró una apertura de los espacios políticos y la ruptura del tradicional bipartidismo, no se minó la creciente fragmentación de las organizaciones partidarias, ni su desideologización, ni se rompió su excesiva dependencia del clientelismo, ni alcanzaron una mayor sintonía con las demandas de amplios sectores de la sociedad.

En el diseño normativo del poder presidencial en Colombia, son decisivos los Artículos 188 y 189 de la Carta. Por el primero, se encumbra la persona del Presidente, hasta volverlo un símbolo nacional, y por el segundo, se reiteran las ya señaladas condiciones de jefe de Gobierno, jefe de Estado y suprema autoridad administrativa²², dando luego paso a un total de 28 funciones directas, que se integran con las también establecidas en los artículos 200 y 201 de la Constitución²³. No hay en esas normas una caracterización específica de cada una

²² Derecho Constitucional Colombiano - De la Carta de 1991 y sus Reformas - Manuel Fernando Quinche Ramírez - Cuarta Edición – Ediciones Doctrina y Ley Ltda – Bogotá D.C. – 2010. Pág. 433

²³ El siguiente es el listado de las principales funciones del Presidente de la República:

- 1) Nombrar y separar libremente a los Ministros del Despacho y a los Directores de Departamentos Administrativos.
 - 2) Dirigir las relaciones internacionales. Nombrar y recibir a los agentes diplomáticos y consulares. Celebrar tratados o convenios.
 - 3) Dirigir la fuerza pública y disponer de ella.
 - 4) Conservar en todo el territorio el orden público y restablecerlo donde fuere turbado.
 - 5) Dirigir las operaciones de guerra cuando lo estime conveniente.
 - 6) Proveer la seguridad exterior de la República, defendiendo la independencia y la honra de la Nación y la inviolabilidad del territorio; declarar la guerra con permiso del Senado.
 - 7) Permitir previo dictamen del Senado o del Consejo de Estado, el tránsito de tropas extranjeras por el territorio de la República.
 - 8) Instalar y clausurar las sesiones del Congreso en cada legislatura.
 - 9) Sancionar, promulgar las leyes, obedecerlas y velar por su cumplimiento. Artículo 200 Constitución Colombiana.
 - 10) Ejercer la potestad reglamentaria sobre las leyes. Art 189-11 Constitución Política de Colombia.
 - 11) Presentar un informe al Congreso, al iniciarse cada legislatura.
 - 12) Nombrar a los presidentes, directores o gerentes de los establecimientos públicos nacionales y a las personas que deban desempeñar empleos nacionales no nombrados por otros funcionarios.
 - 13) Nombrar y remover libremente a sus agentes.
 - 14) Crear, fusionar o suprimir, conforme a la ley, los empleos que demande la administración central.
 - 15) Suprimir o funcionar entidades u organismos administrativos nacionales.
 - 16) Modificar la estructura de los Ministerios, Departamentos Administrativos y demás entidades u organismos administrativos nacionales.
 - 17) Distribuir los negocios según su naturaleza, entre Ministerios, Departamentos Administrativos y Establecimientos Públicos.
 - 18) Conceder permiso a los empleados nacionales para recibir cargos o mercedes de gobiernos extranjeros.
 - 19) Conferir grados a los miembros de la fuerza pública.
 - 20) Velar por la recaudación y administración de las rentas y caudales públicos.
 - 21) Ejercer la inspección y vigilancia de la enseñanza conforme a la ley.
 - 22) Ejercer la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos.
 - 23) Celebrar los contratos que le correspondan con sujeción a la Constitución y la ley.
 - 24) Ejercer, de acuerdo con la ley, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financieras, bursátiles, y aseguradora. Así mismo, sobre las entidades cooperativas y las sociedades mercantiles.
 - 25) Organizar el Crédito Público; reconocer la deuda nacional y arreglar su servicio; emitir las disposiciones concernientes al régimen de aduanas; regular el comercio exterior; y ejercer la intervención en las actividades financieras, bursátiles y aseguradora.
 - 26) Ejercer la inspección y vigilancia sobre instituciones de utilidad común.
 - 27) Conceder patente de privilegio temporal a los autores de invenciones o perfeccionamientos útiles.
 - 28) Expedir cartas de naturalización, conforme a la ley.
- Otro tipo de funciones dan mayor realce a la figura presidencial y sus poderes:
- Presentar proyectos de Ley o Actos Legislativos.
 - Objetar proyectos de Ley.
 - Convocar el Congreso a sesiones extraordinarias.

de las funciones y por el contrario, en algunas de ellas confluirían simultáneamente varias calidades. Acerca del punto, la Corte en dos pronunciamientos, que continúan siendo referidos en fallos posteriores, las sentencias C – 315 de 1995 y C – 496 de 1998²⁴, señaló que ciertamente, el artículo 189 no determina la calidad en que actúa el Presidente al ejercitar las distintas funciones que le fueron atribuidas. No obstante, la corporación enunció una caracterización general de ellas, al señalar que “las funciones de Jefe de Estado son aquellas que denotan de manera clara la voluntad de la Nación de conformar una unidad política propia, tales como las referidas a las relaciones internacionales. A su vez, las funciones que desempeña en su calidad de Jefe de Gobierno serían aquellas relacionadas con la fijación de políticas, de derroteros para la conducción del país, mientras que las cumplidas como Suprema Autoridad Administrativa son las dirigidas a mantener el funcionamiento normal de la administración pública, debiendo así los intérpretes, caracterizar específicamente cada una de las funciones y derivar las consecuencias de la caracterización.

De acuerdo con lo dicho el Presidente concentra un cúmulo importante de funciones dada su doble condición de Jefe de Estado y Jefe de Gobierno (Art.189). Además simboliza la unidad nacional (Art. 188). A lo que se agrega las funciones de suprema autoridad administrativa y comandante supremo de las Fuerzas Armadas. En este sentido el poder del Presidente no es ilimitado ni arbitrario. Existe, según una regla constitucional preestablecida, la obligación de respetar a las otras instituciones y garantizar las libertades públicas. Su autoridad política proviene de una elección popular competitiva. Además, posee amplios poderes de los cuales sólo responde ante el pueblo que lo eligió, aun cuando comparte el poder del Estado con un Congreso que tiene prerrogativas limitadas, ya que el ejecutivo se convierte en colegislador.

Por una parte las relaciones del Presidente con el Congreso de la Republica, que están llamadas a ser de contrapeso y control mutuo, se han visto distorsionadas por diversos

-
- Presentar el Plan Nacional de Desarrollo e inversiones públicas.
 - Enviar el proyecto de presupuesto y rentas.
 - Conceder indultos por delitos políticos.
 - Declarar, con la firma de los Ministros, los Estados de Excepción.

²⁴ M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, consideración jurídica No.7

factores, en primer lugar, la erosión de los partidos políticos, lo que impide que en el Congreso se formen bancadas fuertes que puedan realmente hacer equilibrio al desmedido poder presidencial. Por contrapartida, la responsabilidad presidencial, tanto política como legal, son asuntos que en buena medida están aún por construir, aunque ciertamente la Constitución y las leyes establecen mecanismos y procedimientos para recabarla. Por fortuna, los actos presidenciales (decretos, decretos con fuerza de ley, otros actos de gobierno) son todos susceptibles de control por el poder judicial, y cualquier ciudadano puede solicitar su anulación, ya sea ante la Corte Constitucional o el Consejo de Estado, cuando los considere contrarios a las leyes o a la Constitución²⁵.

El examen de la Carta Política de 1991 muestra que el Constituyente implantó un nuevo régimen constitucional previsto para fortalecer la relación de pesos y contrapesos, y que señaló periodos y reglas de designación de los altos funcionarios del Estado, bajo el entendido que ninguna de ellas tuviera preponderancia en la conformación y funcionamiento de la otra. Al respecto cabe destacar que en el citado marco de los pesos y contrapesos la distribución de funciones se complementa con el reconocimiento del control político que ejerce específicamente el Legislativo sobre el Ejecutivo y con las facultades de nominación o nombramiento y los periodos de los representantes de cada rama del poder y de los organismos autónomos e independientes dado que estos deberían seguir una lógica particular, con el objetivo de garantizar independencia y control suficientes para evitar la concentración de poder en manos de unos pocos.

Estos elementos de la Constitución de 1991 dan una configuración especial a las características que hoy en día tiene el régimen presidencial en Colombia, además de los cambios introducidos para fortalecer al Congreso frente al Ejecutivo y para lograr un mayor equilibrio entre las diferentes ramas del poder público, también por las implicaciones directas

²⁵ La democracia constitucional en América Latina y las evoluciones recientes del presidencialismo. Memorias Encuentro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Pedro Pablo Vanegas Gil. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2009. Democracia y Presidencialismo en Colombia en los primeros años del siglo XXI. Néstor Osuna Patiño. Pág. 141

e indirectas que las reformas tuvieron para agravar muchas de las debilidades crónicas de los partidos políticos colombianos y que inciden en la forma como se ejerce el poder presidencial. Si bien se logró una apertura de los espacios políticos y la ruptura del tradicional bipartidismo, no se minó la creciente fragmentación de las organizaciones partidarias, ni su desideologización, ni se rompió su excesiva dependencia del clientelismo, ni alcanzaron una mayor sintonía con las demandas de amplios sectores de la sociedad.

- **Estructura del Régimen Presidencial Colombiano:**

Como ya se ha señalado, el régimen presidencial tradicional se ha caracterizado por el principio de la separación de poderes, es decir, que la repartición de funciones se ha hecho de tal manera que a cada organismo o rama del poder le corresponde por su naturaleza una determinada función de manera casi exclusiva, y las funciones que realiza que no pertenecen a la naturaleza de su rama lo hace a manera de control de las otras ramas que es lo que Duverger llama “medios de acción recíproca”.²⁶

En primer lugar hay que tener en cuenta que, la rama ejecutiva es aquella faceta del poder público que concentra el mayor vínculo de acciones para lograr la realización de los fines del Estado, pues a su cargo está principalmente el ejercicio de la función administrativa²⁷.

A la función ejecutiva le corresponde una estructura descrita en el Artículo 115 de la Carta, desarrollada en el plano constitucional en el Título VII de la Constitución, entre los artículos 189 a 227, que es posteriormente explicitada por el Artículo 38 de la Ley 489 de 1998, que diferencia entre el sector central y el sector descentralizado de la administración pública. Sin embargo, la totalidad de la estructura se hace depender de las facultades y funciones del Presidente de la República, fundadas en la distinción básica que se hace entre el Gobierno y

²⁶ Duverger, Maurice. Instituciones políticas y Derecho Constitucional. Ed. Ariel, 5ª ed., Barcelona 1970. Pág. 639

²⁷ Ibañez, Jorge Enrique. Las funciones públicas y la estructura del Estado para cumplirlas. Justicia y desarrollo sostenible Ltda, Bogotá. 2006. P 409

Administración, la que da paso a la distinción entre los actos de gobierno y los actos de la administración, con consecuencias para el ejercicio de las competencias constitucionales, y en especial, para el ejercicio del control sobre dichos actos²⁸.

- **Facultades del Presidente para legislar:**

Mientras que en los apartados anteriores se hizo referencia a las facultades del Presidente de la Republica en el proceso legislativo, particularmente el poder de iniciativa y de veto, en el presente se aborda la atribución, generalmente extraordinaria y excepcional, que se le confiere para emitir leyes en diversos regímenes presidenciales. A través de esta facultad, el Presidente puede establecer un nuevo statu quo e influir determinantemente en las políticas públicas. Al respecto, es posible distinguir entre los poderes decreto, los poderes de emergencia y la delegación de facultades para legislar. Es importante advertir que en los casos anteriores el Presidente cuenta con el poder de emitir propiamente leyes, por lo que deben distinguirse de la facultad presidencial de expedir reglamentos a fin de implementar o desarrollar los términos de la ley existente emanada del órgano legislativo.

Lo que ahora nos ocupa, son los casos en que el presidente puede expedir propiamente leyes. Sin duda, el poder de decreto constituye el más relevante, pues le permite emitir directamente leyes sin participación alguna previa del órgano legislativo, lo cual se traduce en gran poder, con independencia de que usualmente también se permite al Congreso derogar o modificar el decreto presidencial si así lo decide²⁹. Como hemos anotado, la característica del régimen presidencial tradicional, consiste en que cada rama ejerce en forma casi exclusiva una función. Pero nuestro régimen presidencial se ha separado en forma ostensible de este principio. Como se desprende de lo anteriormente dicho las facultades del ejecutivo son sumamente

²⁸ Quinche Ramírez, Manuel Fernando. Derecho Constitucional Colombiano - De la Carta de 1991 y sus Reformas. Cuarta Edición. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá D.C. 2010. Pag. 432

²⁹ La democracia constitucional en América Latina y las evoluciones recientes del presidencialismo. Memorias Encuentro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Pedro Pablo Vanegas Gil. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2009. Pág. 68 y 71

amplias. El Ejecutivo tiene facultad para iniciar la legislación en cualquier materia a través de la presentación de proyectos de ley. En otras materias la dirección de la legislación es de competencia exclusiva del ejecutivo, pues él solo puede presentar proyectos de ley sobre tales puntos y en algunos casos las modificaciones a proyectos por parte de las cámaras tienen trámites especiales. Además cuando se trata de problemas muy técnicos donde el parlamento es incapaz de legislar, este puede facultar al Presidente para que legisle. En cuanto el país se encuentra en situaciones difíciles sociales o económicos, o de orden público, es el Presidente quien asume la legislación para controlar tal situación. El Presidente puede agilizar la legislación con solo manifestarlo formalmente a las cámaras, y en algunos casos las cámaras tienen plazos para aprobar los proyectos presentados por el Gobierno, que si no son cumplidos puede el Presidente poner en vigencia tales proyectos a través de un Decreto.

Ahora surge la pregunta dirigida a determinar ¿a qué se debió esta distribución de la función legislativa en tal forma que el ejecutivo tuviera en ella una participación tan amplia y decisiva?. Entre otras cosas el transito del Estado gendarme al Estado planificador impone un cambio cualitativo que demanda nuevas técnicas de distribución y regulación de la competencia, controles y responsabilidad de los diferentes órganos del Estado en particular del Legislativo y el Ejecutivo. Es evidente que este fortalecimiento del ejecutivo no podría hacerse sino en detrimento de las funciones del legislativo y esto implica dentro del sistema del régimen presidencial una nueva concepción de este, pues ya no es nuestro régimen presidencial un sistema en que las funciones del Estado corresponden respectivamente y casi con exclusividad a las determinadas ramas sino que estas funciones han sido repartidas no ya realizando relativamente el principio de la separación de poderes, sino el principio del fortalecimiento del ejecutivo para que este sea la cabeza en la nueva concepción del estado promotor, planificador e intervencionista.

