

**CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD MATERIAL DE LOS ACTOS
LEGISLATIVOS**

Raúl Adolfo Gutiérrez Maya.
2019

Universidad Santo Tomás de Bogotá
Facultad de Derecho
Maestría en Derecho Público

Contenido

INTRODUCCIÓN	4
Capítulo 1 LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991 Y SUS MECANISMOS DE REFORMA	7
1) La Soberanía Popular	7
2) El Poder Constituyente Originario y Derivado	16
3) El Poder Constituido	24
4) La Reforma Constitucional	28
5) Mecanismos de Reforma de la Constitución de 1991	40
6) Actos legislativos, Asamblea Nacional Constituyente y Referendo	44
6.1. Actos Legislativos	44
6.2. Asamblea constituyente	51
6.3. Referendo	52
7) La Constitución de 1991, ¿Pétrea o Laxa?	55
Capítulo 2	57
LÍMITES AL PODER DE REFORMA CONSTITUCIONAL	57
1) Límites formales	65
2) Límites Materiales	66
3) Límites Implícitos	67
3.1. Límites implícitos formales	70
3.2. Límites implícitos materiales	72
4) El control judicial constitucional	74
5) Límites al poder de reforma de la Constitución de 1991	84
6) El control judicial meramente formal de los Actos Legislativos	88
7) Juicio de sustitución constitucional (línea jurisprudencial)	94
8) Falta de competencia del constituyente derivado para sustituir la Constitución	120
9) Conclusiones	125

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se encuentra inscrito dentro de la teoría jurídica denominada *garantismo*, desarrollada por el profesor Luigi Ferrajoli, teoría que permite analizar la figura jurídica propuesta en el problema de investigación, a saber, el *juicio de sustitución constitucional*, partiendo de dos premisas:

1. La producción normativa a cargo del Legislador, no obstante encarnar la representación popular, debe ser controlada por el Poder Judicial, tanto en su forma como en su sustancia. (Ferrajoli, *Constitucionalismo Principalista y Constitucionalismo Garantista*, 2011)

2. El juez, en su papel de administrador de justicia, si bien está atado al imperio de la ley para garantizar los derechos, tiene la posibilidad de interpretarla y aplicarla con cierto margen de *inventiva judicial*, “pero si no existe ningún apoyo legal, incluso tal inventiva ...es imposible y no cabe otra solución que la denegación de la justicia.” (Ferrajoli, *Derecho y razón: Teoría del Garantismo Penal*, 1995). Se pretende que los postulados del garantismo expuesto por Ferrajoli sirvan de sustento teórico para justificar el control material que realiza la Corte Constitucional de los Actos reformativos de la Constitución, en manifiesta extralimitación de la competencia de control formal que le atribuyó la carta política.

¿Cuáles son los antecedentes, los fundamentos, las características y los efectos de la figura jurisprudencial denominada “juicio de sustitución constitucional”, aplicada en el examen de constitucionalidad de los Actos Legislativos expedidos por el Congreso de la Republica?

Para responder este interrogante se analiza la fundamentación histórica y teórica que sustenta la existencia del juicio de sustitución constitucional, aplicado en el examen de constitucionalidad de los Actos Legislativos expedidos por el Congreso de la Republica, así como sus consecuencias jurídico – políticas.

Este trabajo tiene como punto de partida las diferentes concepciones de Soberanía Popular como fuente originaria de la Constitución, desde la Grecia antigua, pasando por los monarcómacos protestantes y siguiendo con J. J. Rousseau, para luego analizar los conceptos de Poder Constituyente, base o pilar fundamental de la moderna teoría constitucional, pero claro, sin dejar de analizar su dimensión conceptual – atemporal, por lo que se expone el *decisionismo* de Schmitt y el *normativismo* de Kelsen, ideas que son recogidas por Heller para exponer su interesante teoría del Estado.

A partir del concepto de Poder Constituyente, se exponen sus dos derivaciones, el Poder Constituyente Originario y el Poder Constituyente Derivado, este segundo, conformado por representantes especiales, delegados por el pueblo y dedicados, exclusivamente, a la creación de la Constitución. Para contextualizar el origen de estos conceptos en el tiempo, se exponen dos eventos históricos importantes: la elaboración de los *covenants*, como base de la Constitución de los Estados Unidos de América y la Revolución Francesa, analizando el pensamiento de Sieyès a través de su obra *¿Qué es el Tercer Estado?* y, como resultado de ese proceso, luego de la aprobación de la Constitución, se exponen cómo es que todos y cada uno de los poderes del Estado, llegan a ser considerados Poderes Constituidos.

Acto seguido, se analiza el Poder de Revisión, enfocado en sus Límites Materiales y Formales, como herramienta de actualización de la Constitución, con el fin de acomodarla a las circunstancias y devenires políticos, pero entendido aquel con el objetivo, claro y conciso, de la búsqueda de un fin general y no, como el acomodo de la Constitución a las necesidades de intereses particulares. Se habla y se analizan esas fronteras, Límites Formales y Materiales, que deberían ser infranqueables y que están inmersas al interior del Texto Normativo, pero que

infortunadamente y, muy hábilmente, podrían ser birladas para el interés de unos pocos, caso en el cual no se habla de Reforma sino de Sustitución, ejercicio inherente y potestativo del Poder Constituyente. Sobre este punto, se estudia la denominada figura de juicio de sustitución constitucional, entendida esta como un ejercicio hermenéutico que se realiza con el fin de determinar si el constituyente derivado, al expedir un Acto reformativo, se limita a realizar una reforma constitucional o si, por el contrario, excede su competencia realizando una sustitución constitucional, por lo que surge la inquietud respecto a si la Corte Constitucional realiza un control formal y/o material de los Actos reformativos de la Constitución, no obstante sostenga reiteradamente la jurisprudencia de la Corte Constitucional que su función de control constitucional esté limitada a examinar los vicios de procedimiento de los mismos (Sentencia C-551 de 2003). Este ejercicio, no obstante, ha resultado ser bien complejo en sus elementos, debido a que, verbigracia, la alta corporación, entre otros razonamientos, ha expresado que un vicio de forma producido por la contravención a una ley orgánica de procedimiento, que no apareje una contravención a los postulados constitucionales, no se puede considerar de suficiente entidad como para declarar la inconstitucionalidad de un Acto Legislativo y, así, empezar a desdibujar la limitación que el Constituyente Primario impuso al control jurisdiccional de reforma, pues ya no basta la existencia de un vicio procedimental en la formación del Acto, sino, también la existencia de una contraposición sustancial a la Carta Política para que pueda declararse la inconstitucionalidad del mismo, migrando claramente a un estudio de fondo de la norma acusada.

Expuestas las herramientas y conceptos para la realización de una Reforma, se analiza la Constitución Política de Colombia de 1991 para establecer los caminos consignados en ella para su modificación: Actos Legislativos, Asamblea Nacional Constituyente y Referendo.

Capítulo 1

LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991 Y SUS MECANISMOS DE REFORMA

En este capítulo, se hace un recuento de conceptos tales como soberanía popular, Poder Constituyente, Originario y Derivado, Poder Constituido, Reforma Constitucional, Mecanismos de Reforma de la Constitución de 1991, Actos Legislativos, Asamblea Nacional Constituyente, Referendo y, finaliza, concluyendo sobre si nuestra Constitución es pétrea o laxa. Se recogen los pensamientos de Rousseau, Sieyès, Schmitt, Kelsen, Heller, Bockenforde, De Cabo Martin y otros más que, o bien han sido gestores de esos conceptos o bien, se encargan de analizar el pensamiento de los primeros.

1) La Soberanía Popular

Aunque la paternidad de la soberanía popular se le atribuye a J. J. Rousseau, se tiene conocimiento de ella desde antes. En la Grecia antigua, las polis eran pequeñas poblaciones con pocos habitantes y las decisiones políticas, luego de la deliberación, las tomaban por aclamación los hombres libres en el Ágora, lo que es conocido como democracia directa e imagen tradicional del concepto soberanía popular. Sin embargo, esta expresión popular en las decisiones no las ejercía la totalidad de la población, ya que la denominación hombres libres excluía mujeres, esclavos, menores de edad y extranjeros.

En los inicios del siglo XVI, previo a Rousseau, los monarcómacos protestantes hicieron uso de esta noción, en la que la soberanía era la del pueblo o sus representantes, pero su practicidad se limitaba, no se ejercía directamente y se hacía a través de mediadores elegidos por el mismo pueblo, los magistrados, con lo cual se impedía que aquellos ejercieran directamente el poder soberano e imposibilitando, de esta manera, que el pueblo ejerciera como una fuerza autónoma,

restándole poder, lo que la hacía impráctica por sí misma, útil solamente en la constitución de la misma o durante el acto en que esta se destituye o aliena.

Rousseau, en *El Contrato Social*, plantea la necesidad de diseñar una asociación igualitaria en la que todo hombre pueda vivir en libertad y en donde cada uno de sus integrantes aporte su esfuerzo y bienes bajo la suprema dirección de la voluntad general, haciéndose parte indivisible de un todo, cuerpo político, con el fin de crear una fuerza común que únicamente obedezca a sus asociados, ciudadanos y/o súbditos, con la suficiente fortaleza común como para ser capaz de defender y proteger a las personas y los bienes de los asociados (Rousseau, s.f., págs. 18-19).

Para Rousseau, la búsqueda de un medio para que la fuerza y la libertad de cada individuo asociado, que obligue a cada uno, sin menoscabar su libertad, era la respuesta a su mayor dificultad en la implementación de su sistema político, y que resumió de la siguiente manera: “la enajenación total de cada asociado con todos sus derechos hecha a favor del común: porque en primer lugar, dándose cada uno en todas sus partes, la condición es la misma para todos; siendo la condición igual para todos, nadie tiene interés en hacerla onerosa a los demás” (Rousseau, s.f., pág. 19). Por tanto, la inalienabilidad de la libertad de cada uno de los asociados era el eje sobre el que giraba el sistema político de Rousseau.

Para ser más claros, en la medida en que se realiza la asociación por parte de cada uno de los coligados, se va gestando un cuerpo moral y colectivo que posee unidad, vida y voluntad, al que antiguamente denominaron Ciudad y después República o Cuerpo Político y que ahora, sus asociados, llamaron Estado cuando es pasivo, Soberano cuando es activo y Potencia cuando se le comparaba con otras asociaciones. Dicho de esta manera, sus integrantes se denominaban ciudadanos cuando hacían parte de un pueblo y eran partícipes de la autoridad soberana y súbditos cuando se sometían a las leyes del Estado.

En esta asociación, cada ciudadano posee una porción de su soberanía, según lo expresa Rousseau: “Supongamos que el Estado se componga de diez mil ciudadanos. El soberano tan sólo puede considerarse colectivamente y en un cuerpo; pero cada particular, en calidad de súbdito, es considerado como individuo: así pues el soberano es al súbdito como diez mil es a uno; es decir, que cada miembro del Estado sólo tiene la diez-milésima parte de la autoridad soberana, mientras que por su parte está enteramente sometido a esta” (Rousseau, s.f., pág. 77).

Antes de Rousseau la soberanía popular servía para legitimar el poder político, pero luego de lo cual se limitaba, es decir, se ejercitaba únicamente durante un momento de la constitución de la soberanía, mientras que a partir de este autor Rousseau, la soberanía popular deja de ser potencial y poco práctica, para llegar a ser una realidad, pues el pueblo es ahora el soberano, que sacrifica sus derechos en favor de la autoridad, de manera tal, que es, al mismo tiempo, soberano y súbdito, coautor de la autoridad, pero, a su vez, partícipe de ella.

La Constitución Política de Colombia, artículo 3 (Constitución Política de Colombia, 1991), instauro el principio de la Soberanía Popular, que se corresponde con la idea de democracia directa, pero transformada en democracia de tipo representativa, donde los elegidos para atender las funciones del Estado deben cumplir sus instrucciones en la resolución de los asuntos públicos y podrán revocar el mandato de los elegidos. En correlación directa con el preámbulo, el canon 3 de la Carta establece la legitimidad política histórica actual como fundamento de la existencia del estado y su forma, la social y democrática. La pregunta que se responde en este aparte es ¿quién ostenta el poder? Lo tiene el pueblo, la totalidad de los habitantes, por lo menos en teoría, porque en tratándose de un ente inorgánico, complejo, es difícil su organización y por tanto el ejercicio del poder que posee. La idea de soberanía popular se corresponde con la idea de la democracia, en

principio ejercida de forma directa, pero transformada en la democracia de corte representativo y lo que se ha venido llamando democracia participativa.

Para Kelsen "Democracia significa identidad de dirigentes y dirigidos, del sujeto y objeto del poder, y gobierno del pueblo por el pueblo", aunque también la expresa como "[...] una forma de estado o sociedad en la que la voluntad colectiva o, más exactamente, el orden social, resulta engendrado por los sujetos a él, esto es, por el pueblo" (Kelsen, Esencia y Valor de la Democracia, 1977, pág. 30).

Ferrajoli, en *Principia Iuris*, concibe la democracia formal como un método de formación de decisiones públicas, fundamentadas en un conjunto de reglas que atribuyen al Pueblo o, al menos, a su mayoría, el poder directo o indirecto para tomar tales decisiones, en base a la autonomía, entendida esta como la posibilidad de gobernarse a sí mismo, sin depender de nadie distinto de él mismo, en la que se identifican la manifestación de "Voluntad" y "Soberanía Popular" (Ferrajoli, *Teoria del diritto e della democrazia*, 2007, pág. 5), y precisa, "Podemos llamar formal o procedimental a esta definición de democracia. Ella identifica en efecto la democracia simplemente sobre la base de las formas y de los procedimientos idóneos destinados a garantizar que la decisión producida sea expresión, directa o indirecta, de la voluntad popular. Identifica, en breve, con base en el quién (el pueblo o sus representados) y al cómo (regla de la mayoría) de las decisiones, independientemente de sus contenidos, es decir, de qué cosa viene decidida. Así en un sistema en el cual con la mayoría fuese consentido decidir la reducción de los derechos de la minoría sería, en la medida de este criterio, «democrático». La tesis que considero sostener es que esta caracterización solamente formal de la democracia no es suficiente para fundar una definición adecuada, y que necesita, a tal fin, ser integrada con las indicaciones de límites y vínculos de carácter sustancial o de contenido." (Ferrajoli, *Teoria del diritto e della democrazia*, 2007, págs.

6-7), para concluir “Que la dimensión formal de la democracia como poder fundamental sobre la voluntad popular expresa un rasgo necesario, es indudable: se trata de una *conditio sine qua non*, en cuya ausencia no puede hablarse, en modo alguno, de “democracia”. Pero, como sabemos, la definición de un término debe indicar no sólo las condiciones necesarias sino también las suficientes en cuya presencia dicho término puede ser predicado de un cierto objeto. ¿Es suficiente una concepción puramente formal de la democracia para identificar todas las condiciones en presencia de las que un sistema político puede calificarse como “democrático”? La tesis que quiero sostener, y que he desarrollado ampliamente en *Principia Iuris. Teoría del diritto e della democrazia*, es que tal concepción resulta insuficiente a los fines indicados.” (Ferrajoli, *Teoría del diritto e della democrazia*, 2007, pág. 7), por lo que ve justificado la necesidad de ampliar y complementar el concepto formal con una visión “sustancial” de la misma.

En fin, democracia puede ser entendida idealmente como el autogobierno de los pueblos, aunque difícil de llevar a la práctica, porque generalmente es concebida como la voluntad de las mayorías, lo que podría ocasionar el sometimiento de aquellos que no la comparten, por lo que esa voluntad debe ser limitada por medio de reglas escritas y derechos establecidos en un texto, la Constitución.

Ahora veamos cuáles son las acepciones de Constitución que presentan algunos autores, empezando por Guastini quien las clasificó en cuatro (Guastini, 2003, págs. 29-30):

1. En el que significa todo tipo de ordenamiento de tipo “liberal”
2. En la que se expresa un cierto conjunto de normas jurídicas, grosso modo, el conjunto de normas – en algún sentido fundamentales – que caracterizan e identifican todo ordenamiento.
3. En el que se habla – simplemente – un documento normativo que tiene ese nombre (o un nombre equivalente), y

4. El que enuncia un particular texto normativo dotado de ciertas características “formales”, o sea de un peculiar régimen jurídico liberal-garantista.

En la primera acepción, sentido originario liberal, y usada en la filosofía política, se concibe el término Constitución como un ordenamiento liberal-garantista, es decir, como una organización político-liberal que da garantías a los ciudadanos en su relación con el Estado, pero, a su vez, que impone límites al poder político, al exigir la división e independencia de los poderes Legislativo, Ejecutivo o de Gobierno y Judicial: “Allí donde el poder está distribuido, el dominio está limitado y esta limitación trae consigo restricción y control. La totalidad de estos principios y normas fundamentales constituye la Constitución ontológica de la sociedad estatal, que podría estar o bien enraizada en las convicciones del pueblo, sin formalización expresa – Concepción en sentido espiritual, material – o bien podría estar contenida en un documento escrito – Constitución en sentido formal –” (Loewenstein, 1964, págs. 150-151).

En la teoría general del derecho, se dice que Constitución es un compendio de normas «fundamentales» que sirven para caracterizar un ordenamiento jurídico, pero con el agravante que aquí el término «fundamentales» es una apreciación subjetiva, que adquiere un juicio de valor diferente, dependiendo de quién la catalogue.

Así dicho, estas normas fundamentales se pueden clasificar, al menos, de la siguiente manera (Guastini, 2003, pág. 32):

1. Las normas que regulan la organización del Estado y el ejercicio del poder estatal (al menos en sus aspectos fundamentales: la función legislativa, la función ejecutiva y la jurisprudencial), así como la conformación de los órganos que ejercen esos poderes (por ejemplo, las normas que regulan la formación del órgano Legislativo).

2. Las normas que regulan las relaciones entre el Estado y los ciudadanos (por ejemplo, las eventuales normas que reconocen a los ciudadanos derechos de libertad).

3. Las normas generales que forman lo que se denomina «legislación», “entendida en el sentido material de la palabra, cuya función esencial es la designar los órganos encargados de la creación de las normas generales y determinar el procedimiento que deben seguir” (Kelsen, 1960, pág. 119).

4. Las normas – frecuentemente, si son escritas, formuladas como declaraciones solemnes – que expresan los valores y principios que informan a todo el ordenamiento.

Existe, también, la corriente del positivismo empírico que caracteriza la Constitución, básicamente, por sus caracteres formales, en la que ve el problema de la Constitución no como un todo, sino que la analiza individualmente, pero que se libera de teorías dogmáticas, por lo que “construye a posteriori la unidad del conjunto normativo a través de un proceso de análisis, de coordinación, de generalización de las normas” (Mortati, 2000, pág. 22).

Es congruente pensar, desde el punto de vista positivista, que la materia constitucional se puede deducir al interior del texto de la Constitución, tarea difícil y no muy sencilla por sus exigencias metódicas, que podría inducir, incluso, a prescindir de ella, lo que conllevaría a transgredir el Orden Constitucional.

El problema de la Constitución Material en las teorías de Nación y Comunidad Popular, se encuentra en la homogeneidad de sus asociados, entendida ella en cuanto situación geográfica, historia, origen racial cultura, intereses e ideas comunes, que los lleva a “asumir un ordenamiento jurídico, precedente o presupuesto del sistema normativo instaurado” (Mortati, 2000, pág. 42), aunque, también están, aquellas corrientes que consideran a la comunidad subyacente al Estado

como si estuviese ya ordenada en un conjunto unitario y provisto de valor jurídico, que Mortati clasifica en dos grandes grupos (Mortati, 2000, págs. 42-43):

1. Aquellas comunidades que representan la unidad social, menos elaboradas y más limitadas en sus aplicaciones, inmutables a pesar del variar de las formas asumidas por el Estado surgido sobre su base en la sucesión del tiempo, que se hacen sujetos activos únicamente en el momento de la instauración de cada una de esas formas como poder constituyente y que, por lo tanto, actuarían sólo cuando se les requiera, manteniéndose, en general, como un poder latente, pero que, mientras tanto, en el proceso normal, transfiere, en virtud de delegación, los poderes que le son propios a los órganos constituidos.

2. Y las otras comunidades que:

a. Por una parte, pretenden una determinación de los caracteres que se deben asignar al “ente social” para poder pensarlo como capaz de una actividad unitaria.

b. Por otra parte, atribuyen al “ente social” una función más amplia y continuada y no sólo la limitada al constituirse como Estado o al cambio de su forma.

El “ente social”, del que habla Mortati, es la nación a la que, en general, se le atribuye un carácter espiritual, pero sin quitarle importancia a los factores étnicos, de tal manera que cada individuo actúa en armonía, como unidad originaria, lo que determina el fundamento jurídico de un sistema positivo concreto o fuente suprema: “Si una voluntad nacional no puede existir como voluntad de todos, no tiene sentido decir que la voluntad de algunos individuos es la voluntad nacional misma” (Mortati, 2000, pág. 46). Recuérdese que Platón, Aristóteles y, en general, en toda la teoría política griega, al hablar de *politeia* lo hacían pensando en la Constitución en sentido material.

Así entendido, se concluye que no sólo existe la concepción formal de Constitución, sino que se debe complementar con “un contenido dado y a valores dados” (Mortati, 2000, pág. 47) y es lo que se denomina Constitución en sentido “sustancial” o “material”, de la que se desprenden las nociones de “materia constitucional” y de “norma materialmente constitucional” (Guastini, 2003, pág. 33) entendida aquella como el conjunto de objetos regulados por las normas “fundamentales” del ordenamiento jurídico y materialmente constitucionales, las que pueden ser escritas o consuetudinarias.

Guastini dice: “Se llama «constituido» a todo poder «legal», es decir, conferido y regulado por normas positivas vigentes (y ejercido de conformidad con ellas). Las normas que provienen de un poder constituido encuentran su fundamento de validez en las normas sobre la producción jurídica vigentes.

Se llama por el contrario «constituyente» al poder de instaurar una «primera» Constitución” (Guastini, 2003, pág. 40), pero hace hincapié en que este poder de ninguna manera puede ser entendido como el fundamento axiológico de la Constitución, pues, aclara, únicamente nace para la primera Constitución como poder de instauración constitucional, entendida ésta como aquella que no está basada en una precedente, *extra ordinem*, es ejercida durante ese espacio de tiempo, pero desaparece en ella y con ella, lo que implica, según este autor, que el poder de reforma constitucional debe ser un poder ejercido por el poder constituido, establecido en la Constitución vigente.

Por otra parte, el término de soberanía es un concepto equívoco, cuyo contenido ha venido llenándose por metonimia. En principio, el soberano era uno, el monarca. Cuando el monarca tiene que pactar o cae en desgracia y son varios o muchos los que mandan, su calidad de poder, su soberanía (su poder mismo) pasa a esos pocos o a todos.

La calidad del soberano se representaba en la soberanía, en su calidad de poderoso, que pasó considerando las formas de gobierno a esas otras, diferentes de ella.

El ejercicio de ese poder existente en Colombia, que le pertenece al pueblo, se desarrolla de manera directa, de manera representativa y a través de la participación en los diferentes espacios abiertos para el efecto. Los poderes públicos, a través de las distintas denominaciones que reciben, representan el poder del pueblo. No obstante, la expresión más clara de esa soberanía es el poder constituyente y su resultado: La Carta Política de 1991. La Carta debe representar, como se expresará más adelante, esa meta, ese *ethos* por construir, tan necesario, y que requiere ser defendido, en tanto la propia sociedad sea capaz de depurarse y realizar una Carta mejor y una mejor realidad.

En fin, una sociedad organizada precisa de la existencia de un mando o de un gobierno, con una cualidad inherente en él, el de la obediencia por parte de cada uno de sus miembros, mando que desde el punto de vista filosófico es sustancialmente el mismo, aunque su forma varíe en el tiempo, de manera particular o específica “conocer las causas de esa obediencia equivale a conocer la esencia del poder” (De Jouvenel, 1956, pág. 34).

2) El Poder Constituyente Originario y Derivado

Teniendo en cuenta la importancia de crear una asociación de fuerza común e igualitaria entre los hombres direccionados a una voluntad general, a continuación se examinará el Poder Constituyente que tiene la Soberanía Popular para la participación y en la creación de la Constitución.

De acuerdo con lo anterior, Emmanuel Sieyès tiene el mérito de haber dado forma a la institución del Poder Constituyente, base de la teoría moderna del Estado Constitucional, y en la que, acogiendo el pensamiento de los pensadores liberales del siglo XVII, la formación de las

sociedades transcurre en tres momentos: Inicialmente la Nación es (Estado de Naturaleza), seguido por el momento en que la Nación se hace (Voluntad General) y finaliza con la Nación hace hacer al gobierno creado por ella (Representación política).

Claro, es pertinente indicar que el anhelado concepto de Poder Constituyente no ha sido unívoco, pues ha dependido de la perspectiva desde la que se le mire y del momento en que se define “El Poder Constituyente entendido en su dimensión conceptual-atemporal (*vid. Infra*), debe ser analizado, indiscutiblemente, bajo la óptica determinada por el tiempo y las circunstancias de su formación y de su actuación. En términos generales, el Poder Constituyente está caracterizado por la fuerza y amplitud de sus capacidades transformadoras...” (Uribe Arzate, 2002, pág. 62)

Aunque hoy día es más claro el entendimiento de la naturaleza del Poder Constituyente, pilar fundamental de la moderna teoría constitucional, no dejan de presentarse discrepancias, pues se tienen diferentes percepciones, aun a pesar de partir de la misma esencia, y evidencia de lo anterior son las diferencias sobre este poder entre Schmitt y Kelsen.

Para Schmitt es puro decisionismo político “Poder Constituyente es la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo. De las decisiones de esta voluntad se deriva la validez de toda ulterior regulación legal-constitucional. Las decisiones, como más, son cualitativamente distintas de las normaciones legal-constitucionales establecidas sobre su base” (Schmitt, 1996, págs. 93-94), por lo que la Constitución se basa en una decisión política, gestando, así, un ente político con un modo y forma propio, y no buscando su validez a través de una norma.

Pero, por otra parte, para Kelsen “El análisis que ilumina la función de la norma fundamental descubre también una particularidad del derecho: que él mismo regula su propia creación, pues

una norma determina cómo otra debe ser creada y, además, en una medida variable, cuál debe ser su contenido. En razón del carácter dinámico del derecho, una norma sólo es válida en la medida en que ha sido creada de la manera determinada por otra norma.” (Kelsen, Teoría pura del derecho, 2009, pág. 118), lo que contradice evidentemente el decisionismo político de Schmitt, y la ve desde la perspectiva normativista, donde su teoría se gesta a partir de una hipotética norma fundamental, de donde emanan las demás. Este autor niega la existencia de un Poder Constituyente y dice que su existencia no hace más que poner dificultades a la modificación de normas que sirven de base a ciertos casos del derecho positivo.

Pero para Herman Heller, ni lo uno ni lo otro, pues analizando ambos puntos de vista, concluye que se desvirtúan, por considerarlos unilaterales, antagónicos y extremos por lo que propone, utilizando la dialéctica, hilvanar la relación entre el ser y el deber ser, para exponer una interesante teoría del Estado, alejada de los unilateralismos, en la que afirma que “Puede considerarse como poder constituyente aquella voluntad política cuyo poder y autoridad esté en condiciones de determinar la existencia de la unidad política en el todo. Pero, sin normación, la masa humana no tiene ni una voluntad capaz de decisión ni un poder capaz de acción, y mucho menos autoridad... la existencialidad y la normatividad del poder constituyente no se hallan, ciertamente, en oposición, sino que se condicionan recíprocamente. Un poder constituyente que no esté vinculado a los sectores que son de decisivo influjo para la estructura de poder, por medio de principio jurídicos comunes, no tiene poder ni autoridad y, por consiguiente, tampoco existencia” (Heller, 1987, pág. 298), de manera tal que plasma en su teoría el decisionismo de Schmitt y el normativismo de Kelsen,

No es fácil, como se ve, encontrar una definición para Poder Constituyente, pero se podría entender este como el autor de la creación de la Constitución Política, siendo ésta la norma de normas, que a su vez origina el Poder Estatal, de acuerdo con la decisión directa del pueblo.

