

LA SUSTITUCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

AUTORES

**GUSTAVO ADOLFO ANZOLA REYES
LUIS ALBERTO GÓMEZ SAAD
JOSE MANUEL OROZCO VASCONSELLOS
SANTIAGO RESTREPO BAHAMÓN**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
CARRERA DE DERECHO
Bogotá D.C.
2009**

LA SUSTITUCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

AUTORES

**GUSTAVO ADOLFO ANZOLA REYES
LUIS ALBERTO GÓMEZ SAAD
JOSE MANUEL OROZCO VASCONSELLOS
SANTIAGO RESTREPO BAHAMÓN**

CARRERA DE DERECHO

DIRECTOR

MIGUEL EFRAÍN POLO ROSERO

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
CARRERA DE DERECHO
Bogotá D.C. 2009**

Nota de Advertencia: **Artículo 23 de la Resolución N° 13 de Julio de 1946.**

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por qué no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por que las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

RESUMEN DEL CONTENIDO EN ESPAÑOL (Máximo 250 palabras - 1530 caracteres):

La teoría de “La Sustitución de la Constitución” implementada por la Corte Constitucional al ordenamiento jurídico colombiano, le prohibió al Congreso de la República en su facultad de coreformador de la Constitución, que a través de reformas constitucionales se suprimieran elementos esenciales de esta. Esto debido a que según la Corte Constitucional, el artículo 374 de la Constitución Política permite que la Carta sea reformada más no sustituida, por lo tanto si se elimina o se cambia sustancialmente un elemento esencial del ordenamiento constitucional, la Corte en aras de la defensa de la Constitución tendría que dictar la inexecutable de la mencionada reforma. Lo anterior, desde nuestro punto de vista es una competencia que la Corte Constitucional no tiene asignada por la Constitución, la cual sólo permite que los mecanismos de reforma a la Carta sean analizados por vicios de procedimiento en su formación, y no de materia o competencia. Sin embargo, la Carta consagra en su artículo 375 un único límite material a favor del Pueblo, para que este si así lo considera, por medio de un referendo derogatorio, derogue reformas constitucionales siempre y cuando se refieran a los siguientes temas: (i) derechos fundamentales y sus garantías, (ii) los mecanismos de participación popular, y (iii) al congreso. Por consiguiente, se observa que la Corte en aras de proteger la Constitución, cae en subjetivismo judicial, tal vez surgido del temor a que los gobernantes en uso de reformas constitucionales puedan “abusar” de su poder.

RESUMEN DEL CONTENIDO EN INGLES (Máximo 250 palabras - 1530 caracteres):

The theory of the “substitution of the constitution”, which was adopted by our Constitutional Court, and included in the Colombian legal system, established the prohibition to the National Congress, of suppressing essential elements of the constitution when it is working on a reform of it. The reason is, according to the Court, that article 374 of the Constitution allows it’s text to be reformed, not to be substituted. Therefore, if an essential element of the constitutional system is to be suppressed or substantially changed, the Court, in order to protect the constitution, must declare such reform as unconstitutional. But the constitution clearly states that a constitutional reform can only be declared as unconstitutional for reasons related to the procedure, not for its content, which is being done by the Court. Nevertheless, our Constitution allows the people, through a referendum, to derogate a constitutional reform when it includes the following topics: (i) fundamental rights and its means to protect them, (ii) the people’s participation systems, (iii) the Congress. So basically, the Constitutional Court, in order to protect the Constitution, uses subjective judicial methods inspired by the fear of abuse of power that might result from unlimited constitutional reforms.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	4
I. MECANISMOS DE REFORMA CONSTITUCIONAL.....	6
1.1. Derecho Colombiano.....	6
1.2. Acto Legislativo	7
1.3. Asamblea Constituyente.....	18
1.4. Referendo	22
II. INTRODUCCIÓN A LOS MECANISMOS DE REFORMA EN EL DERECHO COMPARADO.....	31
2.1. Teoría General Sobre los Mecanismos de Reforma	31
2.2. Constituciones en el Mundo	35
2.2.1. Caso Estados Unidos de América.....	36
2.2.2. Caso España.....	38
2.2.3. Caso Uruguay	42
III. PODER CONSTITUYENTE Y PODER DE REVISIÓN	44
3.1. Diferencias entre Poder Constituyente y Poder de Revisión.....	44
3.1.1. Los Límites en el Procedimiento de Reforma de la Constitución Política.....	47
IV. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA SOBRE LA TEORIA DE LA SUSTITUCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN	58
4.1. Sentencia C-551 de 2003. MP: Eduardo Montealegre Lynett.....	58
4.2. Sentencia C-1200 de 2003. MP: Manuel José Cepeda y Rodrigo Escobar Gil.....	62
4.2.1. Salvamento de Voto del Magistrado Jaime Araujo Renteria.	64
4.3. Sentencia C-816 de 2004 MP: Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Uprimy Yépez. ...	68
4.3.1. Aclaración de Voto del Magistrado Jaime Araujo Renteria.....	70
4.4. Sentencias C-970 de 2004. M.P: Rodrigo Escobar Gil. y C-971 de 2004 M.P: Manuel Jose Cepeda Espinosa.....	72
4.4.1. Aclaración de Voto del Magistrado Humberto Sierra Porto.	75
4.4.2. Salvamento de Voto de los Magistrados Alfredo Beltrán Sierra, Jaime Córdoba Triviño, Clara Inés Vargas Hernández y Jaime Araujo Renteria.	76
4.5. Sentencia C-1124 de 2004. MP: Marco Gerardo Monroy Cabra.....	78
4.6. Sentencias C-1040 a C-1057 de 2005.	80
4.6.1 Sentencia C-1040 de 2005. MP: Manuel Jose Cepeda, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.....	80
4.6.2. Salvamentos de Votos del los Magistrado Jaime Araujo Rentería y Humberto Sierra Porto.	89
V. DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL	102
5.1. Doctrina Internacional	102
5.2. Jurisprudencia Internacional.....	111
CONCLUSIONES.....	125
BIBLIOGRAFÍA.....	128

LA SUSTITUCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

INTRODUCCIÓN

A partir de la sentencia C-551 de 2003 la Corte Constitucional creó un nuevo concepto en el constitucionalismo colombiano llamado “*la sustitución de la Constitución*”, el cual consiste en que el Texto Superior puede ser reformado por los mecanismos de reforma consagrados en el artículo 374 de la Carta Política, más no sustituido a través de estos. Por lo tanto, mediante el desarrollo de estos cuatro capítulos evaluaremos la trascendencia de esta teoría para nuestra realidad política-constitucional a la luz de doctrinas constitucionales nacionales e internacionales sobre la materia.

En primer lugar, a manera de introducción al tema de reformas constitucionales estudiaremos cómo funcionan los mecanismos de reforma constitucional consagrados en la Constitución Política de 1991 y las demás normas que lo desarrollan, teniendo en cuenta los antecedentes que dieron origen a la creación de estos mecanismos y su implementación en la Carta de 1991. Así mismo, se mencionaran cómo funcionan las reformas constitucionales en el derecho comparado, tomando como parámetro de comparación diferentes países, entre los que se destacan Estados Unidos, España y Uruguay.

Posteriormente, se analizará la diferencia entre poder constituyente y poder de revisión, destacando las diversas opiniones doctrinales nacionales e internacionales que se tienen al respecto. Para así estudiar a profundidad la regulación y los límites que le incluyeron el constituyente de 1991 y el legislador, a los procedimientos de reforma consagrados en la Constitución Política de nuestro país.

Más adelante, se analizarán de manera crítica los pronunciamientos de la Corte Constitucional acerca del concepto de *sustitución de la Constitución*. Al igual que los salvamentos de voto de los diferentes magistrados que defienden o controvierten esta teoría. Con la finalidad de revelar nuestra opinión sobre la conveniencia, fundamentación jurídica y desarrollo que le ha dado la Corte al tema, así como las implicaciones políticas y jurídicas que esto acarrea.

Por último, se estudiará la doctrina y jurisprudencia internacional que ha sido desarrollada sobre la materia, con la idea de conocer las diferentes posiciones que existen al respecto en temas controversiales como los límites implícitos de las Cartas Constitucionales.

I. MECANISMOS DE REFORMA CONSTITUCIONAL

1.1. Derecho Colombiano

Las constituciones, en principio, son creadas de tal manera que se busca que no sean modificadas o reformadas y así se mantengan y perduren en el tiempo. Sin embargo, la evolución de las sociedades y la realidad jurídica hacen necesario establecer mecanismos de reforma para ajustar su contenido normativo a las nuevas necesidades de los gobernados, sin que a través de dichos mecanismos se pretenda la satisfacción de otros propósitos, como ocurre, por ejemplo, al elevar a normas de raigambre constitucional aspectos o materias que podrían ser regulados mediante ley o al implementar políticas coyunturales -algunas veces originadas en intereses eminentemente personalistas- ajenas a las características de generalidad e intemporalidad que demanda el texto constitucional.

En este sentido, la Constitución de 1991 estableció tres (3) mecanismos para reformar la Constitución, en el artículo 374, consistentes en la posibilidad de hacer uso del acto legislativo por parte del Congreso de la República, o de acudir a una Asamblea Constituyente o de solicitar directamente el pronunciamiento del pueblo a través de la figura del referendo. Así las cosas, el nuevo texto constitucional marca una trascendental diferencia con la Constitución de 1886, en la cual los procedimientos de reforma eran esencialmente restrictivos, pues únicamente se permitía su modificación a través de la actuación del Congreso de la República, tal y como se consagró en el plebiscito de 1957, en el artículo 13¹.

En este contexto, las reformas a la Constitución en vigencia de la anterior Carta, teniendo en cuenta la reforma realizada en el Acto Legislativo No. 1 de 1968,

¹ En adelante las reformas constitucionales sólo podrán hacerse por el Congreso, en la forma establecida en el artículo 218.

solamente se podían hacer mediante actos legislativos, discutidos y aprobados en dos (2) legislaturas ordinarias, la última de las cuales, exigía la mayoría absoluta de los miembros de cada una de las cámaras².

A continuación, en primer lugar, se explicará y se analizará los mecanismos de reforma constitucional establecidos en la Carta Política de 1991; y en segundo término, se hará un estudio histórico y comparado de dichos mecanismos.

1.2. Acto Legislativo

El artículo 374 del Texto Superior establece que el Congreso de la República tiene competencia para reformar la Constitución Política. Dicha atribución constitucional, en los términos previstos por el artículo 6 de la ley 5 de 1992, se ejerce a través del trámite y aprobación de actos legislativos.

En este sentido, surge entonces el siguiente interrogante: ¿Qué debe entenderse por acto legislativo? La respuesta a dicha pregunta se encuentra en el artículo 221 de la mencionada ley 5 de 1992, conforme a la cual se define a los actos legislativos como *“las normas expedidas por el Congreso que tengan por objeto modificar, reformar, adicionar o derogar los textos constitucionales”*.

En lo atinente a la potestad para la presentación de proyectos de reforma constitucional, el artículo 375 del Texto Superior señala que dicha atribución o iniciativa en el caso del acto legislativo se circunscribe al Gobierno Nacional, a

² Sobre la materia, se disponía que: “Artículo 74 del Acto Legislativo No. 1 de 1968. El artículo 18 de la Constitución Nacional quedará así: La constitución, salvo lo que en materia de votación ella dispone en otros artículos, sólo podrá ser reformada por un acto legislativo, discutido primeramente y aprobado por el Congreso en sus sesiones ordinarias; publicado por el Gobierno, para su examen definitivo en la siguiente legislatura ordinaria; por ésta nuevamente debatido, y, últimamente, aprobado por la mayoría absoluta de los individuos que componen cada Cámara. Si el gobierno no publicare oportunamente el proyecto de Acto Legislativo, lo hará el presidente del Congreso”.

diez (10) miembros del Congreso, al veinte por ciento (20%) de los concejales³ o diputados del país y a un número de ciudadanos igual o superior al 5% del censo electoral. Así mismo el Consejo de Estado y el Consejo Nacional electoral tienen prerrogativa de presentar proyectos de acto legislativo, restringida a sus propias materias, para reformar la Carta, conforme se establece en los artículos 237-4 y 265-4 de la Carta Fundamental. Vale decir que los proyectos de actos legislativos pueden ser presentados en la secretaría general de las cámaras o en sus plenarios.

En cuanto al trámite, el mismo aparece consagrado en los artículos 224 a 226 de la ley 5 de 1992, en donde se dice que es necesario su aprobación en dos (2) períodos ordinarios y consecutivos, en concordancia con el artículo 375 de la Constitución política, el cual exige la realización de ocho (8) debates para su aprobación a diferencia de las leyes que requieren cuatro (4). Como se sabe toda legislatura está compuesta por dos (2) períodos ordinarios, el primero que va del 20 de julio al 16 de diciembre y el segundo que se presenta desde el 16 de marzo hasta el 20 de junio. Nótese cómo, la Constitución exige el trámite y aprobación de los actos legislativos en dos (2) períodos ordinarios, lo cual no significa que dichos períodos deban coincidir siempre en una misma legislatura.

En relación con el proyecto de acto legislativo, éste debe ser aprobado en cada una de las cámaras por la mayoría simple, en la primera vuelta. Una vez se surte el trámite el gobierno debe publicarlo en el Diario Oficial, caso en el cual requerirá la mayoría absoluta en cada una de las cámaras en la segunda vuelta, donde sólo se podrán debatir iniciativas presentadas en la primera. Lo anterior no significa que el artículo 160 del Texto Superior, referente a la realización de los debates legislativos, no se aplique para el caso de los actos legislativos, pues como acto

³ Sin embargo, existe una antinomia constitucional entre el artículo 155 y el artículo 375 en el sentido que el primero exige un treinta por ciento (30%) para la iniciativa de proyectos de ley y proyectos de acto legislativos, mientras que el artículo 375 establece la necesidad de un veinte (20%) por ciento. Ante lo anterior, prevalece el artículo 375 por ser una norma específica sobre la iniciativa para la presentación de proyecto de actos legislativos.

de producción normativa al interior del Congreso se somete a dicho parámetro constitucional; razón por la cual los proyectos de acto legislativo aprobados en la primera vuelta y publicados en el diario oficial por el gobierno pueden modificarse adicionarse o suprimirse en la segunda. Lo que no podrá hacerse es debatirse nuevas iniciativas o iniciativas negadas en la primera vuelta.

Para ver más detalladamente los requisitos constitucionales y reglamentarios para el trámite de las reformas constitucionales que se hagan a través de acto legislativo es necesario analizar la sentencia C-208 de 2005⁴. En esta providencia la Corte reiteró su jurisprudencia en el sentido de señalar que el control constitucional de los actos legislativos por vía de acción de inconstitucionalidad es rogado, y por lo tanto, la Corte solamente analiza los vicios alegados por los demandantes⁵.

En este sentido se sintetizaron los requisitos constitucionales y reglamentarios de los actos legislativos en una lista enunciativa, en los siguientes términos:

1. En cuanto a la iniciativa, las normas constitucionales, de manera taxativa, la establecen en cabeza de quienes ya se mencionó.
2. La publicación oficial exigida en el artículo 157-1 se aplica para el caso de actos legislativos.
 - Por ello el artículo 144 de la Ley 5 de 1992 también aplica, por lo que una vez recibido un proyecto de reforma, se ordenará por la secretaría su publicación en la Gaceta del Congreso y se repartirá por el Presidente de la comisión Primera Constitucional permanente.

⁴ M.P: Clara Inés Vargas

⁵ Ante lo cual el Magistrado Jaime Araujo Rentería aclara su voto por considerar que la Corte también debe estudiar los vicios de forma no alegados por los demandantes.

- En materia de publicaciones, además, hay que decir que el artículo 375 de la Constitución es claro respecto de la obligación que le asiste al gobierno, una vez termine la primera vuelta y antes de que comience la segunda, de publicar lo debatido en el Diario Oficial.
3. Las reglas para radicación de proyectos y designación de ponentes establecidas en la Ley 5 de 1992 son aplicables para el caso de los actos legislativos.
 4. El artículo 160 de la Constitución de 1991 dice que todo proyecto de ley o de acto legislativo deberá tener informe de ponencia en la respectiva comisión encargada de tramitarlo y deberá dársele el curso correspondiente.
 5. En cuanto a la aplicación de las reglas constitucionales y reglamentarias sobre unidad de materia, para el caso de actos legislativos está dada por el asunto predominantemente del que ellos se ocupan, que no es otro que la reforma de determinados apartes de la Constitución, o la derogación o adición de ella para incluir nuevas disposiciones en la Carta.
 6. No es aplicable a los proyectos de acto legislativo la acumulación de iniciativas, a no ser que ella tenga lugar antes del primer debate de la primera vuelta.
 7. La posibilidad de sesiones conjuntas establecidas en la Ley 5 de 1992 en sus artículos 169 a 173, no ha sido prevista por el Texto Superior para el caso de actos legislativos.
 8. Tampoco aplica el artículo 163 de la Constitución, relativo a la solicitud de urgencia del proyecto por parte del gobierno.
 9. La obligatoriedad de ocho (8) debates para los proyectos de acto legislativo excluye las denominadas “constancias” dejadas en curso de la primera vuelta.

10. El artículo 160 de la Carta aplica para los actos legislativos cuando estatuye que entre el primero y segundo debate deberá mediar un lapso no inferior a ocho (8) días, y que entre la aprobación del proyecto en una de las cámaras y la iniciación del debate en la otra, deberán transcurrir por lo menos quince (15) días.
11. El artículo 157-4 de la Constitución, exige que para que un proyecto sea ley, debe ser sancionado por el gobierno, lo cual no aplica para el caso de actos legislativos.
 - No se autoriza al gobierno para objetar los proyectos de actos legislativos.
12. También se aplica el artículo 160 de la Constitución cuando establece que cada cámara podrá introducir al proyecto las modificaciones, adiciones y supresiones que considere necesarias.
 - Por lo tanto también se aplica en los actos legislativos el artículo 154 de la Carta, por lo que respecto de iniciativas exclusivas del gobierno, las cámaras podrán hacer las modificaciones que estimen pertinentes.
 - Las comisiones permanentes de Senado y Cámara están vinculadas por el texto elaborado por los autores del proyecto.
13. Se exige en el artículo 375 de la Carta que para que los proyectos de acto legislativo puedan efectivamente aprobarse y tengan validez, deben darse ocho (8) debates completos e integrales.

Ahora, en relación con los límites dados por la misma Constitución, al Congreso para reformar la misma, se tiene que cuando la reforma se trate sobre los derechos fundamentales reconocidos en el capítulo 1 del título II y sus garantías, a los procedimientos de participación popular, o al Congreso, ésta se podrá someter a referendo si efectivamente así lo solicita el cinco (5%) del censo electoral, dentro de los seis (6) meses siguientes a la promulgación del acto legislativo (artículo 377

de la C.P). Sobre este tema se volverá más adelante cuando se hable del referendo como mecanismo de reforma.

Además, en el caso de que se apruebe y se elija una asamblea nacional constituyente para reformar la Constitución, el Congreso no puede ejercer su Poder de Reforma en ningún caso, desde el término de inicio hasta el de finalización del cumplimiento de funciones de dicha asamblea.

Por último, se expone un cuadro de los actos legislativos expedidos hasta el día de hoy para reformar la Constitución de 1991, con un breve comentario de lo que se reformó, y el control de constitucionalidad que se ha hecho por parte de la Corte Constitucional sobre los mismos.

- a) Acto legislativo 1 de agosto 17 de 1993, por medio del cual se erige la ciudad de Barranquilla, capital del departamento del Atlántico, en Distrito especial, industrial y portuario.
- b) Acto Legislativo 2 de noviembre 23 de 1993, por el cual se adoptan medidas transitorias: se adopta como plan nacional de desarrollo para los años 1993 y 1994 el que corresponda a las leyes anuales de presupuesto de renta y de apropiaciones de la Nación.
- c) Acto legislativo 3 de diciembre 15 de 1993, por medio del cual se adicionan los artículos 134 y 261 de la Constitución Política, relacionadas con faltas absolutas o temporales, inhabilidades e incompatibilidades.
- d) Acto Legislativo 1 de diciembre 1 de 1995, por el cual se adiciona el artículo 357 de la Constitución Política sobre participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación.
- e) Acto Legislativo 2 de diciembre 21 de 1995, por medio del cual se adiciona el artículo 221 de la Constitución Política en relación con la integración de Cortes y Tribunales Militares.
- f) Acto Legislativo 1 de 15 de enero de 1996, por medio del cual se modifican los artículos 299 y 300 de la Constitución Política, en relación con las

- funciones de las Asambleas Departamentales. Acto Legislativo declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-222 de 29 de abril de 1997 de Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo.
- g) Acto Legislativo 1 de diciembre 16 de 1997, por el cual se modifica el artículo 35 de la Constitución Política, en relación con la extradición de nacionales colombianos. Aparte declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-543 del 1o. de octubre de 1998. Inciso declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-543 del 1o. de octubre de 1998, únicamente por los cargos analizados en la sentencia.
 - h) Acto Legislativo 1 de julio 30 de 1999, por medio del cual se reforma el artículo 58 de la Constitución Nacional, en relación con la expropiación.
 - i) Acto Legislativo 1 de 17 de agosto de 2000, por el cual se modifica el inciso 1 del artículo 322 de la Constitución Política de Colombia, en el sentido de cambiar el nombre de Santafé de Bogotá por el de Bogotá D.C.
 - j) Acto Legislativo 2 de 17 de agosto de 2000, por el cual se modifica el artículo 52 de la Constitución Política, en relación con el ejercicio del deporte.
 - k) Acto Legislativo 1 de julio 30 de 2001, por medio del cual se modifican algunos artículos de la Constitución Política, incluyendo un nuevo párrafo al artículo 347, modifica los artículos 356 y 357, a través del cual se estableció que durante los años 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007 y 2008 el monto total de las apropiaciones autorizadas por la ley anual del presupuesto para gastos generales, distintos de los destinados al pago de pensiones, salud, gastos de defensa, servicios personales, al sistema general de participaciones y a otras transferencias que señale la ley, no podrá incrementarse de un año a otro, en un porcentaje superior al de la tasa de inflación causada para cada uno de ellos, mas el uno punto cinco por ciento (1.5%). Este párrafo transitorio fue declarado exequible por la Corte Constitucional, por medio de sentencia C-614 de 2002, magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil.