De esta manera, los procesos de reforma política sobre los regímenes de gobierno de América Latina han estado orientados, en general, hacia la renovación o racionalización de los

sistemas presidenciales de los respectivos países, centrándose en las relaciones legislativo-ejecutivo. Ha sido frecuente la ausencia de compromiso verdadero con las reformas, hay mucho “gatopartidismo” y de falta de voluntad para acatarlas como señala Osvaldo Hurtado:

“... frecuentemente el principal y más grande obstáculo que debe enfrentar una reforma política se encuentra entre quienes deben aprobarla y ejecutarla. Los partidos y sus líderes, si está de por medio la posibilidad de que pudieran ser afectados sus intereses, o mermada su influencia, suelen postergar su discusión y cuando se ven enfrentados a considerarla interponen toda clase de obstáculos para que siga su curso legal.

En el caso de que, debido a circunstancias singulares llegara a aprobarse, manipulan su puesta en práctica o simplemente no cumplen las nuevas disposiciones, conspiración que les resulta fácil de armar en razón de que controlan los órganos encargados de plasmarla. Enfrentados los partidos a decidir entre el interés de la democracia y el suyo, con frecuencia se pronuncia por el segundo. Una muestra de su conducta utilitaria es el hecho de que los partidos que se opusieron a determinadas reformas cuando fueron minoritarios las apoyaron al convertirse en mayoritarios, y viceversa”.³⁰

En lo que tiene que ver con las relaciones entre el régimen presidencial y el legislativo, se reitera que el primero es uno de los pilares del constitucionalismo colombiano y bajo dos ángulos pueden examinarse las modificaciones que la Constitución de 1991 introdujo al mismo: la creación de la vicepresidencia y las relaciones con el Congreso de la República y en particular sobre este último es preciso recordar que el sistema presidencial pertenece al de

³⁰ Ibídem. Pág. 85 y 86. Osvaldo Hurtado. Elementos para una reforma política en América Latina, Sustainable Development Department Technical Papers Series, SGC-104, Banco Interamericano de Desarrollo, 2005.

separación de poderes lo que significa que tanto el órgano legislativo como el ejecutivo cumplen sus funciones en forma independiente uno de otro. No obstante, la necesidad de los fines del Estado, a que los dos propenden, determina que obren en forma armónica, como se predica en el Art 113. Por esto si el Congreso dicta las leyes el presidente de la república es el encargado de ejecutarlas (Art 189-10 y 11). A partir de allí se tejen numerosas relaciones en las cuales el gobierno puede presentar proyectos de ley, objetar los proyectos aprobados en las cámaras legislativas, sancionarlos y en ciertas ocasiones dictar normas con fuerza legislativa, bien porque así se lo autorice el Congreso, bien por razones de conmoción interior, guerra exterior o por emergencia económica o social.

- **Elementos característicos del Régimen Presidencial:**

Al momento de analizar y estudiar el sistema presidencial de América Latina en especial el Colombiano, que es el que ahora ocupa nuestra atención, la tendencia de la mayoría de los doctrinantes, es resaltar como una de sus características principales la hegemonía del Poder Ejecutivo a través de su titular el Presidente de la República, estableciéndose por algunos dicha característica como un elemento que lo diferencia ostensiblemente del régimen parlamentario y de manera más puntual del sistema de gobierno de los Estados Unidos, señalando este último como un régimen presidencial y los sistemas de gobierno latinoamericanos como regímenes presidencialistas.

Las piezas fundamentales del régimen presidencial son: El presidente de la República – que es el Jefe de Estado y del Gobierno- quien dirige la Rama Ejecutiva con compañía de Secretarios o ministros, un Congreso dividido de manera general en dos cámaras legislativas, y un sistema de relaciones entre dos órganos principales del poder fundado en el principio de la separación de poderes.

- Presidente de la República:

La pieza fundamental del sistema es el Presidente de la Republica. A parte de la elección, el otro aspecto que caracteriza la función presidencial es la acumulación de las tareas de jefe de Estado y del gobierno que en el sistema parlamentario ejercen personas distintas. A través de toda nuestra historia constitucional ha existido la institución del Presidente y del Régimen presidencial como una constante. Ha sido siempre el presidente el jefe del ejecutivo, le ha sido otorgada la potestad colegisladora y ha sido indudablemente la figura predominante en la dirección del país, ya ejerciendo sus facultades ejecutivas, ya las legislativas, a través de las cuales ha fijado las metas y programas dentro de los cuales debe desenvolverse la Nación. Las grandes atribuciones que posee el presidente no serían bien vistas, desde el ángulo democrático, si quien las ejerce no fuera escogido por la voluntad popular y desde este punto de vista dicha autoridad del presidente queda reforzada y se equipara a la del Congreso, por cuanto esta también procede del voto popular.

La designación presidencial de sus más directos colaboradores, sin ninguna participación del órgano legislativo, que se denomina específicamente Congreso, y las relaciones del presidente con este último, marcan notables diferencias con lo que ocurre en el modelo parlamentario.

- a) *La elección del presidente de la Republica:* Las grandes atribuciones que posee el presidente no serían bien vistas, desde el ángulo democrático, si quien las ejerce no fuera escogido por la voluntad popular.

Tal condición se realiza con mecanismos indirectos de elección bien mediante el voto directo para designar el presidente. En Estados Unidos se sabe que los ciudadanos no eligen directamente al presidente, sino unos compromisarios, quienes a su turno escogerán formalmente, al presidente de la Unión. Sin embargo por estar ligados al querer de los electores los compromisarios, desde el primer momento se sabe quién habrá de regir los destinos de la Nación norteamericana.

Desde el punto de vista democrático la autoridad del presidente queda reforzada y se equipara a la del Congreso, que también procede del voto popular.

Ya se citó la disposición de la voluntad Constitución norteamericana de 1787 que establece la elección del vicepresidente para el mismo periodo de cuatro años y por el mismo procedimiento. Igualmente, en Colombia la Constitución de 1991, que revivió el cargo de vicepresidente, estableció su elección el mismo día y por el mismo termino presidencial (Art. 202).

Del mismo interés en el presidencialismo es la posibilidad de reelección.

- b) *El presidente Jefe del Estado y Jefe del Gobierno*: esta distinción de responsabilidades estatales es clave en el sistema parlamentario; en el régimen presidencial ellas están concentradas en cabeza del presidente de la republica, o de la Nación, o de la Unión, etc. Según la denominación adoptada en cada país.

La primera consecuencia de esta concentración de funciones es que no existe el cargo de primer ministro que, como se vio, establece el vínculo político entre el jefe del Estado y el Parlamento; lo que trae consecuencias políticas.

Con facilidad se identifica como atribución del jefe de Estado la dirección de las relaciones internacionales; en el otro extremo, se catalogan como tareas gubernamentales la dirección de la administración pública y de los servicios públicos nacionales. Sin distinción de su naturaleza jurídica se atribuyen dichas competencias al presidente de la Republica, como parte del ejercicio normal de sus poderes (C.C. Art. 189).

Las dos funciones más importantes del Presidente dentro de un régimen presidencial son las de jefe de Estado y jefe de Gobierno. La Jefatura de Estado se encarga de la representación del Estado en las relaciones internacionales, es decir, encarna de manera simbólica y de

manera práctica la representación de la soberanía del estado ante la comunidad internacional en el marco de las relaciones bilaterales o multilaterales. Por tal razón, la presencia de los jefes de Estado en misiones oficiales se reviste de muchos simbolismos a través de los cuales se hace el reconocimiento del estado respectivo como un elemento dentro del orden internacional. De manera práctica, tal función se desarrolla a través de los mecanismos propios del desenvolvimiento de las relaciones internacionales como el nombramiento de embajadores, la negociación de tratados, la constitución de alianzas, etc.

La función de jefe de estado conlleva de manera anexa simbolismos en el marco de la política interna, por tal razón en nuestra Constitución se dice que el Presidente simboliza la unidad nacional, ello hace que se realicen con su presencia un conjunto de actos protocolarios, y asista al cumplimiento de algunas funciones de las demás ramas del poder público, como en la instalación de las sesiones del Congreso de la República o dar posesión a los magistrados de las altas cortes de justicia. La misma casa de gobierno es una referencia simbólica de la función de representar la unidad nacional, esto explica que dicha sede haya sido especialmente protegida de actos proselitistas en la sentencia de la Corte sobre las garantías electorales.

En otro nivel se encuentran las funciones de jefe de gobierno, el presidente en tal función es la cabeza de un esfuerzo más concreto, fijado durante un periodo de tiempo y de acuerdo con unas metas propuestas en la campaña presidencial y aprobadas luego en el plan de desarrollo del respectivo periodo. En esta medida debe promover y adelantar las políticas propuestas para ese período. El jefe de gobierno es la última instancia de todas las decisiones de competencia del ejecutivo, de acuerdo con desarrollos normativos particulares, de manera directa o indirecta mediante decisiones políticas como supremo rector del gobierno.

Además para adelantar sus políticas el Presidente hace presencia en el congreso o parlamento a través de sus secretarios o ministros, para presentar proyectos de ley, para promoverlos y a través de la sanción presidencial de los proyectos de ley se erige en un control

político de ellos. En otras ocasiones el presidente asume directamente funciones legislativas como cuando se declaran los estados de excepción o como cuando el congreso le transfiere dichas facultades.

Al lado de estas dos funciones capitales, el presidente en Colombia, es suprema autoridad administrativa, en esta medida el presidente detenta el poder sobre todas las personas y sobre todos los recursos con los que cuenta el estado en su rama ejecutiva para el cumplimiento de sus funciones de todo orden, desde las funciones de promoción de políticas hasta las de regulación.

- c) “ *Integración autónoma del gobierno y relaciones del presidente y los ministros o secretarios*: En el sistema presidencial el presidente forma el gobierno nombrando a los ministros, en forma autónoma, según sus propios criterios, sin tomar en cuenta los que al respecto puedan tener en el Congreso. La aprobación del senado a los nombramientos de secretarios del presidente de Estados Unidos se considera más simbólica que real. Los ministros responden ante el presidente, únicamente y se mantienen en los cargos mientras gocen de la confianza presidencial. Situación que es completamente opuesta a la que domina el régimen parlamentario.

El ejecutivo es monocrático, no dualista, a veces existe a nivel constitucional o legal el consejo de ministros (Venezuela, Colombia, México), pero sin que dicho cuerpo forme como una sección gubernamental aparte del presidente de la Republica.

Esa calidad de agentes del presidente que tienen los ministros excluye el gobierno de gabinete, que corresponde al sistema parlamentario, porque la voluntad que predomina no es la del conjunto de los ministros sino la del presidente.

Esta condición del ejecutivo monárquico hace que las funciones principales estén asignadas al presidente y no en forma directa a los ministros o a alguno de ellos, como en el

parlamentarismo; ellos colaboran en las funciones presidenciales según las materias, refrendando con su firma sus actos, y dando lugar a lo que en el derecho colombiano (C.P. Art. 115) se denomina gobierno, es decir, la actuación del presidente y del ministro o ministros, según el caso, que deban tomar determinada decisión según el ramo.

Esta integración autónoma del gobierno es parte de la teoría de la separación de las funciones y tiene que ver con la irresponsabilidad política del presidente y del gobierno ante el Congreso.

Dentro de la llamada responsabilidad de los gobiernos, y para la cabal comprensión del problema, hay que distinguir entre una responsabilidad política, que configura el régimen parlamentario y la responsabilidad jurídica del Presidente dentro de los regímenes presidenciales que es apenas un caso particular de la responsabilidad que tiene cualquier funcionario.

Refiriéndose a la responsabilidad en los regímenes parlamentarios Douglas Varney la explica así³¹: “En los sistemas parlamentarios el gobierno es responsable ante la Asamblea, esta puede retirarle su apoyo si cree que el gobierno no actúa de forma acertada, o lo hace anticonstitucionalmente. Por medio de un voto formal de censura o simplemente no adhiriéndose a una importante propuesta gubernamental, la Asamblea puede forzar al gobierno a dimitir y obligar al Jefe del Estado a nombrar otro nuevo”.

Como vemos pues la llamada responsabilidad en los regímenes parlamentarios no es sino una forma de poner en movimiento la mecánica de tal régimen, a través de la cesura por la inconveniencia de un acto, que produce el cambio de gobierno.

³¹ Verney, Douglas; Análisis de los Sistemas Políticos. Versión española de Mario Berdejo; Edit. Tecnos S.A. Madrid, 1961, Pág. 37.

Pero tal censura puede provenir también de la consideración de ilegal que de un acto del gobierno tenga el parlamento produciéndose también el cambio de gobierno. Se puede decir entonces que existe una responsabilidad política del gobierno ante el Parlamento, responsabilidad que cobija tanto la inconveniencia de un acto como su juridicidad y una responsabilidad jurídica ante la justicia común por la legalidad de los actos gubernamentales.

Hemos hecho este somero recuento de la responsabilidad en los regímenes Parlamentarios, pues algunas formas e instituciones de tal responsabilidad se han tratado de trasplantar al Régimen Presidencial, no existiendo razón para ello, pues desencajan totalmente en la lógica de este sistema.

En la Constitución Norteamericana, se encuentra la siguiente norma que consagra la responsabilidad del Presidente: Art. 2º Sección IV: “El presidente y vicepresidente y todos los funcionarios de los Estados Unidos serán destituidos de sus diversos cargos cuando a consecuencia de una acusación (impeachment) estén convictos de traición, cohecho u otros crímenes o delitos”.

Además este tipo de responsabilidad daría al Congreso facultades para deponer al Presidente por razones políticas convirtiéndose nuestro régimen inmediatamente en un sistema parlamentario.

Creemos nosotros que si a juicio del Presidente ante el Congreso se le da una naturaleza política se está cambiando por ese hecho la esencia misma del régimen presidencial.

El giro fue mayor en lo que concierne al control político del Congreso sobre el gobierno. Allí existe una limitación en el sistema presidencial. En el sistema parlamentario es pieza fundamental que el gobierno responda políticamente ante el parlamento u órgano legislativo; esa responsabilidad puede conducir a la moción de censura, que aprobada en las instancias

parlamentarias conduce a la renuncia del primer ministro y su gabinete, es decir a que se produzca crisis del gobierno.

Ese paso de la censura se traspasó en la Constitución de 1991 y de este modo (Art. 135-9) se introdujo un mecanismo de régimen parlamentario dentro de la rigidez del sistema presidencial, que naturalmente no ha operado.