En la génesis de un Estado, surge la inquietud en cuanto a ¿quién le da la validez a esa Constitución, como norma fundamental y dogmática, teniendo en cuenta que no existe una norma precedente, que la regule para su legitimación y que cumpla con los parámetros de Kelsen? Pues la respuesta se da a través del pueblo o de grupos políticos quienes le dan legitimidad y determinan las condiciones y los elementos del Estado: “El poder constituyente es aquella fuerza y autoridad (política) capaz de crear, de sustentar y de cancelar la Constitución en su pretensión normativa de validez”. (Wolfgang Bockenforde, pág. 163)

Para Sánchez Viamonte el Poder Constituyente se puede ejercitar en dos diferentes etapas, una etapa de primigeneidad y en otra de continuidad (Sánchez Viamonte, 1957, pág. 575), de la que se desprenden dos clases de poder:

a) Poder Constituyente Originario que “...abarca el doble carácter de acto constituyente y de elaboración de una Constitución” y que, cuando “...se ejerce en la etapa de primigeneidad – es decir, la etapa inicial y creadora del Estado – actúa sin limitación alguna, porque la única limitación posible consistiría en la preexistencia de una voluntad jurídica, proveniente del mismo titular y dotada de sus mismas características (Sánchez Viamonte, 1957, págs. 575-576) y del que, De Cabo Martín, expresa “...es aquel Poder capaz de establecer en un momento determinado y de manera legítima la Constitución de un Estado” (De Cabo Martín, 2003, pág. 31), autor que caracteriza este poder de la siguiente manera (De Cabo Martín, 2003, pág. 33):

- i) Es un poder “original” esta característica se desenlaza a su vez tres significados: la primera no existe un poder anterior, lo cual no está sometido a una regulación base; la segunda es un poder “inicial” se base en sí misma para su funcionamiento; y la última es un poder “inaugural”, debido a que rompe el sistema jurídico – político antiguo y se crea uno nuevo.
 - ii) Es un poder incondicionado, ilimitado, soberano y prejurídico.
 - iii) No existe alguna ley superior para su creación, sino es con base a la legitimidad democrática.
- b) El segundo se denomina Poder Constituyente Derivado o Poder Reformatorio y es quien tiene el poder de reformar el Estado, basado en la constitución y se caracteriza de la siguiente manera (De Cabo Martín, 2003, pág. 34):
- i) No es un poder original, en razón a que está soportada por una norma suprema.
 - ii) Es un poder constitucionalizado, juridizado y limitado.
 - iii) Está subyugado con la legalidad de la constitución.

Para poder entender, aún mejor, el concepto de Poder constituyente, hay que contextualizarlo en el tiempo, ya que coincidió con dos momentos importantes en la historia:

El primer evento coincidió con los colonos puritanos de Norteamérica, ya que quien disponía de la titularidad de ejercer el poder constituyente era el pueblo, directamente a través del llamado pacto de la gracia puritana, que más adelante se convirtió en pacto político, mediante contratos sociales, denominados los *convenants*, donde se redactaban las normas entre los colonos y sus familias, y se acordaban las condiciones con las que debía funcionar la colonia. La elaboración de los *convenants* estaba resaltada bajo dos premisas, que fueron la base o cimentación de la Constitución Norteamericana: la primera, que es un contrato social, es decir, la potestad del

ejercicio constitucional era exclusivo y directamente ejercida por el pueblo y, la segunda, que al ser directamente profesada por el pueblo, no puede efectuarse a través de representantes. Sin embargo, en caso de realizarse el proyecto constitucional a través de las convenciones o asambleas, debía ser ratificado por el pueblo.

El segundo evento fue dado en Francia y se desarrolló en un momento en que la monarquía estaba quebrada y su poder tambaleaba, época de la revolución francesa. Por estas circunstancias, la monarquía vio necesario convocar a los Estados Generales, Parlamento, para ese entonces constituido por tres órdenes: nobleza, clero y el denominado tercer estado o estado llano. A este último, pertenecían los estratos sociales comunes, sin privilegios, que a la hora de ejercer su voto en el parlamento se encontraban en desventaja numérica frente al poder unificado de los otros dos, los privilegiados. Fue entonces cuando, finales de 1788 y principios de 1789, el abate francés J.K. Sieyès explica, con la publicación del folleto *¿Qué es el Tercer Estado?* (Sieyès, s.f.), que para darse una constitución, se debía plasmar la voluntad nacional a través de unos representantes extraordinarios, especialmente delegados, para lo cual plantea el concepto de Poder Constituyente y explica a quién pertenece y cuáles debían ser las condiciones para su ejercicio.

Sieyès dice:

“En cada una de sus partes la Constitución no es obra del poder constituido, sino del poder constituyente. Ninguna clase de poder delegado puede cambiar nada a las condiciones de su delegación. Es así, y no de otra manera, como las leyes constitucionales son *fundamentales*. Las primeras, las que establecen la Legislatura, son fundadas por la voluntad nacional, con anterioridad a toda Constitución; forman el primer grado de ella. Las segundas deben ser establecidas por una voluntad representativa *especial*. Así pues, todas las partes del gobierno se corresponden y dependen en último análisis de la nación” (Jaramillo P., García V., Rodríguez V., & Uprimny Y.,

2018, págs. 685-686), con lo que se propone que el Poder Constituyente se ejerza a través de unos representantes especiales, delegados por el pueblo, y que sus funciones estén exclusivamente dedicadas a la creación de la Constitución. En este orden de ideas, la Soberanía Popular, en su participación, es un ente abstracto, quien deposita su confianza en un grupo de personas que se denominan Asamblea Constituyente, como representantes de la Nación, dotados de funciones especiales y extraordinarias, las cuales no se pueden mezclar ni confundir con el Poder Constituido (Poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial).

No obstante, De Vega alega que la concepción de Poder Constituyente en la revolución americana y francesa, se puede prestar a confusión, por cuanto una vez aprobada la Constitución, el Poder Constituyente termina y comienza un nuevo poder del Estado, de acuerdo con la regulación y las condiciones establecidas en el nuevo ordenamiento jurídico, el Poder Constituido. Para el autor, es claro que en el sistema americano la separación entre el Poder Constituyente y los Poderes Constituidos, son dos poderes diferentes y establecidos, mientras que en el sistema europeo, el Poder Constituyente puede extralimitarse, asumiendo las competencias de los Poderes Constituidos, es decir, de la legislación ordinaria. Sin embargo, afirma que “(...) en la práctica, las Asambleas mostrarán una proclividad notoria para, apelando a su condición de representantes de la soberanía del pueblo en el momento constituyente, considerarse con derechos siempre a ejercitar competencias soberanas”. (De Vega, 1985, pág. 37)

Sáchica plantea “el poder constituyente es la fuerza social capaz dentro de la comunidad de adoptar e imponer una decisión concreta sobre la forma, modos de actuación y objetivos de la organización política de una comunidad mediante una normación jurídica. Es por ello, manifestación de voluntad política con capacidad suficiente para crear una relación de poder, entre constituyente y poderes constituidos, estableciendo la estructura de los poderes derivados o

delegados, sus titulares, las restricciones y procedimientos para su actuación, así como los objetivos políticos a que sirve el sistema” (Sáchica, 1994).

Mientras que para Echeverry, el Poder Constituyente se entiende como “la capacidad de organizar el poder político o de modificar su organización” y, desde esta definición, plantea dos formas de Poder Constituyente: De una parte, la creación de un sistema político que se materializa a través de un acto jurídico (originario) y por otra parte, la modificación de una organización política existente (derivado) (Echeverry Uruburu, 1990).

Cabe destacar que Schmitt señala la supremacía del Poder Soberano en el ejercicio del Poder Constituyente y que, pese a la existencia de la Constitución, sigue subsistiendo esa voluntad:

“Así como una disposición orgánica no agota el poder organizador que contiene autoridad y poder de organización, así tampoco puede la emisión de una Constitución agotar, absorber y consumir el poder constituyente. La decisión política implicada en la Constitución no puede reobrar contra sujeto, ni destruir su existencia política. Al lado y por encima de la Constitución, sigue subsistiendo esta voluntad. Todo auténtico conflicto constitucional que afecte a las bases mismas de la decisión política de conjunto, puede ser decidido, tan sólo mediante la voluntad del poder constituyente mismo. También las lagunas de la Constitución a diferencia de las oscuridades y discrepancias de la opinión de las leyes constitucionales pueden llevarse, tan sólo, mediante un acto del poder constituyente; todo caso imprevisto cuya decisión afecte a la decisión política fundamental, es decidido por él” (Schmitt, 1996, pág. 94)

Ahora bien, verificado el proceso histórico, el concepto de Poder Constituyente se puede mirar desde varios puntos de vistas. Según Bockenforde, desde el punto de vista genético, este se enmarca en el origen de la Constitución a través de un grupo político que participa en su creación y desde el punto de vista de la teoría del derecho, este se fundamenta en la validez de la

constitución; el punto de vista de la teoría de la Constitución, “se ocupa del tema de la instancia y de la fuerza subyacente que presta a la constitución su legitimación (democrática) y su legitimidad” (Wolfgang Bockenforde, 2000). Desde este enfoque, se plantea la pregunta de la dogmática constitucional, teniendo en cuenta la diferencia entre el poder de reforma prevista en la constitución y una reforma fundamental que altera la esencia de la constitución o su derogación.

3) El Poder Constituido

De Vega precisa que “Aprobada la Constitución por el Pueblo, todos los poderes del Estado pasan a ser poderes constituidos, y el Poder Constituyente desaparece, para que la Normativa Fundamental se convierta en el centro de referencia básico del sistema. La Constitución se presenta entonces como Ley Suprema que, en sustitución del Poder Soberano del Pueblo, aletargado y silencioso, ejercita, como dirían Kelsen y Krabbe, una auténtica soberanía de la Ley y del Derecho” (De Vega, 1985, pág. 222).

De Vega marca la diferencia entre el Poder Constituyente y Poder Constituido, siendo que, afirma “la primera pertenece al derecho natural y es ontológico – existencial, además, es un poder originario, extraordinario, soberano; mientras que la segunda hace parte del derecho positivo y es jurídico – positiva”.

La comunidad política, mediante el ejercicio del Poder Constituyente, determina a través de la Constitución Política, la institución y la delimitación de los poderes de cada órgano que conforma el Estado, contemplando en cada una de ellas sus funciones, sus posibilidades y sus formas de actuar.

No obstante, es importante precisar que dentro de la teoría jurídica, la validez y vigencia de las normas no son suficientes para la vida jurídica, es decir, no solamente se debe cumplir con las

formalidades para su validez, sino que además es necesario atribuirle la parte sustancial, donde sus contenidos sean compatibles con las normas constitucionales.

Ferrajoli afirma: “Es esta nueva complejidad de las condiciones de la validez producida por el paradigma constitucional la que repercute sobre las condiciones de la democracia, también ella ya no sólo formal, sino también sustancial. Se producen así dos integraciones, una en el paradigma de la democracia, entre ellas conectadas y paralelas. Como en el viejo paradigma del Estado legislativo de derecho, las condiciones de la validez formal de las normas son las mismas condiciones de la democracia formal, siendo satisfechas unas y otras por la conformidad de las normas producidas con las reglas que determinan sus formas democráticas: concretamente, el “quién” (las normas de competencia que atribuyen los poderes de gobierno órganos representativos) y el “cómo” (las normas de procedimiento sobre el sufragio universal y sobre el principio de mayoría) de su producción. Sin embargo, junto a la validez formal, el paradigma constitucional exige a las normas legales una validez sustancial, que por tanto se corresponde con aquella que bien podemos llamar democracia sustancial una y otras satisfechas por la coherencia de los significados es decir del “qué cosa”, o bien de la sustancia de las normas producidas, con los principios y los derechos constitucionalmente establecidos.” (Ferrajoli, Prieto Sanchís, Gascón Abellán, & García Figueroa, 2009, pág. 22)

Ferrajoli redefine la validez y democracia para dar cabida al nuevo paradigma constitucional, por lo cual resalta dos dimensiones: *dimensión política* de la democracia que va enfocada al “quién” y al “cómo” de las decisiones públicas, es decir, las formas de democracia hoy en día, teniendo en cuenta la democracia representativa sujeta por el sufragio universal y el principio de mayoría, sin embargo, ésta dimensión relativo al “quién” y al “cómo” desde lo público no es suficiente, es importante adicionarle las decisiones privadas denominada *dimensión civil* de la

democracia, esto va directamente a los derechos civiles que representa la autonomía de los sujetos en la capacidad de actuar, en la cual comienza a reproducir el derecho. También dice: “Por ello, los actos que constituyen su ejercicio, al igual que aquellos que son ejercicio de los poderes legitimados por actuación de los derechos políticos, están sometidos a reglas sobre su formación que, regulando sus formas, bien puede llamarse *normas formales sobre la producción*. De acuerdo con esas reglas, la validez formal y al mismo tiempo legitimidad democrática de todas las decisiones jurídicas se fundan en procedimientos idóneos para garantizar que éstas sean expresión de la autonomía de sus destinatarios indirectamente de su autonomía política, directamente de su autonomía civil” (Ferrajoli, Prieto Sanchís, Gascón Abellán, & García Figueroa, pág. 24).

Por lo anterior, la voluntad del pueblo se legitima a través del derecho positivo que se denomina “mandato de la legitimación democrática”. Con aquel se concretan las funciones y las competencias del Estado, quien a su vez toma la responsabilidad ante él mismo. Uno de los deberes principales del Estado durante la legitimación democrática, es en orden a resolver los “asuntos comunes del pueblo”, no solamente los mandatos y prohibiciones, sino también lo que está sujeto al pueblo, relacionado en su ejercicio, y que sea éste quien controle y determine su contenido. Dentro de esos asuntos comunes, también debe incluirse el Derecho privado y la política fiscal. (Wolfgang Bockenforde, págs. 55-56)

Las diferentes formas de legitimación democrática son:

- a) Legitimación democrática funcional e institucional: el Pueblo ejerce su Poder Soberano y lo deriva en un Legislador Constituyente, quien ha definido los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, con funciones y órganos específicos.
- b) La legitimación democrática orgánico – personal: Por medio de los órganos estatales se le encomiendan a unos individuos de las gestiones de asuntos especiales, por los cuales toman

cargos públicos que, a su vez, deben estar legitimados de manera mediata por el Pueblo, titular del poder del Estado. Esta legitimación se refiere a la legitimación de la acción del Estado, de la cual surgen dos posiciones opuestas:

- 1) La primera posición contempla que todos los individuos que participan en la toma de decisión del Estado, deben estar sometidos a la legitimación democrática. Sin embargo, es contraproducente debido a que las comisiones legitimadas, encargadas de seleccionar a los jueces y administración, a su vez, están representados por un grupo de personas y profesionales, que no están cobijadas por la decisión mediática del pueblo.
 - 2) La segunda posición, trata de un órgano colegiado, compuesto por un número amplio de miembros, dotados en sus decisiones de legitimidad democrática, que pueden recibir cooperación de aquellos grupos que no están legitimados, siempre y cuando no impongan sus propias ideas. Ésta última posición es la más adecuada según Wolfgang, toda vez que se respeta el principio democrático, teniendo en cuenta que el órgano sujeto a la legitimidad democrática no delega la toma de decisión, sino la mantiene (Wolfgang Bockenforde, pág. 61).
- c) Legitimación democrática material o de contenido: como se mencionó anteriormente, el titular del Estado es el pueblo y es quien determina el ejercicio del poder del mismo. La legitimación democrática material o contenido es garantizar la voluntad del pueblo y esta se puede ser focalizados en dos caminos: la primera a través del parlamento, en representación del pueblo, que tiene la atribución de legislar y, por medio de leyes, puede vincular a los otros órganos del Estado; la segunda, por medio de representantes del pueblo elegidos a través de elecciones populares.

Para que se efectúe la legitimación democrática de la acción del Estado, se requiere que funcionen conjuntamente sus dos últimos componentes orgánico – personal y material o de contenido de la legitimación

4) La Reforma Constitucional

Schmit precisa que la facultad de reformar la Constitución atribuida a una formación legal-constitucional “significa que una o varias regulaciones legal-constitucionales pueden ser sustituidas por otras regulaciones legal-constitucionales, pero sólo bajo el supuesto que queden garantizadas la identidad y continuidad de la Constitución considerada como un todo: la facultad de reformar la constitución contiene, pues, tan sólo la facultad de practicar, en las prescripciones legal-constitucionales, reformas, adiciones, refundiciones, supresiones, etc., pero manteniendo la Constitución; no la facultad de dar una nueva Constitución, ni tampoco la de reformar, ensanchar o sustituir por otro el propio fundamento de esta competencia de revisión constitucional”. (Schmitt, 1996, pág. 119)

Schmitt, sostiene que el “Poder constituyente se ejercita mediante el acto de la decisión política fundamental” (Schmitt, 1996, pág. 108), pero dejando claro que “La ejecución y formulación de ésta puede abandonarse a encargados especiales, por ejemplo, a una llamada Asamblea nacional constituyente” (Schmitt, 1996, pág. 108), de donde surgen las normas legal-constitucionales para «reformas» o «revisiones» de leyes constitucionales, cada una de ellas respetando un procedimiento bien establecido, razón por la cual algunos autores dicen, como se anotó anteriormente, que el poder de reforma constitucional es un poder constituido por la Constitución existente. Este procedimiento, claro está, debe estar regulado en la misma Constitución, así como, de igual manera, debe estar definida su competencia y sus límites, pues no debe ser ilimitado: “Una facultad de «reformar la constitución», atribuida por una normación legal-

constitucional, significa que una o varias regulaciones legal-constitucionales pueden ser sustituidas por otras regulaciones legal-constitucionales, pero sólo bajo el supuesto de que queden garantizadas la identidad y continuidad de la Constitución considerada como un todo” (Schmitt, 1996, pág. 119).

Mientras De Vega arguye: “Un hecho que, como punto de partida, a la hora de fijar la naturaleza del poder de reforma, no admite discusión posible, es el de que se trata de un poder regulado y ordenado en el texto constitucional. En él se basa su competencia” (De Vega, 1985, pág. 236).

Álvarez, fundamenta que la reforma constitucional tiene como finalidad, defender la propia constitución a través de un procedimiento “ad hoc” para su “modificación”, “lo cual supone que la Constitución quede configurada como Ley Suprema, base de todo el sistema de garantías constitucionales” (Alvarez Conde, 1992, pág. 149). Por consiguiente, el mecanismo de reforma “debe garantizar tanto una estabilidad del texto constitucional –de ahí su carácter de mecanismo de defensa- como su adecuación a los cambios sociales y políticos que se produzcan” (Alvarez Conde, 1992, pág. 152)

Guastini (Guastini, 2003, pág. 41) plantea dos interrogantes acerca de la diferenciación que debe hacerse entre la reforma constitucional y la emanación de una nueva Constitución. Para ello, dice que podrían presentarse, para su respuesta, concepciones diferentes de Constitución, lo que a su vez implicaría, también, concepciones diferentes de poder Constituyente:

- 1) Concepción Sustancial (o material) de la Constitución que Guastini define como “...una totalidad coherente y conexas de valores ético-políticos” (Guastini, 2003, pág. 41); Kelsen como “la norma o normas positivas que regulan la producción de las normas jurídicas generales” (Kelsen, Esencia y Valor de la Democracia, 1977, págs. 232-233); Schmitt, al

hablar del denominado Estado de Derecho, dice que, además del concepto de Ley, existe un concepto político que lo caracteriza y hace diferente de los demás: “El problema del concepto del concepto de Ley que corresponde al Estado de Derecho se agrava al considerar que para una Constitución no es suficiente el elemento característico del repetido Estado de Derecho; ha de existir también un concepto político de Ley, junto al que es propio de ese tipo de Estado” (Schmitt, 1996, pág. 152); y Loewenstein la describe como la ley fundamental que “debería contener un reconocimiento expreso de ciertas esferas de autodeterminación individual – los derechos individuales y libertades fundamentales –, y su protección frente a la intervención de uno o todos los detentadores del poder” (Loewenstein, 1964, pág. 153).

- 2) Concepción formal que Guastini define como “una Constitución no es más que un conjunto de normas”; Kelsen como “...normas que regulan la legislación, esto es, la producción de normas jurídicas generales” (Kelsen, Esencia y Valor de la Democracia, 1977, pág. 233); mientras que para Loewenstein es entendida “como aquel documento escrito en donde se formula y luego se formaliza el ordenamiento fundamental de una sociedad estatal como un sistema sin lagunas, de normas fundamentales” (Loewenstein, 1964, pág. 152).

Con base en lo anterior, el Poder Constituyente Derivado está subyugado a las formalidades impuestas en la Constitución y donde no puede, o mejor aún, no debe alterar la esencia material de la Norma Suprema, sólo puede complementarla, de acuerdo con lo establecido en ella misma. Mientras que el Poder Constituyente Originario puede realizar, incluso, un cambio total, un nuevo ordenamiento jurídico, porque su legitimación está basada en la Soberanía Popular.

Para el profesor francés Boutmy, Acto Constituyente es el “hecho o hechos históricos de voluntad política necesarios para la formación y estructuración del Estado” (Sánchez Viamonte,

1957, pág. 563), con lo que sienta doctrina que servirá para el diseño conceptual del Poder Constituyente, término aquel con el cual completa el ciclo evolutivo en la teoría del contrato social de Rousseau y refleja al mismo tiempo la influencia de Emmanuel Joseph Sieyès sobre el vocablo constituyente.

Sieyès en su obra *¿Qué es el Tercer Estado?*, atribuía dos características al Poder Constituyente: es un poder originario y único, que no puede encontrar fundamento fuera de sí; y que era un poder incondicionado, es decir, que no posee límites formales o materiales. Si bien, el Poder Constituyente no puede ser definido jurídicamente, sí puede ser definido políticamente en términos de legalidad.

Sánchez Viamonte analiza la doctrina formulada por Boutmy sobre Acto Constituyente, quien distingue y precisa tres conceptos durante el proceso de creación de un Estado, que están coordinados y son interdependientes, pero son totalmente inconfundibles uno del otro y pueden presentarse de manera diferente en cada nación (Sánchez Viamonte, 1957, pág. 564):

- 1) Acto Constituyente: expresión del acto de voluntad política de un pueblo, que se desarrolla con la suficiente energía y eficacia como para producir su unidad y voluntad de organización, para constituir lo que históricamente se conoce como sociedad civil o Estado.
- 2) Poder Constituyente: cualidad y aptitud, inherente a este pueblo, con suprema capacidad y dominio de sí mismo, como soberano que es, para darse, de manera autónoma, una organización política y un ordenamiento jurídico: la soberanía reside esencial y exclusivamente en la Nación.
- 3) Constitución: Ejercicio Potestativo del anterior y es la consagración de la voluntad en su aspecto jurídico, cuando adquiere aspecto normativo, cuyo fin es instituir y organizar al

Estado por medio de un ordenamiento jurídico para la sociedad así constituida: Forma o estructura de esa realización.

Sánchez Viamonte expresa que a Boutmy se le escapó indicar que a Estados Unidos y luego a toda la América, cada pueblo se erigió como soberano, Acto Constituyente, durante su proceso de emancipación de un poder establecido, asumió el dominio de sí mismo e hizo afirmación de soberanía internacional, lo cual fue plasmado por escrito, elevándolo a norma jurídica, Constitución (Sánchez Viamonte, 1957, págs. 567-568). En ella se expresa, como norma fundamental, su unidad política y capacidad para crear un Estado, la jerarquización de sus esferas de poder estatales, bajo los cuales se adopta una forma de gobierno y la reglamentación del funcionamiento de sus organismos, pero asegurando la prelación de la norma fundamental que somete tanto al Estado como a la nación que lo funda, concepción de Estado de derecho.

En estos países, luego de su emancipación por medio de la revolución, se desarrolló una Constitución política primigenia y, por consiguiente, se creó un Estado con características especiales, debido, especialmente, a la falta de preparación de quienes la crearon, por lo que no implicó que ellas fueran rígidas con el trasegar de los tiempos y devenires políticos, especialmente en sus primeros años, toda vez que ellas debían estar acorde con las nuevas circunstancias y ser capaces de llenar los vacíos o esclarecer sus oscuridades, como lo indicaba Schmitt (Schmitt, 1996), por lo que se contemplaron reglas en la misma Constitución, para que ella pudiera ser reformada o rehecha totalmente. Sin embargo, como algo inherente al Poder Constituyente, este podría hacerlo de *facto*, ya que el Acto Constituyente Primigenio no inhibe al pueblo para ejercer su poder como Constituyente Originario, tantas veces como sea necesario, aun con las limitaciones establecidas en la misma normatividad, por lo que no es único, sino que es múltiple y ha de desarrollarse en un ciclo abierto, tal como lo expresa Sánchez “sea conjuntamente con el acto

inicial y creador de un Estado, o más tarde cuando ya existe una Constitución escrita, la sanción de cláusulas constitucionales –no importa en qué cantidad o extensión- es siempre función constituyente y requiere el ejercicio del poder constituyente” (Sánchez Viamonte, 1957, pág. 576).

El Poder Constituyente Originario tiene una tarea política, pero, como no puede estar basado en normas al ser origen del Derecho, no es de naturaleza jurídica y tampoco se origina en él.

De Vega hace referencia a un tercer supuesto en los discursos de Valdruche, Romme e Isnard -abril de 1793 durante la época de la Convención en Francia, siendo los dos primeros la Declaración de Derechos y el pacto social- y es “el acto constitucional por el que organiza el Estado y se controlan sus poderes. Con lo cual, el acto constitucional (la Constitución), siendo «una magnífica y espléndida creación del espíritu humano» no por ello se convierte en su definición conceptual en un supuesto, que, por requerir la unanimidad, se transforma en inmodificable. La unanimidad, que se sigue considerando necesaria para la firma y modificación del pacto social, ya no se exigiría para el acto constitucional que, de esta suerte, podría aprobarse o cambiarse por mayoría” (1985, pág. 56)

En las democracias, es el Pueblo quien detenta el Poder Soberano y quien, cuando se requiere, ejerce el Poder Constituyente con el fin de desarrollar un Contrato Social y, es allí, donde se establecen los acuerdos para organizar el país y los Poderes Constituidos (Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial). Todo lo anterior, bajo la premisa de unos ideales comunes y el bienestar general de su pueblo. Este documento, cuando es escrito, se denominada Constitución, Carta Magna o la madre de todas las normas, aunque, en ocasiones, también se da el caso contrario, la no escrita, cuyo caso más eminente se da en Inglaterra y donde su Constitución está basada en costumbres (Common Law).

A lo largo de la historia, han sido múltiples los autores que han definido Constitución, he aquí algunos de ellos:

Para Aristóteles, con el mérito de haber sido el primero en haber utilizado el término constitución en sentido político en su obra “La Política”, considerada por muchos como el primer tratado de Ciencia Política, “La Constitución, en efecto, es la organización de los poderes, y estos se distribuyen por lo general en proporción a la influencia de los que participan en el poder o por alguna igualdad que les sea común, con lo que me refiero, por ejemplo a la que hay entre pobres o entre los más ricos, o en alguna que sea común a ambas clases” (Aristóteles, 1989, págs. 125-126), pero aclarando que para él, sólo habría sino dos Constituciones: Democracia y Oligarquía, pues Aristocracia la consideraba como una clase de esta última.

Jellinek dice “Toda asociación permanente necesita de un principio de ordenación conforme al cual se constituye y desarrolla su voluntad. Este principio de ordenación será el que limite la situación de sus miembros dentro de la asociación y en relación con ella. Una ordenación o estatuto de esta naturaleza es lo que se llama una Constitución”. (Teoría General del Estado, 2004, pág. 457)

Para Naranjo, la Constitución es el “conjunto de normas fundamentales para la organización del Estado, que regulan el funcionamiento de los órganos del poder público, y que establecen los principios básicos para el ejercicio de los derechos y la garantía de las libertades dentro del Estado” (Naranjo Mesa, 2000), por lo cual el constituyente debe establecer mecanismos, cuyo objetivo sea el de limitar el poder reformador para darle estabilidad en el tiempo, de manera tal que se garantice políticamente su resultado y perennidad de la obra, y, jurídicamente, para garantizar su supremacía sobre otras normas, sin que lo anterior sea óbice para que ésta se mantenga abierta y dinámica a través del tiempo, por medio de mecanismos muy bien definidos en ella, para que se pueda

acomodar a las necesidades concretas de cada momento histórico y, de esta manera, asegurar y mantener una constante armonía con la realidad.

Zagrebelsky determina que el Poder de Revisión Constitucional no es el Poder Constituyente, sino que es un Poder Constituido, y aunque se trate “del poder dotado de la máxima eficacia jurídica entre todos los previstos en el ordenamiento actual” (Aragón, y otros, pág. 73), el cual tiene límites, salvo que se manifieste como un poder extra y contra *ordinem*, lo cual es inadmisibile. Así mismo, precisa que “el poder de revisión de la Constitución se basa en la misma Constitución, si la contradijera como tal, para sustituirla por otra, se transformaría en un poder enemigo de la Constitución y no podría invocarla como base de su validez. Quien combate a un enemigo no puede pretender hacerlo en nombre del mismo enemigo: ‘los órganos que actúan contra la Constitución dejan de ser sus órganos’”.

Por consiguiente, debe entenderse que la Función Constituyente, deberá ser ejercida por la Nación para que el Poder Constituyente adopte una decisión política fundamental, estructurando una normativa a ser desarrollada por un organismo especial, en la que, entre otros temas, sea importante dejar planteado el Titular, la Competencia y los Procedimientos para Reformar, Revisar o Enmendar la Constitución.