- l) Acto Legislativo 2 de diciembre 27 de 2001, por medio del cual adiciona el artículo 93 de la Constitución Política. El Estado colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la conferencia de plenipotenciarios de las Naciones Unidas.
- m) Acto Legislativo 1 de enero 25 de 2002, por medio del cual se reforma el artículo 96 de la Constitución Política, referente a la nacionalidad colombiana
- n) Acto Legislativo 2 de agosto 6 de 2002, por medio del cual se modifica el período de los gobernadores, diputados, alcaldes, concejales y ediles.
- o) Acto Legislativo 3 de 19 de diciembre de 2002, por medio del cual se reforma la Constitución Nacional en sus artículos 116, 250 y 251, que tratan sobre la administración de justicia y la Fiscalía general de la Nación. Con base en esta reforma se expidió el nuevo Código de Procedimiento Penal Acusatorio. Aparte declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1092 de 19 de noviembre de 2003, Magistrado Ponente Dr. Álvaro Tafur Galvis. Parágrafo declarado executable, por los cargos analizados, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-966 de 21 de octubre de 2003, Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra. Numeral declarado executable, por el cargo analizado, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1092 de 19 de noviembre de 2003, Magistrado Ponente Dr. Álvaro Tafur Galvis. Inciso 2o. declarado executable, por el cargo estudiado, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-970 de 7 de octubre de 2004, Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil. Artículo declarado executable, por el cargo analizado, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1092 de 19 de noviembre de 2003, Magistrado Ponente Dr. Álvaro Tafur Galvis.
- p) Acto Legislativo 1 de julio 3 de 2003, por medio del cual se adopta una reforma Política Constitucional y se dictan otras disposiciones. Artículo declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-313 de 31 de marzo de 2004, Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba

Triviño. Artículo declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-668 de 13 de julio de 2004, Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra. Aparte declarado executable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-753 de 10 de agosto de 2004, Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra. Inciso 3o. y 4o. declarados executivos, por los cargos analizados, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-208 de 10 de marzo de 2005, Magistrada Ponente Dra. Clara Inés Vargas Hernández. Artículo declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-232 de 4 de abril de 2005, Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Artículo declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-772 de 27 de abril de 2004, Magistrada Ponente Dra. Clara Inés Vargas Hernández. Párrafo declarado executable, por el cargo analizado, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-971 de 7 de octubre de 2004, Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

- q) Acto Legislativo 2 de diciembre 18 de 2003, por medio del cual se modifican los artículos 15, 24, 28 y 250 de la Constitución Nacional, para enfrentar el terrorismo. La presente reforma fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-818 de 2004, magistrado ponente, Jaime Córdoba Triviño.
- r) Acto Legislativo 1 de enero 7 de 2004, por el cual se modifica el inciso 5 del artículo 122 de la Constitución política, sobre la pérdida de derechos políticos. En este acto legislativo, se incorporó la reforma de la Constitución aprobada por el pueblo, mediante referendo constitucional. La Corte Constitucional declaró executable el artículo 2 de este acto legislativo, mediante sentencia C-1000 de 2001, magistrado ponente, Manuel José Cepeda Espinosa. También declaró executable la totalidad del acto legislativo, por los cargos analizados, por medio de sentencia C-1121 de 2004, magistrada ponente, Clara Inés Vargas Hernández.
- s) Acto Legislativo 2 de diciembre 27 de 2004, por medio del cual se reforma la Constitución Política y se dictan otras disposiciones, referentes a las

prohibiciones a servidores públicos. La Corte Constitucional, declaró exequible este acto legislativo, salvo el inciso tercero del párrafo transitorio del artículo 4, que fue declarado inexecutable. Inciso declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1040 de 19 de octubre de 2005, Magistrados Ponentes Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, Dr. Rodrigo Escobar Gil, Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, Dr. Humberto Antonio Sierra Porto, Dr. Álvaro Tafur Galvis, Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

- t) Acto Legislativo 1 de julio 25 de 2005, por medio del cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política, estableciendo nuevas reglas para el sistema general de seguridad social.
- u) Acto Legislativo 2 de julio 22 de 2005, por el cual se modifica el artículo 176 de la Constitución Política, correspondiente a la composición de la cámara de representantes.
- v) Acto Legislativo 3 de diciembre 29 de 2005, por el cual se modifica el artículo 176 de la Carta Política, correspondiente a la composición de la cámara de representantes. Acto Legislativo declarado exequible, en relación con los cargos analizados atinentes a vicios de procedimiento en su formación, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-178 de marzo de 2007, Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. La Corte Constitucional declaró estarse a lo resuelto en la Sentencia C-277-07, mediante Sentencia C-317 de 3 de mayo de 2007, Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil. Inciso declarado exequible, por los cargos analizados, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-277 de 18 de abril de 2007, Magistrado Ponente Dr. Humberto Antonio Sierra Porto. Inciso declarado exequible, por el cargo de vulneración al principio de unidad de materia, por los cargos por sustitución parcial de la Constitución, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-216 de 21 de marzo de 2007, Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.
- w) Acto Legislativo 1 de junio 27 de 2007, por el cual se modifican los numerales 8 y 9 del artículo 135, se modifican los artículos 299 y 312, y se

adicionan dos numerales a los artículos 300 y 313 de la Constitución Política de Colombia; los cuales tratan sobre las facultades de las cámaras, los concejos municipales y las asambleas departamentales. acto legislativo declarado exequible, por los cargos estudiados en relación con vicios de procedimiento, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-757 de 30 de julio de 2008, Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil.

- x) Acto Legislativo 2 de julio 6 de 2007, por medio del cual se modifican los artículos 328 y 356 de la Constitución Política, consagrando nuevas reglas para el sistema general de participaciones de los departamentos, distritos y municipios. Apartes y parágrafo declarados inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-033 de 28 de enero de 2009, Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.
- y) Acto Legislativo 3 de julio 10 de 2007, por medio del cual se modifica el artículo 323 de la Constitución Nacional, referente a las elecciones de autoridades y corporaciones locales.
- z) Acto Legislativo 4 de julio 11 de 2007, por medio del cual se reforman los artículos 356 y 357 de la Constitución Política, estableciendo nuevas reglas para el sistema general de participaciones. Acto Legislativo declarado exequible, por los cargos analizados, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-427 de 2008.
- aa) Acto legislativo 1 de 2008, por medio del cual se adiciona el artículo 125 de la Constitución Política, el cual trata sobre los empleos de carrera.

En cuanto al control de constitucionalidad de los actos legislativos, el artículo 379 establece que la acción pública de inconstitucionalidad procede dentro del año siguiente a su promulgación, únicamente por vicios de forma o procedimiento en su creación, en concordancia con el artículo 241 de la Carta Política.

Aun cuando la acción pública de inconstitucionalidad es de creación Venezolana⁶, Colombia a través del Acto Legislativo No. 3 de 1910, consagró una acción pública

⁶ La acción pública de inconstitucionalidad en Venezuela se creó en la Carta Política de 1858.

de inconstitucionalidad con un alcance mucho mayor que la Venezolana. Lo anterior, debido a que la acción Venezolana consistía en que cualquier ciudadano podía demandar únicamente los actos de las “legislaturas provinciales”, mientras que la acción Colombiana lo extendió a todas las leyes y decretos.

Es de aclarar que específicamente para el caso de actos legislativos con anterioridad a la Constitución de 1991, no se establecía específicamente el control de constitucionalidad de los mismos, por lo que fue la Corte Suprema la que habilitó su realización, entendiendo que los actos legislativos también son leyes que deben sujetarse a las disposiciones de la Constitución y por lo tanto procede acción pública de inconstitucionalidad contra ellos.

1.3. Asamblea Constituyente

El artículo 376 de la Carta Política prescribe que el Congreso mediante ley aprobada por la mayoría absoluta de los miembros de una y otra cámara, puede disponer que el pueblo, en votación popular, decida si convoca o no a una Asamblea Constituyente para reformar total o parcialmente la Constitución. Se entiende que el pueblo la convoca cuando por lo menos una tercera parte del censo electoral da su voto positivo frente a la convocatoria. La iniciativa de la Asamblea es exclusiva del Congreso, quien la hace a través de una ley de convocatoria, la cual deberá contener además, el número de delegatarios, el sistema para elegirlos, la competencia, la fecha de su iniciación y su período.

La Ley 134 de 1994 sobre mecanismos de participación democrática, regula en su título VI la consulta para convocar a la asamblea constituyente. Establece que la tarjeta electoral para la consulta deberá ser diseñada de tal forma que los electores puedan votar con un “sí” o un “no” la convocatoria y los temas que serán competencia de la asamblea.

Agregado a lo anterior, el artículo 63 establece la fecha de realización de la consulta, la cual deberá realizarse dentro de los dos (2) a los seis (6) meses a partir de la fecha de la expedición de la ley, término que también se aplica para la elección de los delegatarios, contados desde la fecha de promulgación de los resultados por el Consejo Nacional Electoral.

De suerte que, la votación de la convocatoria y la elección de los delegatarios son dos actos separados, que además no podrán coincidir con ninguna otra votación, evitándose así la influencia de otros debates electorales.

Ahora, en cuanto a los límites del Congreso para reformar la Constitución ya se mencionó que una vez es elegida la Asamblea Constituyente, el Congreso no puede ejercer su poder de reforma en ningún caso, hasta el término del cumplimiento de las funciones de la asamblea, así solamente se le haya otorgado facultad a la misma para reformar una determinada materia, pues de permitirse se estaría frente a una duplicidad de funciones que generaría inseguridad jurídica.

Por otro lado, en relación con el control constitucional que se realiza respecto de la reforma a la Carta por medio de una Asamblea Constituyente, se tiene que la ley que la convoca deberá remitirse por el Gobierno Nacional a la Corte Constitucional para su control previo respecto de vicios de procedimiento en su formación. También puede demandarse por medio de acción pública de inconstitucionalidad el acto legislativo que incorpore la reforma realizada por la Asamblea, dentro del año siguiente a su expedición únicamente por vicios de procedimiento en su formación.

Como ya se ha dicho, el régimen constitucional anterior solamente consagraba la posibilidad de reformar la Carta a través de acto legislativo (artículo 218 de la Constitución de 1886). No obstante, en la historia constitucional colombiana se evidencian ciertos antecedentes, en los que se promovió su reforma a través de una Asamblea Constituyente; en algunos casos con éxito y en otros no.

En el Acto Legislativo No. 9 de 1905, se estableció que la Constitución podría ser reformada por una Asamblea Nacional, convocada por el Congreso o por el Gobierno, previa solicitud de la mayoría de las municipalidades, donde la ley o decreto de convocatoria señalarían los puntos de reforma. En el Acto Legislativo 1 de 1910 se estableció que la Asamblea Nacional mientras estuviera en funcionamiento tenía las mismas funciones legislativas del Congreso.

Más adelante, en el Acto legislativo 1 de 1952, se dijo que la próxima reforma a la Constitución la haría una Asamblea Constituyente compuesta por; dos (2) diputados departamentales con sus respectivos suplentes elegidos uno por el Senado y el otro por la Cámara, los ciudadanos que hubieren ejercido en el Gobierno, seis (6) integrantes de los partidos tradicionales (liberal y conservador), cuatro (4) miembros escogidos por la Corte Electoral, dos (2) Ex Magistrados de la Corte Suprema elegidos por la misma, dos (2) ex Concejeros de Estado elegidos por el mismo Consejo de Estado y diez (10) miembros de los sectores agropecuario, bancario, industrial, cafetero, comercial, cooperativo, sindical, periodístico y universitario de la Nación.

Después en el Acto legislativo 1 de 1953, se reconoció al general Rojas Pinilla como Presidente de la República y se estableció que el Gobierno señalaría la fecha para las nuevas elecciones o convocatoria dentro del año a la Asamblea Nacional Constituyente para que ella lo eligiera. En 1954 a través de Acto Legislativo 1, se amplió el número de miembros de la Asamblea, de manera tal que los liberales contaron con veintidós (22) diputados más, los conservadores con doce (12) más y finalmente se le dio representación a las Fuerzas Armadas y a la Iglesia Católica, con dos diputados a cada una. También en 1954 con el Acto Legislativo 2 se le otorgó desde el 20 de julio de 1955 hasta el 7 de agosto de 1958 a la Asamblea Nacional Constituyente las funciones constitucionales y legales del Congreso. En 1956 se amplió la cantidad de diputados otra vez por medio del Acto Legislativo 1. Finalmente y como ya se mencionó, en el Acto

legislativo 1 de 1957 se convocó a los ciudadanos a un Plebiscito, en donde se estableció que la Carta solo podría ser reformada a través de Acto Legislativo, el cual efectivamente fue aprobado por los mismos.

Claramente se evidencia del anterior recuento histórico que la figura de la Asamblea nunca tuvo aplicación práctica, probablemente porque la figura del acto legislativo fue predominante en nuestro ordenamiento, hasta el punto que el artículo 74 del Acto Legislativo 1 de 1968, estableció que la reforma a la Constitución, solamente se podría hacer por medio del Congreso mediante acto legislativo.

Otro antecedente importante en lo que se refiere a asambleas constituyentes en Colombia, fue lo que se llamo *“La Pequeña Constituyente”*, propuesta hecha por el Presidente Alfonso López Michelsen, el cual intento hacerle entender al país la necesidad de una reforma constitucional, ante todo en dos temas, por un lado el régimen departamental y municipal y por el otro la administración de justicia (Ministerio Público, jurisdicción constitucional). El Congreso aprobó el proyecto a través del Acto Legislativo 2 de 1977, pero éste fue declarado inexecutable por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 5 de mayo de 1978, M.P José María Velasco Guerrero, con el argumento principal de que el Congreso no podía subdelegar el poder de reforma a un organismo extraño, pues la asignación de competencias es la esencia de la función del constituyente primario y no del secundario.

Es de resaltar que existía una norma (artículo 12), en este acto legislativo, que habilitaba a la Corte Suprema de Justicia para conocer de las demandas de inconstitucionalidad contra actos legislativos, algo inexistente para la época.

Ahora bien, necesariamente hay que hacerse la pregunta de qué habría pasado si no se hubiera caído esta reforma y por lo tanto dicha asamblea hubiere creado la Fiscalía, la Corte Constitucional, entre otras instituciones. La respuesta es simple,

de haber sido así, nuestro ordenamiento jurídico hubiera avanzado en temas que no lo hizo sino hasta el año de 1991 con la expedición de la nueva Constitución.

Finalmente y después de otros intentos fallidos, fueron los estudiantes de las universidades, los que a través de la propuesta de la séptima papeleta, lograron convocar a la Asamblea Nacional Constituyente que dio lugar a nuestra actual Constitución.

La Corte Suprema de Justicia, a través de sentencia del 9 de Octubre de 1990, habilitó a la Asamblea Constituyente para reformar la Carta, declarando inexecutable la limitación de sus funciones, dándole así poder para reformar enteramente la Constitución. Fue así como la Corte Suprema cambió su jurisprudencia sin mucho sustento jurídico, y más bien con un contenido político reflejando de esa manera la fuerza del pueblo, quienes querían una nueva Constitución Política para Colombia.

Lo anterior, es motivo para que hoy se le tema un poco a la figura de la mal llamada Asamblea Constituyente, pues su convocatoria podría terminar en una nueva Constitución aún cuando sus poderes estén delimitados por la ley que la convoca. Por esto, se insiste en que se le debió llamar Asamblea Constitucional y no constituyente, pues, en esta ocasión se utilizó un mecanismo de reforma no contemplado dentro del ordenamiento, a diferencia de la Asamblea Constituyente quien tiene que cumplir todo el proceso consagrado en la Carta para poder reformar la Carta.

1.4. Referendo

El artículo 3 de la Ley 134 de 1994 define el referendo como la convocatoria que se hace al pueblo para que apruebe o rechace un proyecto de norma jurídica (referendo aprobatorio) o derogue o no una norma ya vigente (derogatorio), y establece que éste podrá ser nacional, regional, departamental, distrital, municipal

o local. No sobra decir que estamos ante un mecanismo de participación ciudadana, razón por la cual se reguló en la Ley Estatutaria de los Mecanismos de Participación Ciudadana (Ley 134 de 1994).

Hay varias clases de referendo que no solamente se circunscriben al referendo aprobatorio y derogatorio, y constitucional e infra-constitucional, pues según la Corte Constitucional y siguiendo lo expuesto por la doctrina⁷ existen seis (6) criterios de clasificación de esta institución a saber, el territorial, el normativo, de acuerdo al origen, de acuerdo con los efectos del mismo referendo, en atención a la exigibilidad de su realización y según el sometimiento de la materia.

1. Criterio Territorial

Existen cinco (5) clases de referendo de acuerdo al criterio territorial:

- a) Referendo nacional. Cuando lo que se somete a decisión del pueblo es la existencia de una reforma a la Constitución, o la existencia de una ley.
- b) Referendo regional. Se establece claramente en el artículo 307 de la Carta y consiste en la exigencia de que la decisión tomada por el Congreso para convertir a dos o más departamentos en regiones debe someterse a referendo.
- c) Referendo departamental. Cuando lo que se somete a decisión del pueblo es la existencia de una ordenanza departamental.
- d) Referendo distrital o municipal. Cuando lo que se somete a decisión del pueblo es la existencia de un acuerdo distrital o municipal.
- e) Referendo local. Cuando lo que se somete a decisión del pueblo es la existencia de una resolución local.

⁷ Quinche Ramírez, Manuel Fernando. *Reforma política y referendo en Colombia: dentro del proceso de reformas de la Constitución de 1991*, Bogotá: centro editorial Universidad del Rosario, 2004.

2. Criterio normativo:

- a) Referendo Constitucional. Este es el referendo que nos interesa explicar dado el tema del presente trabajo. Establecido en los artículos 374 y 378 del Texto Superior y 33 de la Ley 134 de 1994, consiste básicamente en la posibilidad de que el pueblo, mediante votación popular, reforme la Constitución.

La iniciativa puede ser presentada por el Gobierno o un grupo de ciudadanos no menor al cinco por ciento (5%) del censo electoral vigente, con el fin de que el Congreso mediante ley, convoque al pueblo, para someter a su decisión la existencia de una reforma constitucional. Es así como la ley del referendo es una ley convocante, que incorpora un proyecto de reforma constitucional, el cual será sometido a consideración del pueblo. Esta ley es un paso para poder llegar a reformar la Carta, lo que implica que se expida por el Congreso como legislador y no como titular del poder de reforma constitucional, aplicándose de esta manera el trámite de una ley ordinaria con algunas características especiales establecidas por la propia Constitución y la Ley 5 de 1992.

En primer lugar, se requiere la mayoría absoluta de los miembros de una y otra cámara. Se necesita además que se someta el texto a la aprobación del pueblo mediante votación popular, el cual requiere el voto afirmativo de más de la mitad de los votantes, y que el número de los que asistan a las elecciones sobrepase la cuarta parte del censo electoral, tal y como lo establece la Carta Política y el artículo 45 de la Ley 134 de 1994.

Para explicar el procedimiento que debe llevarse a cabo para que se entienda aprobado válidamente un referendo constitucional hay que

diferenciar entre referendo constitucional de iniciativa popular y referendo constitucional de iniciativa gubernamental.

El primero comenzaría con la campaña del referendo para recolectar las firmas necesarias y poder presentar el proyecto en el Congreso para su respectivo debate, mientras que el segundo comenzaría directamente con la presentación del proyecto por parte del Gobierno en el Congreso, para que éste lo discuta.

En ambos casos, una vez la ley convocante sea expedida por el Congreso y se le haga el respectivo control previo y automático de constitucionalidad, el Gobierno Nacional mediante decreto deberá convocar al pueblo para que éste adopte su una decisión, la cual, de ser favorable cumpliendo los requisitos establecidos, ya mencionados, se le denominará acto legislativo, que deberá incluir de manera obligatoria el encabezado de "*el Pueblo de Colombia decreta*".

Por otro lado, en cuanto a la protección del elector, debe entenderse que el referendo consiste en un temario o articulado que se les presenta a los ciudadanos para que éstos voten de manera positiva o negativa la reforma a la Constitución, tal y como lo establece el artículo 378 constitucional y el artículo 229 de la Ley 5 de 1992. Así, tanto la ley que convoca el referendo, como la tarjeta electoral deben respetar la libertad del elector, la cual puede evidenciarse en la manera como se le presentan las preguntas a los votantes del referendo.