En el sistema presidencial, los principios constitucionales llevan también a una superioridad jurídica del Congreso sobre el ejecutivo. En el plano político, por el contrario, la teoría se funda en una independencia o separación de los poderes, por ejemplo la moción de censura para poner en evidencia la responsabilidad política del gobierno ante el Congreso.

Se ha querido contrarrestar, entonces, la mayor potencia del ejecutivo, que los requerimientos del estado moderno acentúan con un aumento del control político del Congreso. En la Constitución de 1991 se llevó al extremo de consagrar la moción de censura (Art. 135-9), que es típica, como ya se sabe, del sistema parlamentario.

Delicado mecanismo el de la moción de censura incrustado dentro de la filosofía del sistema presidencial, que le es ajeno; puede conducir a frecuentes crisis ministeriales y a inestabilidad gubernamental, o a excesos de protagonismo del Congreso para sacudirse de su bajo perfil; o puede ser, naturalmente, inoperante, como ha ocurrido en Colombia hasta el momento, y se recuerda el caso de un ministro cuya renuncia le fue aceptada poco antes de la aprobación de la moción de censura.

Al salirse de la ortodoxia del régimen presidencial, la nueva Constitución estableció el voto de censura para los ministros (Art. 135-9), el cual una vez aprobado implica el retiro del cargo del ministro censurado. Como no hay responsabilidad colectiva del gabinete ante el Congreso, la medida no conduce a la renuncia de los otros ministros, tal como opera en el sistema parlamentario.

Puede decirse que en el presidencialismo la institución del impeachment se quedó en la responsabilidad penal y no avanzó hacia la política, como sucedió en Inglaterra donde dio origen al régimen parlamentario.

Fuera de la hipótesis de la responsabilidad penal, en la Constitución colombiana anterior a la de 1991 estaba enfáticamente descartada la responsabilidad política. En el propio lenguaje del sistema parlamentario se leía que estaba prohibido al Congreso y a cada una de sus cámaras: dar votos de aplauso o censura respecto de actos oficiales (Art. 78-3).

Esta disposición fue cambiada en la Constitución de 1991, suprimiendo precisamente la expresión de los votos de censura (Art. 136).

La prohibición de los votos de censura no impedían los debates con los ministros con relación a su gestión gubernamental. Algunos de esos debates fueron crudos, particularmente en el Senado, en los tiempos de confrontación de los dos partidos políticos principales, y de ellos podía salir la renuncia del ministro citado.

- **El órgano legislativo o Congreso:**

Congreso es entonces, el nombre propio del cuerpo legislativo que ha pasado a los sistemas presidenciales; de allí se derivan vocablos como congresistas o congresales, empleados para referirse a sus miembros y evitar la palabra parlamentarios. No obstante la elección popular del presidente, y las destacadas atribuciones que se le encomiendan, en la perspectiva jurídica se considera que la ley está por encima de él. Esta superioridad da una cierta jerarquía jurídica de los órganos del poder, de la cual se desprende el denominado principio de legalidad: salvo excepciones, la tarea del ejecutivo está subordinada a la ley; la violación de la ley puede hacer que se anulen los actos gubernamentales. Aspecto este último que ha generado una serie de posiciones dentro de la doctrina y jurisprudencia alrededor de la interpretación que se le ha

dado específicamente al artículo 230 constitucional, lo que se desarrollará y analizará someramente, dada la amplitud del tema, en el siguiente capítulo.

- **Principio de la separación de los poderes:**

Si en el sistema parlamentario el principio que preside las relaciones entre los dos más importantes órganos del poder es el de la colaboración, en el presidencial es el de la separación de los poderes. Respecto del tema Locke³² plantea una noción de las funciones del estado (ejecutiva y legislativa) bastante elaborada. En su “Tratado de gobierno civil” encontramos los siguientes: ... “ *El poder legislativo solo puede serlo verdaderamente por la facultad que tiene de dictar leyes a todos los miembros de la sociedad, en conjunto y separadamente, señalando con esas leyes las normas por la que han de regirse sus actos, y que otorgan poder para obligar a cumplirlas cuando alguien falte a ellas*”. Explicaba la separación de poderes en esta forma: “... es poco conveniente pues sería una tentación demasiado fuerte para la debilidad humana que tiene tendencia a aferrarse al poder, confiar la tarea de ejecutar las leyes a las mismas personas que tienen la misión de hacerlas. Eso daría lugar a que eludiesen la obediencia de esas mismas leyes o que las redactasen y aplicasen de acuerdo a sus intereses particulares, llegando por ello, a que esos intereses fuesen distintos de los del resto de la comunidad cosa contraria a la finalidad de la sociedad y del gobierno...”³³

Por su parte Montesquieu³⁴, ha señalado que: “*Solo es libre un Estado, cuando la constitución limita al poder, limite que le da la naturaleza misma de las cosas. Y la seguridad – en la que hace consistir la libertad – solo se obtiene cuando están separados los poderes limitándose el uno al otro*”. En este sentido, es difícil de mantener en su integridad una concepción de la separación de las funciones según la cual cada uno de los órganos cumpla la suya sin ninguna

³² Locke, John, Ensayo sobre el gobierno civil. Versión española de Armando Lázaro Ros, Edit Aguilar, Buenos Aires, 1955 Pág. 53.

³³ Ibídem. Pág. 52

³⁴ Montesquieu, Del Espíritu de las leyes. Edit. Garnier Hnos. Paris Tomo I. S.F. Pág. 225.

relación con la otra. Ya se vio cómo el principio de la superioridad jurídica de la ley hace dependiente la tarea del ejecutivo de los mandatos legislativos. El principio de la colaboración³⁵ conduciría a dar una posibilidad de intervención del ejecutivo en la expedición de las leyes, particularmente en aquellas que pueden tener mayor influencia en sus responsabilidades de gobierno. Si a estos elementos jurídicos de las relaciones se suman los factores políticos (el partido del presidente es mayoría en el Congreso, el presidente es jefe natural de ese partido), se advierte que las relaciones entre los poderes no obedecen siempre al postulado estricto de la separación y que los instrumentos que las ponen en marcha se acercan a los que existe en el sistema parlamentario.

Así, el sistema presidencial de gobierno tiene como fundamento ideológico, la teoría de la separación de poderes, enunciado por Locke y Montesquieu principalmente, pero no es su absoluta realización, porque en la práctica la absoluta separación de poderes ha venido a ser morigerada por la existencia de los partidos políticos que sirven de vínculo extrajurídico entre las ramas del poder, y además existe actualmente una tendencia muy visible especialmente en Latinoamérica, a modificar sustancialmente el sistema presidencial a través de la potestad colegisladora otorgada al ejecutivo y que lo ha convertido en el principal impulsador de la actividad legislativa, quebrando en gran parte el principio que guiaba el régimen presidencial. A lo que se agrega que este tipo de régimen fue después copiado por las naciones latinoamericanas entre ellas Colombia, pero introduciéndoles a lo largo de su vigencia muchas modificaciones que hoy los hacen diferenciarse sustancialmente³⁶.

Aspectos los anteriores que nos llevan a preguntarnos si al sistema presidencial que ahora rige en nuestro país se lo puede considerar como tal en estricto sentido, de conformidad con los elementos y características que constituyen este sistema de gobierno y que fueron

³⁵ El sistema de la colaboración armónica, fue introducido formalmente en Colombia en la reforma de 1936, como ya se señaló. Recogiéndose las ideas de Wilson y Roosevelt, sobre el replanteamiento del sistema Madison de frenos y contrapesos, para hacer más eficiente y responsable al Estado, que debía intervenir en la economía e impulsar políticas sociales.

³⁶ La democracia constitucional en América Latina y las evoluciones recientes del presidencialismo. Memorias Encuentro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Pedro Pablo Vanegas Gil. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2009. En búsqueda del ADN y la influencia en algunos sistemas presidenciales y parlamentarios. Jorge Carpizo. Pág. 16

implementados por primera vez en los Estados Unidos, o si por el contrario ante las condiciones sociales, políticas y económicas de nuestro país, el referido régimen ha sufrido importantes cambios en su estructura manteniendo algunos elementos y creando otras disposiciones que muy probablemente han dado lugar a la desmedida asignación de funciones y atribuciones al Presidente de la Republica como jefe del poder ejecutivo.

Éste análisis se basa en la hipótesis que la estabilidad política de un país es máxima según sea el grado de presidencialismo que se tenga, en el sentido de que dependiendo de los límites y espacios de acción de las prerrogativas del Presidente el modelo político será clave para la estabilidad política, por cuanto, entre mayor es el grado de presidencialismo, menor es la estabilidad política. Esto teniendo en cuenta que si bien la separación de poderes tiene como objeto evitar que el poder degenera en tiranía, no es menos cierto que con el tiempo ha ido sufriendo un progresivo desgaste y notable desajuste, pues de la separación firme y radical, se pasa a una simple enunciación de los órganos del poder, con la tenue afirmación de que cada uno lo ejercerá en los términos que la Constitución lo establece. Es así como de la simplificada visión de la división del poder en torno a la ley, se llega al desajuste que supone el concurso del ejecutivo, por medio de la iniciativa, las objeciones y la sanción en la tramitación de la ley, lo cual supone que la función legislativa ya no corresponde solo al ejecutivo, lo cual desdibuja la realidad de la separación de poderes.

Dichas facultades presidenciales relacionadas con la sujeción de los poderes públicos a los postulados de la Constitución ratifica el concepto que la formación de la ley no corresponde solo al legislativo, pues el ejecutivo puede realizar esta función e incluso el judicial, con ocasión del control de constitucionalidad de las leyes (legislador negativo), en consideración a que la fuerza normativa de la Constitución descansa precisamente en la soberanía popular, en el principio democrático, que por sí mismo es un punto de referencia al momento de interpretar el contenido de la Constitución y limitar el poder para lo cual es indispensable la garantía del

principio de la supremacía constitucional con cada una de las facultades atribuidas a los órganos del Estado.

No obstante la fortaleza del régimen presidencialista, hay una tendencia a introducir elementos del sistema parlamentario en Perú, Argentina y Colombia

Así el sistema presidencial de gobierno tiene como fundamento ideológico, la teoría de la separación de poderes, enunciado por Locke y Montesquieu principalmente, pero no es su absoluta realización, porque en la práctica la absoluta separación de poderes ha venido a ser morigerada por la existencia de los partidos políticos que sirven de vínculo extrajurídico entre las ramas del poder, y además existe actualmente una tendencia muy visible especialmente en Latinoamérica, a modificar sustancialmente el sistema presidencial a través de la potestad colegisladora otorgada al ejecutivo y que lo ha convertido en el principal impulsador de la actividad legislativa, quebrando en gran parte el principio que guiaba el régimen presidencial.

Este tipo de régimen fue después copiado por las naciones latinoamericanas entre ellas Colombia, pero introduciéndoles a lo largo de su vigencia muchas modificaciones que hoy los hacen diferenciarse sustancialmente.

Las características esenciales de un sistema presidencial son tres: a) la separación de poderes entre el Legislativo y el Ejecutivo solo es nítida desde el punto de vista que cada uno de ellos es electo por el voto popular, origen de su legitimidad, b) los periodos para los cuales son electos, tanto el uno como el otro, son fijos y rígidos y, en principio, uno de ellos no puede modificar el periodo del otro, y c) entre esos dos poderes existen controles mutuos, que son diversos de aquellos que se dan en un sistema parlamentario.³⁷

³⁷ La democracia constitucional en América Latina y las evoluciones recientes del presidencialismo. Memorias Encuentro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Pedro Pablo Vanegas Gil. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2009. En búsqueda del ADN y la influencia en algunos sistemas presidenciales y parlamentarios. Jorge Carpizo. Pág. 16

Una de las ideas directrices de las revoluciones burguesas (Revolución Francesa, Independencia de las Colonias norteamericanas, etc.) fue la necesidad de construir regímenes políticos donde el poder pudiera separarse para introducir el control de unos sobre otros mediante un sistema de pesos y contrapesos. De esta manera se distribuyó el poder de hacer las leyes, el poder de hacerlas cumplir y otro distinto, el encargado de dirimir los conflictos (Poderes legislativo, Ejecutivo y Judicial). De esta manera se quiso introducir un esquema institucional que diera una mayor racionalidad al desarrollo de estas tareas y que pudiera preservar la libertad de las personas sometidas a la autoridad de dichos Estados.

Dentro de las democracias modernas con estados liberales es posible encontrar diversas formas de Gobierno. La forma del Gobierno es la manera particular como se organiza la relación entre las tres ramas del poder público, y dentro de esta relación la forma como se constituye y origina el Gobierno, que es el conjunto de instituciones que tienen la función de hacer cumplir las normas del Estado y por tanto realizar el proyecto de sociedad contenido en ellas.

La forma de Gobierno parlamentaria es aquella en la cual el centro del poder político se radica en el parlamento el cual es elegido popularmente. Es el parlamento quien da origen al Gobierno el cual queda radicado en manos de un representante de la fuerza política o la coalición mayoritaria que hace presencia allí. El jefe del Gobierno no es de elección popular. Normalmente el jefe del Gobierno es el primer ministro quién permanece en el poder mientras la fuerza política que lo eligió mantiene las mayorías en el parlamento.

El régimen presidencial es aquel en el cual el centro del poder político del estado se radica en el presidente, bajo un sistema de autonomías relativas de las ramas del poder público, por cuanto el congreso o parlamento no se deriva del poder presidencial, pero este tampoco deriva su poder del presidente. Normalmente en este tipo de sistema el Presidente es elegido popularmente, lo mismo el Parlamento o Congreso, por lo tanto sus mandatos se derivan directamente de la voluntad popular. Se dice que el presidente cumple un rol central por el

cúmulo de potestades y funciones que concentra. El Presidente detenta en sí mismo la condición de jefe de Estado, jefe de Gobierno y por lo tanto nombra los ministros o secretarios, es jefe de la administración pública, jefe o comandante en jefe de las Fuerzas Armadas del Estado, y en algunos esquemas incide en las decisiones legislativas y judiciales.

En este modelo de gobierno puede tener cabida institucional el consejo de ministros, como en Colombia. Pero el presidente es quien tiene los poderes constitucionales, que comparte con los ministros, pues estos últimos suscriben sus actos o son delegatarios de atribuciones suyas. La relación vertical se mantiene.

Esa supremacía presidencial genera en el régimen presidencial una noción de gobierno que es distinta de la del sistema parlamentario. Mientras que en este último ella se configura alrededor del gabinete o conjunto de ministros, en el régimen presidencial gobierno en sentido específico son el presidente y el ministro del ramo, como lo advierte la Constitución de 1991 en su artículo 115.

La ley que sitúa al Presidente como un miembro más del consejo de ministros y las decisiones que se tomen por mayoría contra la voluntad presidencial y la del ministro del ramo pueden ser contrarias a la Constitución. Consecuencia de la lógica institucional.