No obstante, es pertinente aclarar, que estos procedimientos establecidos son diferentes cuando, conscientes de su voluntad política primigenia o cuando por fuera de lo establecido, es decisión de la Nación, como Poder Constituyente, abarcar cualquier posibilidad, pudiendo llegar al extremo de, incluso, cambiar las bases políticas de la nación, ya que por su naturaleza, este poder no se agota ni se consume con el tiempo, debido a que, como lo dice Schmitt “No es susceptible de traspaso, enajenación, absorción o consunción. Le queda siempre la posibilidad de seguir existiendo, y se encuentra al mismo tiempo y por encima de toda Constitución, derivada de él, y

de toda determinación legal – constitucional, válida en el marco de esta Constitución”. (Schmitt, 1996, pág. 108)

Caso contrario, cuya competencia es imposible de ceder, es dejar la posibilidad para que el Titular, planteado dentro de la normativa, tenga la potestad de tomarse atribuciones diferentes a la de Reformar, Revisar o Enmendar, lo cual contraría lo dicho por Schmitt: “significa que una o varias regulaciones pueden ser sustituidas por otras, pero sólo bajo el supuesto de que quedan garantizadas la identidad y continuidad de la constitución como un todo” (Schmitt, 1996, pág. 119).

Valadés expresa que “las reformas son susceptibles de ser agrupadas en dos grandes rubros: las que han obedecido a conveniencias de circunstancia, y las que han correspondido a necesidades técnicas, políticas o sociales” (Las funciones de la Reforma Constitucional, s.f., pág. 811). Las primeras, tendrían que ver con la necesidad de consolidar el poder presidencial, en menoscabo del legislativo, mientras que la segunda tendría que ver con la necesidad de adecuar el texto Constitucional en materia de amparo (necesidades técnicas), las innovaciones en materia electoral (políticas), o la protección del ambiente (sociales).

Condorcet sostiene que “cada generación tiene derecho a gobernar con sus propias ideas” (Condorcet, 1976, pág. 266), por lo que cada transformación y evolución de la sociedad conlleva a la reforma de la constitución, puesto que en el tiempo se van creando nuevas circunstancias, las cuales se deben adaptar al ordenamiento jurídico, mientras De Vega sostiene que en “la medida en que el constitucionalismo adquiere una proyección histórica cada vez más amplia, y en la práctica se comprueba que las leyes fundamentales, sometidas a la dinámica de la realidad y al *panta rei* heraclitiano de todo lo viviente, sufren transformaciones inevitables, se generalizará la conciencia de que bajo ningún concepto puede entenderse las como leyes permanentes y eternas.

Frente a la idea de inmutabilidad se contraponen entonces la idea de cambio. Porque las Constituciones necesitan adaptarse a la realidad, que se encuentra en constante evolución, porque su normativa envejece con el paso del tiempo y porque la existencia de lagunas es un fenómeno obligado, que deriva de la compleja e inabarcable realidad que con ellas se pretende regular, su modificación resulta inexorable". (La Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente, 1985, pág. 59)

De Vega considera tres aspectos para la reforma constitucional: el primero, es el ajuste entre la realidad jurídica y la realidad política, para adecuarla con la realidad cambiante y variable; el segundo, es el mecanismo de articulación de las normas constitucionales a la realidad sin quebrantar la continuidad jurídica y; el tercero, frente al Poder Constituyente y Soberano, es de articulación jurídica del Estado, por lo que se presenta como institución básica de garantía, debido a que la existencia de un procedimiento rígido para la reforma de la Constitución, también lo es para la ley ordinaria.

Dicho lo anterior, es claro que pueden presentarse distintos escenarios en los que se posibilita una Reforma Constitucional, en la que pueden ser competentes distintas entidades y que podrían ser previstas en la misma Constitución.

Para Schmitt son competentes las siguientes entidades (Teoría de la Constitución, 1996, pág. 116):

- 1) Una Asamblea convocada de propósito para ello, y que sólo tiene la misión de acordar dicha reforma constitucional. [...]
- 2) Los cuerpos legisladores en vías legislativas (con o sin requisitos de mayor dificultad), pero bajo ratificación de los ciudadanos con derecho a voto, es decir, con referéndum obligatorio. [...]

- 3) Los cuerpos legisladores en vía administrativa, sin ratificación obligatoria por referéndum, pero con requisitos de mayor dificultad (como mayoría cualificada, repetición del acuerdo, etc.). [...]

Dice Jellinek, “La nota jurídica esencial de las leyes constitucionales radica exclusivamente en la superioridad de su fuerza como leyes, desde el punto de vista formal. En aquellos Estados en que las constituciones ni por su fijación ni por su modificación se distinguen de una manera especial, carecen éstas de toda significación práctica en la vida del derecho” (Teoría General del Estado, 2004, pág. 480). Y el mismo autor, hablando de las leyes fundamentales, dice¹: “Atendiendo a la existencia o ausencia de estas leyes, se han dividido las constituciones, en su sentido material, en rígidas y flexibles; el grado de rigidez aumenta a medida que hay más dificultad para poner en movimiento el aparato modificador de las constituciones” (Teoría General del Estado, 2004, pág. 481). Ampliando estos conceptos, se denominan Constituciones Rígidas de un Estado, aquellas que buscan estabilidad política durante toda su existencia, que están motivadas por la necesidad de garantizar su supremacía y perdurabilidad en el tiempo, de manera tal, que para lograrlo, establece que únicamente pueden ser reformadas por procedimientos engorrosos y muy específicos si son comparadas con las leyes infraconstitucionales, no ordinarias, y con la intervención de un órgano de muy altas cualidades, que dificulten su modificación indiscriminada, tal como estaba establecido, por ejemplo, en la Constitución de 1986. Mientras que, en el otro

¹ La Distinción entre constituciones rígidas y flexibles se debe a James Bryce, expuesta en su ensayo “Flexible and Rigid Constitutions”, 1905, donde realiza un análisis sobre tres distintos modelos de constitución utilizados hasta ese momento, República de Roma, la constitución del Reino Unido y la estadounidense, y a las que compara por su longevidad, no sin antes haber utilizado el criterio del derecho escrito y derecho no escrito, el criterio del papel que tenga la constitución dentro de la jerarquía normativa, para llegar, al final, al criterio de las constituciones antiguas y las modernas, para encontrar un principio divisor que es, precisamente, su flexibilidad.

extremo, las Constituciones Flexibles o Elásticas, son aquellas que fácilmente se pueden modificar, utilizando el mismo procedimiento de una ley ordinaria.

En este sentido Pérez dice: “Ninguna Constitución puede ser absolutamente rígida en el sentido de que no puede ser modificada, porque no pasaría de ser algo teórico que la realidad pondría a prueba tan pronto la necesidad de su reforma se hiciera evidente por el cambio fundamental de las circunstancias políticas, económicas y sociales en que fue expedida. Además, el constituyente no tiene derecho, porque ello sería una injusta y vana pretensión contraria a toda concepción de la vida, para sujetar a sus leyes las generaciones futuras” (Derecho Constitucional Colombiano, 2004, pág. 13).

Los mecanismos de reforma de una Constitución pueden variar, pero en los regímenes democráticos, se establece que directamente el pueblo o a través de sus delegados, pueden utilizar los siguientes procedimientos:

- 1) La Convención: Es una asamblea especial y su función es crear o derogar una Constitución, se caracteriza ser constituyente y una vez que cumpla el objetivo se disuelve.
- 2) La Asamblea Constituyente: Naranjo menciona que “una asamblea constituyente es una corporación especialmente integrada para elaborar un texto constitucional para un Estado en formación, para reemplazar una Constitución ya existente, o para introducirle a la vigente modificaciones sustanciales, básicamente en cuanto a la forma de Estado, al sistema de gobierno o al régimen político”. (Naranjo Mesa, pág. 367) Como lo explica el autor, su fin es la creación de una nueva Constitución o la de realizarle modificaciones sustanciales a la esencia del Estado. Este último caso se origina cuando hay ruptura en el ordenamiento jurídico – político a causa de una dictadura, una

conmoción interna, una guerra civil, entre otros. Se caracteriza por ser transitoria, por ser un procedimiento extraconstitucional, por ser utilizada de manera excepcional, porque su naturaleza jurídica es la de Titular transitorio del Poder Constituyente “Derivado”, porque su actuación debe estar sometida al Poder Constituyente Originario, especialmente cuando hay un cambio total de la Constitución.

- 3) El Referéndum Constitucional: Es la decisión del pueblo a través del sufragio universal en la aprobación de un nuevo texto constitucional. Existen dos modalidades: a) A través de una asamblea constituyente quien crea y aprueba el nuevo texto constitucional y lo somete al pueblo para su ratificación; b) El gobierno elabora el texto constitucional y lo deja a voluntad del pueblo para su aprobación.
- 4) El plebiscito: Por medio del voto, el pueblo aprueba con base en una propuesta genérica o a una pregunta.

5) Mecanismos de Reforma de la Constitución de 1991

En Colombia, ya la Constitución Política de Colombia de 1886 (<https://www.alcaldiabogota.gov.co>, s.f.), Título I, artículo 2 y 209, rezaban a la letra “La soberanía reside esencial y exclusivamente en la Nación, y de ella emanan los poderes públicos, que se ejercerán en los términos que esta Constitución establece” y “Esta Constitución podrá ser reformada por un acto legislativo, discutido primeramente y aprobado en tres debates por el Congreso en la forma ordinaria, transmitido por el Gobierno, para su examen definitivo, a la Legislatura subsiguiente, y por esta nuevamente debatido, y últimamente aprobado por dos tercios de los votos en ambas Cámaras”, es decir, por un conjunto de normas o leyes (Actos Legislativos), expedidos por órganos competentes (Congreso de la República), por medio de un procedimiento especial (aprobación en tres debates en el Congreso de la República), con lo que puede inferir que

la capacidad para reformar la Constitución política “reside esencial y exclusivamente en la nación”, entendida esta como la totalidad nación, mientras que el artículo 209 le concede la competencia al Congreso para reformar la Constitución en los términos allí establecidos, aunque debe ser claro, como se mencionó más arriba, que se puede hacer, pero garantizando la identidad y continuidad de la Constitución como un todo, porque estos cambios son de exclusiva competencia del constituyente primario, la nación.

Posteriormente, en 1910, se dio la primera Revisión de trascendencia nacional a la Constitución de 1886, en la que se estableció que los ciudadanos podían demandar ante la Corte Suprema de Justicia, concedida a ellos como una acción de derecho político, las leyes que consideraran contrarias a lo establecida en la Carta Política. Por ello, según lo manifiesta Uprimi “Uno de los mayores títulos de honor -si no el mayor- que pueden reclamarlos juristas colombianos, es el de haber establecido en 1910, por primera vez en el mundo, la acción popular de inexecutable de leyes inconstitucionales, teniendo la sentencia de la Corte declaratoria de inexecutable efecto erga omnes” (Uprimi, 1971, pág. 255).

En 1957, luego de la dictadura de Rojas Pinilla, vía Plebiscito, para asegurar que la reforma de la Constitución sólo pudiera realizarse mediante actos legislativos, se introdujeron enmiendas y se dispuso, artículo 13: “En adelante las reformas constitucionales solo podrán hacerse por el Congreso en la forma establecida por el artículo 218 de la Constitución”. Fue éste, precisamente, el artículo por el cual la Corte Suprema de Justicia declaró el Acto Legislativo número 2 de 1977 inexecutable. Dicho de esta manera, la constitución de 1886 puede ser catalogada como una constitución rígida.

La Constitución de 1991 establece en su primer artículo, que “Colombia es un Estado Social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus

entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada por el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”, por lo que debe inferirse la primacía de su Constitución, entendiéndose ella como la base de todo ordenamiento jurídico, en la que la dignidad del ser humano es primordial y donde la intervención del Estado es primordial en lo social, lo económico, lo político, lo cultural, etc. (Constitución Política de Colombia, 1991)

Mientras que en el Título XIII, De la Reforma de la Constitución, define, en los artículos que se transcriben a continuación, los procedimientos de reforma:

Artículo 374. La Constitución Política podrá ser reformada por el Congreso, por una Asamblea Constituyente o por el pueblo mediante referendo.

Artículo 375. Podrán presentar proyectos de acto legislativo el Gobierno, diez miembros del Congreso, el veinte por ciento de los concejales o de los diputados y los ciudadanos en un número equivalente al menos, al cinco por ciento del censo electoral vigente.

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

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

Artículo 376. Mediante ley aprobada por mayoría de los miembros de una y otra Cámara el Congreso podrá disponer que el pueblo en votación popular decida si convoca una Asamblea Constituyente con la competencia, el período y la composición que la misma ley determine.

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

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

Artículo 377. Deberán someterse a referendo las reformas constitucionales aprobadas por el Congreso, cuando se refieran a los derechos reconocidos en el Capítulo 1 del Título II y a sus garantías, a los procedimientos de participación popular, o al Congreso, si así lo solicita, dentro de los seis meses siguientes a la promulgación del Acto Legislativo, un cinco por ciento de los ciudadanos que integren el censo electoral. La reforma se entenderá derogada por el voto negativo de la mayoría de los sufragantes, siempre que en la votación hubiere participado al menos la cuarta parte del censo electoral.

Artículo 378. Por iniciativa del Gobierno o de los ciudadanos en las condiciones del artículo 155, el Congreso, mediante ley que requiere la aprobación de la mayoría de los miembros de ambas Cámaras, podrá someter a referendo un proyecto de reforma constitucional que el mismo Congreso incorpore a la ley. El referendo será presentado de manera que los electores puedan escoger libremente en el temario o articulado qué votan positivamente y qué votan negativamente.

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

Artículo 379. Los Actos Legislativos, la convocatoria a referendo, la consulta popular o el acto de convocación de la Asamblea Constituyente, sólo podrán ser declarados inconstitucionales cuando se violen los requisitos establecidos en este título. La acción pública contra estos actos sólo

procederá dentro del año siguiente a su promulgación, con observancia de lo dispuesto en el artículo 241 numeral 2.

En la Constitución de 1991, artículos 114 y 374, se establece que le corresponde al Congreso de la República, y sólo a él, la autoridad para reformar la Constitución, pero no para cambiarla o sustituirla (Constitución Política de Colombia, 1991). Por otra parte, allí mismo, establece que es la Corte Constitucional quien debe garantizar la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, art. 241, numerales 1 y 2, pero sólo cuando en sus actos reformativos tengan vicios de procedimiento en su formación.

Revisando el artículo 374 de la Constitución, se indica allí, que para adelantar la reforma se puede hacer mediante el Congreso, por una Asamblea Constituyente o por el Pueblo mediante referendo.

6) Actos legislativos, Asamblea Nacional Constituyente y Referendo

6.1. Actos Legislativos.

Pertinente recordar que Acto Constituyente, según lo define Boutmy “Es el hecho o hechos históricos de voluntad política necesarios para la formación y estructuración de un Estado” el cual servirá, posteriormente, de base para el diseño conceptual del Poder Constituyente, al cual Sáchica define como “(...) es la fuerza social capaz dentro de la comunidad de adoptar e imponer una decisión concreta sobre la forma, modos de actuación y objetivos de la organización política de una comunidad, mediante una normación jurídica. Es, por ello, manifestación de una voluntad política con capacidad suficiente para crear una relación de poder, entre constituyente y poderes constituidos, estableciendo la estructura de los poderes derivados o delegados, sus titulares, las restricciones y

procedimientos para su actuación, sí como los objetivos políticos a que sirve el sistema” (Sáchica, 1994, págs. 79-80), por lo que este mismo autor aclara que “el “acto legislativo” no es “acto constituyente”, ni el poder de *reforma* de las normas constitucionales que compete al congreso es ejercicio de “poder constituyente” primario” (Sáchica, 1994, pág. 86).

Los Actos Legislativos deben entenderse como normas complementarias o instrumentales de la Constitución política, que están subordinados y limitados por la Constitución, por lo que no pueden llegar a tener categoría constitucional. “El acto legislativo no funda, no constituye; simplemente revisa o enmienda normas protegidas por ese procedimiento especial con el cual se les quiso dar estabilidad” (Sáchica, 1994, pág. 86). Vale recordar que estos dos elementos, Acto Constituyente y Poder Constituyente, junto con el de Constitución, completan el proceso evolutivo expuesto por Rousseau en su Contrato Social y han sido juiciosamente estudiados por diferentes autores, como se ha mostrado en líneas previas, pero ha sido la teoría de Sieyès, respecto al Poder Soberano, la que predomina hoy en día y, particularmente, en cuanto al Poder Constituyente Originario, que es entendido como aquel que opera cuando se gesta un Estado a la vida jurídica (poder fundacional), o cuando se da la eventualidad de una revolución o de un golpe de estado y se quebranta el orden constitucional establecido (poder revolucionario), el cual es considerado ilimitado y absoluto, pero, también, supremo y extraordinario, porque sobre este poder no existe otro poder político ni regla de derecho positivo que lo someta. Mientras que el Poder Constituyente Derivado o Poder de Reforma, producto del Constitucionalismo Revolucionario, tiene la facultad de Reforma, mediante un procedimiento previsto y

regulado en la misma Constitución, con la característica de supraordinación y subordinación respecto al derecho existente (Pereira Menant, 1987, pág. 54).

En síntesis, en una democracia, según lo planteado, el titular del Poder Constituyente es el Pueblo, quien tiene la capacidad inmanente y autónoma de redefinir la Constitución, que muy bien es sintetizado por Armagnane: “(...) el poder constituyente derivado es sólo una variación dentro de un mismo concepto, ya que el poder constituyente originario funda, establece una constitución y en el caso del poder constituyente derivado la modifica o cambia conforme al procedimiento preestablecido, pero siempre conservando la misma entidad de poder supremo”. (Manual de Derecho Constitucional, 1996)

Todo lo anterior porque debe entenderse que Función Constituyente y Función Legislativa, son dos nociones totalmente diferentes. La primera entendida como el ejercicio práctico del Poder Constituyente, con la tarea inalienable de la reforma, y la segunda como ejercicio del Poder Constituido, con la función definida de elaborar leyes y realizar enmiendas constitucionales. Pero, aunque está definida la competencia que debería tener cada una de ellas, la misma Constitución, con el pretexto de la autolimitación, limita el Poder Constituyente y, por tanto, también la de la Función Constituyente, aduciendo que su pleno poder se ejerce sólo en el acto inicial, delegando en la Función Legislativa, como poder ordinario constituido por el constituyente, el poder de la Reforma.

De Vega plantea la anterior disyuntiva de la siguiente manera “De la conexión de ambos supuestos –la irrenunciabilidad a la soberanía del pueblo y la necesidad del cambio y la transformación del ordenamiento fundamental- habría de derivar, forzosamente, la presencia y la actuación constante del poder constituyente en la mecánica constitucional. Con lo cual, la tensión latente entre la soberanía del pueblo y la soberanía del Derecho,

entre el poder constituyente y la Constitución como ley suprema, adquiriría el carácter de una tensión, continua y de difícil solución. El motivo es muy claro: si las modificaciones constitucionales son inexorablemente obligadas, hasta el punto de que, como el propio Sieyès reconocía «es conveniente determinar épocas fijas para establecerlas», y si el cambio se produce como obra exclusiva de ese poder soberano, previo e ilimitado que es el poder constituyente, ¿qué sentido tiene seguir proclamando la supremacía de la Constitución?, ¿Se puede otorgar el calificativo de *lex superior* a una norma incapaz de controlar sus propios procesos de transformación” y, más adelante, señala “...ningún poder constituido puede salir de su esfera de competencias. Lo que significa que, tan impropio resulta la pretensión de convertir al poder constituyente en el poder de reforma, ordenado y regulado en la Constitución, como la aspiración contraria de hacer del poder de revisión un auténtico y soberano poder constituyente” (La Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente, 1985, pág. 224 y 236)

En Colombia, la Reforma de la Constitución, vía Acto Legislativo, está estipulado en el artículo 375 de la Constitución (Constitución Política de Colombia, 1991) y allí dispone que la iniciativa para presentar proyectos de Acto Legislativo, corresponde a:

- El Gobierno Nacional
- 10 miembros del Congreso.
- El veinte por ciento de los Concejales del país
- El veinte por ciento de los Diputados del país
- Los ciudadanos en un número equivalente al menos, al cinco por ciento del censo electoral vigente.

Así mismo, propone, para el trámite del proyecto de Acto Legislativo, que su estudio se de en dos períodos ordinarios y consecutivos. Conforme al artículo 138 de la Constitución Política de Colombia, se determina que un periodo empezará el 20 de julio y termina el 16 de diciembre, mientras que el otro, va del 16 de marzo y concluye el 20 de junio. En el primer período ordinario, es decidido con el voto aprobatorio de la mayoría de los asistentes, luego de lo cual el Gobierno deberá publicar el proyecto, para luego ser discutido en un segundo período y aprobado por la mayoría de los miembros de ambas cámaras, mediante votación calificada, es decir por el voto mayoritario de cada Cámara. Este procedimiento requiere de dos legislaturas, mientras que el trámite de una ley ordinaria se efectúa en una sola legislatura.

No obstante, el Artículo 155 de la Carta prescribe “Podrán presentar proyectos de ley o de reforma constitucional, un número de ciudadanos igual o superior al cinco por ciento del censo electoral existente en la fecha respectiva o el **treinta** por ciento de los concejales o diputados del país (...)”.

Conforme a lo anterior en Sentencia C-180 de 14 de abril de 1994, declara inexecutable el inciso 2 del artículo 28 de la Ley 134 de 1994, por la cual se dictan normas de mecanismo de participación: “declarará inexecutable la parte final de su inciso segundo en cuanto señala que, tratándose de iniciativa de acto legislativo el respaldo de concejales o diputados deberá ser del veinte por ciento (20%), toda vez que el conflicto planteado por la incongruencia sobre el monto del apoyo previsto en el artículo 155 (30%) y 375 (20%) CP., debe resolverse en favor de la observancia del 30%, pues pese a preverse en norma anterior, sin lugar a dudas, es el congruente con la jerarquía superior que ostentan los actos legislativos o reformativos de la Constitución Política que, en razón al carácter estricto y

rígido de la Constitución Colombiana, están sometidos a requisitos indudablemente más rigurosos y exigentes para su adopción que los requeridos por el ordenamiento constitucional para las leyes”.

Según la Sentencia C-222 de abril 29 de 1997, la Corte Constitucional estableció los elementos estructurales de las Reformas que se adelanten en el Congreso, que se diferencian del trámite del que son objeto los proyectos de ley, y los cuales se mencionan a continuación:

1) La iniciativa

Con base en el artículo 375 de la Constitución, se debe contar con diez miembros del Congreso, el veinte por ciento de los concejales o de los diputados del país (art. 223 Ley 5ª de 17 de junio de 1992), el consejo de estado (art. 237 de la Constitución “Atribuciones del Concejo de Estado”, numeral 4º), y los ciudadanos en un número equivalente, al menos, al cinco por ciento del censo electoral vigente a la fecha de la iniciativa.

2) Las Publicaciones

El proyecto de Acto Legislativo se puede hacer público por medio de su publicación en la *Gaceta del Congreso* ante la comisión primera constitucional permanente (art. 2º Ley 3ª de 1993) o mediante dos publicaciones en el *Diario Oficial* (art. 375 de la Constitución), una vez terminado el primer período en que se discute y antes de iniciar el segundo, con constancia de quórum, adiciones, votos y aprobaciones, supresiones de cada debate, con una segunda fase de finalización del proceso en el Congreso.

3) La Unidad de Materia

El proyecto de Acto Legislativo debe tener Unidad de Materia, la cual, según el art. 148 de la Ley 5ª de 1992, debe estar regida por “El asunto predominante del que ellos se ocupan, que no es otro que la Reforma de determinados títulos, capítulos o artículos de la Constitución”.

4) Acumulación de Procesos

La acumulación de procesos no se debe presentar en un proyecto de Acto Legislativo, a menos que se realice antes de que se tome alguna determinación, o sea, en el primer debate en la primera vuelta.

5) La Consecutividad y la identidad relativa

La Constitución exige, para los proyectos de Acto Legislativo, un total de ocho debates, que deben darse completos e integrales para que lo aprobado tenga validez. La Sentencia C-332 de abril 4 de 2005, aclara que los ocho debates completos y necesarios, o sea consecutivos, basado en los principios de consecutividad y de identidad relativa, durante el segundo período, deben ser explicitados con anterioridad, en las consideraciones de los debates previos y las modificaciones y adiciones deben tener conexidad con lo legislado en el trámite legislativo en sus fases anteriores.

6) Exclusión der las votaciones en bloque, de las comisiones conjuntas y de los mensajes de urgencia del presidente.

La Corte elimina la posibilidad de que los proyectos se voten en bloques, las sesiones conjuntas de las comisiones y los mensajes de urgencia del presidente

Adicionalmente, la Constitución Política de Colombia también le da facultad al Consejo de Estado y al Consejo Nacional Electoral para presentar proyectos de acto legislativo (Constitución Política de Colombia, 1991):

- 1) El Consejo de Estado, de acuerdo con el numeral 4 del artículo 237 de la Carta Política contempla la facultad de “Preparar y presentar proyectos de actos reformativos de la Constitución (...)”
- 2) El Consejo Nacional Electoral, en el numeral 5 del artículo 265 de la Constitución Política de Colombia estipula dentro de sus funciones “(...) presentar proyectos de acto legislativo”

6.2. Asamblea constituyente

Afirma Naranjo “Muchas veces con miras a agilizar las reformas a la Constitución, o para sustraerlas del ámbito del Parlamento, por razones diversas, se confía la competencia para realizarlas a un órgano especial, que puede ser una asamblea constituyente, o una Convención, o una asamblea especial” (Teoría Constitucional e Instituciones Políticas, 2000, pág. 378)

El artículo 376 de la Constitución, contempla:

“Mediante ley aprobada por la mayoría de una y otra cámara, el Congreso podrá disponer, que el pueblo en votación popular, decida si convoca una Asamblea Constituyente con la competencia, el período y la composición que la misma ley determine.

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

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

Teniendo en cuenta que es el Congreso quien tiene la facultad de reformar la Constitución, existe la posibilidad, establecida en la Constitución, para que un grupo de

personas denominadas asambleístas, decidan los contenidos de un acto reformativo, convocatoria que debe hacerse mediante una ley, que es objeto de revisión automática por parte de la Corte Constitucional (art. 241, numeral 2° de la Constitución)

El contenido de la Ley de convocatoria de la Asamblea Constituyente debe señalar el número de delegatarios, el sistema para elegirlos, la competencia de la Asamblea, la fecha de su iniciación y su período (artículo 59 de la Ley 134 de 1994).

Una vez sancionado por el Presidente de la República pasará a la Corte Constitucional para que ésta decida sobre la constitucionalidad de vicios de procedimiento en la formación de la Ley (numeral 2 del artículo 241 de la Constitución Política de Colombia).

Se entiende que el pueblo convoca la Asamblea Constitucional cuando, vota al menos, la tercera parte de los integrantes del censo electoral.

De acuerdo con el artículo 63 de la Ley 134 de 1994 la convocatoria de la Asamblea Constituyente y la designación de los delegatarios son dos actos por separados.

6.3. Referendo

Quinche dice “ (...) el referendo es un mecanismo de participación, que consiste en la convocatoria que se hace al pueblo para que apruebe o rechace un proyecto de norma jurídica, o para que derogue o no una norma ya existente. En este sentido se habla de referendo aprobatorio (destinado a incluir una nueva norma) o de referendo derogatorio (destinado a expulsar una norma ya existente). Por lo mismo, su contenido es estrictamente normativo” (Quinche Ramírez, Derecho Constitucional Colombiano de la Carta de 1991 y sus Reformas, 2012, pág. 463)

Los artículos 374 y 378 de la Constitución, proponen que “Por iniciativa del Congreso o de los ciudadanos en las condiciones del artículo 155, el Congreso, mediante de ley que requiere aprobación de la mayoría de los miembros de ambas Cámaras, podrá someter a referendo un proyecto de reforma constitucional que el mismo Congreso incorpore a la ley”.

La Ley 134 de 1994, en su artículo 33 regula este mecanismo de participación:

“A iniciativa del Gobierno o de un grupo de ciudadanos no menor al 5% del censo electoral, el Congreso, mediante ley que requiere la aprobación de la mayoría de los miembros de ambas Cámaras podrá someter a referendo un proyecto de reforma constitucional que el mismo Congreso incorpore a la ley. El referendo será presentado de manera que los electores puedan escoger libremente en el temario o articulado que votan positivamente y que votan negativamente.

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

El referendo, como mecanismo complejo de Reforma de la Constitución, es un acto complejo que involucra las siguientes fases:

- i. La de iniciativa del Referendo Constitucional: tal como está estipulado en el art. 378 de la Constitución, los titulares de esta fase pueden ser el Gobierno o los ciudadanos, cada uno de ellos cumpliendo con un procedimiento específico.
- ii. La Legislativa del Referendo Constitucional: Luego de ser ratificado por el Senado el proyecto de Ley 047 de 2002, que pasó a ser Ley 796 de 21 de enero de 2003, se analizó el procedimiento de referendo constitucional bajo los criterios orgánicos, sustancial y procedimental.