Referente a los límites que tiene el Congreso en la elaboración de la ley convocante es imperativo decir que el artículo 160 de la Constitución le resulta aplicable, por lo que durante el segundo debate cada cámara podrá introducir al proyecto las modificaciones, adiciones y supresiones que consideren necesarias. Lo que no se podrá hacer será introducir

nuevas propuestas, pues en ese caso se estaría violando la reserva de iniciativa del Gobierno o la ciudadanía y se desconocería a sí mismas los principios constitucionales de identidad y consecutividad.

En cuanto al control de constitucionalidad de los referendos que buscan reformar la Carta, la Corte Constitucional debe hacer un control previo y automático sobre la ley que convoca el referendo sólo por vicios de procedimiento en su realización. Además, podrá la Corte hacer control de constitucionalidad, cuando cualquier ciudadano a través de la acción pública de inconstitucionalidad y dentro del año siguiente a su promulgación (artículo 379 C.P.), impugne el acto legislativo en el cual se incorpora la decisión aprobada por el pueblo mediante referendo. En este caso la Corte nuevamente sólo podrá hacer el control de constitucionalidad del acto legislativo solo por vicios de procedimiento⁸.

Ahora, en relación con el artículo 377 de la Constitución de 1991, el artículo 4 y 36 de la Ley 134 de 1994 y el artículo 229 de la Ley 5 de 1992, éstos contemplan la posibilidad de un referendo constitucional derogatorio en caso de que el Congreso -vía acto legislativo- reforme las materias comprendidas en el artículo 377 constitucional, si así lo solicitan el cinco por ciento (5%) de los ciudadanos que conforman el censo electoral dentro de los seis (6) meses siguientes a la promulgación de dicho acto.

Lo anterior, dado la importancia de esta clase de reformas, puesto que versan sobre los derechos fundamentales reconocidos a los ciudadanos en la Constitución y sus garantías, entendiéndose por estas últimas los mecanismos propuestos para su protección y aplicación de esos derechos, o sobre procedimientos de participación popular, o el

⁸ Sobre este tema puede verse la sentencia C-180 de 1994.

Congreso, temas que siempre serán muy delicados, por lo que se les permite a los ciudadanos, si así lo solicitan, someter dichas reformas a referendo, el cual como se nota es facultativo de los ciudadanos, para que sean los mismos quienes decidan si la reforma hecha a la Carta en esos puntos específicos es pertinente o no, dándose así desarrollo a la democracia participativa que la Constitución de 1991 promueve.

Por último, es de suma importancia recordar ciertos hechos históricos, que constituyen antecedentes de referendos constitucionales en Colombia. El primero, se evidencia en el mal llamado Plebiscito de 1957. Para esta época, existía urgencia por volver al Estado Constitucional después de la dictadura del general Rojas Pinilla, por lo cual se convocó al pueblo, para que mediante votación popular, aprobara la reforma de la Constitución de 1886. Así las cosas, lo que se dio en este caso fue un referendo y no un plebiscito, pues hay claras diferencias entre estas dos instituciones, como a continuación se explica.

El plebiscito es de contenido netamente político, pues es la convocatoria que hace el Presidente para que el pueblo apoye o rechace una determinada decisión política del ejecutivo, mientras que el referendo es eminentemente jurídico, ya que busca que el pueblo apruebe la existencia de una norma jurídica.

De esta manera, se puede evidenciar que el “Plebiscito” de 1957 no fue un Plebiscito, en donde el Presidente buscara la aprobación de pueblo de una decisión del ejecutivo, sino un referendo, en donde se aprobó un proyecto de reforma del congreso a la Constitución de 1886, por parte del pueblo, mediante votación popular.

No sobra mencionar que bajo la Constitución de 1991, la administración del Presidente de la República Álvaro Uribe Vélez convocó un referendo

para reformar la Constitución a través de la ley 796 de 2003, el cual no fue aprobado, con excepción de la pregunta número uno, por lo cual se reformó el artículo 122 de la Constitución Política, con el fin de precisar y ampliar las inhabilidades para ejercer cargos públicos o contratar con el Estado.

- b) Referendo legislativo. Está contenido en el artículo 170 de la Carta Política, el cual expresa que *“un número equivalente a la décima parte del censo electoral podrá solicitar ante la organización electoral la convocatoria de un referendo para la aprobación o derogatoria de una ley”*.

Cuando el Congreso niegue un proyecto de referendo legal a los ciudadanos, éstos tienen la posibilidad, de acuerdo al artículo 32 de la Ley 134 de 1994, de completar un número de respaldos no inferior al diez por ciento (10%) del censo electoral, para solicitarle al Registrador Nacional del Estado Civil que certifique la procedibilidad de la convocatoria a dicho referendo, en el cual se votara el temario del proyecto de ley que ha sido negado.

Una vez se obtenga la certificación de la Registraduría Nacional del Estado Civil, el proyecto pasará a la Corte Constitucional para que ésta haga el respectivo control de constitucionalidad. Una vez se cumpla con este trámite, el Gobierno Nacional por medio de decreto convocará el referendo dentro de los ocho (8) días siguientes a la notificación por edicto de la sentencia, de acuerdo con el artículo 34 de la ley 134 de 1994.

- c) Referendo Administrativo. Procede sobre normas de carácter departamental (ordenanzas), municipal y distrital (acuerdos), y local (resoluciones), de acuerdo al censo respectivo.

3. De acuerdo al origen (esta clasificación es una sub-clasificación del referendo constitucional):
 - a) Referendo Constitucional de iniciativa gubernamental (el referendo del presidente Uribe es un ejemplo de éste). El artículo 115 de la Constitución establece que el Gobierno se compone por el Presidente, sus Ministros y los Directores de Departamentos Administrativos, por lo que éstos serán los que tendrán la iniciativa de reforma, en el caso del referendo constitucional establecido en el artículo 378 de la Constitución.
 - b) Referendo constitucional de iniciativa popular. Fijado también en el artículo 378 de la Carta, consiste en un proyecto de reforma de iniciativa de los ciudadanos, quienes son finalmente quienes terminan decidiendo su aprobación o no, en votación popular.

4. Según sus efectos:
 - a) Referendo derogatorio. Cuando se vota para que una norma existente se retire o no del sistema jurídico.
 - b) Referendo aprobatorio. Cuando se vota para que un proyecto de norma surja a la vida jurídica o no.
 - c) Referendo suspensivo. Caso en el cual de resultar una mayoría por el sí, se suspendería la puesta en vigencia de una norma por voluntad del pueblo.
 - d) Referendo consultivo. Cuando la decisión adoptada no cuenta con fuerza vinculante para las autoridades legislativas.

5. Según su exigibilidad:

- a) Referendo obligatorio. Artículo 307 de la Carta, que establece la obligación de hacer un referendo cuando el Congreso decida transformar una región en una entidad territorial.
- b) Referendo facultativo. El plasmado en el artículo 377 del Texto Superior del cual ya se ha hablado, y está a cargo de los ciudadanos solicitarlo cuando se reforme por parte del Congreso la Constitución en determinadas materias.

6. Según la materia:

- a) Referendo permitido. Aquél cuya aprobación o derogación de normas no esté prohibido por el ordenamiento jurídico.
- b) Referendo prohibitivo. Un ejemplo de esta clase de referendo se establece en el artículo 170 del Texto Superior, dónde se excluye de la posibilidad de promover un referendo derogatorio respecto de leyes aprobatorias de tratados internacionales, leyes de presupuesto y leyes fiscales o tributarias.

II. INTRODUCCIÓN A LOS MECANISMOS DE REFORMA EN EL DERECHO COMPARADO

2.1. Teoría General Sobre los Mecanismos de Reforma

De acuerdo con la división establecida por el profesor italiano Giuseppe De Vergonttini, en su manual de Derecho Constitucional Comparado, las constituciones pueden ser flexibles o rígidas, dependiendo del grado de dificultad que exista para su modificación. Ahora, para determinar la distinción entre unas y otras, se ha señalado que *“las constituciones rígidas se caracterizan por presentar un procedimiento para su reforma diverso al previsto para la legislación ordinaria”*⁹, siendo lo anterior una primera limitación para la reforma constitucional. Ejemplos de constituciones flexibles son la Constitución francesa de 1830 o el Estatuto Albertino de 1848¹⁰.

Dentro de la hipótesis de una Constitución rígida De Vergonttini establece tres momentos o situaciones claves en su etapa de reforma: en primer lugar, unos mecanismos de reforma preestablecidos dentro de la misma Carta; en segundo lugar, la iniciativa del proyecto de enmienda, es decir, en cabeza de quién está presentar proyectos de reforma; y por último, la consideración de dicha iniciativa, o sea, decidir a la postre sobre el futuro del proyecto.

No obstante lo anterior, se considera que existe una cuarta situación que acompaña a las tres (3) previamente mencionadas, que vale la pena traerla a colación, y son aquellas limitaciones propias al uso de los distintos mecanismos.

Respecto a los mecanismos de reforma –primer momento en la etapa de enmienda-, el profesor italiano los sub-clasifica en cuatro. Primero, lo que él denomina como *“Apposita Assemblée”*, lo que en nuestro ordenamiento jurídico

⁹ Risso Ferrand, Martín. *Derecho Constitucional*. FCU. 2006. pág. 99.

¹⁰ «Ley fundamental, perpetua e irrevocable de la Monarquía» Saboya. Dicho ordenamiento rigió hasta la expedición de la Constitución de la República italiana de 1947

viene siendo una Asamblea Constituyente, es decir, la existencia de un órgano especializado para la modificación de la Constitución. Reflejo de la anterior figura se puede observar en la Constitución francesa de 1958 en su artículo 89¹¹.

En segundo lugar, se encuentra el referendo, siendo esta modalidad la manifestación más clara y directa de la voluntad del pueblo. Ejemplos de la incorporación de dicho mecanismo en los diferentes ordenamientos constitucionales en el mundo son las cartas políticas de Suiza de 1874, en sus artículos 118 hasta el 123, la Constitución Danesa de 1953 en el artículo 88¹² o bien la Constitución Cubana de 1976, artículo 141¹³.

¹¹ Artículo 89. La capacidad para proponer enmiendas a la Constitución corresponde al Presidente de la República, con la propuesta del Primer Ministro y los Miembros del Parlamento. La enmienda entra a regir una vez ha sido aprobada por referendo. Sin embargo, el Proyecto de enmienda no debe ser sometido a referendo cuando el Presidente de la República decide someterlo al Parlamento, reunido como un congreso; en este caso la enmienda es aprobada solo si se obtiene la mayoría de tres quintas de los votos de los miembros. La oficina del congreso será la de la Asamblea Nacional. El procedimiento de enmienda no podrá ser iniciado o preparado cuando la integridad del territorio se encuentre bajo ataque. La forma republicana de gobierno no puede ser materia de revisión.

¹² Artículo 88 - Si el Folketing aprobara una proposición de enmienda constitucional y el Gobierno deseara tramitarla, se convocarán nuevas elecciones legislativas. Si el proyecto fuese aprobado sin enmienda por el Folketing constituido como consecuencia de estas elecciones, se presentará en los seis meses siguientes a la votación definitiva, a los electores del Folketing para ser aprobado o rechazado en votación directa. Una ley fijará las reglas especiales de tal referéndum. Si la mayoría de los votantes, reuniendo al menos el 40 por 100 de todos los electores inscritos, votara a favor de la decisión del Folketing y el Rey la sanciona, tendrá fuerza de ley constitucional.

¹³ Art. 141. (1) Esta Constitución sólo puede ser reformada, total o parcialmente, por la Asamblea Nacional del Poder Popular mediante acuerdo adoptado, en votación nominal, por una mayoría no inferior a las dos terceras partes del número total de sus integrantes.

(2) Si la reforma es total o se refiere a la integración y facultades de la Asamblea Nacional del Poder Popular o de su Consejo de Estado o a derechos y deberes consagrados en la Constitución, requiere, además, la ratificación cuete por el voto favorable de la mayoría de los ciudadanos con derecho electoral, en referendo convocado al efecto por la propia Asamblea.

¹² Artículo 5. Siempre que las dos terceras partes de ambas Cámaras lo juzguen necesario, el Congreso propondrá enmiendas a esta Constitución, o, a solicitud de las legislaturas de las dos terceras de los distintos Estados, convocará una Convención con el objeto de que proponga Enmiendas, las cuales, en cualquier caso, poseerán la misma validez como si fueran parte de esta Constitución, para todo efecto, una vez que hayan sido ratificadas por las legislaturas de las tres cuartas partes de los Estados separadamente o por medio de convenciones reunidas en tres cuartos de los mismos, según el Congreso haya propuesto uno u otro modo para la ratificación; y a condición de que ninguna Enmienda que sea hecha antes del año de mil ochocientos ocho, modifique de manera alguna, las cláusulas primera y cuarta de la Sección Novena del Artículo primero; y que a ningún Estado será privado, sin su consentimiento, de igualdad de voto en el Senado.

Un tercer mecanismo es el que se permite en las constituciones de estados federales, como es el caso de Estados Unidos de América -Carta Política de 1787 artículo 5 ó Brasil, en los cuales es necesario el requerimiento de varios de los estados miembros, sea para la iniciativa o para la discusión de la misma.

Por último, se encuentra lo que el autor ha definido como procedimientos agravados, los cuales pueden consistir en el requerimiento de mayorías especiales o calificadas, doble votación en legislaturas diferentes o incluso la necesidad de un *referéndum* para la aprobación final del proyecto.

Una vez visto las formas de reforma constitucional, es imperioso estudiar en cabeza de quién está la iniciativa de estos proyectos -segunda etapa en el proceso de enmienda -. El común denominador es que la iniciativa se encuentre a cargo de órganos que la Carta le otorgue ciertos privilegios, siendo esto una limitante más para el proceso de reforma constitucional. Sin embargo, el órgano en cuestión dependerá del tipo de estado frente al cual nos encontremos.

Es así como, al tratarse de una Constitución del tipo autocrática, como es la Francesa de 1852, la competencia se encontraba en cabeza del Senado nombrado a su vez por el Emperador. Ahora de tratarse de una Carta creada en un estado autoritario, es apenas obvio que dicha iniciativa la tenga el ejecutivo, tal y como sucedía en la Constitución Portuguesa de 1933, puesta en vigencia bajo la dictadura de Antonio de Oliveira Salazar. Diferente resulta la cuestión de tratarse de una Carta Política de tipo democrático-liberal, donde el rol de las asambleas viene a ser completamente privilegiado, teniendo estas la iniciativa principal para la reforma.

De igual manera, vale la pena destacar que en ordenamientos como el socialista, la iniciativa está en manos de órganos del partido oficial de Gobierno, sin que dicha facultad sea sancionada en el texto constitucional, como es el caso cubano estudiado anteriormente. Es importante remarcar la creación de nuevas cartas bajo la influencia de un sistema presidencialista autoritario, como podrían ser las constituciones de países donde la independencia se dio recientemente; ejemplos

palpables de lo anterior, son los textos constitucionales de Egipto de 1971 en su artículo 189, o de Senegal de 1963¹⁴.

Ahora, el momento cumbre para la modificación de una Constitución es la consideración del proyecto para su posterior aprobación -tercer momento en la etapa de enmienda-. Es así como, en la generalidad de las constituciones actuales, dicha función está en cabeza del parlamento, entendiéndose éste como el órgano legislativo de quien emana la voluntad del pueblo. Empero, en este momento, pueden surgir, tal y como se explicó en líneas atrás, el posible requerimiento de unos procedimientos especiales y más gravosos para su aprobación.

En lo tocante a lo que se denominó anteriormente como limitaciones propias al uso de los mecanismos, existen situaciones como la inclusión en las constituciones de (i) disposiciones inmodificables o también conocidas como cláusulas pétreas; y (ii) límites inmanentes. De igual forma se pueden encontrar en las diferentes cartas limitaciones implícitas o explícitas al poder de reforma constitucional.

Vale la pena señalar que por disposición inmodificable se entiende como aquella parte de la Constitución que no se puede cambiar bajo ninguna circunstancia. Estas tienen su origen en las nacientes constituciones republicanas con el fin de evitar la revisión de la forma de gobierno frente a nuevas pretensiones monárquicas, ejemplo de lo anterior es el artículo 139 de la Constitución Italiana de 1946¹⁵. Igualmente se encuentran en algunas constituciones sudamericanas

¹⁴ De Vergontini Giuseppe. *Manual de Derecho Constitucional Comparado*. UNAM. México 2004. Pág. 185.

¹⁵ Artículo 138. Las leyes de revisión de la Constitución y las demás leyes constitucionales serán aprobadas por cada una de las Cámaras en dos votaciones sucesivas, separadas por un intervalo no menor de tres meses, y por mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara en la segunda votación. Dichas leyes se someterán a referéndum popular cuando, dentro de los tres meses siguientes a su publicación, así lo solicite una quinta parte de los miembros de una Cámara, quinientos mil electores o cinco Consejos Regionales. La ley sometida a referéndum no se promulgará si no fuere aprobada con la mayoría de votos válidos. No se celebrará el referéndum si

para buscar la irreversibilidad del proceso de independencia, como es el caso de la Constitución Uruguaya de 1830.

Sin embargo, la doctrina al respecto esta dividida, hay quienes reconocen la posibilidad de que una Constitución rígida contenga este tipo de clausulas de intangibilidad, como es el caso del alemán Karl Loewenstein; o por el contrario critican la inclusión de cláusulas pétreas en el ordenamiento constitucional. Partidario de esta última posición esta el italiano Paolo Biscaretti Di Ruffia, quien señala en su obra *“Teoría de la Constitución”* que incluir este tipo de disposiciones inmodificables va en contra de tres grupos de argumentos:

- a) La lógica jurídica, haciendo referencia al principio de derecho que la norma posterior deroga a la anterior;
- b) Las necesidades de la sociedad, en el sentido que la evolución jurídica debe ir de la mano de los cambios de la realidad; y
- c) La igualdad de todas las normas constitucionales y la posibilidad de que todas puedan enmendarse por los procedimientos previos.

Ahora, respecto a los límites inmanentes o no articulados, Loewstein señala que por éstos debe entenderse como aquéllos valores ideológicos fundamentales implícitos en el ordenamiento jurídico que no podrían modificarse.

2.2. Constituciones en el Mundo

Una vez estudiada la teoría general sobre los mecanismos de reforma constitucional bajo la perspectiva de diferentes doctrinarios, vale la pena entrar a analizar tres (3) casos en específico, para de esta manera aterrizar el tema y hacerse una idea sobre la realidad constitucional respecto al asunto en cuestión.

la ley hubiese sido aprobada en la segunda votación efectuada por cada una de las Cámaras por una mayoría de dos tercios de sus respectivos componentes.

Artículo 139. La forma Republicana no puede ser objeto de revisión constitucional.

El motivo para la escogencia de cada uno de ellos tiene fundamentos en la importancia que estos ordenamientos tienen tanto para el constitucionalismo mundial como para el colombiano. Las constituciones bajo estudio serán la de Los Estados Unidos de América, la de La República Oriental del Uruguay y la del Reino de España.

2.2.1. Caso Estados Unidos de América

La Constitución de los Estados Unidos de América es un punto de referencia obligado, no sólo por la trascendencia socio política a nivel internacional que tiene este país, sino por representar un tipo de sistema judicial como es el anglosajón, y además por ser uno de los estados federales, diferente al estado centralista que contempla nuestra Carta Política de 1991.

A modo de introducción y para generar un entendimiento más fluido, es imperante señalar que Estados Unidos es una república constitucional, presidencial y federal. Territorialmente está dividido en 50 estados y un Distrito Federal.

La revisión de la Constitución Norteamericana es tal vez una de las más complejas en el panorama constitucional. De acuerdo con su artículo 5 existen dos (2) procedimientos alternativos para la aprobación o ratificación de enmiendas. En el primero, la iniciativa se encuentra en cabeza del Congreso, cuyo proyecto de enmienda debe contar con una mayoría de dos terceras partes en ambas cámaras. Ahora, respecto a la aprobación de dicha enmienda, el proyecto podrá ser ratificado por las tres cuartas partes del total de órganos legislativos o por el voto favorable de tres cuartas partes de los estados miembros a través de las Convenciones.

El segundo sub-mecanismo, consiste en otorgar la iniciativa del proyecto a un órgano *ad hoc* (*Convention for Proposing Amendments*) convocado por el Congreso a petición de al menos dos tercios de los legislativos de los estados

miembros. Al igual que el anterior, su aprobación requiere el voto positivo de al menos tres cuartos de los órganos legislativos de dichos estados.

Ahora, de acuerdo con lo establecido por el profesor italiano Giuseppe De Vergonttini, existen en teoría cuatro procedimientos alternativos para la revisión o modificación de la Carta Política:

1. Proyectos de enmiendas propuestas por el Congreso y aprobadas por los órganos legislativos de los estados miembros;
2. Proyectos de enmiendas propuestas por el Congreso y ratificadas por *Conventions* de los estados miembros;
3. Proyectos de enmiendas por la *Convention* y aprobadas por los órganos legislativos de los estados miembros; y
4. Proyectos de enmiendas por la *Convention* y aprobadas por *Conventions* de los estados miembros.