Cuando el gobierno es el único dotado del poder de reunir y clausurar los trabajos del cuerpo legislativo, sin que este pueda sesionar por derecho propio, el Parlamento puede considerarse subordinado al ejecutivo.

Del texto de la Constitución se desprende la facultad que tiene el Congreso Colombiano de reunirse por derecho propio cuando es la época de las sesiones ordinarias (Art. 138), dentro de las cuales no podrá ocuparse sino de los asuntos que el gobierno someta a su consideración, salvo el control político.

En el régimen presidencial, en el cual opera más el principio de la separación, la reunión de las cámaras legislativas (instalación y clausura) se hace con presencia del jefe de Estado, pero sin que esta ceremonia, como lo advierte el artículo 139, sea esencial para que el Congreso ejerza legítimamente sus funciones.

El presidencial y el parlamentario presentan afinidades en la medida en que ambos se refieren a la división del ejercicio del poder político según las técnicas del Estado mixto, es decir, del checks and balances o de los controles recíprocos, para la creación de un equilibrio entre los distintos órganos del Estado para impedir el predominio de uno de ellos, de manera que no se dé ni la dictadura del Ejecutivo, ni la anarquía del legislativo³⁸.

Como es evidente no puede decirse que en Colombia se ha llevado a efecto una reafirmación del Régimen Presidencial, ni tampoco que exista una tendencia degeneradora hacia el parlamentarismo es evidente la existencia en nuestro país de un régimen de gobierno que podríamos llamar neo-presidencial, que se caracteriza por una posición privilegiada del Ejecutivo, que si bien goza de las prerrogativas legislativas del ejecutivo parlamentario que tiende a evitar la parálisis que en algunos casos conlleva la separación de poderes tiene del régimen presidencial la característica de la irresponsabilidad política del Gobierno ante el Parlamento, responsabilidad que en el régimen parlamentario es la lógica consecuencia de la dirección legislativa que realiza el Gobierno, pero que en nuestros países que todavía se nota cierta inmadurez política, traería como consecuencia una inestabilidad poco saludable con el Gobierno, por lo cual consideramos conveniente la consagración de esta irresponsabilidad para el Gobierno.

Aspectos estos que nos llevan a preguntarnos si al sistema presidencial que ahora rige en nuestro país se lo puede considerar como tal en estricto sentido, de conformidad con los

³⁸ Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno. Nicola Matteucci. Traducción de Francisco Javier Ansuátegui Roig y Manuel Martínez Neira. Editorial Trotta S.A. Madrid. 1998.

elementos y características que constituyen este sistema de gobierno y que fueron implementados por primera vez en los Estados Unidos, o si por el contrario ante las condiciones sociales, políticas y económicas de nuestro país, el referido régimen ha sufrido importantes cambios en su estructura manteniendo algunos elementos y creando otras disposiciones que muy posiblemente han dado lugar a la desmedida asignación de funciones y atribuciones al Presidente de la Republica como jefe del poder ejecutivo, que de cierta manera transgrede la supremacía constitucional y desfigura el sistema de pesos y contrapesos como mecanismo de defensa constitucional e instrumento de limitación al poder.

CAPITULO II

SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

Orígenes del principio de la supremacía constitucional:

- En los Estados Unidos de Norteamérica:

Hay que destacar que dicha Constitución se ostentó como suprema por incorporar el consentimiento de la voluntad popular. Siendo el pueblo quien detenta la soberanía, la voluntad de este se constituyó como un auténtico mandato que se ve reflejado en la Constitución. Por tanto, bajo esta óptica, la Constitución se concibe como un documento de naturaleza contractual, que manifiesta el consentimiento popular y la forma en que el pueblo se ha decidido organizar. En Norteamérica, sentado ya el principio de la supremacía constitucional, se desarrolla un largo proceso jurisprudencial para hacer efectiva esa supremacía; para el juez no era extraña la anulación de normas por vulnerar otras superiores. De allí que en 1795 el Tribunal Supremo declara la sujeción del poder legislativo a la Constitución; *“en América la situación es radicalmente diferente; la Constitución es cierta y*

*fija; contiene la voluntad permanente del pueblo y es el Derecho Supremo de la tierra; es superior al poder legislativo”.*³⁹

Así se forja el principio de la *Judicial Review* que reconocerá el poder de los Tribunales de declarar nulas, a efectos de su inaplicación, las leyes contrarias a la Constitución. En 1803 por primera vez, se declara inaplicable una ley federal por ser contraria a la Constitución, en la famosa sentencia del juez Marshall al resolver el caso Marbury vs Madison, argumentando que si se aplica la ley se inaplica la Constitución y ello no resulta lógico. En realidad el caso Marbury no se refiere, como podría parecer, a una cuestión de derechos fundamentales, sino más bien a una de las posibles vías para garantizar – para hacer efectiva- la Constitución. Es decir, Marbury trata de un asunto de teoría general de la Constitución (supremacía constitucional) y de teoría de derecho procesal constitucional (el papel de los jueces ante las leyes constitucionales).

Es así como, casi desde el comienzo en Norteamérica las cosas toman un rumbo diferente⁴⁰, con la naturaleza normativa de la Constitución Norteamericana de 1787 ya se podía deducir del precepto contenido en su artículo sexto, sección segunda, donde se consagró la supremacía de todo el derecho federal. Esta citada teoría de la Carta como norma fundamental y suprema puede decirse que fue doctrinariamente elaborada por primera vez en Norteamérica, en 1788 por Alexander Hamilton en “El Federalista”; al referirse al papel de los jueces como interpretes de la ley así:

“Una Constitución es de hecho y así debe ser vista por los jueces como una ley fundamental. Por eso corresponde a ellos establecer su significado, así como el de cualquier acto proveniente del cuerpo legislativo si se produce una situación irreconciliable entre los dos; por supuesto, aquel que tiene una

³⁹ García de Enterría, Eduardo. Op. Cit., p. 54, citado por Juan Manuel Charry Ureña. Derecho Constitucional. Teoría de la Constitución como norma jurídica. Tomo I. Bogotá D.C., 1990, Editorial Léano.

⁴⁰ Sobre este tema ver Nicola Matteucci. “La Revolución norteamericana: una revolución constitucional”, en Revista Derecho del estado, N° 6, junio 1999, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 125 y ss.

superior validez es el que debe prevalecer. En otras palabras, la Constitución debe prevalecer sobre las leyes, así como la intención del pueblo debe prevalecer sobre la intención de sus agentes”.

De esta manera, Hamilton, al desarrollar el principio del poder de los jueces de declarar la nulidad de un acto legislativo contrarios a la Constitución y argumentar que ello no significaba dar superioridad del poder del judicial sobre el legislador, señaló que ello *“lo único que suponía es que el poder del pueblo es superior a ambas, y que en los casos en que la voluntad del legislador⁴¹, declarada en las leyes, esté en oposición con la del pueblo declarada en la Constitución, los jueces deben estar condicionados por la última, antes que por las primeras”*.

Luego de hacer una reflexión sobre la forma en que el texto constitucional se impone al legislador (asentado en tanto que el Congreso tiene un poder delegado por la Constitución, cualquiera de sus actos que vaya en contra de ella será “nulo”), escribe:

“(...) los tribunales han sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura, con la finalidad, entre otras varias, de mantener a esta última dentro de los límites asignados a su autoridad. La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe

⁴¹ “Es mucho más racional entender que los tribunales han sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y el legislativo, con la finalidad, entre otras varias, de mantener a esta última dentro de los límites asignados a su voluntad”. El Federalista, cit., cap. 78, p. 332.

preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intensión del pueblo a la intensión de sus mandatarios (...)”.

En este orden de ideas y ante los precitados aportes del constitucionalismo norteamericano, es preciso resaltar que, partiendo del hecho de que la Constitución no deja de ser una ley, aunque fundamental, nos parece juicioso y razonable que, en caso de conflicto entre dos leyes⁴², el juez aplique la posterior; así es igualmente plausible que cuando el conflicto se entabla entre normas de distinto valor, se prefiera la de mayor jerarquía. Más sin embargo, como es sabido, la *judicial review* no aparece expresamente regulada en la Constitución Norteamericana, como uno de los aportes a la historia universal del derecho, por cuanto es más bien el resultado de una paulatina construcción histórica.⁴³

Y de esta manera, la superioridad de la Constitución, deja de ser tan solo una superioridad política⁴⁴ para convertirse, con el aporte norteamericano, en superioridad jurídica por cuanto tanto el poder constituyente como el poder constituido deben respetar los preceptos constitucionales y sobre ellos recaerá una serie de restricciones, tales como, ser sometidos al contraste periódico en su mandato a través de elecciones, limitados en relación con sus funciones para evitar abusos y en aplicación del principio de división de poderes expuesto por Montesquieu, estas deberán ser atribuidas a poderes diferentes. Así, la Constitución se erige en el marco supremo y último para determinar tanto la pertenencia al orden jurídico como la

⁴² “Todas las nuevas leyes, a pesar de que se formulan con la mayor habilidad técnica y de que son aprobadas después de amplia y madura deliberación, se consideran más o menos equívocas y oscuras hasta que su significación se depura y se fija mediante una serie de discusiones y resoluciones judiciales en casos concretos. Madison James, *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000, Pág. 150.

⁴³ Contamos con una excelente descripción del proceso en R.L. Blanco Valdés, *El valor de la Constitución*, cit., pp 114 ss., y la bibliografía que allí se recoge.

⁴⁴ Conviene advertir, no obstante, que algunos hacen descansar la supremacía constitucional precisamente en una concepción dualista de la política: de un lado, existiría el momento constituyente, aquel en el que el pueblo se siente protagonista y activo, y, de otro, el momento de la política ordinaria, donde el pueblo abandona el cuidado directo de los asuntos comunes, confiando en unos delegados o representantes cuya actuación debe venir lógicamente sometida a la Constitución. Vid. Esta interpretación de *El Federalista* en B. Ackerman, “¿Un Neofederalismo?”, cit., pp. 185 ss.

validez de cualquier norma, regla o decisión que formulen o profieran los órganos por ella instaurados.

Para finalizar, podemos decir que con la consagración de la superioridad jurídica de la Constitución por parte de los norteamericanos, se ve reforzado el nexo entre Constitución y los criterios de legitimidad, teniendo en cuenta en primer lugar que su origen se encuentra en el poder del pueblo y ella misma asegura que el pueblo siga siendo el titular del poder. En segundo lugar, ella misma define el sistema de fuentes, bajo el entendido de que toda norma que se dicte dentro del ordenamiento debe estar conforme a la Constitución. En tercer lugar, ella misma establece su propio mecanismo de reforma. Y por ultimo - y el que esto se mencione en ultimo lugar no quiere decir que sea lo menos importante - que de la Constitución misma se desprenden derechos fundamentales que habrán de vincular a todas las autoridades y a todos los ciudadanos sin excepción. Dentro de estos logros tan importantes hay uno que se destaca en especial y que constituye precisamente la respuesta a la pregunta sobre quién debe ejercer el control que garantice la superioridad jurídica de la Constitución. La respuesta con respecto a dicho interrogante-objeto, en su momento, de un encendido debate⁴⁵ se inclinó mayoritariamente en favor de la justicia constitucional.

- **En Colombia:**

La primera Constitución de Cundinamarca, promulgada el 4 de abril de 1811, estableció que *“El Senado era la primera autoridad del Poder Judicial, cuyo objetivo dispuesto en el artículo 4º era velar sobre el cumplimiento de la Constitución e impedir que se atropellasen los derechos imprescriptibles del pueblo y del ciudadano”*. Como acertadamente lo expone el

⁴⁵ Entre Carl Schmitt y Hans Kelsen. Schmitt rechazó enfáticamente el concepto de jurisdicción constitucional, mientras que Hans Kelsen fue su autentico y ferviente defensor. Aun cuando se puede decir que el debate se decidió, afortunadamente, a favor de la introducción de la jurisdicción constitucional, los argumentos expuestos por estos dos juristas no han perdido actualidad. Ver al respecto Carl Schmitt. La defensa de la Constitución, Madrid, Tecnos, 1983; Hans Kelsen. ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?, Madrid, Tecnos, 1995.

profesor Carlos Restrepo Piedrahita, *“ya desde este primer intento local de organización constitucional en el ámbito colombiano el principio de supremacía de la Constitución, fue explícitamente reconocido y garantizado en la forma transcrita”*⁴⁶.

No obstante, debido a la gran inestabilidad y a los grandes problemas que se tuvieron que afrontar en el país, estos avances, desde el punto de vista del derecho constitucional, no se pudieron llevar a la práctica, y aun cuando en otras Constituciones se hizo alusión al principio de supremacía de la Constitución e inclusive se establecieron garantías para hacerlo efectivo estas referencias tan valiosas en el plano teórico, en la práctica no tuvieron mayor repercusión. Es con la Constitución de los Estados Unidos de Colombia de 1863 en el artículo 25 que se da un paso adelante -aun en forma bastante incipiente y todavía no definitiva- en la configuración y consolidación del principio de supremacía de la Constitución y, por consiguiente de los derechos en ella consagrados.

En Colombia, a través del Acto Legislativo 03 del 31 de octubre de 1910 se recupera la primacía de la Constitución y se introduce el sistema de control jurisdiccional de constitucionalidad, estableciendo de esta manera las facultades conferidas a la Corte Suprema de Justicia que en ese tiempo le fue confiada la guarda de la integridad constitucional, entre las cuales está la de decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los actos legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el Gobierno. Pues antes de dicha reforma, la Constitución de 1886 había consagrado el sistema denominado de la “primacía legislativa”, por lo que eliminó todo control jurisdiccional sobre las leyes.

La Constitución Política de Colombia de 1991, al señalar en la parte dogmática el respeto a la dignidad humana, consagró el derecho fundamental a la supremacía⁴⁷ e integridad

⁴⁶ Restrepo Piedrahita. Carlos, Primeras Constituciones de Colombia y Venezuela (1811-1830), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1993 (1996), pp. 55 y ss., en especial p. 59.