- 1) Criterio Orgánico: La Procuraduría General de la Nación emitió el Concepto No. 3217 de mayo 16 de 2003 en la que expresa que el Referendo es “Un acto complejo de participación democrática en la cual los diversos actores, esto es, el Ejecutivo, El Congreso y los Ciudadanos, han de tener cabida en la elaboración del texto normativo que va a ser sometido a la aprobación popular”.
- 2) Criterio Sustancial: La materia de la ley que convoca a un referendo constitucional, debe estar referido, única y exclusivamente, a un enunciado de nivel constitucional.
- 3) Criterio Procedimental: El trámite de ley para convocar a un referendo constitucional, diferente al de una ley ordinaria, debe tener las siguientes características
 - i. La iniciativa debe ser presidencial o ciudadana (5% del ciudadanos habilitados en el censo electoral vigente)
 - ii. Aprobación, en cada uno de los debates, de la mayoría de los miembros en ambas Cámaras.
 - iii. Se debe hacer la presentación del proyecto de ley y la ley que convoca a los electores, para que los electores voten afirmativa o negativamente.
 - iv. El art. 227 de la Ley 5ª de 1992, respecto a disposiciones de leyes ordinarias, son aplicables al trámite de la convocatoria del referendo, siempre y cuando no se oponga al trámite constitucional.
 - v. Según el art. 241, numeral 2º de la Constitución, una vez aprobada la ley por el Congreso, debe pasar obligatoriamente a control automático,

para su estudio por vicios de procedimiento en su formación, a la Corte Constitucional.

- vi. La aprobación de reformas a la Constitución, vía referendo, requiere el voto afirmativo de más de la mitad de los sufragantes y que el número de estos exceda de la cuarta parte del total de ciudadanos que integran el censo electoral vigente, según el art. 378, inciso final de la Constitución.
- iii. La Judicial del Referendo Constitucional: Una acción pública de inconstitucionalidad contra el acto reformativo de la Constitución es viable, independientemente de lo estipulado en el art. 241, numerales 1º y 2º, y art. 379 de la Constitución. Se debe tener en cuenta los dos momentos de control reforzado, el primero de los cuales, el control automático (Sentencia C-551 de 2003), de oficio y, el otro, con posterioridad a la votación del texto, por vía activa, por demanda ciudadana (Sentencia C-879 de 2004).
- iv. La Electoral del Referendo Constitucional: La Ley 134 de 1994 en su artículo 34, establece que una vez se expidan la ley y se profiera la sentencia de la Corte, se convocará al Referendo, en el término de ocho días, mediante decreto, y se adoptarán las disposiciones necesarias para llevarlo a cabo.

1) La Constitución de 1991, ¿Pétrea o Laxa?

Con todo lo anterior, se tiene la percepción que mediante la reforma de la Constitución de 1991, tal como se viene ejecutando por el Congreso de la República, se esté desfigurando en su esencia misma.

Desde al año de su promulgación hasta el presente, veintisiete años, en la Constitución de 1991 se han presentado 47 Actos Legislativos, de los cuales sólo 5 han sido declarados

inexequibles y, comparada con la Constitución de 1886, con un poco más de cien años, tuvo setenta y siete reformas, lo que se evidencia que reformar nuestra Constitución, cuyo contenido, se consideraba, tenía cláusulas rígidas, ha sido, por el contrario, muy flexible, demostrando el peligro que corre pues, sin mayor dificultad, se han venido presentando.

Deberíamos suponer que cada uno de estos Actos Legislativos han sido expedidos después de juiciosos análisis y ajenos a presiones externas que pudieran perturbar el buen juicio de quienes tienen la posibilidad de reformarla, el Congreso de la República, por lo que siendo éste, y sólo éste, quien tiene competencia para realizarlo, debería garantizar su neutralidad y transparencia.

Sostiene Jorge Reinaldo A. Vanossi “La existencia en las constituciones de cláusulas “pétreas” o “irreformables” es - con el tiempo – una invitación y una incitación a practicar la gimnasia de la revolución, para poder así obtener la modificación ansiada de los contenidos prohibidos. De donde resulta que en el plano de la dinámica constitucional, tanto la excesiva “rigidez” (cuando los mecanismos de reforma son excesivamente complicados) como la pretendida “eternidad” de ciertas cláusulas, vienen a servir al extremo opuesto de su original finalidad: no evitan los cambios, sino que favorecen la consumación de esos cambios por vías revolucionarias, es decir, al margen o en oposición al estilo evolucionista que garantiza al pensamiento del constitucionalismo” (Vanossi, 2000, pág. 188)

Lo que sí es claro, es que aunque en un principio se pensó que nuestra Constitución contenía cláusulas pétreas, difícilmente modificables, pues su procedimiento de reforma, se suponía, sería dado de manera extraordinaria o pocas veces utilizado, se ha venido dando de manera consuetudinaria y al vaivén de intereses políticos y privados, por lo que se considera que esta Constitución es Laxa.

Capítulo 2

LÍMITES AL PODER DE REFORMA CONSTITUCIONAL

La moderna Teoría de las Fuentes es atribuida a Friedrich Karl von Savigny y a su Escuela Histórica del Derecho (Balaguer Callejón, Fuentes del Derecho, 1991, pág. 32), quien considera que el “espíritu del pueblo” es el origen del derecho y la manifestación concreta de esa conciencia común que se reflejaba en las fuentes (Savigny E. G., 1908, págs. 241-242).

Para Del Vecchio, son tres las fuentes del derecho (Del Vecchio, 1982):

1. Las que son causa del nacimiento del derecho y que están en la naturaleza humana y en la conciencia individual.
2. Las que se deducen de los principios de justicia y que se obtienen del derecho natural y la razón.
3. Las técnicas que se refieren al derecho positivo, primordialmente a la ley y la costumbre, pero también a la jurisprudencia.

Mientras que para García Máynez, las fuentes, en terminología jurídica, tienen tres acepciones (Introducción al estudio del derecho, 2002, pág. 51):

1. Las Fuentes Formales, entendidas como la sucesión de momentos de creación de las normas jurídicas y que corresponde, en su aceptación más generalizada en derecho, a la legislación, la costumbre y la jurisprudencia
2. Las Fuentes Reales, entendidas como los factores y elementos que determinan el contenido de tales normas
3. Las Fuentes Históricas, que son los documentos que encierran el texto de una ley o conjunto de leyes.

Desde la perspectiva del Ordenamiento jurídico “[...] las Fuentes son aquellos hechos jurídicos a los que determinadas Normas positivas les reconocen capacidad para crear Derecho objetivo, comprendiendo, por tanto, el proceso global de dinamicidad, de reproducción e innovación del Ordenamiento y en el que lo determinante no es ya el origen sino el régimen jurídico del que se reviste a cada Norma, pues es este régimen el que define a cada categoría normativa” (De Cabo Martín, 2003), mientras que las Fuentes formales del Derecho, desde la Teoría general del Derecho, “define como tales a los hechos de producción jurídica, a los que, de cualquier forma innovan en el mundo del Derecho, de manera que la juridicidad de las Fuentes radica en una cualidad intrínseca de esos hechos que los capacita para la producción jurídica” (De Cabo Martín, 2003, pág. 27), por lo que tradicionalmente, en la teoría jurídica, se confunde regulación normativa del derecho con Fuentes.

De todo lo anterior, queda clara la importancia de determinar el cómo y de dónde nacen las normas, lo que definitivamente no es nada fácil si se tiene en cuenta que en las Fuentes Formales del Derecho se pueden incluir a las personas con facultades jurídicas que expiden las normas jurídicas e, incluso, como ya se dijo, las diferentes formas de regulación normativa: la ley, la costumbre, el precedente judicial, el contrato, la sentencia, la doctrina, etc.

El problema de dónde nacen las normas, puede entenderse como de índole político y sociológico, debido a la jerarquización de las mismas y porque es reconocido un poder centralizado que, en un principio, se generaba luego de un conflicto por el poder y, posteriormente, por la pugacidad entre los que detentan el poder y los que son gobernados, indicando que los intereses sociales son mirados de manera diferente según la perspectiva desde la que se le mire, lo que continúa generando confrontación, y en la que cada parte busca imponerse a la otra, hasta alcanzar la supremacía.

Cuando las normas jurídicas tienen un origen democrático, se caracterizan por tener un fin social que beneficia o representa los intereses generales, protege los derechos humanos y hace hincapié en el alcance que pudieran llegar a tener, por lo que se dice que poseen *legitimización* y *eficacia*, con el valor agregado de que son acatadas y aceptadas con más beneplácito que aquellas que no las tienen, por lo que de esta manera es aceptado que las fuentes son las causas del nacimiento del derecho, las fuerzas creadoras del mismo, el espíritu del pueblo que en todos los individuos vive, actúa y produce el derecho positivo (Savigny F. K., 1981, págs. 23-26), mientras que para otros, son los principios inmutables de la justicia, como el derecho natural (Del Vecchio, 1982, pág. 321).

Aguiló dice que la metáfora de las fuentes se usa para determinar el origen de algo y que de igual manera se podría hacer para el origen del Derecho, “Las Fuentes son a las aguas que fluyen, lo que X es al derecho” (Aguiló Regla, 2015, pág. 1021), pero él mismo concluye “qué pueda entenderse por el «*origen del Derecho*» no es ni mucho menos claro. Como mínimo, el uso de la metáfora ha dado a tres tipos de *discursos o enfoques* diferentes. El primero, es un tipo *explicativo* que trata de presentar los fenómenos jurídicos como una especie dentro de los fenómenos sociales y que ha entendido la pregunta por el origen del Derecho en el sentido de las «*causas sociales*», que explican la génesis de los fenómenos jurídicos. El segundo, es un discurso de tipo *justificativo* donde, por origen, se entiende no las causas que explican, sino centralmente la «*fundamentación de la obligatoriedad*» del Derecho; ¿por qué obliga el derecho? ¿de dónde proviene su obligatoriedad? Aquí el derecho se presenta no tanto como una especie dentro de los fenómenos sociales, cuanto dentro de otros fenómenos prácticos, especialmente la moral. Y el tercer tipo de discurso, que podríamos llamar *sistemático*, ha tendido a afirmar el carácter autónomo de los fenómenos jurídicos; y así, frente a los otros dos discursos, ha venido a sostener

el origen jurídico de los fenómenos jurídicos. El derecho, según este enfoque, es un tipo de orden normativo que se autorregula: contiene normas jurídicas que regulan la producción de otras normas jurídicas” (Aguiló Regla, 2015, págs. 1021-1022).

El sistema de normas de derecho es un orden jurídico conformado por diferentes niveles de normas jurídicas, en la que la validez de cada una de ellas está, a su vez, determinada por otra norma superior de producción, lo que conlleva a una norma básica, configurada como el fundamento de validez suprema, la cual determina la unidad de esta relación de producción (Kelsen, Esencia y Valor de la Democracia, 1977, pág. 232).

Normalmente, el sentido de Norma es entendido como diferente a Fuente (Normas sustantivas o de Contenido que regulan el fondo de las situaciones jurídicas), pero es importante anotar que existen las Normas sobre producción jurídica (Normas sobre las Fuentes o formales), con plena capacidad para innovar establemente el ordenamiento jurídico y dar origen a otras, configurando así un ordenamiento jurídico jerarquizado, que supone una preordenación y, en algunos casos, de supraordenación, respecto de las Normas de Contenido. Son Normas instrumentales del sistema de reproducción del derecho, que le confieren criterios o principios que las configuran de validez, pues están determinadas por medio de un *procedimiento* y se establece su *competencia* que, a su vez, servirá de base para su control, «policía interna del Ordenamiento jurídico». La simbiosis entre estos dos tipos de Normas, es explicada más como una relación sobre principios con ordenación horizontal, que una de ordenación vertical. Por lo anterior, desde el “...esquema de la Teoría general del Derecho al Orden Constitucional, resulta que el estudio de la Reforma, desde la perspectiva de las Fuentes implica distinguir entre las Normas sobre (producción de) la Reforma y las Normas de Reforma o Reformas concretas realizadas conforme a las anteriores.” (De Cabo Martín, 2003, págs. 28-29). Las Normas sobre (producción de) la

Reforma son Normas Constitucionales, pero no Normas de Derecho, ni jurídicamente vinculantes, cuyo fin es definir un órgano o Poder específico encargado de la Reforma, y de naturaleza muy distinta, y de regular sus actos, cuya fuerza activa es capaz de imponerse a las Normas constitucionales. Concluye De Cabo “Y es que, aunque como Normas sobre producción no regulan contenidos, las Normas sobre la Reforma realizan una determinación del objeto de la Norma de Reforma, es decir, incluyen un aspecto que las configura como Regla de Competencia y no sólo de Procedimiento. De ahí que un análisis de las Normas sobre la Reforma deba incluir ambos aspectos: el de la Competencia y el del Procedimiento” (De Cabo Martín, 2003, pág. 30).

Cuando aquí se habla de Competencia, entendida como un criterio de atribución, aunque no siempre para resolver, por sí mismo, conflictos normativos (Balaguer Callejón, Fuentes del Derecho, 1991, pág. 149), se está haciendo referencia al ámbito posible que tienen las Normas sobre la Reforma, lo que, a su vez, conlleva a hablar de Límites que pueden ser vistos desde una perspectiva *subjetiva*, cuando la existencia de esos límites se deduce de los sujetos u órganos encargados de esa competencia y, desde una perspectiva *objetiva* cuando ellos “se entiende que derivan de exigencias bien del propio Ordenamiento constitucional, bien de exigencias o circunstancias que condicionan o «sitúan» a ese Ordenamiento (con la clara advertencia de que se trata de aspectos interrelacionados que sólo a efectos expositivos pueden separarse)” (De Cabo Martín, 2003, pág. 30).

Los Límites *subjetivos* no serán tratados aquí, pero ellos hablan de los sujetos u órganos encargados de la Reforma (De Cabo Martín, 2003, págs. 30-40) y que, como lo expone De Vega “el problema a resolver no es otro que el de cómo compaginar el dogma indiscutible de la soberanía popular con esa otra emergente soberanía de la Constitución y del Derecho, conectada

directamente con el entendimiento de la Constitución como ley suprema” (De Vega, 1985, pág. 22).

Las normas generales que *regulan la organización y el proceder* de los organismos de las entidades judiciales y administrativas, tales como los códigos de procedimiento civil, penal y administrativo, son denominadas derecho de forma, mientras que las normas generales que *determinan el contenido* de los actos judiciales y administrativos, tales como el derecho civil, penal y administrativo, se denominan derecho de fondo, las cuales deben y tienen que trabajar simultáneamente para que un enunciado jurídico sea descrito correctamente (Kelsen, Esencia y Valor de la Democracia, 1977, pág. 241).

Se ha manifestado permanentemente que el pueblo, como conglomerado, es soberano, tal como lo manifestaba Rousseau, y es quien detenta el poder superior y el que toma las decisiones colectivas, generalmente, a través de órganos delegados – una democracia representativa –, quienes deben aceptar las limitaciones propias, durante el ejercicio de ese poder, a su marco normativo. A partir de este momento, cuando son elegidos los representantes del gobierno democrático, es cuando empiezan las dificultades entre los gobernantes y los gobernados, ya que aquellos adquieren la capacidad de las decisiones colectivas, pero decisiones que deben estar sujetas a unos límites establecidos para el ejercicio de esos órganos delegados, que deberán, así, quedar sometidos a la materialización del pueblo como poder soberano, en su calidad de constituyente primario.

Es claro que existe, en cada Constitución, un núcleo que debe ser respetado, no modificado, y, por tanto, no disponible para el poder de reforma. Esa indisponibilidad la establecen unos límites implícitos en la Constitución, referente al régimen político instaurado por ella, su núcleo, que,

infortunadamente, al no ser explícitos, y debido a las mutabilidad de las posiciones ideológicas en el tiempo, presentan diversidad de criterios para determinar qué se determina como tal.

Establecer límites al proceder humano siempre ha sido una preocupación, que en ocasiones se confunde con la noción de orden y están presentes en todos los ámbitos desarrollados por el ser humano: política, economía, moral y, obviamente, en el derecho. Cada uno de estos ámbitos del desarrollo humano, ha venido adquiriendo su propia autonomía y se han venido diferenciando, adquiriendo su propia identidad. Ese proceso de diferenciación progresiva, especialmente en el ámbito jurídico, se encuentra en proceso y es ahí donde se requiere el límite de lo posible, para poder culminarlo. Es por eso que se deberá hacer un ejercicio científico-jurídico de los presupuestos teóricos – límites establecidos en la Constitución presentes en la Constitución, tanto de manera implícita, como de manera explícita – para que la normación jurídico-constitucional pueda ser plasmada en el texto Constitucional.

Así presentado, no queda otro camino que tratar de establecer aquello considerado indisponible para el poder de reforma y luego vincularlo con el fundamento político de la Constitución. Este poder de reforma, claramente limitado en su ejercicio para que cumpla válidamente su proceso, debe respetar criterios muy bien definidos y expresamente establecidos por el Poder Constituyente, poder aquel que se concluye limitado, muy al contrario del Poder Constituyente, considerado ilimitado.

Para Lucas Verdú existen tres elementos que caracterizan el límite a la reforma (Lucas Verdú, 1974, pág. 367 y ss):

- El techo ideológico, en el que se consideran los Derechos Fundamentales, la forma de Gobierno, la separación de poderes, el Estado de Derecho y el principio democrático: Los Derechos Fundamentales son considerados por la jurisprudencia como límites al

poder de reforma y la vulneración del Estado de Derecho, donde la separación de poderes es una garantía esencial, quebranta el Estado de Derecho y el principio democrático.

- La forma de Estado: Se imposibilita su cambio mediante una simple reforma de la Constitución, por ejemplo, de un Estado federal o unitario a una Confederación de Estado o viceversa.
- La estructura social: aplica para las Constituciones socialistas donde sólo existe una clase social, mientras que para otro tipo de Constituciones es indiferente y, por lo tanto, no aplica como límite a la reforma.

De los límites en la reforma constitucional puede decirse que son proposiciones deónticas, que se extraen del ordenamiento constitucional establecido, de manera prohibitiva o prescriptiva, al conocimiento del sistema; pero no se presuponen, sino que se recalca su existencia jurídica, expresamente determinada en la Constitución o derivada de la misma, por medio de una interpretación coherente, basada en la parte dogmática de la Constitución.

Naranjo explica, se presentan dos sentidos en el concepto de Constitución: cuando se entiende desde el punto de vista de las reglas que contiene, caso en el cual se habla de *definición material* de Constitución o de Constitución en sentido material, mientras que cuando se refiere a las formalidades que revisten elaboración y modificación de las reglas, se habla de *definición formal* o de Constitución en sentido formal (Naranjo Mesa, pág. 322) y aclara, Constitución en *sentido material* puede entenderse como “el conjunto de reglas fundamentales relativas a la organización y a la actividad del Estado. Lo que se toma en consideración aquí es el contenido, la materia misma de la Constitución” (Naranjo Mesa, 2000, pág. 322), y, añade que en *sentido formal*, “puede entenderse por Constitución el documento que reglamenta el funcionamiento de las instituciones

políticas, cuya elaboración o modificación no puede hacerse sino mediante el cumplimiento de ciertas formalidades especiales y a través de un procedimiento diferente al establecido por las reglas de derecho”. (Naranjo Mesa, pág. 322)

Estos dos tipos de conceptos son los pilares de la Constitución y, en su orden, se les denomina “*parte dogmática*” y “*parte orgánica*” y, casi siempre, son complementados con un *Preámbulo*, donde solemnemente se establecen los principios que la inspiran, y por una “*cláusula de reforma*”, donde queda normado el procedimiento para eventuales modificaciones de la Constitución.

2) Límites formales

Son definidos como normas que regulan el procedimiento de formación de la ley para que ella prospere, de modo que el órgano legislativo no pueda legislar si no lo hace de conformidad al procedimiento establecido por la Constitución y respetando los requisitos objetivamente establecidos en ella. Estas conformidades, incluso, se establecen para que en el futuro puedan ser revisadas en el modo en que un objeto se regula mas no así en el objeto de futuras leyes.

Este procedimiento puede ser regulado de la siguiente manera (Guastini, 2003, pág. 49):

1.1. Directamente, mediante órdenes y prohibiciones dirigidas al legislador

1.2. Indirectamente, en virtud de la combinación de dos tipos de normas:

1.2.1. Las normas con las cuales la Constitución regula inmediatamente ciertos supuestos de hecho, como cuando se confieren a los ciudadanos derechos subjetivos.

1.2.2. Las normas con las cuales la Constitución establece su propia superioridad jerárquica respecto a la ley.

Lo anterior hace que el procedimiento de producción de normas por medio de la reforma constitucional se haga mediante un procedimiento muy especial, cuidadosamente regulado, cuyo carácter de norma superior le impida ser modificada por una ley. Esta norma, además,

deberá ser estudiada por jueces u organismos especiales, de tal manera que anulen aquellas que sean contrarias a la Constitución.

3) Límites Materiales

El ordenamiento constitucional puede normar de modo directo sobre expectativas o sobre la forma en que otros sujetos normadores han de realizar una regulación garantista (distinguiéndose de lo que tradicionalmente se ha llamado parte dogmática y parte orgánica de la Constitución, pero ambas con idéntico valor normativo).

Los límites materiales a la reforma constitucional son normas jurídicas cuyo contenido es un mandato o una prohibición, relativo a la normativización de expectativas a través de la reforma constitucional; en otras palabras, son normas que evidencian el ajuste estructural que la Constitución realiza de su apertura cognitiva en virtud de su «positividad»² y «autorreferencialidad»³. Por tanto, los límites materiales, al igual que las demás normas sobre la reforma constitucional, constituyen una consecuencia estructural del sistema, pues comparten con ellas la naturaleza de norma constitucional y se integran, en la forma constitucional, con la función de articular la diferenciación del sistema jurídico.

Recuérdese que tanto el ordenamiento jurídico como la Constitución son congruentes en su génesis, sólo si se liberan de preconcepciones lógicas, políticas o morales y se revisten de una naturaleza axiomático-científica, por lo cual, de allí se desprende, que el problema de los límites materiales en la reforma constitucional, debe ser entendido desde una óptica formal-funcional de

² Entendida como una condición funcional para la existencia diferenciada del sistema jurídico que expresa su apertura cognitiva mediante la existencia real de actos subjetivos que dan lugar a las normas jurídicas, la institucionalización de la posibilidad autorreferencial de cambio de aquellas operaciones comunicativas del sistema jurídico, y, finalmente, la inserción eficaz de éstas en el medio social que rodea el sistema.

³ Condición funcional para la existencia diferenciada del sistema jurídico que expresa su clausura operativa mediante la construcción del sistema a partir de estructuras comunicativas derivadas las unas de las otras. Conlleva la existencia de un código binario y expresa la autopoiesis del sistema jurídico.

Constitución y en la que debe primar el respeto por lo allí establecido, con una interpretación dogmática adecuada a su función dentro del ordenamiento jurídico.

¿Qué distingue a las normas que contienen límites materiales de reforma de la constitución de las demás normas jurídicas? La respuesta puede encontrarse en la proposición deóntica restrictiva, tanto de la «positividad» como de la «autorreferencialidad» dentro de ese subsistema social en el que se diferencia su funcionamiento y su estructura por el uso de la fuerza para hacer respetar las expectativas normativas – sistema jurídico –, que prohíbe la supresión, la sustitución y la modificación de postulados constitucionales o, de ser requerido, signarlos como inalterables a perpetuidad. Esta proposición lo que quiere decir es que aquellas expectativas tendientes de normativización por el límite material no se juridicen, aunque puedan ser generadas socialmente y normadas, pero por fuera de los linderos del límite material a la reforma constitucional. Claro, debe entenderse que todas las normas constitucionales que condicionan materialmente la validez de normas inferiores, que son en un sentido genérico límite, son diferentes de aquellas otras, cuando se afirma que hay normas cuya función es cancelar cognitivamente la capacidad constituyente del sistema, para permearse por el medio, y cuya tarea es encomendada a los límites materiales, a través de imperativos y prohibitivos enunciados normativos, cuyo objetivo sea impedir la modificación en sentido amplio – entendida como sustitución, supresión o alteración del conjunto de normas en que concreta – de determinados contenidos constitucionales.

4) Límites Implícitos

La concepción de los límites implícitos aparece en el momento que se establece el concepto político de Constitución por parte de la burguesía y en la que, para su existencia, se requería de dos postulados (Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, art. 16, 1789):

- Garantizar los derechos del hombre, y

- La separación de los poderes establecidos.

Así establecido, estos postulados resultaban barreras infranqueables en la concepción de Constitución para ese momento.

Pero fue Emmanuel Kant quien estableció la concepción político – burguesa en que el Estado civil, como Estado jurídico, es entendido como un Estado de derecho, cimentado sobre otros tres principios *a priori*:

- La libertad de todo miembro de la sociedad como ser humano.
- La igualdad del mismo respecto a todos los demás como súbdito
- La independencia de todo miembro de una comunidad como ciudadano

De estos postulados se desprende que el sentido y la finalidad del Estado burgués de derecho no es la potencia y brillo del Estado – de acuerdo con la justificación que ofrece Montesquieu en su teoría de la división de poderes y en la que su principal objetivo es la gloria del Estado⁴ – sino el de la preponderancia de la libertad, sobre la gloria del Estado, y la protección de los ciudadanos frente el abuso del poder público, es decir, se trata de organizar las tensiones entre la sociedad y el Estado y es por eso que se dice que la Constitución político – burguesa es negativa y negadora de la organización política estatal.

En resumen, la concepción absolutista plantea que “toda la vida política y social se ordena en torno al concepto de Estado”, en donde su objetivo primordial es la *gloria* del Estado, mientras que en “la estimativa burguesa de lo político lo que interesa es la organización libre de la sociedad, al margen de cualquier acción e incidencia estatal” (De Vega, 1985, pág. 270), estableciendo el

⁴ Se trata de la frase del *Esprit des lois*, lib. XI, caps. 5 y 7: «Unas Constituciones tienen como objeto y fin inmediatos la gloria del Estado (la *gloire de l'état*), otras, la libertad política de los ciudadanos.» Con esto se establece la distinción fundamental entre Libertad y Poder, *liberté* y *gloire*.

modo y el carácter de su realización y en la que su finalidad, su *telos*, no es la *gloria* sino la *libertad*, lo que implica que para entender este concepto de Constitución, es preponderante distinguir entre Estado y sociedad y resaltar la supremacía de ésta sobre aquella: La Constitución se concibe más como un sistema de protección de la sociedad que como sistema de organización del Estado (Schmitt, 1996, pág. 62).

Pero los tiempos cambian y la praxis social indica que ahora es una sociedad desigual, injusta y engañosa, donde, obviamente, se derrumba la concepción burguesa de Constitución. Ahora se exigen derechos inviolables, libertad, igualdad e independencia de los individuos, por lo que se acepta la incapacidad de la sociedad para organizarse y el irrespeto al sistema de valores, tal como se proclamaba en la estimativa burguesa.

Ahora la concepción de la idea política de Constitución cambia y se concibe como la integración del Estado, ya no como marginado en el proceso político, sino como protagonista activo que propone soluciones a las nuevas exigencias e imperativos sociales.

Los derechos y deberes, en la anterior concepción política – jurídica, se defendían y proclamaban en el campo abstracto de los principios, aunque mantienen su carácter de valores intocables legalmente, eran reconocidos y considerados como valores en el plano de la legitimidad, pero ahora, con el devenir de los tiempos y las nuevas circunstancias socio – políticas, para su efectiva organización, son considerados objeto de regulación y control estatal, es decir, se organizan jurídicamente, con lo que se materializan y ganan en eficacia, aunque pierden su carácter de derechos absolutos e indiscutibles, por lo que a algunos se les seguirá considerando inviolables, mientras que a otros no, lo que conlleva obligatoriamente, a establecer en ellos unas limitaciones, que en virtud de una solidaridad entre los distintos derechos, permitirá la proclamación universal de los valores esenciales.

Queda claro así que los derechos, por principio, no son intocables y que la separación de poderes no puede ser entendida de manera radical, por lo que los límites implícitos a la reforma, entendidos “en cuanto suponen el establecimiento de zonas a la discusión política y al poder de revisión” (De Vega, 1985, pág. 273), sencillamente sería una tarea sin fundamento.

Concluyendo, la definición de esos límites implícitos, que anteriormente tenían como fundamento los dos postulados, al inicio mencionados, hoy se tienen que fundamentar en cómo hoy se define y legitima el concepto político de Constitución:

- Principio jurídico de supremacía de la Constitución de donde se derivan *los límites implícitos formales*, y
- Principio político de Soberanía popular del que emanan, en conexión solidaria con los demás derechos fundamentales, los *límites implícitos materiales*.