En la práctica, la aprobación siempre la ha realizado el Congreso de los Estados Unidos de América, es más, de acuerdo con las cifras, de las veintiséis enmiendas que han entrado en vigor, veinticinco han sido aprobadas por los órganos legislativos y sólo una por las denominadas *Conventions*.

La anterior correspondió a la vigésima primera enmienda. Esta fue propuesta por el Congreso el 20 de febrero de 1933, teniendo como propósito derogar la decimoctava enmienda, la cual prohibía la fabricación, distribución y venta de bebidas alcohólicas. Desde la promulgación de dicha prohibición en el año de 1919, Estados Unidos de América se vio envuelta en una profunda crisis institucional debido al creciente tráfico ilegal de licor a manos de los denominados gánster, que llevaron a nivel sorprendentes de inseguridad y de corrupción a la sociedad norteamericana. Fue así como el cinco (5) de diciembre de 1933 se acabó con la mencionada prohibición. Ahora, vale la pena señalar que el uso de la aprobación mediante *Conventions* fue el único viable para aquél momento coyuntural, debido a las presiones que ejercían las mafias sobre los miembros de los órganos legislativos.

Es de obligada referencia ante la coyuntura actual del país y sobre todo por el tema en estudio la enmienda vigésima segunda¹⁶ a la Constitución de los Estados Unidos, la cual prohibió la reelección presidencial por más de una vez. Dicha enmienda fue propuesta el 24 de marzo de 1945 y ratificada el 27 de febrero de 1951. Esta enmienda tiene una razón histórica ya que fue llevada a cabo justo después de la salida de la Casa Blanca de Franklin D. Roosevelt; quién ha sido el único presidente, tras romper la tradición establecida por George Washington de no poder ser reelegidos para más de dos mandatos, en haber gobernado durante cuatro mandatos consecutivos (1933-1945). Le sucedió en el cargo el entonces Vicepresidente Harry Truman.

Por último vale la pena aclarar que este tipo de modificaciones, tiene todos los efectos de una norma constitucional, y entran a formar parte integral del texto tal y como lo establece el mismo artículo 5.

2.2.2. Caso España

La Constitución Española de 1978 marcó definitivamente un hito en el derecho constitucional mundial, esencialmente en el derecho constitucional latinoamericano, tan es así que fue fuente de inspiración directa de los constituyentes de 1991. Además de lo anterior, vale la pena traer a colación como un ejemplo del nuevo constitucionalismo europeo que no puede ser ignorado,

¹⁶ 1. No se elegirá a la misma persona para el cargo de Presidente más de dos veces, ni más de una vez a la persona que haya desempeñado dicho cargo o que haya actuado como Presidente durante más de dos años de un período para el que se haya elegido como Presidente a otra persona. El presente artículo no se aplicará a la persona que ocupaba el puesto de Presidente cuando el mismo se propuso por el Congreso, ni impedirá que la persona que desempeñe dicho cargo o que actúe como Presidente durante el período en que el repetido artículo entre en vigor, desempeñe el puesto de Presidente o actúe como tal durante el resto del referido período.

2. Este artículo quedará sin efecto a menos de que las legislaturas de tres cuartas partes de los diversos Estados lo ratifiquen como enmienda a la Constitución dentro de los siete años siguientes a la fecha en que el Congreso los someta a los Estados.

sobre todo por su significado histórico; en el entendido de que fue una Carta de derechos que se expidió después de años de represión ejercida por la dictadura del General Francisco Franco.

Vale recordar que el Reino de España es un país soberano, constituido como un Estado social y democrático de Derecho, y cuya forma de gobierno es la monarquía parlamentaria. Además, territorialmente está organizada en diecisiete (17) comunidades autónomas y dos (2) ciudades autónomas

Entrando en materia, el profesor español Enrique Álvarez Conde, en su publicación Curso de Derecho Constitucional, divide el estudio de los mecanismos de reforma de la Constitución Española en dos grandes apartados: iniciativa de la reforma y procedimientos de reforma constitucional.

La iniciativa para la modificación del texto está regulada en el artículo 166 de la Constitución española, el cual a su vez remite a los numerales 1 y 2 del artículo 87, el cual contempla que la iniciativa corresponde al Gobierno, al Congreso y al Senado¹⁷, de acuerdo con la Constitución y los reglamentos de las Cámaras, y además las asambleas de las Comunidades Autónomas podrán solicitar del Gobierno la adopción de un proyecto de reforma o remitir a la Mesa del Congreso una proposición de enmienda. Sin embargo, en palabras del profesor Álvarez Conde *“no todos los titulares que poseen esta iniciativa están legitimados para plantear una reforma constitucional ya que la iniciativa popular no parece admitida”*.

¹⁷ Es imperioso señalar la diferencia que existe entre Congreso de los Diputados y el Senado. La primera corresponde a la cámara baja de las Cortes Generales y es el órgano que representa directamente al pueblo español; éste está compuesto por un mínimo de 300 y un máximo de 400 diputados, siendo su número actual de 350 por determinación de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General. El senado de España corresponde a la cámara alta, la cual está compuesta por un número variable de senadores elegidos por un sistema mixto. De igual forma vale destacar la primacía del Congreso sobre el Senado, ya que éste, una vez tomada la iniciativa ésta habrá de ser enviada al Congreso para su posterior aprobación mediante una serie de procedimientos especialmente gravosos.

Además, es preciso aclarar que el orden de enunciación del artículo previamente citado consagra un sistema jerárquico en el momento de proponer enmiendas a la Carta Política, es decir, existe una primacía del Congreso sobre el Senado, ya que este, de querer tramitar una reforma (la iniciativa debe de ser de cincuenta senadores que no pertenezcan a un mismo grupo político) deberá enviar el texto para su consulta y luego aprobación al Congreso, el cual está obligado a cumplir con unos requisitos adicionales sobre mayorías y participación de partidos políticos. Tal y como puede observarse el proceso de reforma desde su inicio aparece completamente gravado.

Ahora, respecto a los procedimientos de reforma en sí, estos pueden distinguirse dos (2) en razón de las materias objeto de reforma. Así las cosas puede tratarse en primer lugar de una modificación total del texto o de una revisión que afecte del título preliminar al capítulo segundo, caso en el cual deberá seguirse un procedimiento supremamente agravado establecido en el artículo 168:

“1. Cuando se propusiere la revisión total de la Constitución o de una parcial que afecte al Título Preliminar, al Capítulo Segundo, Sección 1ª del Título I, o al Título II, se procederá a la aprobación del principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara, y a la disolución inmediata de las Cortes.

2. Las Cámaras elegidas deberán ratificar la decisión y proceder al estudio del nuevo texto constitucional, que deberá ser aprobado por mayoría de dos tercios de ambas Cámaras.

3. Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación.”

Salta a la vista la complejidad de dicho mecanismo, ya que como lo expresa el autor previamente mencionado, aparece concebido para no ser usado nunca. Es más, el doctrinario español no se equivoca al afirmar que mediante este la

Constitución española adquiere un carácter *“súper rígido, casi irreformable, que asemeja este procedimiento a una auténtica cláusula de intangibilidad”*

Tal y como puede observarse, el procedimiento incorpora dos (2) tipos de cuestiones: la delimitación de las materias especialmente protegidas y el tema relativo al procedimiento en sí. Respecto al primero, es de destacar la posibilidad que otorga la Constitución española de una revisión total de la misma, lo que el autor denomina como contitucionalización de la destrucción propia; además de lo anterior la ley fundamental crea a modo de lista las materias sujetas a este tipo de modificación del artículo 168, cuestión seriamente discutida por la doctrina española.

Por el contrario, al tratarse de otros temas, el segundo procedimiento contemplado en la Carta Política española es el del artículo 167, el cual reza

“1. Los proyectos de reforma constitucional deberán ser aprobados por una mayoría de tres quintos de cada una de las Cámaras. Si no hubiera acuerdo entre ambas, se intentará obtenerlo mediante la creación de una Comisión de composición paritaria de Diputados y Senadores, que presentará un texto que será votado por el Congreso y el Senado.

2. De no lograrse la aprobación mediante el procedimiento del apartado anterior y siempre que el texto hubiere obtenido el voto favorable de la mayoría absoluta del Senado, el Congreso por mayoría de dos tercios podrá aprobar la reforma.

3. Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación cuando así lo soliciten, dentro de los quince días siguientes a su aprobación, una décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras.”

Debido a la ya vista complejidad del mecanismo contemplado en el artículo 168, éste termina siendo el único procedimiento viable en la práctica. No obstante, el

mecanismo aquí planteado no deja de ser complejo y de difícil éxito dentro del legislativo por varias razones, una de ellas es que se requiere de una mayoría extremadamente calificada, que por lo general siempre va a requerir la unión de más de una fuerza política para sacar adelante el proyecto.

Ahora, el numeral tercero del artículo contempla la posibilidad de un referéndum facultativo cuando se solicite, lo anterior se traduce, de acuerdo con el Doctor Álvarez Conde, en una herramienta que pueden usar las minorías en contra de posibles mayorías dentro de las altas cortes, ya que solo se requiere de una décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras para solicitarlo.

Hasta el momento la primera y hasta ahora única reforma constitucional a la Carta Política española, ha consistido en añadir, en el artículo 13.2, la expresión "*y pasivo*" referida al ejercicio del derecho de sufragio de los extranjeros en elecciones municipales. Dicha reforma siguió la suerte del artículo bajo estudio, y no hubo ninguna solicitud de referéndum por parte de alguna fuerza política minoritaria. Su Majestad el Rey de España sancionó y promulgó la reforma constitucional el 27 de agosto de 1992.

2.2.3. Caso Uruguay

Por último, era indispensable hacer alusión y reflejar el estado del derecho constitucional en América latina, fue así como de la mano de los estudios del profesor Martín Risso Ferrard, se procedió a analizar los mecanismos de enmienda constitucional de este país.

De manera preliminar es importante indicar que la República Oriental del Uruguay es un Estado unitario democrático, de carácter presidencialista, dividido administrativamente en 19 departamentos.

La Constitución Uruguaya de 1967 está concebida como una carta rígida, claro está que existen casos puntuales que pueden ser modificados vía ley ordinaria, lo

cual, bajo el entendido del doctrinario uruguayo Martín Risso Ferrand, en ningún momento le cambia su naturaleza jurídica.

Es así como en el artículo 331 se establecen cuatro tipos de mecanismos para la reforma del texto legal, pudiendo ser la modificación de la Carta parcial o total. Un primer mecanismo, es encabezado por la iniciativa popular consagrado en el literal a) del artículo mencionado. Para que dicha iniciativa tenga éxito debe ser promovida por el diez por ciento (10%) del censo electoral y presentar el proyecto de reforma ante la Asamblea General, el cual será sometido a Plebiscito en forma conjunta con las elecciones más próximas. Conjuntamente, si la Asamblea General de la República uruguaya lo desea, puede presentar conjuntamente otros proyectos sustitutos que harán parte del Plebiscito¹⁸ en cuestión.

El segundo mecanismo consagrado en el literal b) es el que tiene iniciativa en el órgano legislativo. Para llevar a cabo esta figura, deberán presentar un proyecto de reforma a la Asamblea General un número no menor de dos quintos de los componentes de la Asamblea. Al igual que en el anterior caso, de prosperar el proyecto deberá ser sometido a Plebiscito.

Ahora, existe un tercer mecanismo, tal vez el más complejo, el cual contempla la convocatoria de una Convención Nacional Constituyente y; por último, está lo que denomina la ley suprema uruguaya las Leyes Constitucionales, lo cual se asemeja a nuestro ordenamiento jurídico con los actos legislativos, sin embargo no tienen las mismas complejidades y procedimientos agravados de nuestra legislación.

¹⁸ Cabe señalar la forma cómo en Uruguay se utiliza la expresión plebiscito. De acuerdo con Martín Risso Ferrand éste sólo hace referencia en primer término a la materia constitucional y tiene por objeto un proyecto de acto jurídico cuya ratificación se pretende. De igual forma, el plebiscito siempre ha sido obligatorio (por oposición al facultativo) y ha tenido un carácter de requisito constitutivo del acto, contrario sensu, el acto no se perfecciona sin la ratificación plebiscitaria.

III. PODER CONSTITUYENTE Y PODER DE REVISIÓN

3.1. Diferencias entre Poder Constituyente y Poder de Revisión

Para comenzar un análisis completo del procedimiento de reforma a la Constitución y sus límites, es necesario señalar las diferencias que suscitan entre el poder constituyente y el poder de revisión. Ello, en cuanto que al

“Negar o afirmar la existencia de límites, presupone una definición y una opción clara sobre el entendimiento y la naturaleza del poder constituyente y el poder de revisión”¹⁹.

Indistintamente de las determinaciones que se le dan a estos dos conceptos en la doctrina jurídica encontramos que el poder constituyente es definido por autores como Carlos de Cabo Martín como un poder original, que contiene tres significados, el primero que dicho poder no tiene necesidad de apoyarse en otro anterior, el segundo que es un poder que encuentra su impulso en sí mismo para su funcionamiento, y por último es un poder inaugural, principal y fundador en cuanto a que supone una ruptura jurídico-político con la situación anterior y el inicio de otra originaria²⁰.

Así mismo, es un

“poder incondicionado sin límites, soberano y, por tanto, pre-jurídico, exterior y anterior al derecho, aunque- por su carácter originario- origen de todo derecho”²¹.

¹⁹ De Vega, Pedro. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Tecnos. Madrid 1999.

²⁰ De Cabo Martín, Carlos. *La reforma Constitucional*. Ed. Trotta. Madrid 2003.

²¹ *Ibídem*.

El cual según el mismo autor no puede estar fundamentado en legalidad alguna sino en su legitimidad democrática²².

Lo anterior señala que el poder constituyente es una proyección de la política estatal que tiene como fundamento la estructura de la organización del Estado, por medio de la cual se cumplen los fines para los cuales está dado²³.

Sin embargo, cabe aclarar que en opinión de otros autores desde

“el punto de vista político, el poder constituyente no tiene esas características de ilimitado y absoluto, porque está sometido a otras normas, no positivas, a unos valores y a las exigencias del bien común”²⁴.

Lo cual sugiere un debate interesante entre si el poder constituyente es limitado o ilimitado.

A nuestro juicio el poder constituyente es un poder limitado, pues está sometido a los límites que establezca la voluntad popular que lo convoca, a los límites de fondo o de procedimiento que fije el pueblo o sus representantes para efectuar el cambio constitucional, a los límites que establecen los tratados internacionales ratificados por los estados y a los límites posteriores de ratificación.

Por su parte, el poder de revisión es considerado igualmente un poder limitado que debe ajustarse y regirse por las disposiciones constitucionales establecidas por el poder constituyente, en cuanto a que el poder constituyente es el único

²² De cabo. op. cit. Pág. 31.

²³ Ibáñez Najjar, Jorge Enrique. *Las nuevas exigencias para el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad*. Congreso Reforma de la Constitución y control de constitucionalidad. Universidad Javeriana 2005.

²⁴ Ibáñez. op. cit.

autorizado para imponer los límites que diferencian su función con el poder de Revisión. Esto ha sido abordado por Luca Mezzetti cuando se refiere a la diferencia entre Constitución y leyes constitucionales. En los siguientes términos;

“todo lo que se cumple con base en la Constitución y sus normas es de naturaleza diferente a la del poder constituyente”²⁵,

De esta manera la competencia de reforma de las normas constitucionales llega a ser limitada por el poder constituyente en la misma Constitución, sin dejarlo al arbitrio autónomo del poder reformador, ni de los demás poderes constituidos que ejerzan dicho control.

Así el poder de revisión no es incondicional, ni potestad de creación o cambio, y tiene como objetivo fundamental adecuar la Constitución a la realidad, ya sea por motivos sociales, económicos, políticos, que surjan a través del tiempo y del medio social sobre el cual se desenvuelve. Lo cual se identifica con el preámbulo de nuestra Carta Política en cuanto expresa que el ordenamiento jurídico debe garantizar un orden político, económico y social justo, lo cual se logra a través de la reformas constitucionales, ya que precisamente la Constitución es la que establece los parámetros generales de lo político, económico y social.

De suerte que este poder parece tener una responsabilidad igual que el mismo poder constituyente, en cuanto a que, al no darle continuidad a la obra del constituyente originario por medio de las reformas constitucionales, se estaría viviendo una Constitución parcialmente muerta o mutada por la práctica real.

Por lo tanto, consideramos que el poder de reforma es igualmente un poder limitado, que debe operar bajo los postulados que fijo el pueblo expresamente en

²⁵ Mezzetti, Luca Citando a Carl Schmitt. *Las revisiones constitucionales y el control constitucional: un estudio comparado. Congreso Reforma de la Constitución y control de constitucionalidad.* Universidad Javeriana 2005.

la Carta Política y con un único fin de ajustar la normatividad constitucional a los contenidos políticos, económicos y sociales actuales.

Con base en lo enunciado se torna fundamental para este estudio llevar los conceptos mencionados a la Constitución Política de Colombia de 1991, con el fin de indagar cuales son los límites consagrados en nuestra Carta Política, para que opere el poder de reforma.

3.1.1. Los Límites en el Procedimiento de Reforma de la Constitución Política.

En busca de conocer si la Constitución Política de 1991 contiene límites expresos o implícitos sobre su irreformabilidad, se comenzará por analizar que se puede extraer del procedimiento de reforma contenido en nuestra Carta Política, así como de otros artículos relacionados, teniendo en cuenta una interpretación sistemática de la misma.

En principio es pertinente resaltar que el artículo 374 de la Carta establece tres (3) procedimientos de reforma a la Constitución: la Asamblea Constituyente, el acto legislativo expedido por el Congreso (artículo 114 de la C.P.) y el referendo constitucional. Por lo tanto, se observa que no es igual reformar la Constitución mediante cualquier procedimiento, teniendo en cuenta que se ha querido diferenciar y establecer tres sistemas disímiles.

En primer lugar, en el artículo 375 constitucional se señalan quienes son los facultados para presentar proyectos de acto legislativo al Congreso. Entre estos se encuentran el Gobierno, diez (10) miembros del Congreso, el veinte por ciento (20%) de los concejales o de los diputados y los ciudadanos en un número equivalente al menos al cinco por ciento (5%) del censo electoral vigente. Sobre este punto, es acertado decir que el constituyente quiso establecer un número menor de congresistas, diputados, concejales y ciudadanos para presentar proyectos de reforma a la Carta Política, por consiguiente, de ahí se deduce que el

órgano constituyente pretendió darle viabilidad y eficacia al procedimiento de reforma constitucional.

En el segundo inciso de este mismo artículo se consagra que el trámite del proyecto tendrá lugar en dos períodos ordinarios y consecutivos, dentro del cual en el primero de ellos deberá ser aprobado por la mayoría de los asistentes, mientras, en el segundo período, tendrá que haber aprobación por una mayoría de los miembros de cada cámara.

Es evidente que mediante dicho inciso se pretende señalar tácitamente que el Constituyente no quiso establecer un procedimiento de reforma tan rígido, como pudo haberlo hecho, en la medida en que establece mayorías absolutas para la reformas a la Constitución, pudiendo haber establecido mayorías calificadas o especiales u otras formas mucho más rígidas como las estipuladas en otras Constituciones²⁶.

En relación con la aprobación de la reforma constitucional a través de actos legislativos el artículo 377 consagra una garantía a favor del pueblo, por medio de un referendo/facultativo-derogatorio cuando se reformen los derechos reconocidos en el Capítulo 1 del título II y sus garantías²⁷, los procedimientos y mecanismos de participación popular, y aspectos relativos al funcionamiento del Congreso, si así lo solicitan dentro de los seis meses siguientes un cinco por ciento (5%) de los ciudadanos que integren el censo electoral.

²⁶ Por ejemplo, como se explicó anteriormente la Constitución Española de 1978, que consagra en sus artículos 166 y siguientes disposiciones tales como mayorías de tres quintos, dos tercios, o incluso en el Art. 168 se contempla que *“Cuando se propusiere la revisión total de la Constitución o una parcial que afecte al título preliminar, al Capítulo segundo, Sección primera del Título I, o al Título II, se procederá a la aprobación del principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara, y a la disolución inmediata de las Cortes.”*

²⁷ El termino garantías es entendido en nuestra interpretación como todo mecanismo fijado por la Carta para la preservación efectiva de los derechos fundamentales. Por lo tanto, no solo entendemos que hacen parte de dicho postulado las garantías consagradas en el Capítulo IV de la C.P., sino todas aquellas garantías establecidas por la Carta en beneficio de que los derechos fundamentales sean preservados, con el fin de que no constituyan letra muerta dentro del ordenamiento jurídico.

Esta garantía le permite al pueblo estando en desacuerdo con las decisiones del Congreso, derogar las reformas hechas sobre los temas mencionados anteriormente, siempre y cuando participe una cuarta parte del censo electoral vigente y se logre el voto positivo²⁸ de la mayoría de los sufragantes de dicho censo.

Sobre lo anterior se considera que el Constituyente fijo un umbral relativamente bajo para permitir la realización de este mecanismo en temas verdaderamente álgidos de nuestro orden constitucional, pero dicha figura también implica que el pueblo pueda actuar como constituyente/reformador negativo, en este caso en sentido material o sustancial, ya que este mira la conveniencia o no de dicha reforma en el ordenamiento constitucional. En este sentido, se desprende que el artículo contempla no solamente los límites procedimentales del referendo derogatorio, sino también un único límite material o de fondo, sujeto a condición, pues son los ciudadanos los únicos que pueden decidir si están de acuerdo o no con el contenido de dicha reforma.