⁴⁷ La Corte Constitucional colombiana, en múltiples fallos, se ha referido al principio de supremacía constitucional, fijando su sentido y alcance, estableciendo de esta manera, que la Constitución se erige en el marco supremo y último para determinar tanto la pertenencia al orden jurídico como la validez de cualquier norma, regla o decisión que formulen o profieran los órganos por ella instaurados. Pueden consultarse entre otros, los siguientes fallos o autos interlocutorios de la Corte Constitucional:

constitucional como pilar imprescindible del sistema jurídico para hacer realidad el proyecto de vida digna⁴⁸. Y para hacer efectivo éste derecho fundamental nuestra norma superior, en su artículo 241, creó la Corte Constitucional como órgano especializado de la Rama Judicial encargado de *“la guarda e integridad y supremacía de la Constitución⁴⁹”*. Corporación que mediante sentencia C – 560 de 1999 al recordar las características, el contenido, alcance y consecuencias de los principios de integridad y supremacía constitucional plasmados en el artículo 4º de la Carta, precisó que dichos principios se hacen efectivos mediante el control de constitucionalidad que surge como una garantía básica dentro del Estado de derecho. Por tanto, las consecuencias que se derivan del principio de supremacía apuntan no solo al reconocimiento de una norma jurídica como piedra angular filosófico - política⁵⁰ que rige todas las actividades estatales y a la cual están subordinados todos los ciudadanos y los poderes públicos, sino que legitima además, las normas jurídicas que se expidan congruentes con ella.

El principio de prevalencia o supremacía de la Constitución Política de Colombia de 1991 se encuentra consagrado en el artículo 4º de ese mismo ordenamiento, en los siguientes términos:

"La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, respetar y obedecer a las autoridades⁵¹".

S.V. C-543/92, C-574/92, T-612/92, T-614/92, C-037/00, C-737/01, C-739/01, A.008/93, C-511/94, C-069/95, A-085/00, T-1290/00, T-1313/00, A.087B/00, A-089/00, A.090/00, A. 094/00, A.094/00, A.096/00, A.098/00, A.099/00, A.100/00, A.102/00, A.103 a 122/00, A. 191 a 193/01, A. 196/01, A. 199/01, A. 200 a 205/01, etc.

⁴⁸ El imperio de la Constitución y del Precedente Constitucional. La verdad al alcance de la población, del abogado litigante y el juez. Julio Alberto Tarazona Navas. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2007. Pág. 55.

⁴⁹ Sentencia. C-445 de 1996 M.P. Hernando Herrera Vergara.

⁵⁰ García de Enterría, Eduardo. La Constitución como norma y el tribunal constitucional, Civitas, Madrid, 1991.

⁵¹ El contenido del artículo 4 de la Constitución de 1991 reproduce lo establecido en su debida oportunidad por el acto legislativo número 3 de 1910, reformatorio de la Constitución de 1886.

Para José Gregorio Hernández Galindo, esta norma puede ser considerada desde el punto de vista de sus destinatarios - operadores jurídicos- y bajo la perspectiva de los gobernados, como consagratoria de un derecho, en cabeza de toda persona ubicada dentro del ámbito de soberanía del Estado colombiano, a que se le apliquen las disposiciones de la Constitución Política y no de las reglas inferiores integrantes del orden jurídico que se opongan manifiestamente a ella⁵².

No obstante, en oposición a lo anterior, encontramos que la visión tradicional de las fuentes, en la modernidad, suele tener como principal punto de referencia a la ley, de tal suerte que se llega a considerar al legislador como el hacedor del derecho, al gobierno como su ejecutor y a los jueces como sus aplicadores⁵³; en donde el Estado de Derecho se equipara al imperio de la ley. Ambas posiciones completamente válidas si se considera que tanto la ley como la Constitución son complementarias y no excluyentes entre si, teniendo en cuenta que la primera se constituye como creadora de derechos y obligaciones, mientras que la segunda en esencia es una norma jurídica que impone su respeto y observancia, por lo cual, parece del todo indispensable un sistema efectivo de tutela jurisdiccional respecto a la última (en consideración a su superioridad), de modo no muy distinto a como nos parece indispensable en relación con el resto de las leyes.

En este sentido, procede afirmar que el principio de jerarquía, que instaura y gobierna las relaciones entre Constitución y leyes, exige siempre que la incompatibilidad sea verificada sólo por el juez expresamente instituido para garantizar la adecuación de la ley ordinaria a los contenidos constitucionales. Pues como se estudiará mas adelante, así como la rigidez constitucional no parece ser una condición de la supremacía, sino de la perdurabilidad, la justicia constitucional se muestra como una exigencia ineludible o, cuando menos, como un

⁵² Corte Constitucional, sentencia C-560 de 1999. M.P. Carlos Gaviria Díaz. Olano García, Hernán Alejandro, Constitución Política de Colombia - Comentada y Concordada, 6 Edición, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá D.C. 2002. Hernández Galindo, José Gregorio, op. cit, pág. 57.

⁵³ Crf. Aragón, Manuel. Constitución, Democracia y control, México, Ed. IJ – UNAM, 2002, pp. 163 – 169.

elemento cualificador de la Constitución, no ya como norma suprema, sino sencillamente como norma.

Si se considera que la Constitución es norma de normas, es decir fundamento de todas las demás normas, se hace evidente que ella es la norma prevalente dentro del sistema jurídico, lo que tiene tres importantes implicaciones: que todas las demás normas deben ser conforme a su mandato, so pena de inexecutableidad o de nulidad, o en general de su invalidez; que dichas normas deben ser siempre interpretadas y aplicadas conforme a la Constitución; y que en caso de incompatibilidad entre alguna de ellas y la Constitución, se aplicará preferentemente esta última. Hoy más que nunca se concibe a la Constitución como contenedora de valores y principios, es decir, en un aspecto material más que formal. Esto se debe a varios factores, uno de ellos es el desarrollo que han tenido los derechos fundamentales⁵⁴ en cuanto a su reconocimiento y protección, y otro, es la eminente crisis del positivismo jurídico como corriente jurídica predominante⁵⁵. Al respecto señala Kelsen: *“En razón del carácter dinámico del derecho una norma solo es válida en la medida en que ha sido creada de la manera determinada por otra norma”*, por tanto a partir de esa búsqueda del derecho en el derecho mismo, Kelsen llega a la necesidad de la jerarquización de las normas en tanto en tal jerarquización se encuentra su explicación. Y al jerarquizar, necesariamente aparece la supremacía constitucional.

Por una parte están aquellos doctrinantes que soportan sus tesis en el artículo 230 de la Carta, en el cual parecería definirse cuáles son las fuentes de derecho que deben consultar los jueces para decidir sus casos. Entre esas fuentes no se menciona la Constitución. Por el contrario, la fuente principal es la ley. Mientras que para otros, quizá desde una perspectiva más integradora de las distintas disciplinas jurídicas, es proclive a sostener tanto que la

⁵⁴ Crf. Roberto L. Blanco, *El valor de la Constitución*, Madrid, Alianza, 2006, pp. 249 – 256.

⁵⁵ “En el fondo, lo que se ha producido es una distorsión de aquel modelo jerárquico tan firmemente diseñado por Kelsen: la Constitución ya no es solo la norma suprema dirigida a condicionar de forma directa la labor legislativa y aplicable por los jueces únicamente a través del tamiz de la ley, sino que es la norma suprema que pretende proyectarse sobre el conjunto de los operadores jurídicos a fin de configurar en su conjunto el orden social”; Luis Prieto Sanchís, “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico”, en Miguel Carbonell, *Teoría de la Constitución, Ensayos escogidos*, México, D.F., Porrúa – UNAM, 2006, p. 319.

Constitución es una norma jurídica como las consecuencias que de ello se siguen, fundando dicha hipótesis en el artículo 4 de la Carta, que define a la Constitución como “norma de normas”. En este artículo también se ordena la aplicación preferente en la práctica de la Constitución frente a la ley u otra norma jurídica en caso de incompatibilidad. No obstante, la jurisprudencia constitucional⁵⁶ reconoce a la Constitución como norma jurídica, y lo que no es menos importante: la aplica en casos reales, refrendando la segunda hipótesis. Aspecto que será aplicado mas adelante.

Al someter la primera hipótesis al proceso de verificación mediante contraejemplo, dentro del contexto de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se aprecia que la Constitución sí ha sido considerada y aplicada como norma jurídica, entre otras en las sentencias: T-006, C-406, C-421 y C-434 de 1992; C-131, C-531 de 1993; C-511 de 1994; T-063, C-069 de 1995; T-318 de 1997; T- 067, SU-253, T-329, C-400 y C-600 de 1998; C- 273, C-582 de 1999; C-037, C-562 de 2000; C-739 de 2001; C-452, C-644 de 2002; C-207, C-741 de 2003; C-311 de 2004; C-1040 de 2005; C-398, T-845 de 2006. Sobre la base de esta evidencia, es posible señalar que la primera hipótesis es falsa.

La jurisprudencia constitucional reconoce a la Constitución como norma jurídica, y lo que no es menos importante: la aplica en casos reales, refrendando la segunda hipótesis. No obstante, es menester anotar que aún existe resistencia, aunque cada vez menor, a aplicar la Constitución como norma.

La supremacía constitucional como límite al ejercicio del poder:

⁵⁶ Dentro del contexto de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se aprecia que la Constitución sí ha sido considerada y aplicada como norma jurídica, entre otras en las sentencias: T-006, C-406, C-421 y C-434 de 1992; C-131, C-531 de 1993; C-511 de 1994; T-063, C-069 de 1995; T-318 de 1997; T- 067, SU-253, T-329, C-400 y C-600 de 1998; C- 273, C-582 de 1999; C-037, C-562 de 2000; C-739 de 2001; C-452, C-644 de 2002; C-207, C-741 de 2003; C-311 de 2004; C-1040 de 2005; C-398, T-845 de 2006.

- **Supremacía Constitucional vs Separación de Poderes:**

En realidad el principio de la supremacía constitucional aparece en la lucha por imponer límites al ejercicio del poder, con la pretensión de que éste se ajuste al marco de unos principios constitucionales y derivado de ello, de la necesidad de consagrar para el individuo unos derechos y garantías irrenunciables e intocables por parte del gobernante. Así, la supeditación de la ley y de los actos del gobernante a la Constitución tiene su explicación, en la necesidad política de que exista una unidad de ordenación que impida la aparición de disposiciones contradictorias y que asegure a la vez la unidad del Estado. Por lo tanto, la defensa de la supremacía e integridad de la Constitución es una actividad indispensable a la organización y vida de un genuino Estado de derecho moderno. Dentro de éste y de su dinámica puede variar el órgano que la cumpla, mas nunca desaparece la función, cuya finalidad no es otra que la de mantener la preeminencia del ordenamiento constitucional.

Es también innegable que en ese control de constitucionalidad de la ley hecho por todos los órganos judiciales en el momento de su aplicación, se encierra un formidable riesgo, según el modo, la forma, el alcance y los criterios e incluso la ideología con que puedan interpretarse los preceptos de la Constitución; el riesgo, es el subjetivismo o el activismo judicial, si es que nos centramos solamente en la esfera de la actuación del poder judicial; pues ese subjetivismo puede darse también en cualquier otro de los poderes públicos o de las autoridades encargadas de la aplicación o desarrollo de las leyes. La cuestión así planteada puede, por tanto, reconducirse a una tensión entre el principio de jerarquía normativa que configura la Constitución como la norma suprema y el principio de seguridad jurídica y de separación de poderes, que quedan en entredicho a partir del momento en que los tribunales ordinarios pueden sentirse liberados de su vinculación por la ley.

Como se ve, el principio de la vinculación directa de todos los poderes públicos por la Constitución, el carácter de ley suprema de ésta y la posibilidad de los tribunales en cualquier conflicto de aplicar también las leyes de acuerdo con su propia interpretación constitucional puede tener en los casos extremos, que se darán especialmente en los que se ha llamado

zonas de penumbra, un efecto disolvente del principio de competencia jerárquica y de seguridad jurídica. Pero de otra parte, también es cierto que es lógicamente incompatible el reconocimiento de la Constitución como ley suprema con la negación del poder de los jueces de no aplicar una norma que contradice las exigencias de esa Constitución en cuanto al órgano que debe dictar la norma, el procedimiento por el que debe dictársela o el contenido que la norma debe tener o no tener. Con lo cual se está rechazando la supremacía de la Constitución, se la está concibiendo como un mero documento declarativo de intenciones, sin fuerza jurídica vinculante, o a lo sumo como una ley ordinaria que puede ser derogada por el legislador.

De igual manera, ha de decirse que una Constitución que fija condiciones para la sanción de las leyes, pero no prevé un órgano distinto al Parlamento mismo encargado de verificar si esas condiciones se cumplen o no, tiene el sentido de prescripciones dirigidas al legislador, cuyo cumplimiento o no dependerá de la adhesión que el legislador preste a esa Constitución. Como se ha visto, la justificación del poder político se construye sobre varios pilares, los cuales son garantizados por la Constitución y se pueden resumir en: la expresión libre de la voluntad del pueblo en tanto titular del poder político, destinada a dar origen a un ordenamiento jurídico, político y social que contiene unos elementos mínimos materiales y las condiciones mínimas para que tal ordenamiento llegue a ser eficaz. Por su parte, la Constitución en cuanto ordenamiento jurídico, político y social se realiza o "cobra vida" a través de la participación política y ciudadana. Es así como del buen desempeño de tal tarea dependerá, en gran parte, que los preceptos constitucionales operen en la realidad, esto es, que se cumpla la voluntad del pueblo expresada en la Constitución.

Infortunadamente en nuestro país, la estrecha relación que debe existir entre legalidad y legitimidad tiende entonces, a disolverse teniendo en cuenta que los legisladores cumplen su tarea casi a control remoto y se convierten mas o menos en maquina para producir leyes acerca de todos los temas, sin conocer ni el objeto de aquello sobre lo que están legislando, ni la realidad que las normas habrán de regular. Por su parte, los jueces deben velar por la supremacía jurídica de la Constitución, así como por la garantía y protección de los derechos

fundamentales. Es así, como los jueces se convierten, de esta forma, en el puente que une los hechos con el derecho, teniendo en cuenta que la interpretación constitucional debe ser dirigida a buscar la eficacia o efectividad de la norma constitucional, seleccionando de entre los varios entendimientos posibles de un precepto, aquel que mejor se ajusta a las exigencias constitucionales.

Es posible entonces, que la existencia de varios centros de impulsión política y gubernamental - como sucede bajo una forma de Estado compuesta, donde el poder se encuentra descentralizado políticamente - contribuya a superar muchos de los efectos negativos que la excesiva centralización ejerce sobre la participación política y ciudadana. Pues la Constitución como norma jurídica superior que se abre al pluralismo significa, no obstante, también la superación del concepto decimonónico de soberanía. La soberanía ya no se considera como algo impenetrable y cerrado, sino que se caracteriza por su apertura, en especial, en relación con las normas sobre la protección internacional de los derechos humanos y sobre la aplicación del derecho internacional humanitario. De esta manera la soberanía de los Estados ha dejado de ser absoluta.