3. 1. Límites implícitos formales

El Estado tiene una existencia irrefragable, que impide desconocerlo y prescindir de él, por lo que se hace perentoria su intervención como adalid de la libertad, pero bajo los designios ineludibles de la ley.

“La Constitución se configura, ante todo, como *lex superior*, cuya misión no es otra que la de hacer efectivo y real en la historia el gobierno de las leyes, frente al siempre despótico y arbitrario gobierno de los hombres” (De Vega, 1985, pág. 275).

La supremacía de la Constitución, entendida como ley suprema, se configura como un presupuesto ideológico irrenunciable, esencial en la noción y el concepto político de Constitución, pero haciendo la salvedad inquebrantable, que una auténtica norma Constitucional debe consagrar, dentro de su texto, el principio de rigidez, presupuesto técnico jurídico y principio político fundamental e indiscutible, *per se* inmodificable y no

susceptible de revisión, lo que implica el reconocimiento de la existencia de los límites implícitos formales a la revisión constitucional (De Vega, 1985, pág. 277).

El poder de reforma, *per se* limitado, se fundamenta en la propia Constitución, pero sería un contrasentido modificar las normas que regulan el procedimiento de reforma y convertir una Constitución rígida en flexible, por lo que no pocos autores “consideran irreformables y auténticas normas de intangibilidad, implícitas en la lógica de un ordenamiento constitucional, a las normas de procedimiento” (De Vega, 1985, pág. 277). En un juicioso análisis, Adolf Merkl empieza suponiendo la existencia de una norma superior que habilita, formal y materialmente, las posibilidades y condiciones de actuación de otras normas de inferior categoría, de manera tal que queden revestidas de validez y eficacia. Es decir, cada una de estas normas encuentra su validez en una norma superior, pero aclarando que la derogación de cada una de ellas, depende específicamente de una norma de derogación (Derogationsnorm), superior en jerarquía a la que deroga. Así que, como potencialidad abstracta, es presumible que la Derogationsnorm de todo el ordenamiento se encuentre en la Constitución, por lo cual surge el interrogante de si la Derogationsnorm siempre será, jerárquicamente, superior a la que deroga, ya que puede darse el caso en que se trate de modificar o derogar preceptos de la Constitución, ésta catalogada como norma fundamental del ordenamiento. Su respuesta se da en dos sentidos posibles (De Vega, 1985, pág. 278):

- La Constitución, como norma suprema, no tiene norma superior, incluida la Derogationsnorm, así que la modificación o derogación de alguno de sus preceptos no podría sostenerse jurídicamente.

- Si dentro de la Constitución se contemplan las Derogationsnorm, como preceptos investidos de mayor jerarquía que las demás normas, resulta explicable, en términos jurídicos, la modificación o reforma del resto de las normas.

Obviamente, Merkl acoge la segunda respuesta y concluye “porque las normas de procedimiento constituyen la Derogationsnorm de los demás preceptos constitucionales, y porque en la jerarquía normativa no es hacedero encontrar una norma superior que, a su vez, sirviera de fundamento para derogar los preceptos en que se regula el procedimiento de reforma, la lógica jurídica impone que las normas de procedimiento sean consideradas inmodificables e intangibles” (De Vega, 1985, pág. 279).

Así que “las normas de procedimiento de reforma, que no obtienen su validez de una norma superior, y, por consiguiente, no pueden ser modificadas por una autoridad más elevada, tampoco podrían reformarse por la autoridad que las mismas confieren al poder de reforma. La conclusión es evidente «la norma básica de un sistema de derecho – esto es, el procedimiento de reforma – es inmodificable mediante un procedimiento jurídico ». Cualquier intento de modificación de esa norma básica se podrá explicar, en términos políticos, como un acto del poder constituyente, pero en ningún caso, como un acto del poder de revisión” (De Vega, 1985, pág. 281)

3.2.Límites implícitos materiales

Como se acaba de exponer, una norma Constitucional rígida reconoce la existencia de unos límites implícitos formales a la revisión constitucional, pero la lógica de la legalidad exige que también existan los límites implícitos materiales, ya que sin ellos se podría perder la concepción de la idea política de la Constitución, de la que se desprenden las soluciones a las exigencias e imperativos sociales.

Los principios y valores legitimadores del ordenamiento constitucional, si bien podrían estar expresamente definidos en la Constitución o apenas presentados como supuestos indiscutibles de la ideología social imperante, evidentemente tienen el carácter de límites implícitos materiales y, por lo tanto, no susceptibles de modificación o revisión por el poder de reforma, toda vez que, de hacerlo, se estaría cambiando la esencia del Estado constitucional, despropósito jurídico, toda vez que este poder sólo lo tiene el poder constituyente: “porque toda Constitución se identifica con un régimen político determinado y con una forma política que materialmente define, y socialmente legitima, el ordenamiento legal, es claro que cualquier intento de modificación de los valores básicos que componen la fórmula política, a través del mecanismo de reforma, implicaría no la simple sustitución de unos artículos por otros, sino la creación de un régimen político diferente y el establecimiento de un nuevo sistema constitucional” (De Vega, 1985, pág. 285).

Sin embargo, aunque es clara la existencia de los límites implícitos materiales, su clasificación o descripción detallada, a diferencia de los límites implícitos formales que están perfectamente delimitados, no es tarea fácil por la disparidad de criterios e interpretaciones entre quienes tienen que realizar esa difícil tarea, ya que en ella inciden factores que son propios de circunstancias políticas, históricas y sociales en cada Estado, por lo que, si para un Estado un supuesto es un elemento esencial, para otro podría no serlo.

El principio de la soberanía popular, sin embargo, está definido como el primero y más claro límite implícito material, aunque no el único (De Vega, 1985, pág. 288), que sirve

de base para deducir los otros supuestos contenidos en el ordenamiento constitucional, que han de ser definidos como límites implícitos materiales.

5) El control judicial constitucional

Una vez señalados los límites del Poder Constituido en la reforma constitucional en pro de estabilizar y garantizar la Constitución, existe un órgano importante, Tribunal Constitucional, quien tiene la función de controlar y de defender la Carta Política de las actuaciones de los diferentes participantes en su reforma.

En este orden de ideas, Manuel Fernando Quinche Ramírez define el control Constitucional como “el conjunto de mecanismos implementados a efectos de lograr la defensa de la Constitución. En este sentido, dicho control se materializa en los diversos aparatos, mecanismo, instrumentos y procedimientos, cuya función principal es, se insiste, la defensa de la Constitución Política” (Quinche Ramírez, 2012, pág. 515).

Y acorde con lo anterior, Ferrajoli precisa que el control constitucional es función de la jurisdicción constitucional, labor de los jueces, pero que se debe mantener separada de la actividad legislativa. Su deber es, declarar las normas inconstitucionales cuando se presenta una antinomia, entre la ley y la Constitución, o reinterpretar las normas a la luz de la Constitución, cuando esta no es clara. De este modo, cuando una norma es conforme con la constitucionalidad, reactiva el principio *verita non auctoritas facit iudicium*, en el entendido que la norma es válida y que su aplicación es activa en la actividad jurisdiccional (Ferrajoli, Prieto Sanchís, Gascón Abellán, & García Figueroa, 2009, págs. 152-153).

Ahora bien, la Corte Constitucional Colombiana, en sentencia C-673 de 2001, define el control constitucional de una manera más amplia: es “...la intervención de la jurisdicción constitucional en la órbita de competencias del legislador, en aras de preservar los principios y valores

constitucionales. El principio democrático (art. 1 C.P.), el principio de la separación de las ramas del poder público y de colaboración armónica entre ellas (art. 113 inciso 2 C.P.) y el principio de primacía de los derechos inalienables de la persona (art. 5 C.P.) deben ser interpretados sistemáticamente y ponderados en concreto de forma que se respeten las competencias constitucionales tanto del legislador como de la Corte Constitucional” (Sentencia C-673 , 2001)

De acuerdo con las definiciones de Control Constitucional, mencionadas anteriormente, conviene subrayar que el Control puede diferir en cuanto las funciones de Constitucionalidad y las de Legalidad, teniendo en cuenta que estas son diferentes. Es así que, Louis Favoreau indica lo siguiente: en cuanto a la Constitucionalidad cumple dos funciones primordiales: “ser la «fuente de fuentes» y ser el vehículo de los valores esenciales o fundamentales”, esta última, como garante de las libertades y derechos fundamentales, cuya función le corresponde a los jueces, como se ha evidenciado en las Constituciones modernas⁵; mientras que la legalidad hace referencia a la Ley que hoy en día “no es más que una fuente entre muchas otras”, su objetivo es limitarse a dar cumplimiento a los mandatos de la Constitución, sin crear una nueva normativa constitucional (Favoreau, 2000, págs. 22-23)

En relación con la función de los jueces y juristas, en cuanto al deber ser, se limita a aplicar la ciencia jurídica, en un sentido práctico, para evidenciar aquellas inconsistencias dentro del establecimiento político – antinomias y lagunas – y no sólo como función en su sentido descriptivo y contemplativo, porque ellos “están constitucionalmente avocados, por así decirlo, reformadores de profesión, en el sentido de que se les confía no ya la conservación del derecho vigente como

⁵ “(...) en Francia, esto aparece de manera clara, y cada vez más, después de un cuarto de siglo, mediante la activación de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y del preámbulo de la Constitución de 1946; esto disminuye en parte los alcances de la fórmula del artículo 34 de la Constitución, según el cual la ley fija unas reglas relativas “a las garantías fundamentales acordadas a los ciudadanos para el ejercicio de las libertades públicas””. (Favoreau, 2000, pág. 23)

tal, sino el análisis y la crítica de los perfiles de inconstitucionalidad, a fin de promover la progresiva adecuación de su ser efectivo a su deber normativo” (Ferrajoli, Prieto Sanchís, Gascón Abellán, & García Figueroa, 2009, pág. 155).

En consonancia con lo anterior, Sir Edward Coke, 1610, en su cuarto pasaje de la sentencia del caso *Bonham*, el más célebre entre ellos, acota: “Y aparece en nuestros libros, que en muchos casos el common law controla las leyes del Parlamento, y a veces debe declararlas nulas, pues cuando una ley del Parlamento es contraria al Derecho común y la razón, contradictoria o imposible de ser cumplida, el common law debe tener autoridad sobre ella y declarar que tal ley es nula” (Fernández Segado, s.f., pág. 91). Lo que para algunos es entendido esta reflexión como la declaración de la teoría constitucional de la revisión judicial de la legislación que, según jueces y abogados, se convirtió, para la revisión judicial de la legislación, en la noción más importante como fuente individual. No es más que la diferenciación entre el Common Law – derecho común fundamental – y la Statutory Law – derecho legal ordinario – en la que los jueces sólo aplicaban disposiciones cuando esta última tenía el mismo sentido que la primera, pero dejaban de hacerlo cuando eran contrarias. Este sistema, fue implementado en los Estados Unidos, Constitución de 1787, donde se establecieron como dos principios fundamentales: “El Poder Judicial entenderá en todas las controversias, tanto de derecho escrito como de equidad, que surjan como consecuencia de esta Constitución, de las leyes de los Estados Unidos y de los tratados celebrados o que se celebren bajo su autoridad” (Constitución de los Estados Unidos de América, 1787, s.f., pág. 515), *Judicial Review*, y “Esta Constitución, y la leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar

de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado” (Constitución de los Estados Unidos de América, 1787, s.f., pág. 519)

Como se dijo en un principio, el sistema de control constitucional de la ley, es confiado a los jueces o tribunales, quienes tienen el deber de actuar de manera imparcial y ser vigilantes de la legalidad, no sólo para los casos entre particulares, sino también para los que atañen al Estado, por lo que también decide si el legislador actuó dentro de los parámetros de sus facultades constitucionales. (Naranjo Mesa, 2000, pág. 387)

En suma, un Tribunal puede realizar un análisis y determinar que, de manera simultánea, una ley y la Constitución son aplicables al caso, que, a su vez, podrían entrar en conflicto, por lo que la cuestión es ¿A cuál de las dos normativas se le debe dar aplicabilidad para resolver el caso?, lo cual es la esencia misma de la administración de justicia. Su solución, tras un concienzudo análisis, y acogido por las Constituciones escritas es “de que toda ley contraría a la Constitución es nula, y que los tribunales, así como los demás departamentos, están obligados por ese instrumento (Jaramillo P., García V., Rodríguez V., & Uprimny Y., 2018, pág. 476)

Corwin⁶ señala: “1. Que la Constitución obliga a los órganos del gobierno; 2. Que es la ley en el sentido de ser conocida y aplicada por las cortes; 3. Que la función de interpretar la ley corresponde exclusivamente a las cortes, de modo que sus interpretaciones de la Constitución como parte integrante de dicha ley permanente son, en todos los casos que llegan al ámbito de la competencia judicial, las únicas con autoridad, mientras que las de los demás departamentos son

⁶ Corwin, Edward Samuel, *The Doctrine of Judicial Review. Its legal and historical basis and other essays*, London, 1914, Princeton University Press, P. 26-27, Traducción libre del autor: “It is accordingly submitted that judicial review rest upon the following propositions and can upon no others: 1-That the constitution binds the organs of government; 2- That it is law in the sense of being known to and enforceable by the courts; 3- That the function of interpreting the standing law appertains to the courts alone, so that their interpretations of the constitution as part and parcel of such standing law are, in all cases coming within judicial cognizance, alone authoritative, while those of the other departments are mere expressions of opinión.

meras expresiones de opinión” (Corwin, 1914, págs. 26-27). Con relación a este último punto, el origen de la Jurisdicción constitucional “no es más que una consecuencia lógica de carácter normativo de la Constitución, brújula del proceso político y de la vida colectiva”. (Gómez Serrano, 2007, pág. 233)

Frente a las precisiones anteriores, es importante destacar que el control jurídico es necesario para la seguridad jurídica del ordenamiento, así lo resalta Aragón Réyes, puesto a que “Esa es la base en que descansa el Estado constitucional de Derecho y eso es lo que conduce a que, en realidad, todo Estado de Derecho verdadero sea un Estado «Jurisdiccional» de Derecho”, por lo tanto, el control jurisdiccional es ineludible “para el concepto y la existencia misma de la Constitución” (Aragón Réyes, 2002, pág. 172). En este mismo sentido, tiene como finalidad garantizar los derechos de los ciudadanos frente a las atribuciones del poder legislativo; de igual modo, sirve como contrapeso para equilibrar los dos poderes: legislativo y ejecutivo (Quinche Ramírez, Derecho Constitucional Colombiano de la Carta de 1991 y sus Reformas, 2012, pág. 485). De esta manera, la Constitución cumple la función de distribuir “las competencias normativas”, bajo el control de un juez constitucional y así evitar “toda tentación para el legislador de volver a ser maestro del juego”, debido a que se pueden presentar dos situaciones, por un lado la extralimitación de poder del legislador, afectando el poder constituyente, y por el otro, la restricción de su propia competencia (Favoreau, 2000, pág. 22)

Ahora bien, el control constitucional puede ser de dos maneras: la primera, control por vía de acción constitucional, donde un Tribunal, especializado u ordinario, examina a través de un procedimiento, la constitucionalidad de una ley, luego de lo cual tiene la potestad de declararla inconstitucional y esta queda anulada; En la segunda, control por vía de excepción, un juez analiza la aplicabilidad de una ley específica a una persona específica, luego que ésta la demanda por

considerar que se viola la constitución al aplicársele. En ese orden de ideas, el Juez determina si está bien fundada su inaplicabilidad, lo que se considerada como una intervención de manera incidental. Este último, aparece en Estados Unidos, donde los jueces tienen la facultad de vigilar la constitucionalidad de las leyes. Su creación se debe a la sentencia proferida por el juez John Marshall de la Corte Suprema, en el caso “Marbury vs Madison”, en el año 1803, donde omitió una ley federal, contraria a la Constitución de los Estados Unidos, en la que le confiere poder a la Corte Suprema, basado en la ley que establece los tribunales de justicia, para “expedir mandamientos en los casos comprendidos en los principios y costumbres del Derecho, dirigidos a cualquier tribunal o persona que ocupe un cargo bajo la autoridad de los Estados Unidos” (Jaramillo P., García V., Rodríguez V., & Uprimny Y., 2018, pág. 470). Este sistema se denomina “difuso” o control por vía de excepción, caracterizados porque sus fallos van dirigidos solamente a los particulares interesados en el caso específico, y cuyos efectos son llamados “*inter partes*”, situación diferente al efecto “*erga omnes*”, donde sus efectos van dirigidos al conglomerado general.

Por otra parte, en Austria, bajo la inspiración de Hans Kelsen, 1920, se crea el sistema de control constitucional “concentrado”, donde se encarga a un ente especializado, Tribunal o Corte Constitucional, para la vigilancia de la Constitución que ha tenido influencia en algunos países de Europa, tales como Italia en 1948; Alemania Federal en 1949; Chipre, Turquía, Yugoslavia, Portugal, Rumania, España y Finlandia, también en Irak, Egipto, Siria y países de América Latina, tales como Perú, Chile, Guatemala, Brasil y Costa Rica (Naranjo Mesa, 2000, pág. 391).

No obstante, en el Neoconstitucionalismo Europeo de posguerra, se abrió la posibilidad “de una jurisdicción difusa en el entramado institucional de un modelo de jurisdicción concentrada”, donde el juez ordinario no puede negarse en aplicar una ley, aunque en caso de duda, en cuanto a

su constitucionalidad, deberá contemplar el siguiente cuestionamiento para que el Tribunal Constitucional lo reconsidere y emita una sentencia para su anulación: 1. En primer lugar no se debe poner en tela de juicio la constitucionalidad de la ley; 2. No obstante, esa ley es desproporcionada y aleja a un principio o derecho fundamental importante; 3. Establecer la controversia de la ley y los principios o derechos que al parecer está siendo vulnerados; 4. Argumentar a partir de las reglas de ponderación; 5. Aplicar la norma constitucional triunfante para el caso concreto y desaplicar la ley. (Derecho y Democracia Constitucional, Una Discusión sobre Principia Iuris de Luigi Ferrajoli, 2010, pág. 273).

En cuanto a la actuación del Tribunal Constitucional, Hans Kelsen considera que puede llegar a convertirse en “representante de fuerzas políticas diametralmente distintas de las que se expresan en el parlamento”, es decir, puede ser un peligro para los órganos del Estado, en lo concerniente a establecer concepciones de valores, tales como justicia, libertad, igualdad, moralidad, etc., cuando no se encuentran definidas en la Constitución y que, como consecuencia, llegar a darse multiplicidad de definiciones, por lo que el Tribunal Constitucional podría oponerse a las concepciones creadas en el propio parlamento e, inclusive, en las mayorías de la población. De esta manera, para evitar estas contravenciones, es necesario que la Constitución sea lo más precisa posible en sus conceptos (La Garantía Jurisdiccional de la Constitución, 1974, pág. 503).

Por el contrario, Zagrebelsky manifiesta que no hay desplazamiento del poder a los jueces cuando las normas constitucionales son indeterminadas “no se abren impropriamente a la política, a la inspiración subjetiva, al libre albedrío del intérprete y, en cambio, le piden al juez enfrentarse con el derecho, no amputando su dimensión material. Que luego el modo de tratar el derecho material sea diferente de aquel de tratar el derecho legislativo; que el primero sea formalizable en procedimientos lógicos (la “técnica jurídica” desarrollada por el positivismo) y el segundo se deba

avalar de instrumentos culturales imposibles de formalizar; que el derecho legislativo pueda ser objeto de una “ciencia” mientras el derecho no legislativo solicite más bien “prudencia”, como conciencia del sentido de su tarea que se refleja en la interpretación: todo esto es sencillamente la consecuencia de la doble naturaleza del derecho, el derecho como forma de la fuerza (lex) y el derecho como sustancia (ius), entrelazadas a partir de una relación de razonable compatibilidad” (Zagrebelsky, s.f., pág. 7).

El sistema de control constitucional judicial en Colombia es MIXTO, en razón que es compartido: a) Control Concentrado: en cabeza de la Corte Constitucional Colombiana, quien es un órgano especializado y con jurisdicción autónoma e inspirado por el Tribunal Constitucional Europeo; b) Control difuso: los encargados son los jueces que administran justicia y su deber es la defensa de la Constitución, inspirado en el modelo Norteamericano.

En lo relacionado en las funciones de la Corte Constitucional están reguladas en el artículo 241 de la Constitución Política de Colombia, por ende, la acción de constitucionalidad cumple las siguientes características (Sáchica, 1994, págs. 120-121): a) Es pública, cualquier ciudadano puede ejercer la acción de constitucional; b) “Se dirige a los actos que tengan el carácter de leyes en sentido material y formal, porque dentro del sistema de la “jerarquía de normas”, las leyes son el grado inmediato a la norma constitucional, y solo estas derivan su validez directamente de su acuerdo con ella. Por esta razón, comprende también los actos del gobierno que tienen calidad, contenido y fuerza de verdaderas leyes, no en su origen y forma, sino por su generalidad y contenido; c) La competencia de revisar las acciones de constitucionales le corresponde a la Corte Constitucional; d) Las sentencias proferidas hacen tránsito a cosa juzgada; e) Las sentencias de constitucionalidad tienen efectos de erga omnes; f) Las sentencias que declaran la inconstitucionalidad solo operan hacia el futuro, no son retroactivas; g) Las sentencias sólo

declaran exequibilidad o inexecuibilidad, no anula o deroga la ley; g) La constitucionalidad no va siempre a la totalidad del articulado, sino lo que se encuentra inconstitucional en el texto; i) “La ley se presume constitucional mientras no haya sido declarada inexecutable”; j) La acción de inconstitucional le corresponde ejercerla es el ciudadano, la Corte no actúa de manera oficiosa; k) La Corte solo se limita en revisar los actos de acción de inconstitucionalidad demandadas; l) La acción de inconstitucionalidad no prescribe; m) Interviene el Procurador General en el trámite de demanda de inconstitucionalidad, quien puede realizar las revisiones de oficio en procura de la sociedad; n) “El ejercicio de esta acción no conduce a la formación de un verdadero litigio, puesto que no hay partes”; o) El conflicto entre la ley y la Constitución es puro derecho; p) “La norma acusada debe estar en vigencia”; q) “Mediante esta acción no puede exigirse responsabilidad del Estado para indemnizar perjuicios a quienes se consideren lesionados por aplicación de una ley declarada inexecutable”.

El control Constitucional Judicial en Colombia está clasificado de la siguiente manera:

- Control Constitucional ciudadano

De acuerdo con el numeral 6, del artículo 40 de la Carta Política, el Ciudadano tiene el derecho de “Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley”

- Control Constitucional del Ejecutivo

El Presidente de la República de Colombia tiene la facultad de objetar el proyecto de ley por inconstitucionalidad, de acuerdo con el inciso 3, del artículo 167 de la Constitución Política de Colombia. En caso que las Cámaras insistieren en la Constitucionalidad del proyecto, pasará a la Corte Constitucional para que se decida sobre su exequibilidad. El fallo de la Corte obliga al Presidente a sancionar la ley cuando es constitucional o, de lo contrario, se archivará el proyecto.

- Control Constitucional del Legislativo

Acorde con el artículo 114 de la Constitución Política, se contempla que “Corresponde al Congreso de la República reformar la Constitución, hacer las leyes y ejercer control político sobre el Gobierno y la administración”.

- Control Constitucional Judicial

El artículo 241 de la Constitución Política, dispone que “A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución ...”

De esta misma forma, artículo 43, de la Ley 270 de 1994, contempla que el Consejo de Estado ejerce control jurisdiccional de manera residual y, excepcionalmente, los jueces y corporaciones:

“El Consejo de Estado conoce de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional.

También ejercen jurisdicción constitucional, excepcionalmente, para cada caso concreto, los jueces y corporaciones que deban proferir las decisiones de tutela o resolver acciones o recursos previstos para la aplicación de los derechos constitucionales”.

Finalmente, SÁCHICA señala que “La naturaleza del control constitucional, como función que realiza la guarda de la integridad constitucional, y de la decisión implicada en esa norma, y la razón de que esa función esté encomendada a un organismo de la rama judicial, obedece a este criterio: las ramas ejecutiva y legislativa ejercen evidentemente funciones políticas; todas sus decisiones están impregnadas de un tinte político innegable; encomendar a cualquiera de estas ramas la salvaguarda de la Constitución, un acto eminentemente político, sería inconveniente” (SÁCHICA, 1994, págs. 118-119), por lo que el órgano encargado de la revisión debe estar revestido de poder jurídico y no político, con capacidad y potestad suficientes para definir, qué o cuál es el derecho aplicable: “Su función es la de aplicar el derecho, subordinándose a este en sus decisiones. Cuando

guarda y defiende la Constitución aparece más clara esa relación de subordinación a la voluntad del constituyente cuya decisión está tutelando” (Sáchica, 1994, págs. 118-119).

6) Límites al poder de reforma de la Constitución de 1991

Examinados los diferentes tipos de límites de reforma de la Constitución y que fueron desarrollados en la primera parte de este segundo capítulo, en este apartado se entra a estudiar cuáles son los límites al Poder de Reforma de la Constitución Política de 1991, partiendo de las disposiciones constitucionales, artículos 374 y 379, de la misma Carta Política.

Tal como fue mencionado en el primer capítulo, el artículo 374 de la Carta Política, consagra los mecanismos de reforma constitucional en Colombia: el Acto legislativo, la Asamblea Constituyente y el Referendo.

Ahora bien, en consonancia con lo anterior, el artículo 379 de la Carta Política expresa que “Los Actos Legislativos, la convocatoria a referendo, la consulta popular o el acto de convocación de la Asamblea Constituyente, sólo podrán ser declarados inconstitucionales cuando se violen los requisitos establecidos en el Título XIII”.

Así mismo, en sus numerales 1º y 2º del artículo 241, establece:

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

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

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

Según lo anterior, la Corte Constitucional tiene la discrecionalidad para revisar las reformas de la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación, pero pasa por alto la revisión material de la misma. De esta manera, surge la siguiente pregunta, ¿Cuáles son los límites del Congreso, La Asamblea Constituyente y el Pueblo para reformar la Constitución? La respuesta, de manera superficial, son los Límites Formales, según se desprende de la interpretación literal de los artículos 241, numeral 1º, y 379 de la Constitución, en donde se instituye que el Control Constitucional sólo se debe enmarcar por vicios de procedimientos en su formación.

Sin embargo, la Corte Constitucional en Sentencia C-551 de 2003 establece que la Constitución **tiene límites materiales implícitos en la reforma constitucional**, considerando que el artículo 374 de la Carta, donde se expresa que “La Constitución Política **podrá ser reformada** ...”, más no sustituida. De este modo, cuando el Congreso, en función de reforma de la Constitución, altera los elementos primordiales que determinan la identidad de la Carta, incurren en un cambio de la Constitución, lo cual extralimita su competencia, toda vez que esta función es reservada para el Constituyente Primario. Es por esto, que la Corte establece “los Juicios de Sustitución” que hace referencia a los “Límites Competenciales del poder de revisión”: “El poder de reforma, por ser un poder constituido, tiene límites materiales, pues la facultad de reformar la Constitución no contiene la posibilidad de derogarla, subvertirla o sustituirla en su integridad. Para saber si el poder de reforma, incluido el caso del referendo, incurrió en un vicio de competencia, el juez constitucional debe analizar si la Carta fue o no

sustituida por otra, para lo cual es necesario tener en cuenta los principios y valores que la Constitución contiene, y aquellos que surgen del bloque de constitucionalidad, no para revisar el contenido mismo de la reforma comparando un artículo del texto reformativo con una regla, norma o principio constitucional – lo cual equivaldría a ejercer un control material” (Sentencia C-551, 2003). Es de resaltar, que esta tesis planteada por la Corte es tomada de la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la India, donde establece que los Tribunales Constitucionales tienen la alternativa de examinar la parte material de las reformas Constitucionales, sin que existan “Cláusulas expresas de intangibilidad”⁷

En este mismo sentido, Rodríguez Gaona señala que el Congreso de la República de Colombia no debe (porque puede y lo hace permanentemente) reformar la Constitución para afectar su esencia, ya que esta es una facultad inherente al Poder Constituyente Originario, por lo que el poder de reforma, asignado a esta institución, tiene el deber de mantener la esencia central política de la Constitución. De igual manera, no tiene la facultad de “ampliar, disminuir o reemplazar” otra norma que cambie el “fundamento de su propia competencia reformadora” y que, como consecuencia de ello, tampoco tiene la facultad para utilizar este procedimiento de reforma constitucional para reescribirla (Rodríguez Gaona, Roberto, 2006, pág. 65).