En segundo lugar, sobre la reforma a través de la Asamblea Constituyente, el Constituyente estableció en el artículo 376 que mediante ley aprobada por mayoría de los miembros del Congreso, éste podrá someter al pueblo si convoca una Asamblea Constituyente con la competencia, el período y la composición que la misma ley determine. Lo anterior, sugiere que hay una limitación expresa a la Asamblea Constituyente en el sentido que no podrá exceder ni su competencia reformando materias que no fueron invocadas por el pueblo, ni expedir la/s reforma/s en un período diferente al señalado por el pueblo, ni componerse de manera distinta a la señalada por el pueblo. Pues, cualquier infracción desencadenaría en un vicio de formación del acto de reforma constitucional. En la

²⁸ En cuanto al termino negativo consagrado en el artículo 377 de la C.P. encontramos un error de redacción, en la medida en que sería incoherente derogar una reforma por voto negativo, hablando de un referendo derogatorio, ya que seguramente se preguntará en dicha consulta ¿si el Pueblo quiere derogar la reforma?, por consiguiente esta debe ser derogada por el voto positivo de los ciudadanos.

medida en que dicho acto no cumplió el procedimiento que establece la Carta para su formación.

Por su parte, en el segundo inciso de dicho artículo establece que el pueblo convoca la Asamblea si lo aprueba al menos una tercera parte del censo electoral vigente. Visto lo anterior, es indiscutible que se sigue conservando el postulado de la rigidez moderada, pues, se continua con la mayoría absoluta de los miembros del Congreso para aprobar la ley que convoca la Asamblea, pero además de ello, sólo se exige la aprobación de un mínimo de los integrantes del censo electoral²⁹ para darle materialidad a una Asamblea Constituyente, la cual tiene por lo general un campo muy abierto para reformar la Carta Constitucional, puesto que este mecanismo es utilizado cuando se pretende reformar gran parte de ésta o temas políticamente álgidos .

Por otra parte, este mismo artículo en la parte final del inciso segundo, así como el artículo 220 de la Ley 5 de 1992 establecen que quedará en suspenso la facultad que tiene el Congreso de reformar la Carta, por el término que tenga la Asamblea Constituyente para el cumplimiento de sus funciones. Lo cual sugiere que el Congreso, está limitado expresamente para reformar la Carta, en el evento en que la Asamblea Constituyente este en cumplimiento de sus funciones, por lo cual, si el Congreso reforma la Carta durante ese período estará incurriendo en un vicio de procedimiento y su acto sería inconstitucional por expresa disposición de la Carta.

Y, en tercer lugar, el artículo 378 de la C.P. regula la reforma a través del *referéndum* constitucional, en ella se le otorga iniciativa para presentar proyectos

²⁹ Solo se exige una tercera parte de los integrantes del censo electoral para convocar una Asamblea Constituyente. Según la Registraduría Nacional del Estado Civil el potencial de votación en las elecciones realizadas en el año 2006 para elegir al Presidente de la República corresponden a veintiséis millones setecientos treinta y un mil setecientos (26,731,700) votos. Sin embargo, el total de votos en esa ocasión fue de doce millones cuarenta y un mil setecientos treinta y siete (12,041,737) votos.

de reforma constitucional al Gobierno, al cinco por ciento (5%) de los ciudadanos que integren el censo electoral vigente y al treinta por ciento (30%) de los diputados y concejales. En este caso, requiere de una ley que formalice la convocatoria, y al igual que en la Asamblea Constituyente, el Congreso aprobará por mayoría absoluta, texto que finalmente se someterá a decisión popular con posterioridad a su control de constitucionalidad a cargo de la Corte Constitucional. A pesar de que en este caso se hacen un poco más arduos los requisitos y se restringen los actores de la iniciativa de proyecto de reforma constitucional por vía de referendo, a comparación con los requeridos para el proyecto de acto legislativo, encontramos que la Carta no resalta una excesiva rigidez, sino por el contrario, sigue haciendo más accesibles las iniciativas cuando de reforma constitucional se trata.

En el segundo inciso del artículo mencionado se establece que para que sea reformada la Carta a través del referendo es necesario que participe en la votación la cuarta parte del censo electoral vigente, y se obtenga el voto afirmativo de más de la mitad de los sufragantes.

Con base en lo anterior vemos que el umbral fijado por el Constituyente en este caso, es un umbral realista teniendo en cuenta nuestros índices de participación política, pero al mismo tiempo es protector de las minorías populares en cuanto a que no se establece un umbral que sólo pueda ser alcanzado por las mayorías. Por esta razón, la Asamblea Constituyente de 1991 consideró importante dar oportunidad para que las minorías pudieran introducir reformas a nuestro ordenamiento constitucional por otros medios diferentes al acto legislativo, el cual resulta más engorroso para los grupos políticos minoritarios. No obstante, muchos podrían decir que el referendo constitucional también tiene que ser aprobado por el Congreso, por medio de ley, y ahí seguramente estas minorías serían derrotadas, pero teniendo en cuenta que el poder legislativo es un órgano político, este podría ceder ante los legítimos requerimientos de la voluntad popular.

Por último, el artículo 379 de la C.P. señala que tanto los actos legislativos, la convocatoria a referendo, la consulta popular o el acto de convocación a la Asamblea Constituyente sólo podrán ser declarados inconstitucionales cuando se violen los requisitos establecidos en el título XIII de la Reforma a la Constitución. No obstante, la Corte Constitucional en Sentencia C-387 de 1997 con ponencia del Magistrado Fabio Morón Díaz considero:

“el adverbio "solo" no puede ser tomado en su sentido literal, pues es obvio que otras normas de la Carta y del reglamento del Congreso resultan aplicables al trámite complejo que se cumple con ocasión de los proyectos conducentes a la modificación de la Carta y que la inobservancia de esas otras normas compatibles con el proceso de reforma constitucional, puede derivar en la inconstitucionalidad del acto reformatorio, situación que adquiere una especial relevancia tratándose del reglamento del Congreso, pues pese a su carácter infraconstitucional, su desconocimiento es susceptible de generar una vulneración de la Carta, por cuanto teniendo la naturaleza de ley orgánica, a sus dictados ha de someterse el Congreso al ejercer su actividad”.

En suma, según la Corte la reforma a la Constitución debe seguir no sólo los procedimientos establecidos en el Título XIII de la Carta, sino también el reglamento del Congreso (Ley 5 de 1992) y las demás normas que regulen procedimientos de reforma a la Carta.

Es por este motivo que revisando la Ley 134 de 1994 se encuentra que el artículo 46 consagra dos (2) limitaciones expresas. La primera, en su primer inciso concerniente a que

“Las normas que hayan sido derogadas o aprobadas mediante referendo no podrán ser objeto de decisión dentro de los dos años

siguientes, salvo por decisión de la mayoría absoluta de los miembros de la respectiva corporación”.

Lo anterior refleja una limitación expresa, al Congreso, en la medida en que no podrá pronunciarse sobre normas que hayan sido objeto de aprobación o derogación por referendo, dentro de los dos (2) años siguientes al pronunciamiento, salvo que así lo decida la mayoría absoluta de sus miembros.

Y la segunda, consagrada en el tercer inciso del mismo artículo cuando señala que

“cuando se trate de referendos aprobatorios o derogatorios de carácter nacional no podrá solicitarse referendo sobre el mismo asunto sino hasta pasados dos años”.

Sobre ello, evidenciamos otro límite expreso, esta vez establecido por el legislador para que se respete la voluntad de pueblo. Por esta razón, si se expide una reforma que toque un tema previamente consagrado en un referendo nacional, este deberá ser declarado inconstitucional por violar esta norma procedimental.

Con base a lo anterior se evidencia que el constituyente consagro una serie de límites expresos, relacionados con el procedimiento y no con la materia o fondo, lo cual se reafirma con el artículo 241 numeral 1 referente a las funciones de la Corte Constitucional, cuando señala que:

“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". (Subrayado fuera del texto).

Por consiguiente, este artículo rechaza la posibilidad de que un acto reformativo a la Constitución sea declarado inconstitucional por vicios materiales o de fondo o cualquier otro que no sea de procedimiento.

De igual manera se expresa el ex-constituyente Juan Carlos Esguerra al considerar lo siguiente:

"si se tiene en cuenta el artículo 379, que forma parte del título relativo a las reformas de la Constitución, contiene una disposición de idéntico sentido al del numeral 1 del 241, cuando señala expresamente que los actos legislativos sólo pueden declararse inconstitucionales cuando se violen los requisitos establecidos en este título. Y estos requisitos son todos de procedimiento y sólo de procedimiento."³⁰.

Esto sugiere, como principio general, que, si la Corte no puede revisar actos de reforma a la Constitución por vías materiales o de fondo, la Carta Política no tiene límites implícitos y todo acto reformativo a la Constitución puede ser perfectamente válido, siempre y cuando cumpla los requisitos de forma exigidos para ello.

Con todo, como se resaltó anteriormente las reformas que se hagan sobre los derechos reconocidos en el Capítulo 1 del Título II de la Constitución y a sus garantías, los procedimientos de participación popular y al Congreso, pueden tener un límite implícito en el sentido en que el pueblo puede exigir, a través de los ciudadanos que conformen el cinco por ciento (5%) del censo electoral vigente, que dichas reformas se sometan a su consideración evaluando exclusivamente el

³⁰ Esguerra Portocarrero, Juan Carlos. *Nuestro Control de Constitucionalidad no tiene controles, pero ciertamente tiene límites*. Bogotá 2005.

contenido de las mismas. En relación con dicho tema la Corte Constitucional considero:

“Existen pues normas en la Constitución que tienen más importancia que otras, por su contenido humanista y participativo, al punto de que su reforma, aún con el cumplimiento de los procedimientos y formas establecidos, debe contar con el aval del Constituyente primario”³¹.

Lo cual se torna en una garantía que detenta el pueblo, en el caso de que sus representantes afecten de manera perjudicial aspectos tan sensibles como los derechos fundamentales, sus garantías, los mecanismos de participación y disposiciones referentes al órgano de representación popular por excelencia.

Los artículos resaltados anteriormente sugieren de manera tácita que el Constituyente acogió la tesis según la cual

“Toda reforma, incluyendo la que se puede hacer a la Constitución, implica necesariamente un conflicto con lo que se reforma. Por tanto, desde el punto de vista de su contenido material, la reforma constitucional es contraria a la Constitución vigente, puesto que con ella se pretende, justamente, modificar sus mandatos. Si se ejerce un control de fondo, valga decir: sustancial, de la reforma, no es necesaria ninguna reflexión ulterior, pues toda reforma sería inconstitucional. De esta suerte, la Constitución sería inmodificable, y su previsión para ser reformada no tendría ningún sentido ni efecto”³².

En complemento se podría decir como es señalado por el profesor Jaime Vidal Perdomo que con base en los artículos ya citados, la Carta Política de 1991

³¹ Corte Constitucional, Sentencia C-544 de 1992. MP: Alejandro Martínez Caballero.

³² Moreno Ortiz, Luis Javier. *Una aproximación al alcance de la competencia del Congreso y de la Corte Constitucional respecto de la aprobación y control de los actos legislativos reformativos de la Carta*. Bogotá 2005.

rechazó de manera expresa el control constitucional material de las reformas de constitucionalidad sobre reformas a la Constitución, por lo que se puede concluir que

“las reformas constitucionales en Colombia no están sujetas al control material o de fondo y que en el caso colombiano funcionó el temor del “gobierno de los jueces”³³,

A manera de concluir, atendiendo a la búsqueda y al análisis hecho sobre el procedimiento de reforma consagrado en la Carta se observa como nuestra Constitución Política a pesar de ser una Constitución rígida, no contiene una rigidez a gran escala, sino por el contrario encontramos una rigidez moderada, que facilita la reforma constitucional, en la medida en que sus procedimientos no son tan rigurosos como deberían serlo. Por ello, sería contradictorio pensar que una Carta que estipule este tipo de postulados, viabilidad y eficacia para su reforma, consagre así mismo postulados tan rígidos, como lo son los límites implícitos.

Lo anterior, puede explicarse por medio de teorías evolucionistas que comenzaron por Smend (Doctrina Italia), y posteriormente por otros evolucionistas como Isensee (Doctrina Alemana), quien sostiene que el ordenamiento fundamental no ha surgido *uno actu*, no siendo posible fijar su origen ni atribuírselo a la obra de un único autor:

“en la concepción material de la Constitución no se ajusta a la categoría de la identidad, que excluye el factor tiempo, sino la continuidad, que en cambio lo recoge”³⁴.

³³ El gobierno de los jueces, es el término que se ha utilizado en el lenguaje jurídico por algunos autores, para referirse a un poder judicial que se atribuye poderes propiamente del órgano ejecutivo. Por lo tanto, el término significa que los jueces a través de sus providencias toman decisiones que normalmente corresponden y son tomadas por Gobierno.

³⁴ Citando a Ícense. Mezzetti Luca. op. cit.

Lo cual sugiere que la formación de una Constitución no se da en un sólo momento, y por ello el poder constituido es el que debe continuar con la tarea de su construcción.

En suma, al estudiar los mecanismos de reforma que establece la Constitución Colombiana, queda visto que el Título XIII de la Carta Política y las Leyes 5 de 1992 y 134 de 1994 limitan al poder de reforma por medio de:

1. Una limitación material en el Texto Superior, que debe cumplir con tres (3) condiciones para que sea válida (i) que se reforme una disposición de la Carta que verse sobre temas relacionados a derechos fundamentales, sus garantías, los mecanismos de participación popular y el Congreso (ii) que el pueblo esté en desacuerdo con esa reforma y convoque un referendo derogatorio (artículo 377 de la C.P.) y (iii) que efectivamente el referendo convocado por el pueblo sea victorioso.
2. Tres casos de limitación expresa en el texto constitucional, (i) cuando se configuran vicios de procedimiento en la formación del acto legislativo (ii) cuando la Asamblea Constituyente desborde los ámbitos de competencia, período y composición que determine el pueblo y (iii) cuando el Congreso adelanta una reforma en el momento en que la Asamblea Constituyente está ejerciendo sus funciones, y
3. Dos casos de límites expresos legales, (i) que prohíbe al Congreso pronunciarse sobre normas que fueron objeto de referendo por un término de dos años, salvo que así se decida por mayoría absoluta de los miembros de esa corporación y (ii) cuando se trate de un referendo nacional, caso en el cual no se podrán pronunciar sobre el mismo asunto en los dos años siguientes.

IV. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA SOBRE LA TEORÍA DE LA SUSTITUCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

A partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se construirá un análisis jurisprudencial sobre los límites al procedimiento de reforma que trae la Carta Política de 1991, para de esta manera establecer cuál es el precedente vigente y cuáles han sido los cambios en la doctrina constitucional sobre el tema. Para ello, tendremos en cuenta las sentencias C-551 de 2003, C-816 de 2004, C-1200 de 2003, C-970 de 2004, C-971 de 2004, C-1124 de 2004 y C-1040 a C-1057 de 2005. Así como los salvamentos y aclaraciones de votos de algunos Magistrados de la Corte Constitucional.

4.1. Sentencia C-551 de 2003. MP: Eduardo Montealegre Lynett.

En principio se puede afirmar que la Corte Constitucional se pronunció por primera vez sobre los límites del poder de reforma en la sentencia C-544 de 1992. Sin embargo, fue hasta la sentencia C-551 de 2003 donde se consagró por primera vez la teoría de la sustitución de la Constitución.

En esta sentencia se verifica la 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 cuanto a las consideraciones de la Corte, compartimos lo expresado por el doctrinario Luís Javier Moreno Ortiz en su artículo *"Una aproximación al alcance de la competencia del Congreso y de la Corte Constitucional respecto de la aprobación y control de los actos legislativos reformativos de la Carta"*³⁵, en referencia a la sentencia C-551 de 2003 cuando expresa que:

³⁵ Moreno Ortiz, Luís Javier. op cit.

“La Corte, en una extensa argumentación, y a manera de obiter dicta, pues ese no es el fundamento de su decisión, hizo dos reflexiones importantes para la comprensión del problema, a saber: (1) en el punto 13 de la sentencia, sostuvo que la exclusión del control constitucional es natural, pues el contenido de toda reforma constitucional es por definición contrario a la Constitución vigente, ya que precisamente pretende modificar sus mandatos. Admitir que una reforma constitucional pueda ser declarada inexecutable por violar materialmente la Constitución vigente equivale entonces a petrificar el ordenamiento constitucional y anular la propia cláusula de reforma, por lo que la restricción impuesta por el artículo 241 superior a la competencia de la Corte es una consecuencia necesaria del propio mecanismo de reforma constitucional”.

Y (2) en el punto 21 de la misma, la Corte sostuvo:

*“Ahora bien, un **vicio de competencia** se proyecta tanto sobre el contenido material de la disposición controlada, como sobre el trámite, pues es un pilar básico de ambos, ya que para que un acto jurídico expedido por una autoridad pública sea regular y válido es necesario que la autoridad realice el trámite señalado por el ordenamiento, pero que además esté facultada para dictar ciertos contenidos normativos. Esto significa entonces que el procedimiento de formación de un acto jurídico puede estar viciado porque el órgano que lo establece, no podía hacerlo, esto es, carecía de la facultad de expedir ese contenido normativo. Pero también puede ocurrir que un órgano sea competente para regular una materia, pero expida de manera irregular el acto por haber incurrido en un vicio de trámite (...) Esto muestra entonces que si esta Corte no verifica la competencia del órgano que adelanta la*

reforma, no estaría verdaderamente controlando que el procedimiento de aprobación de la reforma se hubiera hecho en debida forma”.

A partir de esta argumentación, la Corte señala que el vicio de competencia se proyecta sobre el contenido material y el procedimental al ser un pilar básico de ambos. Lo anterior con base en el estudio que se realiza del artículo 374 de la Carta que determina que la expresión “*reformular*” sugiere que una disposición no puede ser sustituida por otra, pues, esto desnaturaliza el poder de reformar la Constitución y excede la competencia del titular de ese poder.

Así al limitar la competencia del poder reformatorio para modificar la Constitución de 1991, debe entenderse que la Constitución debe conservar su identidad en su conjunto, incluso desde una perspectiva material, a pesar de las reformas que se le introduzcan.

“Es decir, que el poder de reforma puede modificar cualquier disposición del texto vigente, pero sin que tales reformas supongan la supresión de la Constitución vigente o su sustitución por una nueva Constitución. Y es que el Título XIII habla de la “reforma” de la Constitución de 1991, pero en ningún caso de su eliminación o sustitución por otra constitución distinta, lo cual solo puede ser obra del constituyente originario”.

Según la Corte esta peculiar interpretación de un poder de reforma sin límites explícitos, pero con límites implícitos que se explicitan *ad hoc*, de manera incierta, se sustenta en el argumento de que (idem punto 36 de la sentencia)

“la Constitución no sólo no consagra expresamente (pudiendo haberlo hecho) la posibilidad de sustitución total de la Carta, sino que además establece expresamente que la Constitución “podrá ser reformada” (Título XIII), una conclusión se impone: en el constitucionalismo

colombiano, el poder de reforma tiene límites competenciales, pues no puede sustituir la Constitución de 1991. Se trata de un límite expresamente establecido por el Constituyente originario en el artículo 374 de la Constitución adoptada en 1991 por la Asamblea Constituyente como comisionada del pueblo soberano (...) El poder constituido no puede, en otras palabras, arrogarse funciones propias del poder constituyente, y por ello no puede llevar a cabo una sustitución de la Constitución, no sólo por cuanto se estaría erigiendo en poder constituyente originario sino además porque estaría minando las bases de su propia competencia”.

Lo primero que se percibe en la argumentación de la Corte es su afirmación de no ser competente para ejercer el control de constitucionalidad sobre el contenido material de la reforma, ya que toda reforma a la Constitución por definición va en contra de la disposición constitucional que pretende modificar. No obstante, la Corte a nuestro juicio matiza el control de constitucionalidad formal en el procedimiento y la competencia. Ahora bien, en la Constitución no existe disposición alguna que divida el control de constitucionalidad formal en el procedimiento y la competencia, sino tan solo hace referencia al control por vicios de procedimiento en su formación, lo cual sugiere que la Corte a través de su interpretación esta arrogándose una función o facultad que no le fue atribuida por la Carta (artículo 241 de la C.P.).

Por lo tanto, a través del control de constitucionalidad “*competencial*” creado por la Corte, respaldado con el argumento de que la Constitución permite la reforma pero no la sustitución de ella, hace que se cree un subjetivismo judicial que no permite identificar si se está evaluando la constitucionalidad de una reforma vía procedimiento o materia, pues, cuando se establecen límites implícitos a la Carta, sin unos parámetros claros, estos se convierten en límites materiales.

Además, de lo dicho anteriormente la Corte petrifica la Carta al no permitir que ésta sea sustituida por ningún mecanismo jurídico, ya que, según ella misma, la Carta permite la reforma a sus disposiciones más no su sustitución, lo que equivale a que el pueblo deba iniciar otros mecanismos no jurídicos o de hechos, para derogar la Carta de 1991 y cambiarla por otro.