En este orden de ideas, merece la pena detenerse en la situación a través de la cual la expansión de la fuerza normativa de la Constitución, contribuye a la crisis de la ley⁵⁷ desde que se asume como norma jurídica con fuerza vinculante o contiene normas de esta naturaleza y deja de lado su carácter meramente programático. De ese modo se hace factible el denominado control de constitucionalidad de las leyes a través del cual la potestad legislativa parlamentaria se asume sujeta a una importante limitación. Habría que agregar, como se indicó previamente que la ley además de dejar de ser un tipo de norma único y originario, deja también de ser la norma suprema y onnipotente, con lo que parece haber perdido no sólo alguna sino todas las notas que la caracterizaban en el contexto jurídico de cada país. Por tanto, ya no es suprema porque recibe su validez de la Constitución y está jerárquicamente subordinada a ella; ya no es incondicional y onnipotente porque está limitada

⁵⁷ Hierro, Liborio. "Igualdad, generalidad, razonabilidad y crisis de la ley." En *Doxa* N° 26. Alicante. 2003. Págs. 473 - 474.

por los principios y por los derechos subjetivos declarados en la norma de máxima jerarquía. De este modo, el denominado imperio de la ley habría devenido en imperio de la constitución; en consecuencia, es posible decir que la noción de lo que fue la ley según los clásicos, es la de la Constitución de estos tiempos⁵⁸.

Para concluir esta faceta relacionada con la crisis de la ley, hay que destacar que el escenario en el que se encontraría la ley bajo la supremacía constitucional y el marco principista que impregna el Derecho contemporáneo, ha generado una necesidad de entenderla y estudiarla, a partir de una perspectiva que permita integrar y controlar la relación entre reglas y principios⁵⁹, asegurando la vigencia y supremacía de la Constitución como norma y la importancia de una ley que desde su consagración suprema hace dos siglos, ha sufrido embates que han sido asimilados convenientemente y que confirman su situación imprescindible, siendo aún portadora de garantías en el marco de un Estado constitucional y democrático, que la sigue recogiendo y valorando.

Ahora bien, refiriéndonos al caso colombiano, es preciso señalar que además de los precitados efectos causados en los Estados constitucionales –incluido nuestro país– en virtud de la prevalencia de la Constitución como norma jurídica frente a la ley; particularmente –y con esto no queremos decir que sea el único– dentro del sistema jurídico colombiano se ha venido suscitando un conflicto normativo, que a la larga ha sido objeto de debate en nuestro país –en medio de la constante pugna por el poder– tanto en escenarios políticos⁶⁰ como judiciales, entre el artículo 230 y el artículo 4º de la Constitución Política de Colombia, según los cuales por el primero, el juez está sujeto al imperio de la ley, lo que de alguna manera le resta importancia a las decisiones del máximo interprete de la Constitución y le da especial jerarquía al legislativo⁶¹; y por el segundo, se ha entendido que sus decisiones (las del juez) deben

⁵⁸ Ídem. Pág. 300.

⁵⁹ Hierro, Liborio. “Igualdad, generalidad, razonabilidad y crisis de la ley.” En *Doxa* Nº 26. Alicante. 2003. Págs. 473 - 474.

⁶⁰ Proyecto de Acto Legislativo 10/2002 (Senado). Publicado en la Gaceta del Congreso # 484, Nov. 12/2002. Exposición de motivos presentada por el Ministro del Interior y de Justicia de la época, Fernando Londoño Hoyos. Citado por: López Medina, Diego Eduardo. “*El Derecho de los Jueces*”. Segunda Edición 2006. Quinta reimpresión 2008. Editorial Legis. Bogotá – Colombia. Págs. 97 – 202. Reforma constitucional “fallida” en la que entre otras cosas el expresidente Álvaro Uribe buscaba la reforma del artículo 230, en lo que se refiere al precedente judicial y en suma a las fuentes del derecho colombiano.

⁶¹ Como organismo que tiene la misión o facultad de hacer las leyes según lo dispuesto por el artículo 150 constitucional.

ceñirse a los postulados constitucionales teniendo en cuenta que se reconoce que la Constitución es norma de normas, lo que le ha permitido a la Corte Constitucional señalar la importancia y el carácter vinculante de sus decisiones⁶², al ser el órgano encargado de velar por la guarda y supremacía constitucional.

Es así como frecuentemente se invoca el artículo 230 constitucional para sostener que, así la práctica judicial indique lo contrario y así existan poderosas razones para justificar la fuerza vinculante de los precedentes judiciales, dicho artículo de la Constitución estableció un sistema de fuentes dentro del cual sólo es fuente formal de derecho la ley y el juez sólo está obligado a referirse a ella. Frente a lo cual la Corte Constitucional Colombiana en variada jurisprudencia se acoge a una interpretación sistemática de la Constitución para mostrar que una interpretación literal y aislada de este artículo es inapropiada y en ese sentido ha sostenido:

“(...) Por supuesto, esta no fue la intención del constituyente, quien, por el contrario, estableció explícitamente la prevalencia de la Constitución sobre las demás normas jurídicas (art. 4º), permitiendo así la aplicación judicial directa de sus contenidos. Sin embargo, esta jerarquía normativa no requiere ser explícita –como cláusula positiva– para que la comunidad jurídica la reconozca, ni supone como única consecuencia la aplicación directa de las normas constitucionales por parte de los jueces y de los demás operadores jurídicos. Implica, además, que la ley misma, la ley en sentido formal, dictada por el legislador, debe ser interpretada a partir de los valores, principios,

⁶² “(...) Si bien la jurisprudencia no es obligatoria (art. 230 C.P.), las pautas doctrinales trazadas por esta Corte, que tiene a su cargo la guarda de la integridad y supremacía de la Carta Política, indican a todos los jueces el sentido y los alcances de la normatividad fundamental y a ellas deben atenerse. *Cuando la ignoran o la contrarían no se apartan simplemente de una jurisprudencia* – como podría ser la penal, la civil o la contencioso administrativa- *sino que violan la Constitución*, en cuanto la aplican de manera contraria a aquella que ha sido entendida por el juez de constitucionalidad a través de la doctrina constitucional que le corresponde fijar (...)” (Cursiva fuera de texto). Ver Corte Constitucional. Sentencia T-777/08. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil. Sentencia T-260 de 1995. M.P. José Gregorio Hernández.

*objetivos y derechos consagrados en la Constitución. En esa medida, la Carta cumple una función integradora del ordenamiento, que se desarrolla primordialmente dentro de la actividad judicial, y en la cual los más altos tribunales de las diversas jurisdicciones tienen una importante responsabilidad (...).*⁶³

A partir del análisis de estas normas superiores, la jurisprudencia constitucional ha sostenido y reiterado en múltiples pronunciamientos que todas las autoridades públicas administrativas, en el ejercicio de sus funciones y para la adopción de sus decisiones, se encuentran sometidas a la Constitución y a la ley, y que sus actuaciones se encuentran determinadas por las expresas atribuciones y potestades asignadas constitucional y legalmente, dentro de los límites que establece la Carta Política. Así mismo, ha sostenido que esta sujeción implica el necesario acatamiento de las decisiones judiciales y del precedente judicial dictado por las Altas Cortes en la jurisdicción ordinaria, contencioso administrativa y constitucional, por cuanto son los máximos órganos encargados de interpretar y fijar el contenido y alcance de las normas constitucionales y legales, interpretación que se incorpora al entendimiento y aplicación de los preceptos jurídicos.

De otro lado, es necesario destacar que del inciso primero del artículo 230 no se puede concluir que la ley es la única fuente formal de derecho, pues la Corte Constitucional analizó el tema de las fuentes del derecho y señaló que las mismas pueden ser formales o materiales. En cuanto a las fuentes formales del derecho, se refirió al contenido del artículo 230 Superior, para aclarar que las fuentes están constitucionalmente clasificadas en dos grupos que tienen diferente jerarquía: (i) una fuente obligatoria: el "imperio de la ley" (inciso 1°), y (ii) las fuentes auxiliares: la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina (inciso 2°). Aclaró la Corte en esas oportunidades que por "imperio de la ley" debe entenderse *"ley en sentido material -norma vinculante de manera general- y no la ley en sentido formal -*

⁶³ A este respecto ha dicho la Corte: "14. La sujeción (...) al imperio de la ley, como se dijo anteriormente, no puede reducirse a la observación minuciosa y literal de un texto legal específico, sino que se refiere al ordenamiento jurídico como conjunto integrado y armónico de normas, estructurado para la realización de los valores y objetivos consagrados en la Constitución." Sentencia C-486 de 1993. Ver también la sentencia C-836 de 2001 y sentencia SU-1185 de 2001. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

la expedida por el órgano legislativo-. Ello por cuanto, según se vió, la primera de las normas es la Constitución -art. 4° CP-⁶⁴.

En tal sentido, la jurisprudencia constitucional ha reiterado que el concepto de “ley” contenido en el artículo 230 Superior, se refiere a las distintas fuentes del derecho que deben ser aplicadas para resolver un caso concreto y como tal, bien puede tratarse de la Constitución, la ley o el acto administrativo de carácter general⁶⁵; y que se incurre en el delito de prevaricato si cualquier autoridad pública emite resolución, dictamen o concepto que resulte ser *manifiestamente* contrario a la Constitución, la ley o el acto administrativo de carácter general.

Y no sólo eso, por su parte el artículo 93 de la Carta, además de servir de fundamento para la integración del bloque de constitucionalidad, establece su prevalencia en el orden interno. Este breve texto, pese a su aparente claridad, resulta ser en alto grado complejo, pues la Constitución también establece en su artículo 4°, como se ha visto atrás, que ella es norma de normas. Sobre esta base se habla de su supremacía, valga decir, de su prevalencia en el orden interno. El problema de la prevalencia, que la propia Constitución plantea entre las normas de los tratados incorporados al bloque de constitucionalidad y las normas de la Constitución, no es sólo teórico, sino que puede implicar importantes consecuencias en la práctica. En este sentido, no compartimos la interpretación que la Corte Constitucional hace del artículo 230 para asimilarlo al sometimiento del juez al sistema jurídico⁶⁶, por cuanto es la ley la que hace parte del sistema jurídico diseñado abstractamente y sometido a la Constitución⁶⁷, donde aparece el imperio de la Constitución en el artículo 4° y el imperio del bloque de constitucionalidad en el artículo 93, para significar el respeto que la ley le debe a la Constitución. Así, podría decirse que la libertad de configuración del legislador es inversamente proporcional a la precisión y amplitud con la que la Constitución regula una

⁶⁴ Ver Sentencia C-836 de 2001, entre muchas otras. Como también la afirmación hecha por el doctrinante Diego Eduardo López Medina en su libro *el “Derecho de los jueces”*, cuando hace referencia a que “*el artículo 230 constitucional es para todos los efectos prácticos el alpha y el omega del problema de las fuentes, complementado, tal vez, por las venerables reglas de la Ley 153 de 1887*”. Pag. 266.

⁶⁵ Al respecto ver Sentencia C-335/08.

⁶⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-404 de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; Sentencia C-531 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Sentencia C-081 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁶⁷ Crf. Mario de la Cueva, *Teoría de la Constitución*, México, Porrúa, 2008, p. 96.

institución jurídica. Pues a mayor precisión de las nociones constitucionales, menor libertad de acción para el legislador. A mayor desarrollo constitucional de la normatividad superior⁶⁸, menor espacio de acción para la ley.

De lo anterior se puede colegir que una interpretación adecuada del imperio de la ley⁶⁹ a que se refiere el artículo 230 constitucional, significa para la jurisprudencia constitucional⁷⁰ que la sujeción de la actividad judicial al imperio de la ley, no puede entenderse en términos reducidos como referida a la aplicación de la legislación en sentido formal, sino que debe entenderse referida a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, valores y objetivos, incluida la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales e inclusive el bloque de constitucionalidad, los cuales informan la totalidad del ordenamiento jurídico⁷¹. Pues si en gracia de discusión, dicho artículo está definiendo en qué consiste la independencia de los jueces, asumimos que lo hace enfocado a que sus fallos no pueden responder a consideraciones extrañas a la ley como prejuicios, presiones, pasiones o intereses, por lo tanto, a lo que se refiere es a que el juez es independiente para respetar el derecho pero no para apartarse de él.

Rigidez como presupuesto para la existencia de la supremacía constitucional:

- Reforma y rigidez constitucionales:

Algunos doctrinantes parten del hecho de que lo relevante para dilucidar la modificabilidad o inmodificabilidad de una Constitución que no prevea cláusulas de reforma constitucional es la

⁶⁸ Vidal Perdomo, Jaime. Derecho Constitucional General e Instituciones Políticas Colombianas. Universidad Externado de Colombia y Universidad Nacional de Colombia, 6º edición, Bogotá, D.C., 1996, pág. 35.

⁶⁹ Prieto Sanchís, Luis. *Del mito a la decadencia de la ley. La Ley en el Estado constitucional*. En Ley, principios, derechos. Cuadernos Bartolomé de las Casas. Dykinson. Madrid. 1998. Pág. 5 - 45.

⁷⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-634/11. Referencia: expediente D-8413. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 10 (parcial) de la Ley 1437 de 2011 “*por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*.” Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

⁷¹ Corte Constitucional. Sentencia C-539/11. Referencia: expediente D-8351. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 114 (parcial) de la Ley 1395 de 2010 “*Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial*”. Demandante: Franky Urrego Ortiz. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

determinación de su “superioridad formal”, para lo cual afirman que si supremacía constitucional es sinónimo natural de rigidez en su particular terminología, el binomio conceptual opuesto ha de ser que ausencia de supremacía es igual a flexibilidad. En este sentido, el principio de rigidez es una consecuencia de haberle conferido a las constituciones un valor formalmente superior al resto de normas. Esto explica el por qué las constituciones escritas poseen un procedimiento expreso para su reforma, distinto al del resto de las leyes. Otro grupo de doctrinantes han considerado que el hecho de que la Constitución tenga forma escrita y unidad documental son condiciones *sine qua non* mas no suficientes para establecer la supremacía de la Constitución, pues es para ellos necesario además poder derivar de su texto, explícita o implícitamente, su supremacía *per relationem* a las demás formas jurídicas, en especial respecto de la ley.

De dichas posiciones surge la inquietud de determinar si es posible concebir dogmáticamente a aquellas Constituciones como normas jurídicas supremas, y si es así, cuales son, las disposiciones de aquellas Constituciones a partir de las cuales cabe deducir unívocamente la supremacía constitucional o si es posible, si no fundamentar, sí condicionar la constatación de la supremacía constitucional a la presencia necesaria de dos mecanismos de garantía constitucional, la jurisdicción constitucional y la rigidez, en tanto previsión de un procedimiento agravado de reforma constitucional. Ciertamente, se trata de elementos indicativos de la existencia de una norma jurídica suprema desde un punto de vista jurídico-positivo y no solo lógico-jurídico, pero no parece que puedan ser considerados ni fundamento ni condición de aquella supremacía. Cuestión distinta es que por razones de seguridad jurídica, la supremacía de una Constitución se revele de forma más nítida cuando hay uno o varios órganos que tienen atribuida la competencia para inaplicar las normas que le sean contrarias a la Constitución.