⁷ Tomada en la Sentencia C-551 de 2003, la cual hace referencia lo siguiente: “ En efecto, el artículo 368 de la Constitución establece que el Parlamento puede modificar la Constitución si la reforma es aprobada por una mayoría calificada en el parlamento (2/3 partes de los asistentes, con la participación de la mayoría absoluta de los miembros). La única restricción explícita establecida por esa constitución es que si la reforma versa sobre la estructura federal del Estado indio, entonces deberá ser aprobada también por la mitad de las legislaturas de los Estados. En tal contexto, la Corte Suprema, en jurisprudencia reiterada, ha señalado que el poder de reforma no puede ser igualado al poder constituyente originario, por lo que se entiende que ese poder de reforma es limitado y debe preservar la constitución existente, adaptándola a los cambios históricos. El parlamento puede, según la Corte Suprema de India, revisar la Constitución siempre y cuando no afecte su “*estructura básica*”, pues la identidad esencial de la Carta debe ser preservada, a pesar de las reformas”. “ Los casos que fundaron la doctrina de la estructura básica como límite al poder de reforma son la sentencia *Golaknath v. Punjab* , de 1967, que formuló inicialmente la tesis del carácter limitado del poder de reforma y la sentencia *Kesavanand Bharati v. Kerala de 1973*, que *pecisó la doctrina al formular la noción de la estructura básica como límite al poder de reforma. Las aplicaciones más importantes de esa doctrina son la sentencia Indira Gandhi v. Raj Narain de 1975 y la sentencia Minerva Mills v India, en donde la Corte Suprema la aplicó para preservar la democracia India*”.

En contraste con lo anterior, Sierra Porto precisa que la Constitución Política de Colombia “no contiene ni cláusulas de intangibilidad, ni límites implícitos o inmanentes” (Sierra Porto, 1998, pág. 31), de forma tal, que se puede realizar cualquier reforma “sin importar su entidad, sobre cualquiera de los aspectos o materias que regula nuestra Constitución” (Sierra Porto, 1998, pág. 31), añadiendo que, podría “incluso llegar a reformar aspectos considerados como fundamentales, y esta posibilidad constitucional legitima la obediencia al Derecho” (Sierra Porto, 1998, pág. 31). De este modo, “los únicos límites que existen para lograr este cometido están en el respeto a los requisitos procedimentales”, que se encuentran fundados en el capítulo XIII de la Carta (Sierra Porto, 1998, pág. 31). Aclara su posición, afirmando que “El poder de reforma constitucional, competencia constitucional extraordinaria, sólo sometida al procedimiento constitucional, se le denomina poder constituyente constituido (amending power, pouvoir constituant institué, poder de reforma o de revisión de la Constitución). En la medida en que se trata de un poder de disposición sobre las normas constitucionales, que no tiene límites materiales es poder constituyente. Pero al ser producto del poder constituyente originario, ser Constitución, está caracterizado de tal forma que debe realizar su actividad dentro del marco procedimental previsto en la Constitución, por lo tanto sí tiene límites formales” (Sierra Porto, 1998, pág. 16).

Igualmente, la Corte Constitucional ha precisado en Sentencia C – 222 de 1997, “tanto los proyectos de ley como los de Acto Legislativo se llevan al Congreso de la República precisamente para que éste debata acerca de su contenido, examine en profundidad el alcance y los propósitos de la propuesta y adopte de manera autónoma su decisión, según lo que estime conveniente en la materia de la cual se ocupa. Por tanto, es inherente a la función legislativa, y a la constituyente derivada, en su caso, la atribución de modificar y aun suprimir, total o parcialmente, el texto sometido a la consideración de las cámaras” (Sentencia C - 222, 1997).

7) El control judicial meramente formal de los Actos Legislativos

El Congreso tiene la facultad de reformar la Constitución a través de Actos Legislativos, con sujeción a un procedimiento especial, determinado en el artículo 375 de la Constitución Política de Colombia, donde se establece que el proyecto del Acto Legislativo debe tramitarse en dos periodos ordinarios y consecutivos, en el primero de los cuales, debe ser aprobado por la mayoría de los asistentes y publicado por el gobierno, para que luego, en su segundo debate, deba ser aprobado por la mayoría de los miembros de cada cámara.

Ahora bien, aquí surge la pregunta, ¿qué se entiende por ACTO LEGISLATIVO? Para Roldan T, se entiende como Actos Legislativos “a los actos tendientes al ejercicio de la potestad del constituyente derivado, o sea a los actos encaminados a enmendar la Constitución” (Rodríguez Gaona, Roberto, 2006, pág. 61), pero SÁCHICA aclara que el “acto legislativo” no es “acto constituyente”, ni el poder de reforma de las normas constitucionales que compete al congreso es ejercicio del “poder constituyente” primario.

El Acto Legislativo es una competencia que viene emanada de la soberanía de la Nación y su actuación, como reforma constitucional, deber ser, mantener la constitución, no inferir “en cuanto a decisión sobre la existencia y bases del Estado”, para complementar las normas existentes o reformar las instrumentales, es decir, “revisa o enmienda normas protegidas por ese procedimiento especial con el cual quiso dar estabilidad”, por lo cual, su actuación debe estar subordinada a la Constitución y no puede suprimir al Poder Constituyente (Rodríguez Gaona, Roberto, 2006, pág. 86).

A pesar de que el Congreso tiene la facultad de reformar la Constitución, no garantiza defender o salvaguardar la Unidad Política, producto de la voluntad del Poder Constituyente Originario, por lo que Loewenstein se atreve a manifestar que el Parlamento, que ha expedido la

norma, no da certeza en ser un defensor de la Constitución: “Los conejos no son, generalmente, los guardianes más seguros de un jardín. No se puede esperar de la asamblea, o de la mayoría de sus miembros, que se corrija a sí misma” (Loewenstein, 1964, pág. 317).

En este orden de ideas, la competencia de la Corte Constitucional frente a las revisiones de los Actos Legislativos, son de frenos y no de contrapesos, teniendo en cuenta que las facultades enmarcadas en los numerales 1º y 2º, del Artículo 241 de la Carta Política son meramente formales, es decir, sólo por vicios de procedimiento en su formación. Es así, que en Sentencias C-753 de 1994, C-222 y C-387 de 1997, C-543 de 1998 y C-487 de 2002, la Corte Constitucional ha sido muy precisa en dar aplicabilidad a la Carta de manera literal, cuando se limita a revisar las demandas de inconstitucionalidad de reforma Constitucional, sobre vicios de procedimiento, pese a que su función principal, contenida en el artículo en el artículo 241, establece que “se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución”.

No obstante, es importante resaltar que la Corte Constitucional determinó que “No toda irregularidad en el trámite legislativo constituye un vicio de procedimiento, y en materia de actos legislativos se acude a criterios para establecer la diferencia (...)” (Sentencia C - 1040, 2005), frente a este punto se rige el principio de instrumentalidad de las formas, el cual desarrolla dos nociones: la primera “los trámites y los procedimientos son apenas los instrumentos de realización de las iniciativas del legislador”; la segunda “dichos trámites, en la medida en que son reglados, son a su vez la garantía de la realización del principio de legalidad y del principio democrático” (Quinche Ramírez, El Control de Constitucionalidad, 2013, pág. 77).

Respecto de las decisiones de la Corte en el control de revisión, es importante destacar que entre los años 1992 y 2002, mantuvo su criterio, en cuanto que el control constitucional, solamente estaba enfocado en el cumplimiento del trámite de procedimiento, basado en una interpretación

restrictiva. Dentro de ese periodo no hubo un impacto político que amenazara la alteración del ordenamiento jurídico, salvo en el año 1997, Acto Legislativo 01, según el cual, se autorizaba la extradición de nacionales.

Pero a partir del año 2002, en el Gobierno Presidencial de Álvaro Uribe Vélez, se presentaron varios proyectos de reforma a la Constitución del 1991, entre las cuales se encuentran la modificación de la tutela, el recorte al gasto público y, especialmente, la lucha contra la corrupción administrativa (Cajas Sarría M. , 2008, pág. 101), donde se reconsidera su postura en cuanto a la reforma constitucional y expresa que con base en los artículos 114 y 374 de la Constitución, el Congreso de la República SÓLO es competente para reformar la Constitución, es decir, no tiene la atribución para sustituirla o cambiarla. Así las cosas, la facultad del Congreso para reformar la Constitución ha tomado mayor relevancia, ya que se ha replanteado la interpretación de los numerales 1º y 2º del artículo 241, donde la Corte Constitucional ha cambiado de posición en relación con el control constitucional “sólo por vicios de procedimiento en su formación”, generando dos criterios:

1) “Una tesis exegética y restrictiva”, en la que la Corte Constitucional se limita a controlar el trámite de expedición del Acto Legislativo, específicamente en cuanto que se haya efectuado en debida forma el procedimiento especial, es decir, que haya surtido los debates correspondientes, las publicaciones de acuerdo con la Ley 5 de 1992 y las votaciones.

2) “Una tesis integral”, en la que el control de la Corte Constitucional no sólo se limita en observar el procedimiento especial, sino, además, en verificar “los vicios de competencia”, en donde se analiza que el Congreso no haya extralimitado su poder de reforma constitucional, al cambiar o sustituir la Constitución (Quinche Ramírez, Derecho Constitucional Colombiano de la Carta de 1991 y sus Reformas, 2012, pág. 457). Es así

que en Sentencia C- 551 de 2003, aclara su criterio acerca de los límites materiales sobre la reforma constitucional y establece “los Juicios de Sustitución” que hacen referencia a los “Límites competenciales del poder de revisión”.

No obstante, es importante resaltar que esta tesis también tiene su recuento en la historia Colombiana en el año de 1978 cuando la Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, dio aplicabilidad a **LA TEORÍA DE LOS VICIOS DE COMPETENCIA** en lo que revela lo siguiente:

a) Los actos reformativos de la constitución se asimila a las leyes ordinarias:

“Este es un poder creado por el Constituyente primario, del cual emana todo poder. Nace de la Constitución y, por eso, no es anterior ni superior a ella. La validez de su actuación deriva de su conformidad con las disposiciones de dicho estatuto. Es un poder constituido, constitucionalizado, aunque tenga capacidad para modificar la Constitución, dentro de las restricciones y por los modos que sus disposiciones establezcan. De consiguiente, para que el ejercicio de esta facultad reformativa tenga efectos válidos debe expresarse formalmente en actos legislativos, tramitados dentro de las condiciones especiales prescritas al Congreso en el artículo 218 del Estatuto Constitucional” (Gaceta Judicial de la Corte Suprema de Justicia, Jurisprudencia Constitucional, Tomo CLVII, Número 2397, 1978, pág. 99)

(...)

“Reformar la Constitución es actualizarla para su conservación y mantenimiento introduciendo las adecuaciones que los cambios de la realidad cultural, política, económica y social que pretende regular, requieren. Es, pues, ejercicio de poder constituyente, pero derivado, y como tal adicionado por los trazos y formas impuestos por el Constituyente primario, esto es, poder contenido por la Constitución. El acto legislativo, es ley, pero ley superior a la ordinaria.

Esas normas constitucionales forman el sector dominante y regulador de este orden de cuyo complejo normativo se diferencian por tener validez propia y original, fundada en la propia Constitución” (Gaceta Judicial de la Corte Suprema de Justicia, Jurisprudencia Constitucional, Tomo CLVII, Número 2397, 1978, pág. 100).

b) Límites del Congreso de reformar la Constitución:

“El Congreso, como destinatario del poder de reforma constitucional, derivado del Constituyente primario, tiene plena capacidad para expedir actos legislativos reformativos de la Constitución. Pero no puede reformarla para modificar el contenido y alcance de su propia competencia. Reformar la Constitución directamente no es lo mismo que instituir un órgano constituyente. Sólo el Constituyente primario puede crear ese cuerpo y atribuirle el poder de reforma. Atribuir competencias es de la esencia del poder Constituyente primario”. “(...) La competencia que se origina directamente en el Constituyente primario, con mayor fuerza que la competencia ordinaria, es improrrogable, tasada, medida, indelegable” (Gaceta Judicial de la Corte Suprema de Justicia, Jurisprudencia Constitucional, Tomo CLVII, Número 2397, 1978, pág. 106).

c) El control constitucional del contenido material no es absoluto:

“En términos absolutos, toda competencia se origina en el Constituyente primario que en ejercicio de la soberanía plena la adscribe a los poderes constituidos. Por ello se dijo en apartes anteriores que igualmente la incompetencia se causa en el contenido material de la norma que asigna la competencia. Esta se ejercita por el funcionario competente, que se puede exceder en su ejercicio. O se usurpa. Cuando la competencia se excede o se usurpa, el contenido material del acto jurídico que así se produce carece de toda validez. La razón no es otra que la incompetencia del órgano que la produjo. La bondad del contenido material del acto jurídico, se repite, no lo

redime del vicio de formación que entraña la incompetencia del funcionario que lo expide. El contenido material del acto sin la competencia del funcionario no existe, o existe simplemente de hecho. Lo propio ocurre con el procedimiento cuando quien lo utiliza carece de la competencia, o la excede, o la usurpa” (Gaceta Judicial de la Corte Suprema de Justicia, Jurisprudencia Constitucional, Tomo CLVII, Número 2397, 1978, pág. 106).

La Corte Constitucional construye la postura de *Límites Competenciales* a partir de una interpretación sistemática del numeral 1° del artículo 241, en armonía con el Título XIII, en particular del artículo 379 de la Constitución. Es de precisar que este criterio de interpretación “se ocupa de la relación de la norma a interpretar, con el resto de normas de la «vasta unidad» constituida por el sistema jurídico y, además, de la plenitud del derecho entendido, también en este caso, como sistema normativo” (Uprimny Yepes & Rodríguez Villabona, 2008, pág. 251). Sin embargo, este tipo de interpretación, frente a la postura de la Corte, no es congruente, debido a que para determinar los *límites de competencia*, deben identificarse los elementos que se introducen en la reforma propuesta, para luego compararlos con los de la Carta vigente, con lo cual se podría llegar a concluir si el Congreso, sustituyó o no la Constitución. Por tanto, no se estarían analizando los límites formales, sino los límites materiales implícitos, por lo que se deberían fijar los valores, principios y bloque de constitucionalidad, para que no se vean afectados por el nuevo texto. Por esta razón, Cajas Sarria dice que bajo estos parámetros, en realidad se estaría “realizando un control material a la reforma de la Carta vigente” (Cajas Sarria M. A., 2004, pág. 27)

Por lo anterior, frente a la actuación de la Corte en el control constitucional, puede inferirse que se extralimita en sus funciones, en cuanto a la revisión de las reformas constitucional, por cuanto la obliga a realizar un análisis de fondo al texto propuesto, en pro de defender la Carta vigente. En este sentido, Loewenstein indica “El control de la constitucionalidad es, esencialmente,

control político y cuando se impone frente a los otros detentadores del poder es en realidad una decisión política. Cuando los tribunales proclaman y ejercen su derecho de control dejan de ser menos órganos encargados de ejecutar la decisión política y se convierten por propio derecho en un detentador del poder semejante, cuando no superior, a los otros detentadores de poder instituidos” (Loewenstein, 1964, págs. 308-309).

Siguiendo los lineamientos anteriores, SÁCHICA dice que el control constitucional “tiene un evidente sentido político” (SÁCHICA, 1994, pág. 110), aún a pesar de estar sometido al imperio de la ley, y que su función principal es salvaguardar la jurisdicción formal. Consecuentemente, la jurisdicción constitucional debe actuar conforme a los límites establecidos en la Constitución, propendiendo por los derechos individuales y el núcleo esencial de la Carta Política, es decir “la defensa del orden de cosas existente en el régimen del Estado de derecho como forma jurídica organizada para una realidad social individualista” (SÁCHICA, 1994, pág. 110). En este orden de ideas “el juicio de constitucionalidad es jurídico; su materia y efectos son, inevitablemente, políticos” (SÁCHICA, 1994, pág. 110).

8) Juicio de sustitución constitucional (línea jurisprudencial)

A continuación se analizarán las Sentencias C-551 y C-1200 de 2003, C-970 y C-971 de 2004, C-1040 de 2005, C-588 de 2009, C141, C-303 de 2010, las cuales se sitúan en el periodo comprendido entre los años 2003 y 2010, espacio de tiempo en el que se ha destacado la doctrina del Juicio de Sustitución Constitucional:

- a.* Con la Constitución de 1991, la doctrina del juicio de sustitución se relaciona con la jurisprudencia constitucional, **Sentencia C-551 de 2003** (Sentencia C-551, 2003):

Allí, la Corte sentó su posición en cuanto al límite de reforma constitucional por falta de competencia, en la revisión de constitucionalidad de la Ley 796 de 2003, "**Por la cual se convoca**

un referendo y se somete a consideración del pueblo un proyecto de Reforma Constitucional". En su análisis, parte de la prioridad del Poder Constituyente frente al Poder Derivado, con base en la interpretación del artículo 374 de la Constitución Política de Colombia, establece que ésta ***“podrá ser reformada”***, más no sustituida, por otra Constitución. En este sentido, las autoridades que tienen esta atribución, están limitadas, teniendo en cuenta que no tienen la competencia para crear una nueva o alterar, entre otros, su esencia, sus principios y valores, puesto que esta facultad le corresponde meramente al poder Constituyente Originario.

Esta jurisprudencia hace énfasis a la sentencia C-544 de 1992, Magistrado Ponente, Alejandro Martínez Caballero, quien afirma que el poder constituyente deviene del pueblo y, a su vez, posee la facultad de ser *“poder soberano, absoluto, ilimitado, permanente, sin límites y sin control, pues sus actos son político-fundacionales y no jurídicos, y cuya validez se deriva de la propia voluntad política de la sociedad”* (Sentencia C - 544, 1992).

Por consiguiente, la Constitución de 1991 es obra de la manifestación del pueblo, a través de la Asamblea Nacional Constituyente:

“El acto de elaboración y de promulgación de la nueva Carta Política de 1991, es el resultado de la combinación armónica de distintos elementos y de varios procesos de orden político y jurídico que, aun cuando conforman un episodio sui generis en la historia constitucional colombiana y sin alterar la normalidad social ni económica de la Nación, permitieron la expresión originaria del poder Constituyente, dentro de cauces institucionales diseñados específicamente, con el fin de superar la crisis que presentaba el modelo de organización del Estado ante los embates del crimen organizado y ante la creciente deslegitimación de las reglas y de los eventos de la democracia representativa vigente” (Sentencia C - 544, 1992).

De lo cual se puede inferir que el Poder de reforma de la Constitución es emanado del Constituyente Derivado, quien tiene el Poder Constituido, pero quien NO tiene la facultad para derogarla o sustituirla, competencia que sólo está atribuida al Poder Constituyente Originario:

“Para saber si el poder de reforma, incluido el caso del referendo, incurrió en un vicio de competencia, el juez constitucional debe analizar si la Carta fue o no sustituida por otra, para lo cual es necesario tener en cuenta los principios y valores que la Constitución contiene, y aquellos que surgen del bloque de constitucionalidad, no para revisar el contenido mismo de la reforma comparando un artículo del texto reformatorio con una regla, norma o principio constitucional – lo cual equivaldría a ejercer un control material. Por ejemplo, no podría utilizarse el poder de reforma para sustituir el Estado social y democrático de derecho con forma republicana (CP art. 1°) por un Estado totalitario, por una dictadura o por una monarquía, pues ello implicaría que la Constitución de 1991 fue remplazada por otra diferente, aunque formalmente se haya recurrido al poder de reforma” (Sentencia C-551, 2003).

Como consecuencia de lo anterior, se afirma que la Corte Constitucional resalta la importancia de la Soberanía del Pueblo frente a la atribución del gobierno.

Por otra parte, la Corte resalta la diferencia entre reforma y quebrantamiento de la Constitución, en la que indica que, esta última, hace referencia a la modificación de la Norma Constitucional, alterando sus preceptos constitucionales, *“[...] por medio de la utilización ritual de los mecanismos de reforma constitucional. Y es que en ciertos casos, las autoridades recurren a las formas de la reforma constitucional, pero no para modificar, de manera general, las cláusulas constitucionales, sino exclusivamente para adoptar una decisión política singular y puntual, contraria a los preceptos constitucionales. Para determinar si existe o no ese quebrantamiento de la Carta, ciertos sectores de la doctrina han propuesto un “test de efectividad de la reforma”, que se realiza verificando si las*

normas constitucionales a reformar siguen siendo las mismas antes y después del referendo o de la reforma. Si las normas siguen siendo las mismas, entonces no ha existido reforma constitucional sino que se ha encubierto, con el ropaje de la reforma constitucional, una decisión política singular de tipo plebiscitario” (Sentencia C-551, 2003).

En síntesis, para determinar la falta de competencia del poder derivado, implica, para la Corte, realizar una revisión material de la reforma Constitucional para verificar que en el texto no se haya alterado sus principios y valores, teniendo en cuenta que esta competencia sólo le está atribuída al poder constituyente originario.

b. Sentencia C – 1200 de 2003, límites de competencia del Congreso para reformar la Constitución por medio de Actos Legislativos (Sentencia C - 1200, 2003):

De acuerdo con la acción de inconstitucionalidad, instaurada por dos ciudadanos, en contra de los artículos 4° transitorio y 5° (parcial), del Acto Legislativo No. 3 de 2002, los cuales reforman los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución Política, relacionadas con las funciones de la Fiscalía General de la Nación, la Corte reitera la Sentencia C-551 de 2003 y adiciona la diferencia entre reforma constitucional y sustitución, de la siguiente manera:

En el primer aspecto, la Corte es enfática en precisar que la soberanía reside en el Pueblo, con fundamento en el artículo 3 de la Constitución, y es quien tiene la discrecionalidad de crear la Constitución y NO, por el contrario, el Congreso de la Republica, la rama ejecutiva o la judicial, toda vez que éstas están subordinadas al Pueblo. Por lo tanto, se le ha dado la facultad de reformar la Constitución como acto de revisión:

“Así el acto de revisión de la Constitución es la expresión del poder constituido de revisión, no del poder soberano constituyente. Por eso, el acto de revisión está limitado por el acto constituyente; de lo contrario los órganos constituidos no estarían subordinados al soberano, y la

obra del constituyente fundador podría ser abolida o derogada por un órgano constituido en contra de la voluntad o decisión del pueblo soberano. En realidad, el poder de revisión no comprende la competencia de derogar o abolir la Constitución. Es un poder para reformarla (artículo 374 C.P.), no para sustituirla, destruirla o abolirla. Lo anterior no impide que el poder constituyente, stricto sensu, adopte una nueva constitución en sentido formal y material y la propia Carta no excluye esa posibilidad, al prever, como se dijo en la sentencia C-551 de 2003, “un procedimiento agravado de reforma que podría eventualmente permitir una sustitución jurídicamente válida de la Constitución vigente”, siempre que el pueblo soberano así lo decida expresamente” (Sentencia C - 1200, 2003).

En un segundo aspecto, el Poder Constituyente Originario no contempló en la Constitución de 1991, normas pétreas y principios de intangibilidad. Sin embargo, esa connotación de **intangibilidad**, denota tres elementos: *“la definición por el propio constituyente del criterio de intangibilidad, la enunciación constitucional de las normas intangibles y la interpretación expansiva o restrictiva de los textos de los cuales se deduce lo intangible por el juez constitucional”* (Sentencia C - 1200, 2003).

La intangibilidad es diferente a la insustitubilidad; la primera, impide modificar el eje central o fundamental de la Constitución, mientras que la segunda, más flexible, podría permitir cambiar la Constitución **so pretexto de reformarla**: *“Los principios fundamentales o definatorios de una Constitución son relevantes para establecer el perfil básico de dicha Constitución, pero no son intocables en sí mismos aisladamente considerados. De ahí que la intangibilidad represente una mayor rigidez de la Constitución que la insustitubilidad, así como la prohibición de sustituir la Constitución es un límite al poder de reforma que significa una mayor rigidez que la tesis de la equiparación del poder de reforma o revisión, que es una competencia atribuida a un órgano*

constituido, al poder constituyente soberano, que es inalienable y originario” (Sentencia C - 1200, 2003).

En un tercer aspecto, la Corte Constitucional enmarca la diferencia entre violación de la Constitución y sustitución de la Constitución. En la primera consiste en la contravención de una norma superior por una inferior, siendo que ésta está subordinada a la norma superior. Mientras que en la segunda, reemplaza o cambia la esencia del contenido de la Constitución, *“no hay contradicción entre una norma y otra sino transformación de una forma de organización política en otra opuesta” (Sentencia C - 1200, 2003).*

El cuarto aspecto, se enmarca en el método de control judicial de las reformas constitucionales, que no pueden asimilarse al método de control ordinario de fondo. El artículo 241 de la Constitución, le confía la salva guarda de la integridad y supremacía, de la misma, a la Corte Constitucional, asignándole funciones y tareas específicas, de la cual se desprende el siguiente dilema: *“El problema que afronta el juez constitucional es el de delinear un método para determinar cuándo se presenta una sustitución de la Constitución y, al mismo tiempo, evitar que al responder a esa pregunta termine efectuando un control de violación de la Constitución como el control de fondo ordinario que ejerce sobre las leyes inferiores a la Carta. No le corresponde a la Corte delinear dicho método en esta sentencia, sino tan solo indicar qué es lo que desfiguraría al control judicial de sustitución de la Constitución convirtiéndolo en un control judicial de fondo ordinario de la reforma, lo cual le está vedado al juez constitucional, como ya se anotó” (Sentencia C - 1200, 2003).*

La Corte Constitucional, se declaró inhibida para proferir fallo de fondo por ineptitud sustantiva de la demanda, al considerar que el accionante no demostró el vicio de procedimiento en la formación del Acto Legislativo, ni la falta de competencia, sino que lo que apuntaba era a la

revisión material de la acción, por vicios de fondo. Frente a esta consideración, sucede igual en las sentencias C-572 y C-888 de 2004; C-242 de 2005; C-181, C-472, C-740 y C-986 de 2006; C-153, C-178, C-180, C-2016 y C-293 de 2007.

Ahora bien, con respecto al segundo aspecto, la Corte realiza una diferencia entre intangibilidad e insustitubilidad de la Constitución y, de acuerdo con lo dicho, la intangibilidad prohíbe trastornar el núcleo de la Constitución, mientras que la insustitubilidad prohíbe alterar sus “principios fundamentales”, toda vez que ellos forman la base primordial y la esencia que define la Carta Política. En este sentido, se entiende que los principios y valores generales, que no son definitorios de la Constitución, podrían llegar a ser alterados. Con fundamento en la posición que toma esta Corporación, se marca una distinción con la Sentencia C-551 de 2003, teniendo en cuenta que la insustitubilidad abarca, en esta última, y de manera general, los valores y principios que contiene la Constitución y, a su vez, lo que deriva del bloque de constitucionalidad. También hay una diferencia en lo que respecta al poder constituyente originario y el poder constituyente derivado, dado que en la Sentencia C-551 de 2003, se le da relevancia al poder del pueblo como autoridad para reformar los valores y principios de la Constitución, posición que distorsiona en la Sentencia C-1200 de 2003, puesto que se amplían las facultades del Congreso, en el sentido que también tiene la atribución de tocar los valores y principios que no sean definitorios de la Constitución.

- c. Sentencias **C-970 y 971 de 2004**, atribuciones del Presidente de la República para expedir leyes:

En Sentencia C-970 de 2004, Demanda de inconstitucionalidad del artículo 4 transitorio del Acto Legislativo 03 de 2002, donde faculta al Presidente de la República para expedir las leyes, relacionadas con el funcionamiento del sistema penal acusatorio en caso que el Congreso no lo

haya expedido (Sentencia C - 970, 2004) y, en Sentencia C-971 de 2004, donde se ejerce la acción de inconstitucional contra el párrafo transitorio del artículo 3° del Acto Legislativo No. 01 de 3 de julio de 2003 y se acredita al Gobierno Nacional para expedir un decreto, con fuerza de ley, para la regulación de materias propias de una ley estatutaria, en materia electoral (Sentencia C - 971, 2004).

En esta Sentencia, la Corte establece tres premisas para determinar si existió juicio de sustitución por falta de competencia o si la autoridad que expidió el Acto de Legislativo tenía la atribución de reformar la constitución:

1. *“Como premisa mayor en el anterior análisis, es necesario enunciar aquellos aspectos definitorios de la identidad de la Constitución que se supone han sido sustituidos por el acto reformativo. Ello permite a la Corte establecer los parámetros normativos aplicables al examen de constitucionalidad del acto acusado.*
Se trata de un enunciado específico, que no se limita a plantear los aspectos que de manera general tiene una determinada institución en el constitucionalismo contemporáneo, sino la manera particular como un elemento definitorio ha sido configurado en la Constitución colombiana y que, por consiguiente, hace parte de su identidad.
2. *Procede luego el examen del acto acusado, para establecer cuál es su alcance jurídico, en relación con los elementos definitorios identificadores de la Constitución, a partir de las cuales se han aislado los parámetros normativos del control.*
3. *Al contrastar las anteriores premisas con el criterio de juzgamiento que se ha señalado por la Corte, esto es, la verificación de si la reforma reemplaza un elemento definitorio identificador de la Constitución por otro integralmente diferente, será posible determinar si se ha incurrido o no en un vicio de competencia”* (Sentencia C - 970, 2004).