4.2. Sentencia C-1200 de 2003. MP: Manuel José Cepeda y Rodrigo Escobar Gil.

En esta sentencia se demandan los artículos *4° transitorio y 5° (parcial) del Acto Legislativo No. 3 de 2002, por el cual se reforma la Constitución Política.*

En esta sentencia se resaltaron varios puntos expuestos en la sentencia C-551 de 2003 como fueron: (i) la diferencia entre poder de reforma o constituyente en sentido estricto y poder constituyente primario, (ii) que la Carta de 1991 si bien no establece clausulas pétreas, ni principios intangibles tampoco autoriza la sustitución de la Constitución, (iii) que si bien el poder de reforma puede modificar cualquier disposición del texto vigente, no puede suprimirla y (iv) que para saber si el Congreso incurrió en un vicio de competencia el juez debe mirar si se sustituyó la Carta o no, teniendo en cuenta los principios y valores de la Constitución y del bloque de constitucionalidad sin ejercer un control material.

Después de ello la Corte se pregunta si debe pronunciarse de mérito o inhibirse teniendo en cuenta que el análisis de la sentencia C-551 de 2003 fue oficioso por cuanto se estudio la ley que convocaba a un referendo constitucional y en este caso es rogado por cuanto se demanda la inconstitucionalidad de un acto legislativo.

En consecuencia la Corte se inhibe de pronunciarse por cuanto a que los cargos de incompetencia del Congreso no estaban bien sustentados por los actores.

“Respecto de lo primero, cuando un ciudadano demanda una reforma constitucional por considerarla inconstitucional tiene la carga argumental de demostrar que la magnitud y trascendencia de dicha reforma conducen a que la Constitución haya sido sustituida por otra. No basta con argumentar que se violó una cláusula constitucional preexistente, ni con mostrar que la reforma creó una excepción a una norma superior o que estableció una limitación o restricción frente al orden constitucional anterior. El actor no puede pedirle a la Corte Constitucional que ejerza un control material ordinario de la reforma como si ésta fuera inferior a la Constitución. Esto es fundamental para delimitar el alcance del control atribuido al juez constitucional”.

Además, señaló:

“el cargo tampoco encaja dentro de los parámetros que gobiernan el enjuiciamiento de la constitucionalidad de los actos reformativos de la Constitución, en la medida en que no se orienta a establecer que se ha desconocido una norma constitucional que fije la competencia del poder de reforma, dado que ninguna disposición de la Carta impide que el poder de reforma adopte medidas excepcionales y transitorias orientadas a garantizar la efectividad de las reformas aprobadas; tampoco cabe señalar que la pretensión consiste en que se está desconociendo una cláusula de intangibilidad constitucional, dado que ellas no existen en la Constitución Colombiana, y, finalmente, el vicio de competencia no puede entenderse referido a una sustitución de la Constitución, puesto que ninguna argumentación presentan los actores en esa dirección”.

Debido a que la Corte no se pronunció de fondo se pasa a evaluar el salvamento de voto del Magistrado Jaime Araujo Rentería, quien consideró que la Corte sí debía pronunciarse de mérito.

4.2.1. Salvamento de Voto del Magistrado Jaime Araujo Renteria.

Según el Magistrado Araujo, la Corte partió de una metodología diferente que no permitió dictar una sentencia de mérito. Esta metodología según el Magistrado se dio en el sentido de que la Corte partió de que el límite impuesto al poder de reforma es para impedirle sustituir o eliminar toda la Constitución, no una parte de ella.

En efecto, Según el mismo Magistrado esto quedó consignado en las actas de esta Corporación, en la cual se dijo por uno de los Magistrados que integraron la mayoría que:

“(...) no es un control material el que se ejerce sino de competencia y que el límite que existe al poder de reforma es que no sustituya la propia Constitución. (...) en el presente caso, el juez constitucional debe distinguir una metodología diferente en la evaluación de los presupuestos que debe contener la demanda para el control de constitucionalidad. El análisis del juez constitucional debe girar en rededor de si se ha sustituido o no la Constitución o si hay un exceso en el poder de reforma”³⁶.

Según Araujo cuando se sustituye un contenido fundamental como un derecho, afectando su núcleo esencial, debe prohibirse dicho cambio. Por lo tanto, en su opinión, cuando:

³⁶ Intervención del Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa, en la discusión de la ponencia original de sentencia en el proceso D – 4615. Acta No. 96 de la sesión de la Sala Plena de la Corte Constitucional celebrada el 2 de diciembre de 2003.

se sustituye la disposición constitucional que prohíbe la esclavitud por otra que la instaura, se está eliminando un principio básico de nuestro Estado constitucional, como es la libertad; lo mismo acontece al cambiar el precepto de la Carta que garantiza la propiedad privada de instrumentos y medios de producción por uno que consagre la propiedad social de los mismos, ya no podrá sostenerse que se está en un régimen liberal, pues éste no puede subsistir sin un régimen de propiedad privada; asimismo, que sucedería si se cambia la norma de la Carta fundamental que consagra la libertad religiosa por una que establezca un Estado confesional (musulmán, católico, budista, etc.), obviamente ya no podrá calificarse nuestro Estado como social de derecho, pues, uno de sus presupuestos es el de ser un Estado confesionalmente neutro, lo que no sucedería al implantarse una religión oficial.

Sin embargo, al Magistrado se le olvida que el artículo 377 de la Carta consagra la posibilidad de un referendo derogatorio en caso de que se afecte un derecho fundamental o sus garantías y por la tanto el límite a esa reforma la debe establecer el pueblo, en el sentido de que, si se está de acuerdo con el cambio constitucional no se convocará a un referendo derogatorio, mientras que si se está en contra de dicha reforma constitucional, el pueblo podría crear un movimiento para convocar un referendo derogatorio y dejar el texto constitucional tal y como estaba. Por lo tanto, es pertinente resaltar que es el pueblo y no la Corte quien debe ejercer dicho control.

Por otra parte, el Magistrado señala que los límites implícitos a la reforma de la Constitución, tienen como supuesto fundamental el de considerarla no sólo como un conjunto de normas, sino ante todo como un sistema de valores, fundamentada en el *ius naturalismo*, ya que la reforma a la Carta no se puede convertir en la destrucción de la misma.

No obstante, esta argumentación tiene un gran problema en su aplicación, en la medida en que, los valores de la Carta están en ella, en si misma considerada y no en una serie de normas o artículos, por ello, sería bastante complejo aplicar dicha teoría, pues cada vez que se modifica un artículo posiblemente se vea amedrentado un valor constitucional, sin que esto signifique que se dé una sustitución de la Carta.

De otro lado el Magistrado Araujo señala:

“Íntimamente ligado a los límites, está el problema de la competencia y en este caso la de la Corte Constitucional. Si existen límites la Corte Constitucional debe controlar que el Gobierno, el Congreso o los ciudadanos no los violen; dicho de otra manera la Corte tiene competencia para controlar que no se excedan esos límites. No es cierto entonces, como se ha afirmado que la competencia de la Corte se reduce a controlar los vicios de procedimiento (que son también límites), sino que debe controlar también todos los otros límites y decimos todos y no sólo algunos”.

A nuestro juicio, esta suposición rompe con los postulados constitucionales que regulan las funciones de la Corte, ya que si la Corte debe controlar que el Gobierno, el Congreso y los ciudadanos no violen esos límites, ella misma debería respetar los establecidos en la Carta Política, específicamente el de aplicar íntegramente el artículo 241 de esta. Así mismo, si se aceptará dicha argumentación la Corte Constitucional se convertiría en un órgano omnipotente en el estado colombiano, susceptible de controlar todo a su alrededor, lo cual carece de lógica en un Estado Social de Derecho regido por el principio de separación y equilibrio de poderes.

Por otra parte, el Magistrado afirma que se sustituye la Carta cuando se delega la función del órgano legislativo al ejecutivo para expedir, modificar o derogar un Código Penal, ya que en estas materias se afectan derechos fundamentales como la libertad física y por ello estos derechos deben regularse por el legislativo como representante del pueblo y no por el Gobierno. Lo anterior, debido a que dicha delegación estaría violando la máxima del artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789, el cual afirma que en toda Constitución se deben garantizar la separación de poderes y la garantía de los derechos fundamentales.

En suma Araujo expresa lo siguiente:

“el Gobierno no puede, salvo en circunstancias excepcionales, regular la libertad, no siendo el supuesto del Acto Legislativo el de esas situaciones especiales, entonces no podía otorgárselas. Como quiera que se le otorgó sin tener competencia para ello, se excedió el poder de reforma y, por tanto, se vulneró la Carta Política”.

A nuestro parecer el Magistrado Araujo no tiene en cuenta una serie de circunstancias: (i) el Gobierno no estaría regulando el derecho fundamental a la libertad como tal, en la medida en que no está tocando su núcleo esencial. De lo contrario, los códigos penales deberían expedirse por ley estatutaria, lo cual ha sido rechazado por la Corte³⁷. (ii) Las normas que se expidieran por parte del Gobierno estarían sujetas al control constitucional por parte de la Corte, lo cual garantizaría su constitucionalidad y (iii) lo anterior se daría en el supuesto de que el Congreso no regulara la materia en una fecha determinada.

³⁷ Para el efecto se pueden consultar la sentencia C-646 de 2001 M.P: Manuel Jose Cepeda Espinosa.

Por lo tanto, a nuestro juicio, ni aplicando la teoría de la sustitución de la Constitución se podría dar una inconstitucionalidad de esta reforma a la Carta.

Sin embargo, bajo una interpretación extensiva se podría haber aplicado el artículo 377 de la Carta Política, ya que dicha disposición permite la posibilidad de convocar un referendo derogatorio cuando el pueblo no esté de acuerdo con los cambios constitucionales que se hagan a temas relacionados *“a los derechos reconocidos en el Capítulo 1 del Título II y a sus garantías, a los procedimientos de participación popular, o al Congreso”*.

Por lo tanto, sería posible entender que la regulación de códigos penales por parte del legislador, es una garantía de protección al derecho fundamental de la libertad, y por ello se podría invocar un referendo derogatorio para suprimir la reforma en cuestión. En el entendido de que se le estaría violando la garantía que tiene el pueblo para que sólo el órgano de representación popular por excelencia, el Congreso, defina cuales serían las privaciones a la libertad. Así mismo, bajo esta interpretación el artículo 377 de la Constitución. se podría aplicar para muchas instituciones que son garantías de los derechos fundamentales como por ejemplo: El control de constitucionalidad que ejerce la Corte Constitucional, el cual en caso de ser eliminado por una reforma constitucional, el pueblo podría subvertir dicha reforma a través de este mecanismo.

4.3. Sentencia C-816 de 2004 MP: Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Uprimy Yépez.

En esta sentencia se demanda el Acto Legislativo 02 de 2003 *“por medio del cual se modifican los artículos 15, 24, 28 y 250 de la Constitución Política de Colombia para enfrentar el terrorismo”*. También conocido como el estatuto antiterrorismo.

En cuanto a las consideraciones de la Corte, consideramos importante resaltar que el alto Tribunal Constitucional reitera de alguna manera lo dicho en la

sentencia C-551 de 2003, en cuanto a que el procedimiento de reforma de la Carta Política no solo debe ser evaluado por vicios procedimentales, sino también por los vicios de competencia, pues según la Corte la Carta puede ser reformada pero no sustituida.

Lo que es realmente importante anotar como bien se expresa en la misma sentencia, es que los Magistrados de la Corte Constitucional no se lograron poner de acuerdo en el sentido de si dicho estatuto sustituía o no la Carta, lo cual llevó a que la Corte analizará en principio los vicios procedimentales que podían prosperar, para de esta manera no tener que evaluar los cargos de sustitución a la Carta como pretendían algunos de los Magistrados³⁸.

En nuestra opinión, es importante reconocer la honestidad de la Corte al explicarle a la sociedad a través de su sentencia el procedimiento que tomaron para llegar a su decisión. Pero, por otra parte, deja un sin sabor el decir que, como los Magistrados no se pudieron poner de acuerdo en evaluar si se había producido una sustitución de la Carta, entonces era procedente evaluar primero, si había o no, vicios de procedimiento.

Ello refleja que ni si quiera hasta ese momento la misma Corte sabía como utilizar y evaluar la teoría que se había inventado el año antes.

³⁸ Según la Corte "(...) Por ello, en muchas situaciones, es prudente que los jueces se pronuncien únicamente sobre aquellos aspectos que sean necesarios para tomar la decisión del caso, sin entrar a analizar otros temas, sobre todo si se trata de asuntos polémicos en torno a los cuales sea difícil alcanzar un acuerdo. Ahora bien, en el presente caso, la Corte comenzó por una discusión de los eventuales vicios de competencia planteados por las demandas, pero no fue posible llegar a un acuerdo que permitiera, dentro de un término razonable, tomar una decisión al respecto. La Corte examinó entonces los fundamentos de cada una de las acusaciones por vicios de trámite descritas en el acápite de antecedentes de esta sentencia y consideró que debía entrar en el análisis detallado de uno de estos cargos, a saber el relacionado con la presunta irregularidad presentada al aprobar el informe de ponencia previo a la votación del articulado del proyecto de acto legislativo en el sexto debate de la segunda vuelta. La Corte consideró que ese cargo podía prosperar, lo cual podría conducir a la declaratoria de inexecutable de dicho acto legislativo y haría innecesario el estudio sistemático y detallado de las otras acusaciones".

Para finalizar, como la Corte encontró vicios de procedimiento en la formación del acto legislativo, no se pronunció acerca de los vicios de competencia en el caso concreto.

4.3.1. Aclaración de Voto del Magistrado Jaime Araujo Renteria

Por otra parte, el Magistrado Jaime Araujo Renteria presentó una aclaración de voto en la cual tomó una posición al respecto. En dicho pronunciamiento el Magistrado explica lo que él entiende por vicio de competencia citando a Kelsen, quien señala que *“tanto el control de procedimiento de formación de la norma jurídica; como del contenido de la norma jurídica, puede reducirse a un problema de competencia”*. Con base en lo anterior Araujo ejemplifica su postulado en cuanto señala que:

“Si la Constitución de Colombia prohíbe la pena de muerte y se hace una ley siguiendo todo el procedimiento constitucional pero estableciendo el fusilamiento de los delincuentes (que es una pena de muerte), esta violación del contenido de la Constitución es un problema de competencia, ya que el Congreso carece de competencia al dictar la ley, pues el artículo de la Constitución que prohíbe la pena de muerte, en realidad le quita competencia al Congreso para que legisle sobre esta materia estableciendo una modalidad de ella, como lo es el fusilamiento”.

En realidad a nuestro juicio esto no sería un problema de competencia sino un problema de materia, en la medida en que la norma estaría violando un derecho fundamental (la vida) y por lo tanto dicha ley deberá ser declarada inexecutable o inaplicada por virtud de la excepción de inconstitucionalidad.

Por otra parte el Doctor Araujo toca el tema de la diferencia entre el poder de reforma de la constitución y el poder constituyente, expresándose de la siguiente manera:

“Existe en la teoría del Derecho Constitucional una diferencia fundamental entre el poder de reforma de la Constitución y el poder constituyente. El poder constituyente no tiene, en principio, límites para reformar la constitución; en cambio el poder de reforma puede tener límites expresos (normas irreformables), o límites implícitos, que serían los valores o principios constitucionales, sin los cuales la Constitución deja de ser lo que es, o deja de existir y ese cambio dejaría de ser modificación para convertirse en destrucción de la Constitución”.

Este tema fue analizado en el segundo capítulo en el cual se dijo que la diferencia entre los dos (2) poderes radica en que el poder de reforma debe seguir el procedimiento que le señala la Constitución, mientras que el poder constituyente fija su procedimiento por unos parámetros que le otorga el pueblo directamente, así como a través de reglamentos que expiden los mismos órganos³⁹ constituidos para fijar la voluntad popular.

Por último, según Araujo

En síntesis, el tema de los límites al poder de reforma no es más que un tema de doble competencia; la del Congreso, al realizarla y la del órgano establecido por el Constituyente para vigilar que no se violen los principios constitucionales que él consideró fundamentales al momento de crear la Constitución.

En el caso concreto que nos ocupa los Principios Constitucionales, expresos e implícitos, establecidos por el pueblo colombiano en el título primero (I) de la Constitución fueron vulnerados y en consecuencia el Acto Legislativo era inconstitucional, no sólo por procedimiento, sino también por falta de competencia.

³⁹ Como pueden ser las Asambleas Constitucionales.

Sobre lo dicho por el Magistrado Araujo, se considera, en primer lugar, que la Corte Constitucional si debe vigilar que no se violen los principios que la Constitución estableció como fundamentales, pero dicha vigilancia debe darse con respecto a las leyes, y no frente a reformas a la Carta, pues el artículo 241 de Carta no se lo permite. En segundo lugar, el Magistrado Araujo se queda corto al no enunciar, ni argumentar, cuáles fueron los principios violados. Lo anterior, en la medida en que resultaría muy fácil decir que se violaron los principios del título primero de la Constitución sin entrar a detallar cada uno de ellos, así como su posible infracción.

4.4. Sentencias C-970 de 2004. M.P: Rodrigo Escobar Gil. y C-971 de 2004 M.P: Manuel Jose Cepeda Espinosa.

En esta ocasión se demanda *el artículo 4° transitorio del Acto Legislativo No. 3 de 2002, por el cual se reforma la Constitución Política*, el cual no fue finalmente evaluado en la sentencia anterior que se declaró inhibida. En principio es pertinente aclarar que las sentencias C-970 y C-971 de 2004 se analizan conjuntamente debido a que son prácticamente iguales salvo en algunos apartes que no son significativos para efectos de este estudio.

A diferencia de la sentencia C-1200 de 2003 la Corte analiza una serie de supuestos y consideraciones bastante relevantes en cuanto a los vicios de competencia. El primero de ellos lo realiza a través del artículo 374 de la Carta cuando señala:

“el artículo citado señala que el texto de la ley mediante la cual se dispone que el pueblo en votación popular decida si convoca una asamblea constituyente, debe determinar la competencia que tendrá la asamblea, esto es, las materias sobre las cuales habrá de versar la reforma. Es claro, entonces, que si la asamblea excede ese ámbito

competencial incurriría en un vicio susceptible de control por la Corte Constitucional”.

Este tema se analizó en el capítulo segundo en el cual se llegó a la conclusión de que este es un límite expreso de procedimiento, que impone el artículo 376 de la Carta y que por ello no hay lugar a discusión de la facultad que tiene la Corte de revisar su constitucionalidad, en cuanto a que la Asamblea no podrá arrogarse facultades mayores a las otorgadas por el pueblo.

Así mismo la Corte dispone:

“Del mismo modo, la ley debe fijar el período dentro del cual la asamblea debe cumplir sus funciones. Ello quiere decir que la competencia de la asamblea tiene un límite temporal y que la Corte Constitucional estaría habilitada para invalidar aquellas reformas que se tramiten por la asamblea por fuera del período fijado en la ley”.

Este tema también fue evaluado en el capítulo segundo en el cual se llegó a la conclusión de que éste es un límite de procedimiento. En la medida en que igual que la ley o las reformas constitucionales, las reformas que establezca la Asamblea deben darse en un período para no afectar la voluntad otorgada por el pueblo.

También expresa la Corte que

“Finalmente, dispone la norma citada que a partir de la elección de una asamblea constituyente quedará en suspenso la facultad ordinaria del Congreso para reformar la Constitución. Quiere ello decir que durante ese período, el Congreso carece de competencia para adelantar una reforma constitucional por la vía del acto legislativo, y

cualquier actuación en esa dirección sería objeto de control por la Corte Constitucional”.

Sobre este tema se concluyó también que dicha suspensión se debe a un límite expreso de procedimiento que se le impone al Congreso por virtud del inciso 2 del artículo 376 de la Constitución política y del artículo 220 de la Ley 5 de 1992. Con el fin de que no haya un correformador que pueda entorpecer el proceso que adelante la Asamblea al reformar la Carta.

Acercándose más al caso concreto la Corte retoma los argumentos expresados en su jurisprudencia anterior, y expresa que la reforma constitucional debe entenderse como una forma de acomodarse a las nuevas realidades políticas y que, por lo tanto, el poder de reforma puede alterar la consagración de principios fundamentales, lo que no puede ser sustituirlo si este es definitorio de la identidad de la Constitución.

Sobre los cargos concretos la Corte comienza desestimando los argumentos del salvamento de voto de la sentencia C-1200 de 2003 de Jaime Araujo Rentería, al citar al autor Pedro de Vega, cuando expresa que:

“(...) el principio de división de poderes no puede interpretarse hoy conforme a la concepción liberal burguesa que inspiró la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de Agosto de 1789, sino con fundamento en los supuestos que para la conciencia jurídica y política de nuestro tiempo, definen y legitiman ahora el concepto político de Constitución. En cuanto a que según la Corte en ese momento “no existía un control jurisdiccional sobre los actos y actuaciones de la administración pública, ni un control constitucional de las leyes, ni tampoco una delegación legislativa en el Ejecutivo”⁴⁰.

⁴⁰ Pedro De Vega. op cit. p. 273.