Entendemos que una Constitución es flexible cuando puede transformarse por el mismo procedimiento que las leyes, siempre que la reforma sea expresa y ese carácter expreso no quiere decir que añade rigidez procedimental alguna; no agrava el procedimiento ni obliga a

intervenir a otros órganos⁷². Su exigencia no tiene que ver con la impronta de rigidez o flexibilidad de la Constitución sino con la existencia misma de la Constitución. De manera que lo “natural” en la Constitución no es su rigidez, sino su superioridad, que procede de ser una forma jurídica distinta de los demás y que no puede ser contradicha por ellas (certeza de su superioridad formal). Por tanto, la rigidez (estabilidad de su contenido material) no es nota intrínseca y específica de la Constitución. Tan es así, que lo definitorio de la supremacía es que la infracción de la Constitución sea antijurídica y este carácter se puede poner de manifiesto no solo en sede jurisdiccional sino también en sede parlamentaria por la oposición, e incluso por la opinión pública al poder enjuiciar como inconstitucional una determinada medida del gobierno o del parlamento⁷³. De lo anterior podemos concluir que si la Constitución, como forma jurídica distinta a la ley es una norma jurídica dotada de supremacía, ya no es necesario hablar de constituciones rígidas o flexibles, toda vez que afirmada la soberanía popular, resulta irrelevante acudir al criterio de la rigidez para distinguir la ley constitucional de la ley ordinaria⁷⁴. Ciertamente más que la rigidez, es la solemnidad o carácter expreso de la reforma lo que hace de la Constitución una verdadera norma superior⁷⁵ lo que impone la nulidad de toda disposición legislativa que no represente una modificación formal y solemne de la misma.

En este orden de ideas, cabe resaltar lo siguiente: que la Constitución sea una norma suprema significa sólo y no es poco, que la misma no puede ser violada por los poderes públicos. No dice nada acerca de cuál haya de ser su contenido normativo óptimo o más razonable, ni

⁷² Crf. Manuel Aragón, “La Constitución como paradigma”, en Miguel Carbonell, Teoría de la Constitución, Ensayos escogidos, ob. cit., p. 111.

⁷³ Crf. Riccardo Guastini, “La Constitución como límite a la legislación”, en Miguel Carbonell, Teoría de la Constitución, Ensayos escogidos, ob. cit., pp. 243 – 244.

⁷⁴ Si aceptamos que para que una norma pertenezca al sistema tiene que o bien ser una norma primitiva o bien haber sido dictada de acuerdo con otra norma del sistema, una ley inconstitucional no es una norma del sistema jurídico por más que su obediencia sea obligatoria de acuerdo al sistema jurídico. Si hablamos de “validez” o “existencia” con el sentido descriptivo de pertenencia a un sistema, una ley inconstitucional es inválida o inexistente”. Carlos Santiago Nino, Introducción al análisis del Derecho, Barcelona, Ariel, 2003, p. 156.

⁷⁵ Aun cuando algunas veces tiende a identificarse rigidez y supremacía constitucional, sobre todo en el marco del actual debate sobre la legitimidad de la justicia constitucional, conviene distinguir ambos conceptos por las mismas razones que es preciso diferenciar entre reforma y violación de la Constitución. Vid. I. de Otto, Derecho constitucional. Sistema de fuentes, Ariel, Barcelona, 1987, p. 62; R. Guastini, “La Constitución como límite a la legislación, en Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos, M. Carbonell (comp.), Porrúa/UNAM, México, 2000, pp. 39 s.

tampoco acerca de cuándo y cómo puede o debe reformarse. Es posible que surja la duda de ¿por qué una decisión democrática más antigua debe prevalecer sobre otra más moderna? y al respecto se debe tener en cuenta que dicha pregunta es una objeción importante a la rigidez pero no a la superioridad constitucional. No cabe duda de que la rigidez constitucional, es decir, las mayores o menores dificultades que se establecen para que los poderes constituidos, y en especial el legislador, puedan acometer la reforma del texto, representa una cuestión importante desde múltiples perspectivas, pero una Constitución flexible sigue siendo – o puede seguir siendo- una norma suprema que debe ser respetada.⁷⁶ Una cosa es violar la Constitución y otra reformarla: esto parece bastante claro desde un punto de vista jurídico, pero incluso también lo es desde una perspectiva política: resulta perfectamente inteligible que una mayoría rehúse cambiar la Constitución y que, sin embargo, esté en condiciones de violarla.⁷⁷ La diferencia se aprecia ya en los autores de El Federalista, cuyos comentarios a propósito del artículo V de la Constitución, relativo a la reforma, plantean siempre el problema de si es más o menos conveniente facilitar la futura enmienda del texto, pero sin poner nunca en cuestión el tema de la superioridad: el pueblo conserva en todo momento su derecho a cambiar la Constitución, pero de aquí no cabe deducir *“que los representantes del pueblo estarían autorizados por esta circunstancia para violar las previsiones de la Constitución vigente”*.⁷⁸

⁷⁶ Como advierte I. de Otto, “una Constitución flexible (...) es también una norma superior si se exige que esa reforma por la vía ordinaria se haga de forma expresa” (Derecho Constitucional. Sistema de fuentes, cit., pp. 62). Rigidez y supremacía son, pues cuestiones diferentes, aun cuando, como observa M. Carbonell, pueden servir a unos mismos objetivos o tener efectos semejantes, básicamente limitar la libertad política del legislador, voz “Constitución”, en Diccionario de Derecho constitucional, cit., p. 100.

⁷⁷ Como explica V. Ferreres, “puede ocurrir que, por debilidad de la voluntad o por limitaciones cognitivas, la mayoría parlamentaria (...) adopte una decisión que lesione un derecho cuya validez y especial peso la propia mayoría reconoce; lo que no es sino una traslación al plano colectivo de la inconciencia que cabe apreciar en la conducta individual, no siempre confirme a lo que dictan las reglas morales autónomas” (“Una defensa de la rigidez constitucional”: Doxa 23 (2000), p.36).

⁷⁸ A, Hamilton, El Federalista, cit., cap. 78, p. 334. Por eso, no comparto del todo la exposición que hace Nino de la “lógica” de Marshall vinculando estrechamente supremacía y rigidez. Según el comentario de Nino a la famosa sentencia que inaugura el control de constitucionalidad en Estados Unidos, si la Constitución no triunfase sobre la ley (premisa 4), entonces “la legislatura podría modificar la constitución a través de una ley ordinaria” (premisa 5) (La Constitución de la democracia deliberativa, Gedisa, Barcelona, 1997, p. 261). Es posible incluso que ésa fuera la lógica de Marshall, pero creo que ya en el constitucionalismo norteamericano expresado en El Federalista se distingue con bastante claridad entre ambas cuestiones: una es determinar quién y cómo puede modificar la Constitución, y otra es que la Constitución goce de supremacía frente a la ley.

En suma, rigidez y supremacía son, pues, cuestiones diferentes y por eso deben separarse cuidadosamente las críticas a la rigidez constitucional de las críticas de la superioridad o, lo que es lo mismo, a la justicia constitucional, que es a nuestro juicio su corolario. La supremacía constitucional, que no su rigidez es desde esta perspectiva una exigencia que deriva del Estado de Derecho, esto es, de la idea según la cual los poderes deben actuar con arreglo a unas normas previas y conocidas. Finalmente, si se quiere compartir la ficción del poder constituyente en el que descansa la fuerza normativa de la Constitución, no sólo no procede rechazar, sino que incluso cabe estimular la reforma constitucional, al ser ésta la mejor prueba del carácter inagotable de la soberanía popular⁷⁹.

- Algunos de los mecanismos mediante los cuales se ha pretendido garantizar el principio de supremacía constitucional:

La Constitución Política Colombiana ha previsto la preservación de integridad y supremacía mediante el diseño de diversos mecanismos, los mismos que han sido señalados por la H. Corte Constitucional:

“(…) i) el control de constitucionalidad dirigido a que esta Corporación excluya del ordenamiento las leyes contrarias a sus dictados, previo al ejercicio ciudadano de la acción pública prevista para tal fin (Arts. 241 a 244)⁸⁰, ii) la acción de nulidad por inconstitucionalidad confiada al Consejo de Estado, en virtud del igual ejercicio y con igual objetivo, pero respecto de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuyo control no ha sido confiado a esta

⁷⁹ Por esto las constituciones deben construirse, no se cumplen en un solo acto, requieren de reformas, de un rehacer continuo para buscar un estado de realidad, de justicia, de eficacia, en ultimas, de juridicidad. En este sentido la Constitución es el punto de equilibrio de las tensiones sociales, es el eje sobre el que giran las soluciones al conflicto, pero, precisamente por estas categorías, no tiene vocación de permanencia, es temporal, sujeta a frecuentes mutaciones, porque las sociedades futuras no están obligadas a organizarse como lo quiere la sociedad presente, ni ésta a organizarse como las anteriores.

⁸⁰ Sentencia C- 560 de 1999. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Corte (Art. 237)⁸¹, iii) el control automático de los decretos legislativos dictados en ejercicio de las facultades conferidas por los artículos 212, 213 y 214⁸², iv) la revisión previa de los tratados internacionales y las leyes que los aprueben, v) la inaplicación por parte de todas las autoridades, sin el requisito de previa solicitud, de las leyes o normas que la contrarían (Art. 4°)⁸³, vi) la observancia de sus preceptos a todos los campos mediante el imperativo reconocimiento del orden jurídico constitucional en todas las cuestiones de la vida nacional (Art. 83 a 94)⁸⁴ y vii) la inclusión de la Constitución como fuente primaria de las decisiones judiciales (Art. 230)⁸⁵ (...)."

Sin embargo, no son estas las únicas vías que existen para ejercer el control de constitucionalidad, pues en nuestro ordenamiento también se establecen otras formas, vr.gr. la revisión automática u oficiosa de determinados decretos y leyes (Art. 241 C.P.) que corresponde ejercer a la Corte Constitucional; el examen de las objeciones presidenciales a cargo de esa misma corporación cuando han sido rechazadas por las Cámaras Legislativas (Art. 167); y el que realizan los Tribunales Administrativos cuando deben resolver las objeciones que, por motivos de inconstitucionalidad, presentan los Gobernadores contra los proyectos de Ordenanzas dictadas por las Asambleas Departamentales, y cuando deciden sobre la constitucionalidad de los actos de los Concejos Municipales, de los Alcaldes (Art. 305 – 9 – 10 C.P.) y, en general de todos los actos de las autoridades departamentales y municipales.

⁸¹ Sentencias C-513 de 1994 y C-600 de 1998.

⁸² Respecto del control automático, ver entre otras, las sentencias C-004 y C- 579 de 1992, C- 179 de 1994 y C-122 de 1999. Sobre la revisión de los tratados internacionales consultar, además, las sentencias C-178 de 1995, C-682 de 1996, C-246 de 1999, C-400 de 1998, C-426 y C-1139 de 2000.

⁸³ Ver, entre otras, las sentencias C-434 y 479 de 1992, C-281 de 1994, C- 069 de 1995, C-037 de 1996, C-600 de 1998 y T-522 de 2001.

⁸⁴ Sentencias C – 176 de 1994 y SU – 111 de 1997.

⁸⁵ Al respecto, además, las sentencias C – 486 de 1993, T – 296, T – 505 y C-558 de 1994 y T-294 de 1995.

Como vemos, la Constitución consagra una serie de mecanismos con el fin de que las autoridades en el marco de sus competencias protejan y garanticen el principio de supremacía constitucional. De las tantas modalidades de control de constitucionalidad, algunas ya señaladas, se encuentra como ya se señaló, la que realiza el ejecutivo mediante las objeciones presidenciales por inconveniencia o inconstitucionalidad⁸⁶, cuando le es sometido un texto a su aprobación, lo propio en el caso de los gobernadores cuando se trate de ordenanza o acuerdos por inconstitucionales⁸⁷, pues bien, cabe preguntarse si se trata de un verdadero control político, jurídico o simplemente es la ejecución del principio de separación de poderes, porque además es previo e impeditivo, en tanto se efectúa antes de la entrada en vigor de la ley. Facultades que llaman la atención abordar en cuanto a la eficacia que se pretende generar respecto a la protección y garantía que se le debe a la Constitución Política de Colombia.

CONCLUSIONES PARCIALES

⁸⁶ Esta modalidad se ha consagrado en Estados Unidos, en Colombia y Venezuela.

⁸⁷ Gómez Alberto Antonio. Pedagogía Constitucional. Un análisis jurídico – político de la Constitución de 1991. Universidad Jorge Tadeo Lozano. Bogotá D.C. 2011.

1. El análisis anterior, muestra que la pugna por el control de las fuentes del derecho es una confrontación con contenido político entre ramas del poder público y, detrás de dichas ramas, entre formaciones sociales con maneras alternativas de entender el Estado y la sociedad en la que cada grupo interesado usa sus recursos político – constitucionales para modelar a su favor los contornos del sistema. De allí que es útil a fines de valorar el verdadero sentido y alcance de la Constitución, recurrir a su funcionalidad y garantía antes que encerrarse en una lógica excluyente y enclaustrada en su ideología y criterios exclusivamente teóricos, lo que nos abre a la posibilidad de su adaptación frente los novedosos contextos jurídicos que vienen dándose como resultado de la imparable transformación social, lo que demanda al derecho y en especial a los poderes públicos estar atentos y dar respuestas adecuadas.
2. El concepto de la Constitución, sin despojarse de sus elementos esenciales, se enriqueció, se abrió para adecuarse a las necesidades de una sociedad dinámica y compleja como la que vivimos, y hoy se nos presenta como una idea eficiente para legitimar el poder y el derecho.
3. El principio de sujeción y subordinación de la ley a la Constitución debe permitir cierto margen de acción en la labor de desarrollo de las normas superiores, de manera tal que las diversas alternativas se adopten dentro del marco del principio democrático y pluralista que orienta nuestro sistema constitucional.
4. Si la Constitución tiene eficacia directa no será solo norma de normas, sino norma aplicable, no será solo fuente sobre la producción, sino también el derecho sin mas y esa eficacia directa implica reconocer la posición jerárquica de la Constitución como norma suprema.
5. La supremacía de la Constitución está afirmada por la existencia de la jurisdicción constitucional y, en concreto, de la Corte Constitucional colombiana que tiene

competencia para declarar inexecutable o invalidar leyes que contraríen los preceptos constitucionales. Es indudable que no podría existir jurisdicción constitucional si la Constitución colombiana no fuera norma suprema.