Con fundamento en las premisas planteadas anteriormente, la Corte mantiene la posición de límites materiales de reforma a la Constitución, de acuerdo con los lineamientos establecidos en la Norma y recalca que el Poder Constituyente Derivado podría ser una amenaza, que podría permitir la sustitución de la Constitución. Para esta Corporación, es claro que la Constitución de 1991 no contempló cláusulas de intangibilidad, por lo que, de este modo, el órgano competente tiene la facultad de entrometerse con el contenido de la Carta, aunque no tenga el poder para sustituirla y reemplazarla con otro contenido que altere su núcleo esencial y, como consecuencia de ello, crear otra.

No obstante, no se podría determinar el concepto de sustitución en los casos en que se cambie la redacción de la norma por otro contenido, si no se altera la esencia de la misma: *“Serían eventos tales como aquellos que contengan una mera reorganización o sistematización de los textos constitucionales, o una reconceptualización o reformulación de los mismos, preservando los elementos definitorios esenciales”* (Sentencia C - 970, 2004).

Dicho esto, el Poder de reforma requiere que se adapte al contexto social o a la aprobación colectiva y, por consiguiente, según esta sentencia, no puede determinarse que sea una sustitución de la Constitución, sino una reforma, cuando se alteran sus principios fundamentales, caso que es diferente cuando toca algún elemento esencial que define la Constitución: *“Por esta razón, el concepto de sustitución de la Constitución no puede privar de contenido al poder de reforma constitucional. Si la Constitución es, por definición y en su sentido material, un cuerpo normativo que define la estructura esencial del Estado, los principios y valores fundamentales, las relaciones entre el Estado y la sociedad, los derechos y los deberes, resulta claro que un poder facultado para reformar la Constitución puede incidir sobre esos distintos componentes. De modo que la*

alteración de un principio fundamental no puede tenerse, per se, como sustitución de la Constitución, porque ese es, precisamente, el contenido del poder de reforma constitucional que, como tal, tiene capacidad para alterar principios fundamentales. Una cosa es alterar un principio fundamental y otra distinta sustituir un elemento definitorio de la identidad de la Constitución” (Sentencia C - 970, 2004).

Según esta Sentencia, la Corte Constitucional cambia de posición respecto a los Juicios de Sustitución, diferente a los criterios sentados en las Sentencias C- 551 de 2003 y C-1200 de 2003, aclarando que, en aquella, se defiende la competencia del Congreso para reformar la Constitución desde un criterio más amplio y, así mismo, define el concepto de sustitución con un criterio más restringido, en el sentido que se pueden reformar los principios fundamentales, sin acudir a la voluntad del Poder Constituyente Originario, sin cambiar el eje fundamental y la esencia de la Constitución.

En cuanto a la demanda de inconstitucionalidad, en Sentencia C-970 de 2004, la Corte considera que no hay sustitución de la norma, cuando se priva de estas funciones legislativas al Congreso de la República, relacionadas con leyes estatutarias, y se contempla una **excepción transitoria** al Presidente de la República, para que ejerza estas funciones legislativas, dado que se mantienen los elementos esenciales de la norma, es decir: el régimen político, la forma de organización política, el conjunto de valores y los principios políticos, que no pierden validez. De igual modo, el Congreso de la República tiene la atribución, hacia el futuro, de modificar o derogar las normas expedidas por el Poder Ejecutivo.

Adicionalmente, correlacionando la Sentencia C-970 de 2004, con la Sentencia C – 971 de 2004, se agrega que no hay sustitución al principio de separación de poderes, conectados con el principio democrático y el principio de reserva de ley, al facultar al Gobierno Nacional para

expedir el Decreto, con fuerza de ley, relacionado en materia electoral, en el caso en que el Congreso no lo expidiera dentro del tiempo determinado, teniendo en cuenta que es “una **excepción**, puntual, en condiciones armónicas con el principio de separación de poderes y el sistema de frenos y contrapesos que lo hacen efectivo” (Sentencia C - 971, 2004)

Pese a que en estas dos jurisprudencias se presentan alteraciones de los principios fundamentales, base de la esencia de la Constitución, la Corte considera que no hay Sustitución, por cuanto son excepciones transitorias.

- d.* Sentencia **C-1040 de 2005**, reelección presidencial (Sentencia C - 1040, 2005): Demanda de inconstitucionalidad contra el Acto Legislativo No. 02 de 2004, que hace referencia a la reelección presidencial.

Esta Sala continúa con la doctrina de la importancia de la competencia del Congreso, quien tiene la discrecionalidad de realizar modificaciones trascendentales a la Constitución, sin que implique Sustitución. Por consiguiente, defiende desde un punto de vista más amplio, la Reforma de la Constitución, pero eso sí, más restringido que el de la Sustitución: *“Advierte la Corte que el poder de reforma es muy amplio y comprende la adopción de modificaciones importantes e, inclusive, trascendentales. No es la importancia, ni son las implicaciones profundas de una reforma, lo que determina si ésta supone una sustitución de la Constitución. El fenómeno jurídico de la sustitución de la Constitución se presenta cuando un elemento definitorio de la esencia de la Constitución de 1991, en lugar de ser modificado, es reemplazado por uno opuesto o integralmente diferente. Así, después de la sustitución de la Carta, como es imposible reconocerla en su identidad básica, no cabe afirmar que la Constitución reformada sigue siendo la Carta de 1991. Al Congreso de la República le está vedado sustituir la Constitución, en forma total o parcial, permanente o transitoria. Por supuesto, le está prohibido reemplazar la Constitución de*

*1991 por una completamente nueva y diferente. Pero tampoco puede sustituir la Carta mediante un cambio parcial de tal magnitud que haga imposible, de manera permanente o **transitoria**, reconocer en la Constitución los elementos esenciales definatorios de su identidad originaria, lo cual no obsta para que el Congreso efectúe reformas importantes para adaptar la Carta a la evolución de la sociedad y responder a las expectativas de los ciudadanos” (Sentencia C - 1040, 2005).*

Dicho esto, se ratifican las Sentencias C - 970 y C - 971 de 2004. Sin embargo, esta Corte no comparte y aclara que está prohibido la Sustitución de la Constitución de manera **transitoria**, es decir, que un periodo de corto plazo suspenda las garantías y los controles típicos de un Estado Constitucional.

Por otra parte, esta Corte refuerza, con mayor profundidad, sobre la premisa mayor, donde se establece el elemento esencial de la identidad de la Constitución de 1991, para determinar si la reforma conllevó a la Sustitución de la Constitución, por otra distinta, para lo cual se establece tener en cuenta lo siguiente:

“(i) enunciar con suma claridad cuál es dicho elemento, (ii) señalar a partir de múltiples referentes normativos cuáles son sus especificidades en la Carta de 1991 y (iii) mostrar por qué es esencial y definatorio de la identidad de la Constitución integralmente considerada. Solo así se habrá precisado la premisa mayor del juicio de sustitución, lo cual es crucial para evitar caer en el subjetivismo judicial. Luego, se habrá de verificar si (iv) ese elemento esencial definatorio de la Constitución de 1991 es irreductible a un artículo de la Constitución, - para así evitar que éste sea transformado por la propia Corte en cláusula pétrea a partir de la cual efectúe un juicio de contradicción material- y si (v) la enunciación analítica de dicho elemento esencial definatorio no equivale a fijar límites

materiales intocables por el poder de reforma, para así evitar que el juicio derive en un control de violación de algo supuestamente intangible, lo cual no le compete a la Corte. Una vez cumplida esta carga argumentativa por la Corte, procede determinar si dicho elemento esencial definitorio ha sido (vi) reemplazado por otro –no simplemente modificado, afectado, vulnerado o contrariado- y (vii) si el nuevo elemento esencial definitorio es opuesto o integralmente diferente, al punto que resulte incompatible con los elementos definitorios de la identidad de la Constitución anterior” (Sentencia C - 1040, 2005).

Ahora bien, frente al caso de la Sentencia C-1040 de 2005, esta Corporación considera que en el primer cargo de inconstitucionalidad, no procede la Sustitubilidad y que, si bien, la relección inmediata del Presidente de la República tiene gran importancia para el Ordenamiento Jurídico, también lo es, que no se opone a los elementos esenciales que definen el Estado Social de Derecho, conectado con la dignidad humana, dado que el Pueblo tiene la potestad de elegir al Presidente. De este modo, se garantiza que las Instituciones y el control de vigilancia, conservan sus facultades y se mantiene el principio de separación de poderes y el sistema de frenos y contrapesos.

De igual forma, no atenta contra el principio de igualdad, por cuanto en la reforma se previeron reglas y garantías para que se mantenga el equilibrio electoral.

En cuanto al tercer cargo de inconstitucionalidad, este prospera, por cuanto la Corte consideró que hay Sustitución de la Norma, al darle la atribución al Consejo de Estado, de expedir una ley de garantías en el proceso electoral de la campaña presidencial, en caso que el Congreso no la efectuara dentro un plazo de tiempo determinado. Esta Corporación se aparta del precedente jurisprudencial, Sentencias C-970 y 971 de 2004, donde se facultó al Presidente

de la República, de manera temporal, para expedir leyes estatutarias, cuando el Congreso no las hubiere expedido.

Bajo este criterio, se afectan las bases de la Constitución, por cuanto *“introduce a la constitución un elemento que es integralmente diferente a los que definen la identidad de la Carta adoptada por la Asamblea Constituyente en representación del pueblo soberano en 1991”* (Sentencia C - 1040, 2005). Pese a que estas facultades eran transitorias, la delegación extraordinaria a otro órgano, diferente al Congreso de la República, la Constitución Política perdería, así, su supremacía, por cuanto no tendría los controles correspondientes.

e. Sentencia C – 153 de 2007, acción de inconstitucionalidad contra el Acto Legislativo 01 de 2005, por medio del cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política.

En esta jurisprudencia, la Corte reafirma que en el juicio de sustitución, de acuerdo con el mandato constitucional, no está permitido realizar el control judicial material. Igualmente, recalca la distinción entre la Reforma y la Sustitución constitucional, siendo que la primera puede contradecir principios constitucionales e inclusive llegar a derogarlos, pero lo que no puede suceder, es el cambio de la *“política fundamental”*, que determina la esencia de la Constitución: *“La Corte ha insistido en la diferencia entre la reforma y la sustitución constitucional. La reforma proviene de una decisión del Congreso que puede contradecir normas constitucionales preexistentes. Incluso, puede llegar a tratarse de una contradicción radical que directamente derogue mandatos o principios constitucionales fundamentales y que suponga la transformación dramática de algunas instituciones constitucionales o que contradiga la tradición constitucional. Todo esto es normal en procesos de reforma constitucional. En efecto, toda reforma supone un cambio y si este se*

predica de la Constitución, supone entonces un cambio sustancial o radical de instituciones jurídico-políticas fundamentales pues son estas las que se encuentran en la Carta. Lo que no puede ocurrir, es que una tal modificación suponga la sustitución del modelo constitucional vigente, es decir, la sustitución de la opción política fundamental consagrada en la formula política de la Constitución. Todo lo demás, por grave, importante, definitivo que resulte, puede ser objeto de reforma constitucional sin que la Corte pueda oponer límite competencial alguno” (Sentencia C-153, 2007)

Por lo anterior, esta Corte desvanece el límite de reforma material de la Constitución, al ampliar las facultades del Congreso para ejercer esta función y al considerar, en pocas palabras, que es la “Ultima ratio del Estado Constitucional” (Sentencia C-153, 2007).

f. Sentencia C-757 de 2008, acción de inconstitucionalidad contra el Acto Legislativo 01 de 2007, por medio de la cual se modifica el numeral 9 del artículo 135 de la Constitución Política de Colombia que hace referencia a la moción de censura en la que se plantea que sea propuesta y aprobada por una sola de las cámaras con un quorum, por lo menos, de la décima parte de los miembros que componen la respectiva Cámara, el cual es inferior a lo contemplado en la Carta Política Original.

El actor acusa esta reforma, por cuanto afecta el principio de separación de poderes, el cual es defensorio en la identidad de la Constitución y el equilibrio entre el Senado y la Cámara de Representantes.

La Corte trae a colación la Sentencia C-1040 de 2005, en donde se hace un recuento de jurisprudencias, en cuanto a los parámetros establecidos para el concepto de sustitución de la Constitución:

- a. El poder de reforma definido por la Constitución colombiana está sujeto a límites competenciales.*
- b. Por virtud de esos límites competenciales el poder de reforma puede reformar la constitución, pero no puede sustituirla por otra integralmente distinta u opuesta.*
- c. Para establecer si una determinada reforma a la Constitución es, en realidad, una sustitución de la misma, es preciso tener en cuenta los principios y valores del ordenamiento constitucional que le dan su identidad.*
- d. La Constitución no contiene cláusulas pétreas ni principios intangibles y, por consiguiente, todos sus preceptos son susceptibles de reforma por el procedimiento previsto para ello.*
- e. El poder de reforma no puede, sin embargo, derogar, subvertir o sustituir en su integridad la Constitución.*
- f. Sólo el constituyente primario tendría la posibilidad de producir una tal sustitución”.*

(Sentencia C-757, 2008)

Con esto, la Corte arguye que el principio bicameral no es el núcleo central que define la identidad de la Constitución, en la que se considera que no hay sustitución, al darle competencia de manera autónoma a una de las dos Cámaras, para proponer y aprobar la moción de censura.

- g. Sentencia C – 588 de 2009**, la suspensión de determinadas normas constitucionales puede llevar a la sustitución de la Carta. Un Ciudadano demandó el artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2008, “*por medio del cual se adiciona el artículo 125 de la Constitución Política*”, que hace referencia a la suspensión de los trámites relacionados con los concursos públicos y así mismo, le confiere a la Comisión Nacional del Servicio Civil de

desarrollar, los mecanismos necesarios para inscribir en carrera administrativa de manera extraordinaria y sin necesidad de concurso público a los servidores.

La Corte analizó el párrafo del Artículo 1, del Acto Legislativo 01 de 2008, para determinar si se crearon situaciones nuevas, que conllevan a una sustitución constitucional o si fue un instrumento complementario.

La Sala resalta que la reforma de la Constitución tiene que ser expresa: *“lo que implica la clara identificación de los textos que mediante los especiales procedimientos son sometidos a modificación y que, efectivamente, se produzcan transformaciones a tal punto verificables que la certeza acerca de aquello que rige, en la cima del ordenamiento y como Derecho superior del Estado, aflore con facilidad, acompañe la variación y sea prenda de garantía de la seguridad jurídica”* (Sentencia C-588, 2009)

Así mismo, la Corte resalta que no puede verse enfrentada a un vicio de competencia, de manera apresurada, cuando hay una adición al texto, teniendo en cuenta que todavía preexisten los elementos esenciales que no alteran el contexto: *la Corte advierte que el análisis del eventual vicio de competencia no se puede realizar a partir de la simple oposición de las tesis enfrentadas, mediante una apriorística toma de partido por alguna de las opciones en pugna y manteniéndolas separadas, como si fuera imposible cualquier contacto o relación entre ellas. La Corporación juzga que no cabe proceder de manera tan apresurada, porque aun cuando teóricamente es posible que la adición insertada a continuación de un texto preexistente no tenga ninguna incidencia sobre éste, también es posible que la tenga, hipótesis en la cual esa incidencia puede ser de mayor o menor gravedad”* (Sentencia C-588, 2009).

En la jurisprudencia se observa, de nuevo, la importancia que tiene el **Poder Constituyente Originario** al sustituir la Constitución, situación que no le corresponde al Congreso, dado que su

discrecionalidad es la de reformar la constitución. Por lo tanto, la Sala afirma que: *“cualquier artículo de la Constitución puede ser reformado”, no es válido sustituir la Carta so pretexto de reformarla, porque, en tal supuesto, se desnaturalizaría el poder de reformar la Constitución y se “excedería la competencia del titular de ese poder”* (Sentencia C-588, 2009)

En este orden de ideas, la Corte define la sustitución de la Constitución indicando que *“es un reemplazo de la Constitución en términos materiales e implica franca oposición entre lo nuevo y lo anterior, en la medida en que, so pretexto de la reforma, la Constitución es transformada en otra “completamente distinta”* (Sentencia C-588, 2009)

Por lo anterior, el concepto de sustitución abarca los términos de supresión, eliminación o destrucción, lo que no acontece dentro de la definición de Reforma constitucional y, conforme a la Sentencia C- 551 de 2001, resalta, que *“no contiene la posibilidad de derogarla, subvertirla o sustituirla en su integridad”*.

Ahora bien, la Corte encontró, en su análisis del acto legislativo, **la suspensión temporal** de un principio constitucional, referente al acceso de los cargos públicos:

“En efecto, fuera de la interrupción del principio del mérito y del mecanismo del concurso público, adicionalmente y por obra de la modificación operada, se interrumpe de manera temporal el nexo “intrínseco” que la Corte ha encontrado entre la carrera y la realización de los fines del Estado y de la función pública en particular, así como la vigencia del artículo 40-7 que deja, durante cierto tiempo, de amparar el derecho de acceso al desempeño de cargos públicos a los ciudadanos que no ocupan en provisionalidad o por encargo los empleos de carrera a los que se refiere el artículo cuestionado, y lo propio cabe aseverar del derecho a la igualdad que, durante idéntico lapso temporal, dejará de aplicarse a los mismos ciudadanos y todo para otorgarle viabilidad al privilegio reconocido a los beneficiarios del ingreso automático a carrera, mediante

la inscripción extraordinaria establecida en las condiciones del párrafo acusado". (Sentencia C-588, 2009)

De lo anterior, se colige que se presenta una sustitución parcial, teniendo en cuenta que el contenido adicionado, a futuro, afectaría la supremacía constitucional y el principio de separación de poderes, al conferir la atribución a la Comisión Nacional de Servicio Civil de ejercer un poder legislativo temporal y la pretensión de universalidad de las reglas. De este modo, la Corte arguye que la norma en reforma, conlleva, implícitamente, a la suspensión de los principios, subvirtiendo la alteración de la Unidad Política, contemplada en la Constitución Política de Colombia:

"La sustitución temporal y parcial de la Constitución ha sido detectada con fundamento en el examen estricto que la Corte debe adelantar siempre que las modificaciones introducidas a la Constitución, so pretexto de reformarla, carezcan del carácter permanente propio de las constituciones, exceptúen supuestos normativos en ellas establecidos y afecten su índole escrita, mediante la producción de cambios tácitos que, sin reflejarse en los textos, incidan en ellos para restringir los derechos o las situaciones favorables a los asociados, establecidas por el Constituyente Primario, sobre todo en aspectos considerados axiales o definitorios de nuestro Estado Social de Derecho". (Sentencia C-588, 2009)

Según todo lo anterior, la Corte se aparta del precedente judicial, Sentencias C-970 y C-971 de 2004, en donde se determinaba, que la suspensión temporal de las garantías constitucionales no generaba suspensión. Por otra parte, esta Corporación recupera la importancia del poder Constituyente Originario y hace alusión a que el Congreso tiene el poder de reformar la Constitución, lo cual implica que su poder es limitado.

h. Sentencia C-141 de 2010: reelección del presidente a través del referendo.

Revisión de constitucionalidad de la Ley 1354 de 2009 *“Por medio de la cual se convoca a un referendo constitucional y se somete a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional”*.

La Corte analiza que el Poder Constituyente Originario reside en el Pueblo y tiene como objetivo establecer la Constitución, por medio de la práctica de *“un ejercicio pleno del poder político”*, por lo que sus actos *“son fundacionales, pues por medio de ellos se establece el orden jurídico y por ello dichos actos escapan al control jurisdiccional”* (Sentencia C-141, 2010)

Sin embargo, la Sala se plantea un interrogante: ¿cuál es el papel del pueblo una vez instaurada la Constitución? A lo cual responde, que el pueblo es *“depositario de la soberanía”*, por lo tanto *“debe actuar dentro del marco institucional plasmado en la Constitución que él mismo ha adoptado y, por ello, el artículo 3º de la Carta de 1991 radica la soberanía “exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público”, pero de inmediato proclama que el pueblo ejerce esa soberanía “en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece”*. (Sentencia C-141, 2010)

Como consecuencia de ello, se colige que el Pueblo tiene la facultad de reformar la Constitución mediante el referendo, pero la Corte aclara, que aquí no actúa como Poder Constituyente Originario, por lo que es una competencia contemplada en la Constitución y, por consiguiente, debe ser una manifestación del Poder Constituyente Derivado.

En lo relacionado con la reelección presidencial, para un tercer periodo, se afectaría el principio de **igualdad de trato**, toda vez que habría pocas oportunidades para otras candidaturas y coartada la libertad de elección. De igual modo, obligaría a las minorías a estar vinculados al gobierno, lo que se sería un obstáculo para ayudar a encaminar al Estado. Así mismo, la reelección conllevaría a un desequilibrio institucional, por la falta *“de un sistema de frenos y contrapesos*

operante y de una real separación de poderes, lo que se advierte en el fondo es un predominio del ejecutivo, tan marcado que desfigura las características de los sistemas presidenciales típicos hasta convertirlos en la versión deformada conocida como presidencialismo que, precisamente, está caracterizada por ese predominio exagerado y por la tendencia a superar el lapso máximo de ejercicio del mandato presidencial para mantener vigente la figura del caudillo y su proyecto político” (Sentencia C-141, 2010).

La Sala indica que el objetivo de la división de poderes tiene como finalidad, garantizar “los derechos de los asociados, de modo que cuando el principio de separación se desvirtúa sufren mengua esos derechos y los principios y valores en que se apoya” (Sentencia C-141, 2010).

La Corte considera que el tercer periodo presidencial quebrantaría la esencia fundamental de la Constitución Política de Colombia y sería sustituida por otra, teniendo en cuenta que cambiaría la voluntad del Poder Constituyente Originario, junto con los derechos, principios y valores, al darle prioridad al poder ejecutivo en el tiempo de permanencia: “ *la separación de poderes y el régimen presidencial definen el sistema de gobierno instituido en 1991; la democracia participativa y pluralista, fundada en el pueblo integrado por la mayoría y por las minorías, es el régimen político instaurado en la Carta vigente y el modelo republicano es la forma de gobierno decidida en 1991. Siendo así, la concentración de poder en el ejecutivo, el presidencialismo surgido de lo anterior, la prolongación del predominio de la mayoría que rodea al Presidente por un lapso superior al máximo permitido y la desfiguración de la concepción republicana, reemplazan la forma política plasmada en la Carta actual (...)*” (Sentencia C-141, 2010)

Frente al análisis jurisprudencial de esta Sentencia, C-141 de 2010, es de destacar que la Corte sienta un criterio equilibrado, entre el Poder Constituyente Originario y el Poder Constituyente Derivado, teniendo en cuenta que, el primero es un poder fundacional del

Ordenamiento Jurídico, mientras que el segundo, es el desarrollo o la implementación de ese ordenamiento, de acuerdo con la disposiciones Constitucionales. En este orden de ideas, la participación del pueblo en la reforma Constitucional, a través del referendo, la Corte es enfática en manifestar que no hace parte del poder fundacional, sino del poder constituyente derivado, por lo cual su actuación en el poder de reforma es limitado.

i. Sentencia C-303 de 2010

Una ciudadana interpone acción de inconstitucionalidad en contra del parágrafo transitorio 1º, del artículo 1º, del Acto Legislativo 01 de 2009, el cual dispone: *“Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 134, dentro de los dos (2) meses siguientes a la entrada en vigencia del presente acto legislativo, autorizase, por una sola vez, a los miembros de los Cuerpos Colegiados de elección popular, o a quienes hubieren renunciado a su curul con anterioridad a la vigencia del presente acto legislativo, para inscribirse en un partido distinto al que los avaló, sin renunciar a la curul o incurrir en doble militancia”*.

La Corte crea un nuevo alcance para esta doctrina, en donde dispone que *“los ejes definitorios de la Constitución pueden ser objeto de afectación”* y no conllevan a la sustitución de la Constitución, siempre y cuando el ordenamiento jurídico subsista, es decir no pierda la identidad de la Constitución: *“[...] los ejes definitorios de la Constitución pueden ser objeto de afectación, incluso de carácter sustancial, sin que ello acarree la sustitución de la Constitución. Según el precedente expuesto, esa conclusión se predica solo cuando el texto resultante de la Carta difiere en su identidad, de modo que no puede sostenerse válidamente que se esté ante el mismo ordenamiento constitucional. En ese sentido, si se aceptara que el juicio de sustitución refiere al grado de intensidad de la reforma, el parámetro para el control de constitucionalidad no sería la Constitución, vista como una unidad sistémica con sentido propio, sino una de sus reglas,*

principios y valores, lo que equivaldría a que el Tribunal Constitucional adelante un juicio material de la reforma constitucional, lo que claramente escapa de su competencia” (Sentencia C - 303, 2010).

Es decir, la Sala resalta que el juicio de sustitución no se examina a nivel de grado de alteración, sino en el cambio de la naturaleza del Ordenamiento Jurídico.

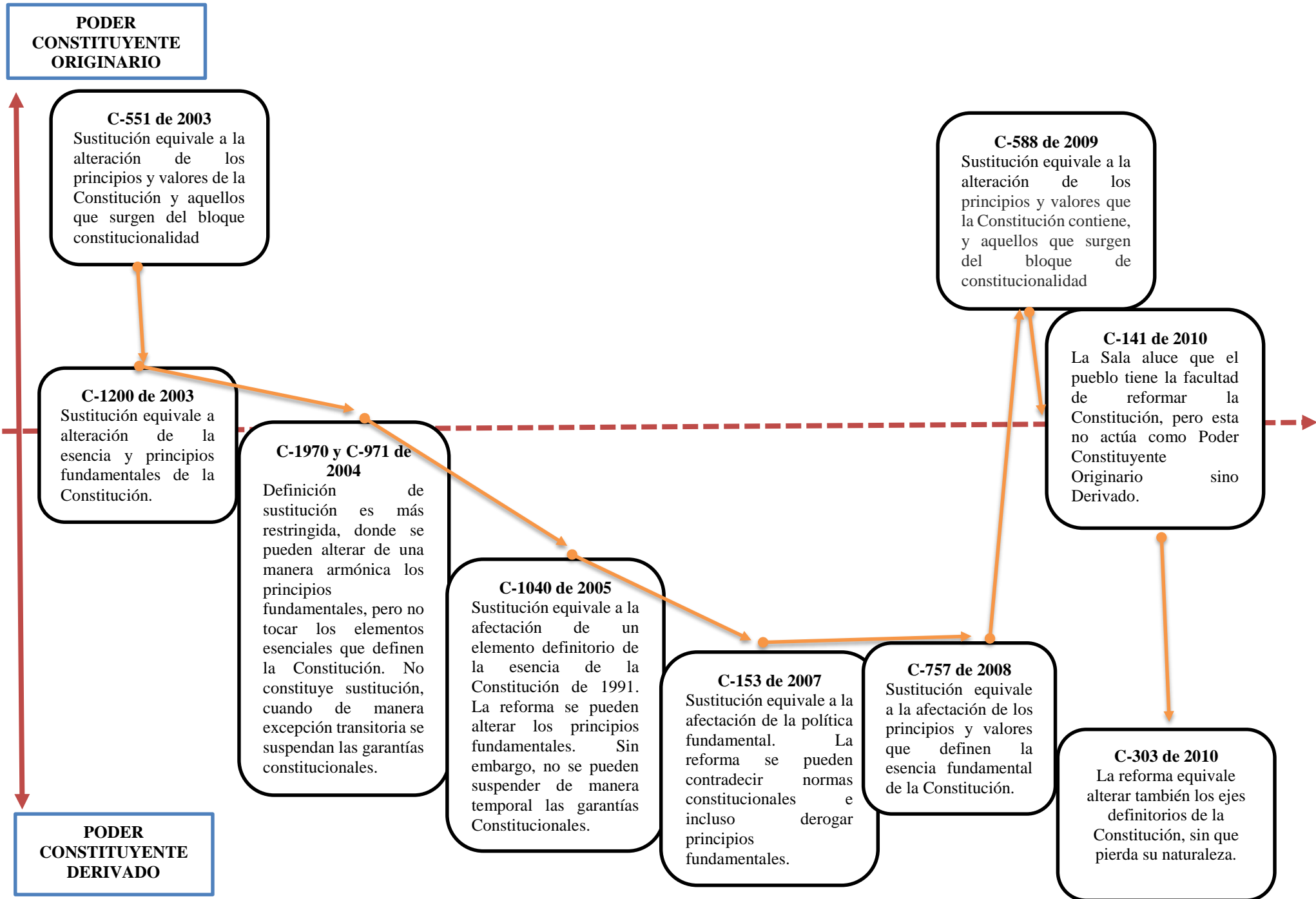
Es importante destacar que la Corte considera que la democracia participativa es inherente a la Soberanía Popular, respetando las reglas preestablecidas en la Norma: *“A su vez, esa voluntad se ejerce mediante la democracia participativa y pluralista, entendida desde un criterio normativo, esto es, en tanto procedimiento para encauzar la decisión de la mayoría en un marco respetuoso de la deliberación, los derechos de las minorías y el grado efectivo de incidencia de ese debate democrático en la determinación de las diversas esferas de la vida social y comunitaria”* (Sentencia C - 303, 2010).