Lo dicho por la Corte, a nuestro juicio, es una interpretación adecuada, y como bien se señaló anteriormente en el análisis de la sentencia C-1200 de 2003 que estudio la delegación legislativa al Gobierno para la expedición, modificación o derogación de códigos penales. Una delegación legislativa debe comprender una serie de supuestos que no rompan con los derechos fundamentales y las garantías de estos a los ciudadanos. Pues, a nuestra consideración, si no se dan parámetros claros para la delegación legislativa de materias relacionadas con los derechos fundamentales y sus garantías, los mecanismos de participación popular y al Congreso, se podría dar origen a un referendo derogatorio por parte del pueblo en virtud del artículo 377 de la Constitución Política.

Siguiendo los mismos postulados la Corte expresa que la delegación legislativa *per se* no puede ser violatoria del principio de separación de poderes, en cuanto a que desde hace mucho tiempo se ha consagrado la posibilidad de delegar esta función en otros órganos como el ejecutivo. Sin embargo, lo que se debe evaluar según la Corte son las (i) condiciones en las cuales la delegación legislativa resulta compatible con el principio de separación de poderes, (ii) la delimitación de la materia delegada, (iii) el carácter temporal de la delegación, (iv) la mutabilidad de la legislación delegada por el legislador ordinario, (v) los controles de constitucionalidad o, eventualmente, (vi) la ratificación o la convalidación de la legislación delegada por el legislador ordinario.

En cuanto al punto (v) que es el tema por el cual se dice que se puede dar una sustitución de la Carta. La Corte dejó claro que los decretos que se expidieran bajo la facultad de delegación deberían ser remitidos por el Gobierno a la Corte, o esta aprehender su conocimiento de oficio, para que ejerza el control de constitucionalidad pertinente.

4.4.1. Aclaración de Voto del Magistrado Humberto Sierra Porto.

En esta ocasión el Magistrado Sierra hace una dura crítica a la teoría de los vicios competenciales cuando señala que la Corte debió haberse inhibido “*para conocer*

de demandas por vicios materiales o de competencia contra actos reformativos de la Constitución” y además expresa “que la Corte se extralimita en sus competencias o funciones (es ella la que incurre en un vicio de competencia) cuando se hace juicios de constitucionalidad que versan sobre vicios materiales o de competencia”.

Así mismo, afirma que la Corte sólo tiene competencia para analizar si hay vicios de forma o procedimiento, pues todos los demás, llámense vicios materiales o de competencia, están excluidos del control que corresponde a la Corte. Por último, el Magistrado Sierra no coincide con la Corte, en que esta por vía de interpretación, imponga elementos que hagan más rígida la norma fundamental, ya que en su opinión la Carta de 1991 es flexible o cuasi-flexible.

Estamos de acuerdo con el Doctor Sierra en cuanto a que la Corte Constitucional no debe analizar las reformas constitucionales por vicios de competencia, en cuanto a que esta facultad o función no le fue otorgada por la Carta. Así mismo, también acordamos con el suscrito Magistrado que la Corte no debe hacer más rígido el procedimiento de reforma por vía de interpretación. No obstante, no estamos de acuerdo en considerar que la Carta de 1991 sea una Constitución flexible o cuasi-flexible, en la medida en que como bien se sabe nuestra Carta cumple con todos los postulados de una Constitución rígida, como se explicó con anterioridad en el capítulo tercero de este estudio.

4.4.2. Salvamento de Voto de los Magistrados Alfredo Beltrán Sierra, Jaime Córdoba Triviño, Clara Inés Vargas Hernández y Jaime Araujo Rentería.

En consideración de estos Magistrados la norma acusada si sustituye la Constitución Política en cuanto a que

“el constituyente derivado despojó al Congreso de la República de la potestad legislativa sobre materias respecto de las cuales existe reserva de ley, en caso de que sobre tales materias no fueran

expedidas las leyes correspondientes a más tardar el 20 de junio de 2004. En efecto, por expresa disposición del constituyente primario las normas de la ley estatutaria de la administración de justicia, corresponde expedirlas al Congreso y se encuentran sometidas en su trámite a requisitos específicos, como mayorías absolutas para su aprobación, que esta se realice en una sola legislatura y que, además, sea objeto de revisión previa de constitucionalidad por la Corte Constitucional. Sin embargo, con la disposición acusada, podría ocurrir que el Presidente de la República, no obstante su condición de Jefe del Ejecutivo quede convertido en legislador extraordinario y no sujeto ni a los requisitos señalados ni al control previo de constitucionalidad con respecto a las normas que a su arbitrio decidiera dictar para modificar por decreto la ley estatutaria de la administración de justicia”.

En este caso habría que resolver varios problemas constitucionales que ocasionarían la entrada en vigencia de esta reforma, que a nuestro juicio fueron analizadas en la sentencia objeto de este salvamento así: (i) si es posible delegar la expedición de normas de naturaleza estatutaria al ejecutivo (ii) si las normas que se expidan estarían sujetas a los mismos controles que las leyes estatutarias expedidas por el legislador ordinario, (iii) si la prohibición que contempla el artículo 150 numeral 10 se vuelve ineficaz⁴¹ y (iv) si sería una antinomia constitucional que debería ser resuelta por la Corte.

⁴¹ Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...) 10) Revestir, hasta por seis meses, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, para expedir normas con fuerza de ley cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje. Tales facultades deberán ser solicitadas expresamente por el Gobierno y su aprobación requerirá la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara.

El Congreso podrá, en todo tiempo y por iniciativa propia, modificar los decretos leyes dictados por el Gobierno en uso de facultades extraordinarias.

Estas facultades no se podrán conferir para expedir códigos, leyes estatutarias, orgánicas, ni las previstas en el numeral 20 del presente artículo, ni para decretar impuestos.

En relación al primer punto, se analizó previamente en la sentencia cuando se evaluó la facultad de delegación legislativa. En cuanto al segundo, la Corte dispuso textualmente que en caso de que el Presidente expidiera un decreto regulando la materia este tendría control de constitucionalidad. Por su parte, sobre el tercer punto se podría afirmar que como esta disposición establece una medida transitoria y subsidiaria, pues, sólo se realizaría en el caso dado de que el Congreso no lo hiciera, y por último, las dos (2) normas podrían ser ponderadas para permitir en ese caso que el Presidente expidiera dicha normatividad.

4.5. Sentencia C-1124 de 2004. MP: Marco Gerardo Monroy Cabra

En esta sentencia se presenta una demanda de inconstitucionalidad contra *el inciso primero del párrafo transitorio 1º del artículo 2º del Acto Legislativo 01 de 2003, por medio del cual se adopta una Reforma Política Constitucional y se dictan otras disposiciones.*

En esta sentencia la Corte decide inhibirse de pronunciarse debido a que en oportunidades anteriores había señalado lo siguiente:

“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”⁴².

En este sentido, la Corte recalcó:

“El Constituyente derivado no tiene entonces competencia para destruir la Constitución. El acto constituyente establece el orden jurídico y por ello, cualquier poder de reforma que el constituyente reconozca únicamente se limita a una revisión. El poder de reforma, que es poder constituido, no está, por lo tanto, autorizado, para la derogación o sustitución de la Constitución de la cual deriva su

⁴² Sentencia C-551 de 2003. op cit.

competencia. El poder constituido no puede, en otras palabras, arrogarse funciones propias del poder constituyente, y por ello no puede llevar a cabo una sustitución de la Constitución, no sólo por cuanto se estaría erigiendo en poder constituyente originario sino además porque estaría minando las bases de su propia competencia”.

Ahora bien, el hecho de que el control jurisdiccional ejercido por la Corte se despliegue en los términos indicados por la jurisprudencia significa que en una demanda por sustitución constitucional contra una reforma constitucional el actor debe sustentar plenamente en qué consiste la sustitución denunciada. No le basta, por tanto, afirmar que con la modificación de una disposición en concreto se sustituyó o se derogó la Constitución precedente, sino que debe justificar, con argumentos suficientes, que tal cambio implica la abrogación de la Constitución vigente.

La Corte reconoce que la carga argumentativa se incrementa considerablemente cuando se trata de descalificar una reforma constitucional por considerarla constitutiva de sustitución constitucional. No obstante, la Corte acepta que dicha exigencia es necesaria si se tiene en cuenta la magnitud de la pretensión, la trascendencia de la decisión de la Corte, el compromiso del principio democrático y la naturaleza misma de las disposiciones que se cotejan⁴³.

En el caso particular, la Corte no encuentra que el actor haya justificado suficientemente su aserto en el sentido de demostrar cómo el cambio en las condiciones de conservación de la personería jurídica de los partidos y movimientos políticos, implica una sustitución o una derogación de la Constitución Política. La Corte entiende que el actor ilustra una transformación en las

⁴³ En cuanto a la carga argumentativa que deben manifestar los ciudadanos al demandar una reforma constitucional por considerarla constitutiva de sustitución de la Constitución se pueden ver las sentencias C-1124 de 2004, C-242 de 2005, C-1040 de 2005, C-278 de 2006, C-472 de 2006, C-740 de 2006, C-153 de 2007, C-178 de 2007, C-216 de 2007 y C-293 de 2007, Entre otras. Estas sentencias no serán evaluadas en cuanto a que se refieren al mismo punto que se analiza en esta sentencia.

condiciones de acceso al espectro democrático, pero no considera que se haya explicado porque dicho cambio constituye la abrogación de la Constitución vigente, por lo cual consideró que el cargo es inepto y por ello se inhibió de emitir pronunciamiento de fondo respecto del mismo.

4.6. Sentencias C-1040 a C-1057 de 2005.

Sobre estas sentencias solo haremos referencia a la sentencia C-1040 de 2005 y a los salvamentos de voto de los Magistrados Jaime Araujo Renteria y Humberto Sierra Porto, debido a que las demás sentencias se remiten a las dos (2) anteriores, por estar dotada de la fuerza de la cosa juzgada constitucional.

4.6.1 Sentencia C-1040 de 2005. MP: Manuel Jose Cepeda, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.

En esta sentencia se demanda *el Acto Legislativo No. 2 de 2004 por el cual se reforman algunos artículos de la Constitución Política de Colombia y se dictan otras disposiciones referentes a la reelección presidencial y a las garantías de la oposición.*

En dicha jurisprudencia la Corte Constitucional comienza desestimando el concepto del Procurador General de la Nación, señalando que el precedente de la Corte ha sido coherente desde la sentencia C-551 de 2003 y posteriores en la cual se sentaron los siguientes precedentes;

“Que el poder de reforma definido por la Constitución colombiana está sujeto a límites competenciales.

Que por virtud de esos límites competenciales el poder de reforma puede reformar la constitución, pero no puede sustituirla por otra integralmente distinta u opuesta.

Que 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.

Que la Constitución no contiene cláusulas pétreas ni principios intangibles y que, por consiguiente, todos sus preceptos son susceptibles de reforma por el procedimiento previsto para ello.

Que el poder de reforma no puede, sin embargo, derogar, subvertir o sustituir en su integridad la Constitución.

Que sólo el constituyente primario tendría la posibilidad de producir una tal sustitución”.

Posterior al recuento de la Corte sobre la jurisprudencia emitida sobre la materia, la Corte establece una serie de precisiones que se resumen en lo siguiente;

Según la Corte en el juicio de sustitución de la Constitución no se hace un control material ordinario, ni tampoco se evalúa si se presenta una violación de un principio intocable, sino que mediante este juicio

“(a) se aprecia si la reforma introduce un nuevo elemento esencial a la Constitución,

(b) se analiza si éste reemplaza al originalmente adoptado por el constituyente y, luego,

(c) se compara el nuevo principio con el anterior para verificar, no si son distintos, lo cual siempre ocurrirá, sino si son opuestos o integralmente diferentes, al punto que resulten incompatibles”.

Bajo este supuesto la Corte avanza en lo expresado en las sentencias anteriores en la medida en que señala un procedimiento claro en el cual se evidencia el estudio que se le debe hacer a una reforma constitucional para saber si esta sustituye o no la Carta. Lo anterior permite que el legislador y la comunidad

conozcan de antemano el procedimiento a seguir para modificar un artículo constitucional y para demandar su constitucionalidad.

No obstante, esto no hace que desaparezca el subjetivismo judicial, pues cuando la Corte expresa que en el juicio “*se aprecia si la reforma introduce un nuevo elemento esencial a la Constitución*”, la Corte estaría realizando un análisis de fondo de la reforma constitucional, en cuanto a que, la verificación de la inclusión a la Carta de un nuevo elemento esencial impone una evaluación y un análisis de contenidos materiales y no de procedimiento, ni si quiera de competencia, ya que al final no evalúa si el órgano que expidió el acto era el competente, o tenía o no, esa facultad.

Así mismo, cuando la Corte compara si los principios modificados son opuestos o incompatibles también está haciendo un análisis de fondo o material, en la medida que para proceder a dicha verificación se tocan materias o contenidos constitucionales.

Por otra parte, la Corte avanza en esta providencia al dejar sumamente claro cual es la carga argumentativa que debe desarrollar esta corporación para evaluar si se ha producido una sustitución a la Carta, así señala que se debe:

“(i) enunciar con suma claridad cuál es dicho elemento, (ii) señalar a partir de múltiples referentes normativos cuáles son sus especificidades en la Carta de 1991 y (iii) mostrar por qué es esencial y definitorio de la identidad de la Constitución integralmente considerada. Solo así se habrá precisado la premisa mayor del juicio de sustitución, lo cual es crucial para evitar caer en el subjetivismo judicial. Luego, se habrá de verificar si (iv) ese elemento esencial definitorio de la Constitución de 1991 es irreductible a un artículo de la Constitución, - para así evitar que éste sea transformado por la propia Corte en cláusula pétrea a partir de la cual efectúe un juicio de contradicción material- y si (v) la

enunciación analítica de dicho elemento esencial definitorio no equivale a fijar límites materiales intocables por el poder de reforma, para así evitar que el juicio derive en un control de violación de algo supuestamente intangible, lo cual no le compete a la Corte. 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”.

A pesar de las críticas hechas previamente sobre el estudio material que hace la Corte al momento de verificar si los contenidos esenciales de la Carta cambian, la obligación que se impone la misma Corte sobre la carga argumentativa que debe seguir para evidenciar si se sustituye o no la carta, evidencian un gran avance sobre la materia.

En el caso concreto, la Corte Constitucional en esta providencia estudió cargos por (i) la sustitución de la forma de estado, el sistema de gobierno y el régimen político previsto en la Constitución de 1991, (ii) la violación al principio de igualdad que ocasionaba la reelección presidencial y (iii) la facultad que se le otorgaba al Consejo de Estado para expedir una ley estatutaria sobre las garantías electorales en caso de que el Congreso no la expidiera en tiempo.

Con base en esas premisas, procede la Corte a mostrar que el acto legislativo acusado no contiene una sustitución de la Constitución por cambio en la forma de estado, la forma de gobierno o el régimen o sistema político. Para la Corte permitir

“la reelección presidencial -por una sola vez y acompañada de una ley estatutaria para garantizar los derechos de la oposición y la equidad en la campaña presidencial- es una reforma que no sustituye la

Constitución de 1991 por una opuesta o integralmente diferente. Los elementos esenciales que definen el Estado social y democrático de derecho fundado en la dignidad humana no fueron sustituidos por la reforma. El pueblo decidirá soberanamente a quién elige como Presidente, las instituciones de vigilancia y control conservan la plenitud de sus atribuciones, el sistema de frenos y contrapesos continua operando, la independencia de los órganos constitucionales sigue siendo garantizada, no se atribuyen nuevos poderes al Ejecutivo, la reforma prevé reglas para disminuir la desigualdad en la contienda electoral que será administrada por órganos que continúan siendo autónomos, y los actos que se adopten siguen sometidos al control judicial para garantizar el respeto al Estado Social de Derecho”.

Sobre lo anterior, a pesar de que consideramos que no es acertado hacer un estudio de competencia de los contenidos de la Carta, debido a que el artículo 241 numeral 2 de esta lo prohíbe, adoptamos la misma posición de la Corte en el entendido de que no se modifican los elementos esenciales del sistema jurídico constitucional colombiano.

Claro está que bajo la doctrina de sustitución de la Constitución, el estudio que realizó la Corte sobre la influencia que tendría el Presidente de la República en caso de ser reelegido sobre otros poderes, de los cuales el Presidente influye en el nombramiento de sus integrantes, deja mucho por desear. Lo anterior debido a que la Corte no estudió a minucia lo que implicaba para el segundo período de Gobierno que el Presidente fuera reelecto y tuviera la capacidad de nombrar o participar en el nombramiento de altos miembros de otros órganos del estado, lo que a nuestro juicio rompería el sistema de poderes consagrado en la Carta. Pues, sólo con la posibilidad de poder gobernar con personas afines en otros poderes diferentes al ejecutivo, como por ejemplo los miembros de la Junta Directiva del Banco de la República o el Fiscal General de la Nación, representa para el ejecutivo un gran poder.

Esta es una de las razones por las cuales consideramos que la Corte debería mantenerse al margen del estudio de reforma que modifiquen elementos esenciales en la Carta, en la medida en que cuando se estudian materias como estas, se estudian contenidos políticos. Qué en suma, hacen que la Corte tome decisiones políticas como permitir o no la reelección del Presidente de la República actual. Lo cual no debería ser una decisión política de un juez, sino del pueblo o sus representantes, es decir, del Congreso de la República.

En el siguiente cargo, relativo a la igualdad con otros candidatos presidenciales, estamos de acuerdo con la Corte en el entendido que a nuestro juicio no se rompe la igualdad en la elección del Presidente de la República, en virtud de que el electorado es quien definirá quien es el próximo Presidente. Así mismo, la ley estatutaria establece una serie de garantías en los temas más importantes de la campaña, lo cual permite a los otros candidatos equilibrar las ventajas que puede otorgar ser Presidente candidato.

En cuanto a la facultad que se le otorgaba al Consejo de Estado para expedir una ley estatutaria sobre las garantías electorales en el caso de que el Congreso no la expidiera en tiempo. La Corte siguiendo su precedente, expresa que cuando de manera transitoria se atribuye a órganos diferentes al legislativo la facultad de expedir leyes, especialmente normas de naturaleza estatutaria no constituye *per se* una sustitución de la Carta. Sin embargo, la Corte agrega que la facultad que se le dio al Consejo de Estado en el caso concreto no permite la participación de ciudadanos, no contiene un procedimiento legislativo definido y público, ni tampoco un efectivo control de constitucionalidad, y es por ello que se afecta un elemento esencial de la Constitución de 1991.

Por esta razón la Corte señala que

“esa atribución al Consejo de Estado supone una sustitución parcial y temporal de la Constitución consistente en que durante el tiempo en que dicho legislador extraordinario adopte a su arbitrio las normas obligatorias para todos los ciudadanos, la Constitución dejará de ser suprema. Las eventuales decisiones puntuales en casos concretos que quizás pueda llegar a adoptar algún juez, por vía de la acción de tutela o de la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, representan posibilidades remotas y en cualquier caso son manifiestamente inocuas frente al hecho de que las elecciones presidenciales se habrán de realizar bajo la égida de las determinaciones que adopte el legislador extraordinario y temporalmente supremo. Entonces la supremacía de la Constitución, expresión máxima de la soberanía inalienable del pueblo, es reemplazada por algo integralmente diferente, o sea, por la soberanía transitoria del legislador extraordinario sin origen, composición o funcionamiento democráticos”.

Por lo tanto para la Corte

“La compatibilidad entre el principio de separación de los poderes y la posibilidad de legislación delegada en otros órganos del Estado, reside, entonces, en que, (i) las condiciones que rodean la delegación evitan que el legislador se vea privado de su competencia, (ii) la habilitación remita al ejercicio transitorio y en un ámbito delimitado de la función legislativa, y (iii) no se supriman los controles interorgánicos que preserven el equilibrio entre los poderes públicos y aseguren la supremacía constitucional”.

Por los anteriores argumentos la Corte procedió a declarar la inexecutable del inciso tercero del párrafo transitorio del artículo 4 del Acto Legislativo 02 de 2004, conforme al cual *“si el Congreso no expidiere la ley en el término señalado o*

el Proyecto fuere declarado inexecutable por la Corte Constitucional, el Consejo de Estado, en un plazo de dos (2) meses reglamentará transitoriamente la materia”.

A pesar de que la reflexión anterior de la Corte puede ser válida desde el punto de vista material, ya que, como bien lo expresa esta Corporación, se delegaría una potestad legislativa sin un procedimiento legislativo específico, así como carente de un control de constitucionalidad lo cual no es adecuado para un Estado Social de Derecho garantista como el nuestro. No se debe desconocer que lo anterior es una responsabilidad política que asume el legislador al otorgar esa facultad al Consejo de Estado, y por ello no debía ser objeto de inexecutable por parte de la Corte. En la medida en que, a esta corporación no le corresponde asumir ni revertir las decisiones políticas del órgano legislativo, sean estas buenas o malas, sino solo verificar que el acto legislativo haya seguido el procedimiento adecuado para tal efecto.

Así mismo, como bien se ha dicho a lo largo de este escrito, en nuestra opinión la supresión de una garantía como el Control de Constitucionalidad, da lugar a la convocatoria por parte del pueblo de un referendo derogatorio consagrado en el artículo 377 de la Carta.