6. Hoy en día parece imposible mantener una visión formalista de la Constitución y de su supremacía, ya que existen aspectos sustanciales, como la primacía de los derechos humanos, que se anteponen como factores prioritarios por seguir.
7. De las respuestas a todas las cuestiones apuntadas se desprenderá no solamente la forma de comprender y aplicar el principio de supremacía constitucional⁸⁸, sino también el papel que cabe asignar a la jurisdicción constitucional dentro de un Estado colombiano.
8. La Constitución Política es una norma abierta, cuyo contenido no está completamente determinado en un texto, ni es determinable a priori. Las normas constitucionales tienen tres fuentes: el propio texto de la Constitución, los tratados internacionales que se incorporan, según lo amerite cada caso concreto, al bloque de constitucionalidad⁸⁹, y la persona humana.
9. Todas las normas constitucionales, independientemente de su fuente, tienen el mismo rango y jerarquía. Ellas prevalecen frente a todas las demás fuentes, pues gozan de

⁸⁸ Monroy Cabra, Marco Gerardo. La interpretación constitucional. Segunda edición corregida y aumentada. Librería ediciones del profesional LTDA. Segunda Edición. 2005. Bogotá – Colombia.

⁸⁹ El profesor Gabriel Mario Mora Restrepo lo define como aquel conjunto de normas y principios que, sin que aparezcan formalmente en el texto constitucional, con incorporados a él por diversas vías (v.gr. por una decisión jurisprudencial, o por mandato de la propia Constitución). Esto implica que tales normas sean consideradas en sentido estricto normas constitucionales y como tales gozan de supremacía constitucional. El propósito fundamental del bloque de constitucionalidad consiste en que tales normas sirven de parámetro de control de constitucionalidad de las leyes. Mora Restrepo, Gabriel, D.I.H y Bloque de Constitucionalidad. En: Dissertum, revista de los estudiantes de la Universidad de La Sabana # 4, Chía, 2000, págs.. 12 a 1

supremacía dentro del sistema jurídico⁹⁰. De ello se siguen tres consecuencias: fundamentación y validez, interpretación⁹¹ y armonización, y aplicación preferente.

10. No se trata de negar que la ley haya sufrido, sobre todo en épocas recientes, ciertas transformaciones tanto en su concepto como en su estructura, sino que precisamente porque la problemática de la ley ha experimentado en los últimos tiempos cambios tan profundos no sólo no permiten considerarla un tema o debate agotados, sino que por el contrario demanda nuevas reflexiones.

11. Finalmente, es a su vez la mejor forma de admitir que dicha legitimidad provenga de una base democrática, que surja de la posibilidad de participación de todos los componentes del cuerpo político, entendiendo de ese modo que la Constitución no es básicamente un conjunto de principios consagrados previamente, sino ante todo, el resultado de un consenso mayoritario que es capaz de actuar históricamente y asumir que hay valores que pueden guiar su actuación como colectivo, proviniendo de una moralidad crítica que llega a positivarse; y que finalmente reprime la arbitrariedad de los pocos frente a la voluntad general, hoy, representativa.

BIBLIOGRAFÍA

⁹⁰ Cfr. Luis Prieto Sanchís, *Apuntes de teoría del Derecho*, 2 ed. Madrid. Trotta, 2007, p. 76 - 77 .

⁹¹ *Interpretación y Dogmática Constitucional*. Hernán Alejandro Olano García. Prólogo de: Nestor Pedro Sargües (Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Ediciones Doctrina y Ley LTDA. Bogotá D.C., 2005.

- ALGORRI J. (2001). Democracia y gobernabilidad. México. Ed. UNAM
- ALEXY R. (2004). El concepto y la validez del derecho; 2 ed, Barcelona, Gedisa.
- ALEXY R. (2003). Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios, Bogotá Ed. Universidad Externado de Colombia.
- ARAGÓN M. (1995). Constitución y Control del Poder. Introducción a una teoría constitucional del Control. Argentina. Ed. Ciudad Argentina. Buenos Aires.
- ARAGÓN M. (2002). "Constitución, Democracia y control", México, D.F., Ed. IIJ UNAM,
- ARAGÓN M. (2006). "La Constitución como paradigma", en Miguel Carbonell, Teoría de la Constitución, Ensayos escogidos, México, D.F., Porrúa – UNAM.
- ARANGO R. (2004), Derecho, Constitucionalismo y Democracia. Bogotá. Ed. U. Externado.
- BEJARANO, A. (2001). ¿Qué hace funcionar al Congreso? Bogotá. Universidad de los Andes.
- BERNAL C. (2007). Democracia y Globalización en América Latina. El derecho en el contexto de la globalización. Editor Gonzalo Ramírez. Bogotá. Ed. U. Externado.
- BIDART G. (2003). El derecho de la Constitución y su fuerza normativa, México, IIJ – UNAM.
- BLANCO R. (2006). El valor de la Constitución, Madrid, Alianza.
- BUENAHORA J (2002). Por qué es necesaria una reforma política general. Bogotá. en CIDE. Ed. Opera 2001, U Externado P.33-70.
- CARBONELL M (2006). Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Director). Editorial Porrúa. México. Enero - Junio.
- CARBONELL M, y VÁSQUEZ R. (coordinadores) (2007). La Globalización y el Orden Jurídico. Reflexiones Contextuales. Colombia. Ed. U Externado. Colombia.
- CARBONELL, Miguel. "Prólogo: Zagrebelsky y el uso de la historia por el derecho constitucional." En ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y constitución*. Trad. Miguel Carbonell. Trotta. Madrid. 2005. Pág. 15.
- CONSTANT, Benjamín. *De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos en Escritos Políticos*. Trad. M^a Luisa Sánchez Mejía. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1989. Págs. 257 – 285.
- CÁRDENAS M (2005). La reforma Política del Estado en Colombia: Una salida integral a la crisis. Bogotá. Fondo Editorial CEREC.
- CARPIZO J. (2004). Algunas reflexiones constitucionales. Mexico. UNAM.

CEPEDA M. (1993). Introducción a la Constitución de 1991. Hacia un nuevo constitucionalismo. Colombia. Ed. Imprenta Nacional de Colombia.

DE AGAPITO SERRANO R. (1989). Libertad y División de Poderes. Madrid. Ed. Tecnos.

DE CABO C. (2006). “La función histórica del constitucionalismo y sus posibles transformaciones”, en Miguel Carbonell, Teoría de la Constitución, Ensayos escogidos, México, D.F. Porrúa – UNAM.

DE CABO C. (2003). La reforma constitucional. En la perspectiva de las fuentes del Derecho, Madrid, Trotta.

DEL ROSARIO RODRÍGUEZ M. (2011). La supremacía constitucional: Naturaleza y alcances. DÍKAION 2011. Revista de Fundación Jurídica. Año 25 – Numero 20, Vol 1/1 – 202. Universidad de la Sabana. Chía. Junio.

DE LA CUEVA M. (1982). Teoría de la Constitución. México. Ed. Porrúa S.A.

DUVERGER M (1980). Instituciones Políticas y Derecho Constitucional. España. Ed. Ariel Barcelona

ECHEVERRI A. (2002). Teoría Constitucional y Ciencia Política Bogotá. Ed. Temis

ESTRADA A (2003). Las Ramas Ejecutiva y Judicial del Poder Público en la Constitución colombiana de 1991. Bogotá. Ed. U. Externado

ETO G. (2003). “Jhon Marshall y la sentencia de Marbury vs Madison” en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coordinador), Derecho procesal constitucional, 4ª edición, México, Porrúa-SCJN, tomo I.

FERNANDEZ E. (1964). Las Constituciones Colombianas Comparadas. Colombia. Ed. Universal de Antioquia.

FERRAJOLI L. (2003). Pasado y futuro del Estado de Derecho. En Neoconstitucionalismos, editor Miguel Carbonell. España. Ed. Trotta Madrid

FIORAVANTI M. (2007). Constitución. De la antigüedad a nuestros días, Madrid, Trotta.

GARCÍA PELAYO M. (2006), Transformaciones del Estado Contemporáneo, Madrid. Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

GARCÍA PELAYO M. (1991). Estado Legal y Estado Constitucional de Derecho. España. Centro de Estudios Constitucionales. 32. GECHEM C (2005). El Congreso Colombiano a partir de 1991. Temas de Derecho Público 73. Colombia. Ed. U. Externado.

GUASTINI R. (2006). “Sobre el concepto de la Constitución”, en Miguel Carbonell, Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos, México, D.F., Porrúa-UNAM.

- GUASTINI R. (2006). "La Constitución como límite a la Legislación", en Miguel Carbonell, Teoría de la Constitución, Ensayos escogidos, México, D.F., Porrúa-UNAM.
- HARO R. (2002). Constitución, Poder y Control. México. Ed. UNAM.
- HERDEGEN M. (2007) Estado de Derecho, Responsabilidad Política y buena Gobernabilidad. En revista de estudios socio-jurídicos. V. 9, Julio-Diciembre. Nº002, p. 11-26. Colombia. Ed. Universidad del Rosario.
- HESSE K. (1983). Concepto y cualidad de Constitución. Derecho Constitucional. España. Centro de Estudios Constitucionales Madrid.
- HOLGUIN J. (2006). La Reforma de 2003: La Tensión Entre Abrir y Cerrar El sistema Político Colombiano . Colombia. Ed. Uniandes
- HUERTA C. (2001). Mecanismos Constitucionales para el Control del Poder Político, México. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.
- HAMILTON A, MADISON J, JAY J. (2001). El Federalista. Prólogo y traducción de Gustavo R. Velasco. Fondo de Cultura Económica. Tercera reimpresión. 2ª edición. México.
- HIERRO L. (1996). *El Imperio de la ley y la crisis de la ley*. En Doxa Nº 19. Alicante. Pág. 288.
- HIERRO L. (2003). *Igualdad, generalidad, razonabilidad y crisis de la ley*. En Doxa Nº 26. Alicante. Págs. 473 - 474.
- KELSEN H. (1995) ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?. España. Ed. Tecnos Madrid.
- LINZ J. (1990). Democracia Presidencialista o Parlamentaria. ¿hay alguna diferencia? Una Revisión crítica. Chile. Ed. Universidad Católica de Chile. Santiago.
- LOCKE J. (1984), Ensayo sobre el Gobierno Civil. Lecturas Críticas, México 1984. p. 126
- LOEWENSTEIN K. (1982). Teoría de la Constitución. Barcelona España. Ed. Ariel.
- MATTEUCCI N. (1998). Organización del Poder y Libertad. Historia del Constitucionalismo Moderno. Presentación de Bartolomé Clavero. Traducción: Francisco Javier Ansuátegui Roig y Manuel Martínez Neira. Editorial Trotta. Madrid.
- MEDELLÍN P. (2000). Gobernabilidad y Globalización en América Latina. España. Colección de documentos Barcelona.
- MEZEY M. (1995). La legislatura, El poder ejecutivo y las políticas públicas. En La democracia Dividida. Compilador James A. Thurber p. 131. Buenos Aires Argentina, Ed. Heliasta.

MONROY CABRA M. (2005). La interpretación constitucional. Segunda edición corregida y aumentada. Librería ediciones del profesional Ltda. Bogotá D.C.

MONTOYA A. (2001). La Constitución como norma jurídica superior abierta al pluralismo: ¿idea legitimadora del poder y del derecho? Memorias Primeras Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C.

MONTESQUIEU (2007). El Espíritu de las leyes. Mexico. Ed. Porrúa.

NARANJO V. (2003). Teoría constitucional e instituciones políticas. Colombia. Ed. Temis.

OLANO GARCÍA H. (2004). Preguntas y Respuestas de Derecho Constitucional colombiano y Teoría general del Estado. 2ª Edición. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá D.C.

OLANO GARCÍA H. (2005). Prologo de Nestor Pedro Sagües (Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional). Interpretación y Dogmática Constitucional. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá D.C.

PRIETO SANCHÍS L. (2007). Apuntes de teoría del Derecho, 2 ed., Madrid, Trotta.

PRIETO SANCHÍS L. (2009). Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Editorial Trotta. 2ª edición. Madrid.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Ley, principios, derechos*. Cuadernos Bartolomé de las Casas. Dykinson. Madrid. 1998. Págs.128.

RAMIREZ G. (2005). Límites de la Reforma Constitucional en Colombia. Concepto de Constitución como fundamento de la restricción. Bogotá. Ed. Externado de Colombia.

RESTREPO C. (1995). Constituciones Políticas Nacionales de Colombia. Bogotá. Colombia. Ed. U Externado de Colombia.

RESTREPO C. (1988). Síndrome del Presidencialismo en Colombia. Temas de Derecho Público 16. Bogotá. Colombia. Ed. U. Externado.

RIVERA G. (2003). *Intervención*. Gaceta del Congreso 103. Bogotá, Colombia.

SÁCHICA L. (1969), Constitucionalismo Colombiano. Bogotá. Ed. Temis.

SAMPER J. (1951). Derecho público interno de Colombia, Colombia. Ed. Biblioteca popular de cultura colombiana Bogotá tomo II.

SCHMITT C. (1934). Teoría de la Constitución. España. Ed. Alianza Madrid.

SECRETARIA DEL CONGRESO 2003 .Gaceta del Congreso 406, 437, 479, 481 de 2002 y 146, 169, 190 de 2003.

SUÁREZ M. (2003) Crisis de la ley y Estado Constitucional. Tesis Doctoral. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid. Págs. 493.

TARAZONA NAVAS J. (2007). El imperio de la Constitución y del Precedente constitucional. La verdad al alcance de la población, del abogado litigante y el juez. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá D.C.

VALADÉS D. (1998). El control del poder, México. Ed. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

VALADÉS D. (2000). Constitución y Democracia. México. UNAM, Instituto de investigaciones jurídicas.

VÁSQUEZ A. (1979). El Poder presidencial en Colombia.

VIDAL PERDOMO Y VÁSQUEZ CARRIZOSA

Vila Casada, Iván. Fundamentos de Derecho Constitucional Contemporáneo. Legis. Primera Ed. 2007. Bogotá D.C.

Vigo, Rodolfo L., "Constitucionalización y neoconstitucionalización: algunos riesgos y algunas prevenciones", en Marcos Del Rosario Rodríguez, Supremacía Constitucional, México, Porrúa, 2009.

ZAGREBELSKY G. (2008). El Derecho Dúctil. Madrid. Ed. Trotta.