Por consiguiente, la democracia participativa y la soberanía popular son ejes centrales que integran el Estado Constitucional, pero aclara que este sin aquellos no tendría fundamento, es decir se requiere de esos ejes para hablar de Estado Constitucional.

Ahora bien, la Corte argumenta, que si bien la reforma constitucional afecta a la **democracia participativa** y que es un eje definitorio de la Constitución, también lo es, que no la desvirtúa, sino que, por el contrario, esta reforma política refuerza las *“disposiciones del régimen electoral y de partidos políticos que vinculan sus prácticas y procedimientos a la democracia participativa, la adecua en representación democrática y la vigencia de la soberanía popular”*. De esta manera, esta Corporación falla a favor de la reforma, al considerar que los demás elementos, que definen la democracia participativa, subsisten.

En este orden de ideas, la Corte crea una doctrina diferente y contradictoria con los pronunciamientos jurisprudenciales anteriores, al realizar un análisis de forma en su conjunto del Acto Legislativo, el cual no se delimitó en el análisis de los cargos acusados y llega a la conclusión que no había sustitución, por cuanto la Constitución no perdía su naturaleza, es decir, que el principio democrático participativo, mantenía su identidad. Sin embargo, no precavó si estos efectos permanecían después de un plazo de tiempo, para concluir si la Constitución se mantenía intacta.

Resumiendo, a continuación se relaciona un diagrama en el que, de manera general, se relacionan las jurisprudencias analizadas en este documento, entre los años 2003 y 2010, y en el cual se evidencia la variación de conceptos de la Corte Constitucional, en cuanto a los Juicios de Sustitución, tomando como base la línea intermedia entre el Poder Constituyente Originario y el Poder Constituyente Derivado, en el que uno de estos dos poderes va a prevalecer, lo cual, finalmente, va a definir el Juicio de Sustitución.



De acuerdo con este diagrama, es evidente que la doctrina de los Juicios de Sustitución o Vicios de Competencia, ha sido variable e inestable en el tiempo, donde la mayoría de las jurisprudencias, entre los años 2003-2010, han delimitado el concepto de Sustitución pero, a su vez, le han dado amplias facultades al Poder Constituyente Derivado para reformar (¿sustituir?) la Constitución, argumentando que en ella no hay cláusulas de intangibilidad, ni que es pétrea. Partiendo desde este punto de vista, la Corte ha definido la competencia del Poder Constituyente Originario, como se verifica en la Sentencia C-1200 de 2003, donde sí le da cierta importancia al Poder Fundacional, pero, en cambio, por el contrario, las Sentencias C-970, C-971 de 2004, C- 1040 de 2005, C-153 de 2007, C-757 de 2008 y C-303 de 2010, restringen esta competencia y permiten la facultad de reformar de acuerdo con el grado que le dan a los principios fundamentales y a los ejes definitorios de la Constitución. Sin embargo, y no obstante lo anterior, en la Sentencia C – 303 de 2010, se acentúa en un criterio más radical, donde la sustitución no se revisa por grados, sino la naturaleza de la Constitución y por eso se ubica, en la gráfica, en el extremo del Poder Constituyente Derivado.

Las Sentencias C - 551 de 2003 y C – 588 de 2009, ubicadas en la gráfica en el extremo superior, Poder Constituyente Original, se le da mayor relevancia a la competencia de este Poder, donde se acentúan más los criterios ontológicos, los valores y principios de la Constitución y aquellos que surgen del bloque de constitucionalidad que no podrán ser alterados por el Poder Constituyente Derivado.

Por último, la Sentencia C-141 de 2010, se ubica en el diagrama, entre el Poder Constituyente Originario y el Poder Derivado, donde existe un equilibrio entre los dos, pero la Corte arguye que, el primero no es un Poder fundacional, sino que hace parte del Poder Derivado.

9) Falta de competencia del constituyente derivado para sustituir la Constitución

Las atribuciones del Poder Legislativo, Congreso de la República, son limitadas, no ilimitadas, debido a que es un órgano secundario, creado por la voluntad de un órgano primario, el Pueblo, quien se manifestó en la Constitución, como Poder Constituyente Primario, para expresar sus directrices y paradigmas. Jellinek precisa que “Órganos secundarios son aquellos que se encuentran, con respecto a otro, en relación orgánica y lo representan de una manera inmediata. El órgano primario representando [sic] sólo puede exteriorizar su voluntad mediante el órgano secundario, y la voluntad de éste debe ser considerada como la voluntad inmediata del órgano primario” (Jellinek, 2004, pág. 490).

En cuanto a la voluntad del Pueblo, es importante resaltar que hace parte del concepto de democracia; sin embargo, Ferrajoli hace hincapié en que este concepto no sólo considera a la mayoría de los ciudadanos en el ejercicio del poder político, ni tampoco a sus representantes, sino que engloba, adicionalmente, “a todas las personas que lo componen, corresponde igualmente el conjunto de aquellos «poderes» que son los derechos civiles y de aquellos «contrapoderes» que son los derechos de libertad y los derechos sociales, los que todos los poderes, incluso los mayoritarios, vienen sometidos” (Universidad Externado de Colombia, 2009, pág. 32), por lo que la noción de democracia constitucional, así entendida, se entromete en los derechos fundamentales, indicando que los derechos de libertad, los derechos sociales, los derechos políticos y civiles, se encuentran en un mismo nivel, es decir, todos estos derechos se encuentran en igualdad de condiciones. De igual modo, el poder legislativo se encuentra dentro de los derechos fundamentales, por lo tanto, no es “*potestas legibus soluta*” (Universidad Externado de Colombia, 2009, pág. 29 y ss)

El deber del Estado Democrático, como modelo contractualista, tiene como finalidad el garantizar los derechos fundamentales, que sirven como instrumento para fines externos, no propios: “donde supone que el consenso de los contratantes «no es un acuerdo vacío, sino que tiene como cláusula y como “razón social” la garantía de los derechos fundamentales, cuya violación por parte del soberano legitima la ruptura del pacto, hasta la insurrección y la guerra civil»” (Ferrajoli, Guastini, Taruffo, & Bulygin, 2010, pág. 257), indicando que los derechos fundamentales están por encima de los poderes públicos, de las maquinarias políticas y de los aparatos administrativos, por lo tanto, no existen poderes soberanos que estén por encima de los derechos fundamentales. Por consiguiente, la democracia constitucional engloba el ejercicio del Estado, quien está sometido a unos requisitos formales “del quién y del cómo se manda”, y requisitos materiales del “qué puede o debe mandarse”.

Por lo anterior, se forman tres esferas en las decisiones políticas: “la esfera de lo *indecidible*, constituida «por el conjunto de los derechos de libertad y de autonomía que impiden, en cuanto expectativas negativas, decisiones que puedan lesionarlos o reducirlos; la esfera de lo *indecidible que no*, determinada por el conjunto de los derechos sociales que imponen, en cuanto expectativas positivas, decisiones dirigidas a satisfacerlos»; y la esfera de lo *decidible*, «en cuyo interior es legítimo el ejercicio de los derechos de autonomía» (Ferrajoli, Guastini, Taruffo, & Bulygin, 2010, pág. 256)

De lo anterior, se colige que en la esfera de lo decidible se abarcan las decisiones políticas de las instituciones, “ funciones e instituciones de gobierno”, cuyos poderes son limitados e insuperables por la esfera de los indecidible, consagradas en las normas sustanciales sobre los derechos fundamentales (Universidad Externado de Colombia, 2009), mientras la esfera de lo no

decidible, comporta funciones de garantía, por parte de las instituciones jurisdiccionales y administrativas. (Ferrajoli, Guastini, Taruffo, & Bulygin, 2010, pág. 48)

Conforme a lo anterior, se emana “un modelo cuatridimensional de democracia”, que hace referencia a los cuatro tipos de derechos: los derechos políticos y los derechos civiles, los derechos de libertad y los derechos sociales; los dos primeros derechos, derechos políticos y derechos civiles, son “secundarios, formales o instrumentales” y “sirven para fundar la legitimidad de la forma de las decisiones, respectivamente en la esfera de la política y en la de la economía”, lo cual hace parte de la dimensión formal de la democracia. Los derechos de libertad y los derechos sociales son “primarios, sustanciales o finales”, que limitan las decisiones políticas, por lo que “sirven para fundar la legitimidad de la sustancia, en negativo y en positivo de la democracia” (Universidad Externado de Colombia, 2009, pág. 27)

Ahora bien, los derechos fundamentales, (que somos todos y cada uno de nosotros) son titulares de la Constitución de la parte sustancial, donde reside la soberanía: “Si todos y cada uno somos titulares de la Constitución porque titulares de los derechos fundamentales por ella adscritos, la Constitución es patrimonio de todos y de cada uno, y ninguna mayoría puede atropellarlos del pacto de convivencia. Por ello, una vez estipulados constitucionalmente, los derechos fundamentales no son una cuestión de mayoría y deberían quedar sustraídos también al poder de revisión: o, mejor, debería estar admitida sólo su ampliación y nunca su restricción, ni mucho menos su supresión” (Universidad Externado de Colombia, 2009, pág. 30).

De esta manera, la función del Estado, en especial la rama Legislativa, como lo indica Ferrajoli, es meramente instrumental al servicio del pueblo, debido a que sus funciones son más procedimentales que sustanciales, pues es éste el eje definitorio de la sustancia de la Constitución.

Por otra parte, de acuerdo con lo explicado en el cuarto tema de este capítulo, Merkl y Ross resaltan la supremacía de la Constitución y la rigidez constitucional y precisan que existen límites implícitos formales: “Naturalmente, al presentarse la idea de supremacía como principio cimentador de la estructura jurídica y política del moderno Estado constitucional, una exigencia inexorable de la lógica obligará a reconocer aún en los sistemas en que el derecho positivo se admiten las reformas totales la existencia de límites implícitos formales a la revisión constitucional” (De Vega, 1985, pág. 276).

Pese a que existe la delimitación procedimental para reformar la constitución, este poder de reforma es limitado, por lo que la modificación del procedimiento de reforma no es viable. Lo anterior, de llegarse a presentar, sería inaudito e inadmisibles y conllevaría a un desajuste político y jurídico, que a través de la modificación del procedimiento de reforma establecido en la Constitución, convertiría una constitución rígida en una flexible (De Vega, 1985, pág. 277).

En este orden de ideas, los autores precisan que al no existir una norma superior a la Constitución, no son válidas las normas de procedimiento de reforma. Así mismo, ante la ausencia de una autoridad elevada, no es aceptable que la misma autoridad tenga la facultad de poder de reformar. Por lo tanto, Ross plantea lo siguiente: “todo sistema derecho legislado (en sentido amplio) se basa necesariamente en una hipótesis inicial que constituye la autoridad suprema, pero que no ha sido creada por ninguna autoridad. Solo existe como una ideología política que forma el presupuesto del sistema. Cualquier enmienda por el procedimiento jurídico establecido es solo posible dentro del sistema, cuya identidad está determinada por la hipótesis inicial. Todo cambio en la última, esto es, toda transición de un sistema a otro, es un fenómeno extrasistemático, un cambio fáctico socio-psicológico en la ideología política dominante y no puede ser descripto como creación jurídica mediante un procedimiento” (Ross, 1963, pág. 81)

La Constitución Política de Colombia de 1991, revela varios elementos que caracterizan la identidad política que contiene las “reglas, principios y valores que dan sentido a la persona humana y al sistema social organizado como Estado social de derecho y democracia participativa” (Aljure, Araújo Oñate, & Zambrano Cetina, 2014, pág. 34). Estos elementos van ligados al poder limitado del Estado, por lo que cualquier actuación que afecte a algunos de los elementos esenciales de la Constitución, “desborda las competencias del poder constituyente derivado, no solo porque subvierte la Constitución de 1991, que está comprometida con esos valores, sino además porque desvirtúa la idea misma de régimen constitucional” (Aljure, Araújo Oñate, & Zambrano Cetina, 2014, pág. 32), concordando con la idea de Ferrajoli, cuando indica que los derechos fundamentales son los titulares de la parte sustancial de la Constitución y que el Estado sirve como instrumento para garantizar la práctica de los derechos fundamentales, lo que indica el qué puede o debe mandarse, requisitos materiales.

Uprimny resalta que los diferentes métodos de reforma establecidos en la Constitución, Actos Legislativos, Asamblea Constituyente y Referendo, se crearon con el objeto de dar estabilidad jurídica y participación directa al ciudadano. Así mismo, para extender la competencia del Pueblo, sin omitir las reglas de procedimientos, en la Norma estipuladas: “Estos procedimientos extraordinarios de reforma, el referendo y la asamblea constituyente, implica entonces una cierta positivación o institucionalización parcial del poder constituyente originario, que tiene un objetivo preciso: permitir que incluso los cambios más radicales de nuestro ordenamiento puedan ser adelantados por medio jurídicos (...)” (Aljure, Araújo Oñate, & Zambrano Cetina, 2014, pág. 40)

Ahora bien, los juicios de sustitución deberían estar sintonizados con la intensidad de cada mecanismo de reforma constitucional, como sucede en el caso del referendo o la asamblea

constituyente. Aquí, el juicio debería ser de menor intensidad, pero con un mayor poder de reforma, ya que es un Poder Constituyente Originario institucionalizado, mientras que, por el contrario, en el caso del Acto Legislativo, el poder de reforma debería ser de menor intensidad, pero de mayor intensidad en su juicio (Aljure, Araújo Oñate, & Zambrano Cetina, 2014, pág. 43).

10) Conclusión

Si bien es cierto, como se ha venido sosteniendo a lo largo de este documento, que la Constitución requiere estar acorde con las circunstancias actuales de la realidad política vigente, y a pesar de ser contemplada como rígida y sometida a procedimientos especiales para su reforma, en la práctica se ha podido comprobar su laxitud, revisado el gran número de reformas de las que ha sido objeto y de cómo muchas de estas obedecen más a intereses particulares de quienes las han promovido, que a actualizar sus disposiciones, de conformidad con los cambios sociales, políticos y económicos que pueda experimentar en nuestro país. Al no existir de manera expresa los límites materiales de reforma de la Carta Política de 1991, se ha presentado un atentado al Poder Constituyente Original, a causa de la amplia discrecionalidad del legislador en determinar y ajustar el texto Constitucional a su acomodo, por cuanto se ha puesto en riesgo el núcleo esencial del Ordenamiento Jurídico. En esta situación se abre la brecha a una figura jurídica de creación jurisprudencial, como “el juicio de sustitución constitucional”, el cual tiene tanta importancia y pertinencia dentro de nuestro ordenamiento jurídico, puesto que permite ejercer un verdadero control judicial material sobre proyectos de reforma constitucional, que en el fondo pueden constituir un reemplazo de los postulados fundamentales de la Carta política, más que a una modificación a la misma.

Que si bien, la Constitución no formuló Cláusulas de Intangibilidad, también lo es que el Poder Constituyente contempló en la Carta, el Eje fundamental: “*Colombia es un Estado Social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general*”. En este Eje se desarrolla varios principios fundamentales, que al ser alterados perdería la identidad de la Constitución. Acorde a esto, la Soberanía Popular dentro del marco de esta Carta, el Pueblo concede la confianza a ciertos grupos de personas para que lo represente y garantice los derechos.

Con fundamento en lo anterior, implícitamente existen cláusulas de intangibilidad frente al núcleo central y los principios fundamentales, lo que implica que hay límites de reforma material de la Constitución, pero infortunadamente, al no ser explícitos, y debido a la mutabilidad de las posiciones ideológicas en el tiempo, presentan diversidad de criterios para determinar qué se determina como tal.

Es destacar, que Ferrajoli hace hincapié que la democracia constitucional entromete los derechos fundamentales y engloba a los derechos de libertad, los derechos sociales, los derechos políticos y civiles, los cuales se encuentran en un mismo nivel, es decir, que todos estos derechos se encuentran en igualdad de condiciones. De igual modo, el poder legislativo se encuentra dentro de los derechos fundamentales, por lo tanto, no es “*potestas legibus soluta*”

Es así, que el deber del Estado Democrático tiene como propósito de garantizar los derechos fundamentales, que sirven como instrumento para fines externos, no propios y que estos derechos están por encima de los poderes públicos, de las maquinarias políticas y de los aparatos administrativos, de esta manera, no existen poderes soberanos que estén por encima de los derechos fundamentales. Por consiguiente, la democracia constitucional engloba el ejercicio del Estado, quien está sometido a unos

requisitos formales “del quién y del cómo se manda”, y requisitos materiales del “qué puede o debe mandarse”.

Ahora bien, la Corte Constitucional, como guardiana de mantener la integridad de la Constitución Política de Colombia, a través del control judicial de constitucionalidad, la revisión de los Actos Legislativos, limitado a los vicios de procedimiento, que estos pudiesen tener en su proceso de formación, sería un control inane, dado que impide a la Corte, de la posibilidad de proteger las modificaciones, que reemplacen los más esenciales y fundamentales principios en que ésta se erige. No obstante, no podemos perder de vista que la Constitución no otorgó a la Corte la facultad de ejercer control material de los actos legislativos razón por lo cual resulta claro que dicha corporación se abrogó la función del Control Material, que aunque nace con la bondadosa idea de proteger la esencia de la Constitución, claramente privilegia la construcción argumentativa de una figura jurisprudencial, a saber, el juicio de sustitución, sobre una clara disposición normativa de rango constitucional que la relegó a un control constitucional meramente formal.

Sin embargo, la doctrina de Juicios de Sustitución ha sido de altibajos en el tiempo, donde la mayoría de las jurisprudencias, entre los años 2003-2010, restringen la competencia del Poder Constituyente Originario y amplía las facultades de Congreso en alterar los principios fundamentales y a los ejes de la Constitución, considerando que no es sustitución, sino reforma de la Constitución.

En síntesis, se ha presentado una inestabilidad jurídica en la reforma de la Constitución, la cual se ha puesto en riesgo su Supremacía y, el Estado de Derecho Democrático no ha dado las garantías de proteger los derechos fundamentales, de acuerdo con lo planteado el Profesor Ferrajoli.

Bibliografía

(s.f.).

- Aguiló Regla, J. (2015). *Fuentes del Derecho*. Obtenido de <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3796-enciclopedia-de-filosofia-y-teoria-del-derecho-volumen-dos>.
- Aljure, A., Araújo Oñate, R., & Zambrano Cetina, W. (2014). *Sociedad, Estado y Derecho* (Vol. Tomo II). Bogotá D.C.: Editorial Universidad del Rosario.
- Alvarez Conde, E. (1992). *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Tecnos.
- Aragón Réyes, M. (2002). *Constitución, Democracia y Control*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Aragón, M., Ballaguer Callejón, F., De Cabo, C., Carbonell, M., Carpizo, J., Comanducci, P., . . . Rubio Llorente, F. y. (s.f.). *Teoría de la Constitución Ensayos Escogidos* (Quinta Edición Primera reimpresión ed.). Universidad Autónoma de México: Editorial Porrúa.
- Aristóteles. (1989). *Política*. Bogotá: Formas e impresos panamericana.
- Armagnane, J. F. (1996). *Manual de Derecho Constitucional* (Vol. 1). Buenos Aires: Depalma.
- Balaguer Callejón, F. (1991). *Fuentes del Derecho*. Madrid: Tecnos.
- Balaguer Callejón, F. (Septiembre-Diciembre de 2003). <http://www.cepc.gob.es>. Obtenido de <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas>
- Ballén M, R. (1991). *Constituyente y Constitución del 91*. Medellín: Editora Jurídica de Colombia.
- Cajas Sarria, M. (2008). *El control judicial a la reforma constitucional*. Cali: Universidad Icesi.
- Cajas Sarria, M. A. (2004). *La Reforma Constitucional: Límites de la Corte al Congreso. Precedente, 27*.
- Colombia, C. P. (1991). <http://www.secretariassenado.gov.co>. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Condorcet, J.-A.-N. d. (1976). *Condorcet: Selected Writings* (1st edition ed.). (Bobbs-Merrill, Ed.) Indianapolis: MacMillan Pub Co.
- Corwin, E. S. (1914). *The Doctrine of Judicial Review. Its legal and historical basis and other essays*. London: Princeton University Press.
- De Cabo Martín, C. (2003). *La Reforma Constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho*. Madrid: Trotta.
- De Jouvenel, B. (1956). *El poder: Historia natural de su crecimiento*. Madrid: Editorial Nacional.
- De Vega, P. (1985). *La Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente*. Madrid: Tecnos, S.A.
- Del Vecchio, G. (1982). *Filosofía del derecho*. Barcelona: Bosch.
- Derecho y Democracia Constitucional, Una Discusión sobre Principia Iuris de Luigi Ferrajoli*. (2010). Lima - Perú: Ara Editores.
- Echeverry Uruburu, Á. (1990). *Teoría Constitucional y Ciencia Política*. BOGOTÁ: Temis S.A.
- Favoreau, L. (2000). *Legalidad y Constitucionalidad. La Constitucionalización del derecho*. Bogotá D.C.: Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia.
- Fernández Segado, F. (s.f.). *La evolución de la justicia constitucional*. Madrid: Dykinson, S.L. Meléndez Valdez.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón: Teoría del Garantismo Penal*. Madrid, España: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2007). *Teoria del diritto e della democrazia* (Vol. II). Bari-Roma: Laterza.

- Ferrajoli, L. (2011). Constitucionalismo Principalista y Constitucionalismo Garantista. *Doxa*(34), 15 - 53.
- Ferrajoli, L., Guastini, R., Taruffo, M., & Bulygin, E. G. (2010). *Derecho y Democracia Constitucional. Una Discusión sobre Principia Iuris de Luigi Ferrajoli*. Lima - Perú: Ara Editores.
- Ferrajoli, L., Prieto Sanchís, L., Gascón Abellán, M., & García Figueroa, A. y. (2009). *Constitucionalismo y Garantismo*. (G. Marcilla Córdoba, Ed.) Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- García Máñez, E. (2002). *Introducción al estudio del derecho*. México: Porrúa.
- Gómez Serrano, L. (2007). El Control Constitucional en Colombia, Evolución Histórica. En L. Gómez Serrano. Colombia: Ediciones Doctrina y Ley.
- Guastini, R. (2003). *Estudios de teoría constitucional*. México D.F.: Ediciones Coyoacán, S.A. de C.V.
- Heller, H. (1987). *Teoría del Estado*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, FCE.
- <http://www.alcaldiabogota.gov.co>. (8 de Mayo de 1863). Recuperado el 20 de 07 de 2018, de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=13698>
- <http://www.corteconstitucional.gov.co>. (1992). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/c-544-92.htm>
- <http://www.corteconstitucional.gov.co>. (1997). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-222-97.htm>
- <http://www.corteconstitucional.gov.co>. (2001). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-673-01.htm>
- <http://www.corteconstitucional.gov.co>. (2003). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-551-03.htm>
- <http://www.corteconstitucional.gov.co>. (2003). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-1200-03.htm>
- <http://www.corteconstitucional.gov.co>. (2004). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/c-970-04.htm>
- <http://www.corteconstitucional.gov.co>. (2004). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/c-971-04.htm>
- <http://www.corteconstitucional.gov.co>. (2005). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-1040-05.htm>
- <http://www.corteconstitucional.gov.co>. (2005). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/c-1040-05.htm>
- <http://www.corteconstitucional.gov.co>. (2007). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/c-153-07.htm>
- <http://www.corteconstitucional.gov.co>. (2009). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-588-09.htm>
- <http://www.corteconstitucional.gov.co>. (2010). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-141-10.htm>
- <http://www.corteconstitucional.gov.co>. (2010). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/C-303-10.htm>
- <http://www.cortesuprema.gov.co>. (1978). Obtenido de [http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/subpage/GJ/Gaceta%20Judicial/GJ%20CLVII%20n.%C2%BA%202397%20\(1978\).pdf](http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/subpage/GJ/Gaceta%20Judicial/GJ%20CLVII%20n.%C2%BA%202397%20(1978).pdf)

- <http://www.diputados.gob.mx>. (s.f.). Obtenido de http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const_eua.pdf
- <http://www.secretariasenado.gov.co>. (1991). Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- <https://archivos.juridicas.unam.mx>. (1974). Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3187/16.pdf>
- <https://www.alcaldiabogota.gov.co>. (s.f.). <https://www.alcaldiabogota.gov.co>. Obtenido de <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjurMantenimiento/normas/Normal.jsp?i=7153>
- Jaramillo P., J. F., García V., M., Rodríguez V., A. A., & Uprimny Y., R. (2018). *El derecho frente al poder. Surgimiento, desarrollo y crítica del constitucionalismo moderno*. Bogotá D.C.: Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales Gerardo Molina, Unijus.
- Jellinek, G. (2004). *Teoría General del Estado*. Mexico D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Kelsen, H. (1974). <https://archivos.juridicas.unam.mx>. Recuperado el 2 de Septiembre de 2018, de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3187/16.pdf>
- Kelsen, H. (1977). *Esencia y Valor de la Democracia*. Madrid: Guadarrama.
- Kelsen, H. (2009). *Teoría pura del derecho* (4a edición, 9a reimpresión ed.). Ciudad de Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, Eudeba.
- Loewenstein, K. (1964). *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ediciones Ariel S.A.
- Lucas Verdú, P. (1974). *Curso de Derecho Político* (Vol. 1). Madrid: Tecnos.
- Mortati, C. (2000). *La Constitución en sentido Material*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Naranjo Mesa, V. (2000). *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*. Bogotá: Temis S.A.
- Nogueira Alcalá, H. (2009). <http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/201/194>.
- Peralta Martínez, R. (2006). Sobre el Poder Constituyente y la Rigidez Constitucional. *Pensamiento Constitucional*(12), 380.
- Pereira Menant, A. C. (1987). *Lecciones de Teoría Constitucional* (Segunda Edición ed.). Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Pérez Escobar, J. (2004). *Derecho Constitucional Colombiano*. Bogotá: Temis S.A.
- Quinche Ramírez, M. F. (2012). *Derecho Constitucional Colombiano de la Carta de 1991 y sus Reformas*. Bogotá: Temis.
- Quinche Ramírez, M. F. (2013). *El Control de Constitucionalidad*. Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario.
- Ramírez Cleves, G. (2003). *Los límites a la reforma constitucional y las garantías - límites del poder constituyente*. Bogotá D.C.: Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia.
- Ramírez Cleves, G. (2006). <http://www.redalyc.org>. Obtenido de <http://www.redalyc.org/html/3376/337630227001/>
- Rodríguez Gaona, Roberto. (2006). *El control constitucional de la reforma de la Constitución*. Madrid: Dykinson.
- Ross, A. (1963). *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires, Argentina: Universitaria de Buenos Aires.
- Rousseau, J.-J. (s.f.). http://bibliotecadigital.ilce.edu.mx/Colecciones/ObrasClasicas/_docs/ContratoSocial.pdf. Recuperado el 07 de 2018

- Sáchica, L. C. (1994). *Nuevo Constitucionalismo Colombiano*. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Sánchez Viamonte, C. (1957). *El Poder Constituyente*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina S. R. L.
- Savigny, E. G. (1908). *La Escuela Histórica del Derecho*. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez.
- Savigny, F. K. (1981). *Textos Clásicos*. Mexico: UNAM.
- Schmitt, C. (1996). *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial.
- Sierra Porto, H. (1998). *La reforma de la Constitución*. Bogotá D.C.: Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia.
- Sieyès, E. J. (s.f.). *Qué es el Tercer Estado?*
Universidad Externado de Colombia. (2009). *Constitucionalismo y Garantismo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Uprimi, L. (1971). *Revista Foro Colombiano*(27), 255.
- Uprimny Yepes, R., & Rodríguez Villabona, A. (2008). *Interpretación Judicial, Módulo de Autoformación*. Colombia: Consejo Superior de la Judicatura Sala Administrativa - Escuela Judicial <<Rodrigo Lara Bonilla>>.
- Uribe Arzate, E. (2002). *El Tribunal Constitucional*. Toluca, México: Universidad Autónoma del Estado de México.
- Valadés, D. (s.f.). Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2389/27.pdf>
- Vanossi, J. R. (2000). *Teoría Constitucional*. Buenos Aires: De Palma, Segunda Edición, V. I.
- Wolfgang Bockenforde, E. (2000). *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Madrid: Trotta S.A.
- Zagrebelsky, G. (s.f.). <https://archivos.juridicas.unam.mx>. Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2725/7.pdf>