Por último, la Corte trata de subsanar el vacío que dejó en la sentencia C-551 de 2003 en la cual señaló que los mecanismos de reforma estaban constituidos para reformar la Carta y no para sustituirla. Por lo tanto, ante la encrucijada en la que ella misma se metió, al decir que la Carta no podía ser sustituida, se inventó que el único que puede sustituir la Carta es el pueblo mediante la convocatoria a una Asamblea Constituyente.

Lo anterior, no deja claro si la Corte hace referencia (i) a la Asamblea Constituyente del artículo 374 de la Carta o (ii) a un mecanismo no jurídico o de hecho como una Asamblea Constitucional.

En cuanto al primero, no sería correcto afirmar que la Asamblea Constituyente está facultada para sustituir la Carta, en el entendido de que el artículo 374 de la Carta no le da prioridad a ninguno de los tres procedimientos de reforma consagrados en ésta. En cuanto, dicho artículo expresa que la Constitución podrá ser reformada por acto legislativo, por una Asamblea Constituyente o por el pueblo mediante referendo.

De la misma manera, esto ocasionaría una contradicción entre la jurisprudencia de la Corte, en la medida en que esta corporación sostiene que el artículo 374 de la Carta sólo permite que esta se reforme y no que se sustituya.

Sobre el segundo, no sería correcto adoptar la figura de la Asamblea Constitucional por parte de la Corte, pues, esta no está contemplada en la Carta. Lo cual de alguna manera sería introducir un mecanismo de sustitución a la Carta por vía de jurisprudencia, lo cual es inaceptable en un Estado Social de Derecho. Sin embargo, esta interpretación seguramente surgió basada en un argumento histórico⁴⁴ o por la practicidad que esto implica para un cambio de tal magnitud.

A nuestro juicio, lo dicho por la Corte es erróneo, en la medida en que los tres mecanismos deben ser aceptados para modificar o reformar la Carta, parcial o completa.

Claro está, que si se hubiese tenido que escoger uno de los tres mecanismos para salir de esta encrucijada, el mecanismo adecuado debió ser el referendo constitucional en la medida en que desde una interpretación literal del artículo 374 *“la Constitución puede ser reformada por el pueblo mediante Referendo”* y es este mecanismo la expresión más acorde que consagra nuestro ordenamiento en

⁴⁴ Sentencia, Corte Suprema de Justicia, 9 de Octubre de 1990.

participación directa del pueblo para efectuar una reforma, sustitución o derogación parcial o completa a la Carta.

A pesar de reconocer que desde nuestro punto de vista fue una salida desafortunada de la Corte, a la luz de la teoría de la sustitución de la Constitución, es necesaria alguna salida para una posible sustitución de la Carta, de lo contrario el ordenamiento constitucional quedaría petrificado y el pueblo sería obligado a buscar soluciones de hecho para un eventual cambio de Constitución.

4.6.2. Salvamentos de Votos del los Magistrado Jaime Araujo Rentería y Humberto Sierra Porto.

Una vez expuestos todos los planteamientos señalados por la Corte Constitucional en la sentencia de constitucionalidad C-1040 de 2005 respecto a la exequibilidad del Acto Legislativo No. 2, es importante señalar los puntos de vista contrarios al sentido del fallo que se produjeron durante la discusión de constitucionalidad de la reforma a la Carta Política. Dentro de estos se encuentran los salvamentos de voto de los Magistrados Humberto Antonio Sierra Porto y Jaime Araujo Rentería, los cuales merecen un especial análisis en el presente estudio, por ser estos representativos de las opiniones en contra y a favor de la teoría de la Sustitución de la Carta.

4.6.2.1 Salvamento de Voto del Magistrado Jaime Araujo Rentería.

El primer salvamento de voto bajo estudio es el del Doctor Jaime Araujo Rentería, quien parte de tres premisas fundamentales para llegar así a la conclusión que el acto reformativo de la Constitución de 1991 es una flagrante sustitución a la misma.

La primera de ellas parte del hecho que la soberanía en un estado liberal y democrático, como el nuestro, es absoluta, perpetua, indivisible, inalienable e

imprescriptible, y por ende esta no puede quedar al arbitrio de un tercer poder derivado ni mucho menos puede ser ejercida por un poder constituido como es el Congreso.

Así las cosas, el Congreso se encuentra en la imposibilidad de reformar la Constitución, quitar la soberanía al pueblo (Nación o Pueblo), al gobernado y restablecerla en cabeza del gobernante, del monarca absoluto o del Presidente. Lo anterior con base en el supuesto que existen unos valores o principios fundamentales del Estado Social y Democrático, que constituyen lo que denomina Peter Haberle como la esencia de la Constitución, o en palabras del Magistrado *“constitución de la constitución”*.

La segunda premisa que hace alusión el Doctor Araujo Rentería está basada en que todo proceso moderno de constitucionalización implica una Constitución rígida, es así como el Magistrado concluye que a una Carta más rígida corresponde un mayor efecto de *“constitucionalización”* de todo el ordenamiento.

Ahora, la tercera y última premisa, está en relación con las dos anteriores, en el sentido que los valores, principios y derechos, que hacía mención en la primera premisa el Magistrado,

“son garantizados por las constituciones modernas aun que no estén positivizados, que forman parte de la esencia de la constitución y que como tal deben ser garantizados por el guardián de la constitución y lo que es más importante que no pueden ser desconocidos por el reformador de la constitución”.

Sin embargo, la explicación hasta aquí acotada y la importancia que tiene para el raciocinio del salvamento de voto se quedaría corta si no se fuese más allá. Es por eso que el Magistrado divide su explicación en una serie de puntos cardinales para demostrar, en primer lugar la existencia de los ya mencionados valores y

principios en nuestro ordenamiento constitucional, en segundo lugar, que la omisión, supresión o modificación de alguno de ellos involucra inexorablemente una sustitución a la Carta de 1991 y en tercer lugar que no es necesario un cambio total de la Carta para que esta sea sustituida.

En el primero de los puntos enuncia que dichos valores y principios identifican y caracterizan a una sociedad respecto de otra, de ahí que su vital trascendencia.

Ahora, es importante señalar que en un régimen político, forma de gobierno o de estado, quien fija, determina y señala los valores y principios fundamentales es el máximo titular del poder político, es decir el soberano, que en el presente caso, vendría siendo el pueblo colombiano. Debido a que el pueblo es quien ejerce el máximo ejercicio de la soberanía, este se constituye en poder constituyente. Por lo tanto, al gozar de dicho atributo, tiene el poder para darse una Constitución a sí mismo, el poder para reformarla, determinar sus contenidos e interpretarla.

Respecto al segundo punto, el Magistrado parte de la idea de que no puede ser el poder de reformar la Constitución un poder tal que se asemeje al poder de constituir la Constitución, por ende, un órgano destinado a la reforma de la Constitución no puede abrogarse competencias que le son propias de quien lo creó. Es por eso que afirma el Doctor Araujo Rentería lo siguiente:

“en el Constitucionalismo existan, en primer lugar, los llamados límites expresos, donde el mismo constituyente determina manifiestamente su deseo de prohibir la modificación de algún valor o principio constitucional, en segundo lugar, los llamados límites implícitos los cuales son extraídos de la misma voluntad del constituyente así no hayan sido expresamente manifestados”.

Es así como a estos límites, la Corte Constitucional les ha dado el nombre de

“principios constitucionales supremos, queriendo dar a entender que existen al interior de nuestra Constitución una serie de valores y principios que no son modificables a través del poder de reforma por cuanto se extraen como voluntad inalterable del Constituyente.”

Con base en lo anterior, se propone un análisis para determinar si una enmienda llega a sustituir la constitución o no, de ahí que se establezcan cuatro interrogantes o parámetros para tal fin:

1. Una Constitución no es un simple conjunto de normas, sino una totalidad cohesionada de principios y valores.
2. El criterio de identidad de toda Constitución radica, precisamente, en los principios y valores que la caracterizan.
3. El cambio de tales principios constituye, por tanto, una revisión constitucional no banal, sino la genuina instauración de una nueva Constitución.
4. En consecuencia, la revisión constitucional no puede llevarse hasta el límite de modificar los principios y valores caracterizadores del ordenamiento.

Un tercer punto enuncia que para estar al frente de una sustitución Constitucional vía enmienda no es necesario cambiar o modificar la totalidad o una mayoría del articulado de la Carta, basta un ligero cambio en un artículo para renunciar a aquellos principios y valores que caracterizan nuestra Constitución. Como muestra de lo anterior es el ejemplo enunciado reiteradamente en el presente estudio: un simple cambio en el modelo de estado, o suprimir un derecho como la libertad, serían suficientes para poder enunciar categóricamente una clara sustitución a la Carta.

Sobre estos aspectos es importante resaltar que, reconocer que nuestra Carta, goza de unos principios y valores implícitos que no pueden ser modificados escapa de las facultades dadas a la Corte Constitucional y además crea un

parámetro de control no regulado y caprichoso por parte de un órgano del estado, que no le permite a las personas, a la sociedad, ni a los otros órganos estatales saber cuándo o no y sobre qué temas se deben adelantar reformas constitucionales sin borrar esos principios o valores de la Carta.

Así, en palabras del Magistrado Araujo no acoger esta teoría implica reconocer que el poder de reforma sea igual al poder constituyente, lo cual a nuestro juicio es incorrecto, en cuanto a que es claro que el poder de reforma es un poder que debe respetar los límites que le impone la Constitución, los cuales se reducen a seguir un procedimiento estricto para cambiar la Carta. A diferencia del poder constituyente que es el pueblo mismo quien establece su propio procedimiento, o en ocasiones es el órgano convocado por el pueblo el que fija sus propias reglas para expedir la Constitución.

En lo relativo a los principios y valores de la Carta, se considera que al cambiar una disposición constitucional que consagre un principio o valor esencial, no es posible que se destruya está, por cuanto que los principios y valores constitucionales no se consagran sólo en algunas disposiciones, sino que por el contrario están inmersos en toda la Carta.

Por otra parte, en cuanto al caso concreto de la reforma constitucional sobre la reelección presidencial, el Magistrado parte del hecho que debido a que nos gobernamos bajo el derecho inalienable de la igualdad todos los hombres deberían tener la misma oportunidad de gobernar; de hacerlo por turnos, turnos que deben ser los más breves posible.

Y es por eso que no duda en afirmar que

“en los estados verdaderamente democráticos los gobernantes tienen períodos breves de mandato y se prohíben las reelecciones; mientras

que los regímenes totalitarios o autoritarios establecen períodos largos y permiten las reelecciones”,

Pero el Doctor Araujo va más allá, retomando argumentos tan cotidianos y comúnmente enunciados como es que el Presidente por el sólo hecho de serlo tiene ventajas sobre los otros, como es su estatus presidencial, dineros públicos en sus manos, o espacios televisivos de las cadenas estatales, entre otras cosas,

Afirmaciones completamente discutibles, que se salen del plano jurídico a un escenario político y por ende subjetivo. Lo cual no es el objeto de estudio de un juez constitucional, ni de un control de constitucionalidad, ya que, se establecen parámetros subjetivos, siendo supuestos, los cuales no pueden ser definitivos para permitir o no una reforma a la Carta.

Siguiendo su argumentación el Magistrado Araujo expresa:

“la reelección inmediata es una figura jurídica ajena a la evolución constitucional de Colombia, y tampoco fue tema deseado por el Constituyente soberano. Por el contrario, se deduce de las características históricas constitucionales y políticas propias de nuestro sistema político y del querer expreso del Constituyente soberano, un rechazo manifiesto a la reelección inmediata en cabeza del Presidente de la República”.

Por consiguiente, debido a que el poder político se encuentra en cabeza del soberano constituyente, es éste quien establece los principios y valores del estado y de la Constitución que lo regirá. En otras palabras, determina la *“identidad material axiológica del Estado”*. Y es acá dónde se encuentran los ya enunciados límites expresos e implícitos de nuestra Carta Política. Siendo estos últimos aquellos que devienen de la propia identidad del estado, cuando el mismo ordenamiento jurídico ha sido informado de una serie de valores que dieron lugar

a su surgimiento, fruto de la voluntad del poder constituyente. Límites estos que impiden que el poder constituido altere dicha composición.

Así entonces, el órgano reformador de la Constitución, que es un órgano constituido y no poder constituyente y

“no puede al reformar [la carta fundamental] violar éstos principios fundamentales de la Constitución (sean expresos o implícitos). Al reformar la Constitución tiene el límite de los principios constitucionales. Carece; en consecuencia el órgano constituido, reformador de la Constitución, de competencia para modificar éstos principios fundamentales”.

Lo anterior sugeriría entonces que debido a que el Constituyente quiso que en principio no se consagrara la reelección presidencial, los soberanos actuales, no debemos elegir ni decidir las normas que nos van a regir en el presente. Lo cual rompe con la idea lógica que sean los vivos los que se den sus propias normas, y no los muertos los que definan nuestras vidas actuales. Además, si el constituyente originario deseo que se mantuvieran sus principios inalterables, hubiese podido hacerlos expresos a través de normas de intangibilidad o cláusulas pétreas. Lo cual sugiere, que no lo hizo por el hecho de que consideró importante que todas sus disposiciones fuesen modificadas.

Por otro lado para el Magistrado el tema de los límites al poder de reforma es un tema de doble competencia: la del Congreso y la del órgano establecido por el constituyente, es decir, la Corte Constitucional, para vigilar que no se quebranten los principios constitucionales que el constituyente primario consideró fundamentales al momento de crear la Constitución, es decir, los procedimientos de forma.

Es así como a manera de conclusión el Magistrado Araujo Rentería establece que

“el poder constituido tiene una serie de límites materiales y formales al momento de reformar la Constitución. Aun que en el régimen constitucional Colombiano no hay cláusulas pétreas expresas, es claro que está prohibida la destrucción o sustitución de la Constitución, por cuanto de lo contrario se daría a entender que no existe diferencia alguna entre el poder constituyente originario y el poder constituido” y que el órgano competente para constatar si la Constitución fue destruida, sustituida o reemplazada en términos axiológicos o materiales por otra Constitución y sí de esta manera se creó otra organización política diferente a la deseada y originariamente definida por el Poder Constituyente, es la Corte Constitucional.

Lo cual carece de veracidad, en cuanto a que el artículo 241 de la Constitución como bien se ha dicho en varias ocasiones no se lo permite.

Así las cosas, el Magistrado Araujo en su salvamento de voto a nuestro juicio realiza un análisis con una serie de supuestos políticos, como el de relacionar dictaduras con períodos presidenciales largos, como la falta de igualdad en las candidaturas presidenciales cuando hay reelección, entre otras. Lo que demuestra más relación con un control político que jurídico, lo cual desborda la competencia de la Corte Constitucional.

4.6.2.2. Salvamento de Voto del Magistrado Humberto Sierra Porto.

El siguiente punto de análisis corresponde al salvamento parcial del voto del Magistrado Humberto Sierra Porto, quien a diferencia del Doctor Araujo Rentería, realiza un análisis más puntual y preciso del tema. Para éste, la Corte Constitucional se equivoca al tratar de introducir una nueva teoría mediante la cual no se pretende hacer un control material de la enmienda constitucional, si no una

confrontación del texto normativo acusado con los “*elementos definitorios identificadores de la Constitución*”, los cuales

“por muy elaborados que se presenten, no son cosa distinta de aquellas instituciones, principios o valores que sirven de parámetro de control”, contenidos a su vez en distintos preceptos constitucionales.

Es así como, en el parecer del Magistrado, pretender solamente analizar y cuantificar la magnitud de la reforma es ocultar lo inocultable, es decir, pretender establecer “*los elementos esenciales que definen la identidad*” como se pretende en la Sentencia C-1040 de 2005, es crear un parámetro material, y por ende, subjetivo de comparación. En otras palabras, la Corte Constitucional halló en esta fórmula la vía para hacer un juicio material de la enmienda, y así poder determinar cuáles de estas constituyen una sustitución de la Constitución.

Ahora, parte de la crítica que hace el Doctor Sierra Porto, es que ante lo planteado por la Corte surge la necesidad de delimitar el contenido de la Constitución original y el alcance de los principios y valores constitucionales que supuestamente resultan afectados en su identidad por la reforma, lo que traduce a la postre, la naturaleza de control material en la teoría de los vicios de competencia.

Incluso la sentencia en cuestión plantea una herramienta para llevar a cabo lo expuesto anteriormente, y es lo que denomina como la necesidad de establecer la premisa mayor del juicio de sustitución, que no es otra cosa que el parámetro con el que se va a comprar la modificación a la Carta, que según la Corte esto evitará el subjetivismo judicial.

Sin embargo, en palabras del autor del salvamento del voto,

“la construcción de la “premis mayor” del juicio de sustitución es en pocas palabras la construcción de un parámetro material del control a partir del texto original de la Constitución porque con fundamento en el

texto constitucional se realiza una construcción doctrinal que servirá para juzgar el alcance de la reforma. Corresponde entonces al juez constitucional identificar cuáles son los elementos esenciales de la Carta de 1991, establecer el alcance de dichos elementos esenciales y justificar su carácter esencial como paso previo para realizar el juicio de sustitución. Se insiste en que se trata de la construcción de un parámetro material de control que sólo puede dar como resultado un examen de constitucionalidad material”.

Dicho de otra forma, erigir la premisa mayor vendría siendo la manera de establecer

“cuál es la verdadera Constitución, aquellos principios y valores estructurantes que deben permanecer inalterados, pues de ser “sustituidos” daría lugar a una declaratoria de inconstitucionalidad de la reforma”.

De aquí que el Doctor Sierra Porto haga una de sus más álgidas críticas:

“esta labor de índole subjetiva no es propia de un control jurídico, como se expondrá más adelante, y por su carácter casi sacramental más parece propia de un colegio de augures, encargados en cada caso concreto de develar las verdades inmutables depositadas en el texto constitucional”.

A nuestro juicio, el procedimiento de análisis que propone la Corte para que se llegue a demostrar si hay o no una sustitución a la Carta, si es un gran avance de la Corte, pero como bien se señaló en líneas atrás, por esto no deja de ser una comparación material, más propia de un control político que jurídico.

Por ello habría que diferenciar el control político y el control jurídico del texto constitucional. Una primera radica según el Magistrado Sierra en que

“el carácter objetivado del control jurídico, frente al carácter subjetivo del control político. Ese carácter objetivado significa que el parámetro de control es un conjunto normativo objetivo, preexistente y no disponible para el órgano de control que ejerce el control jurídico. En cambio el carácter subjetivo del control político significa todo lo contrario: que no existe canon fijo y predeterminado de valoración ya que ésta descansa en la libre apreciación realizada por el órgano controlador, es decir, que el parámetro es de composición eventual y plenamente disponible”.

Una segunda diferencia, y consecuencia de la anterior, es que el juicio o la valoración del objeto sometido a control está basado, en el primer caso en razones jurídicas (sometidas a reglas de identificación) y, en segundo, en razones políticas (de oportunidad).

La tercera diferencia radica en el

“carácter necesario del control jurídico, frente al voluntario del control político. “Necesario” el primero no sólo en cuanto al órgano encargado del control ha de ejercerlo, cuando para ello es solicitado, sino también en que si el resultado del control es negativo para el objeto controlado, el órgano de control ha de emitir necesariamente la correspondiente sanción, es decir la consecuencia jurídica de la constatación (anulación o inaplicación del acto controlado). Mientras que el carácter “voluntario” del control político significa que el órgano o el sujeto controlante es libre para ejercer o no el control y que, de ejercerse, el resultado negativo de la valoración no implica, necesariamente, la emisión de una sanción.

Finalmente, la última diferencia relevante radica en el carácter de los órganos que ejercen uno u otro tipo de control”.

De la anterior categorización se desprende que el control que tiene lugar con ocasión de los vicios de competencia reúne casi todos los elementos propios de un control de carácter político.

Ahora, respecto a los límites que el Magistrado considera lógicos de las reformas a la Constitución y del control constitucional de éstas, señala en su salvamento de voto que de acuerdo con la doctrina se habla de que las vías o procedimientos de reforma previstos en una Constitución son *“expresión de un poder constituyente constituido, lo que viene a significar que se trata de decisiones tomadas por el titular de la soberanía, es decir por el pueblo”*, Pero que por decisión del mismo deben ser elaboradas siguiendo un procedimiento expresamente señalado en la Constitución.

Es por lo anterior que el Doctor Sierra Porto no duda en afirmar que la existencia de límites o condicionamientos constitucionales sólo lo son para el procedimiento que ha de seguirse para la toma de decisiones, no sobre el contenido de las mismas. Por ende, el hecho que el pueblo sea considerado como poder constituyente y detentador de la soberanía no significa que se trate de un poder sin límites o restricciones, pues en todo estado donde el pueblo o un conjunto de ciudadanos en condiciones de igualdad detente la soberanía habrá necesariamente que acordar reglas de procedimiento para que se exprese la voluntad popular.

Visto todo lo anterior, la conclusión a la cual se llega en el presente salvamento de voto parcial es que

“el hecho de que mediante reformas constitucionales se introduzcan figuras o instituciones que excepcionen o eventualmente puedan afectar el contenido de postulados básicos del Estado de derecho, como la

división de poderes o que modifiquen el contenido esencial de los derechos fundamentales, en los términos de la Constitución vigente, nos pone de manifiesto que la sociedad colombiana esta aún en proceso de construcción del consenso constitucional, y como tal el derecho no puede ser un obstáculo para la evolución política”

Lo cual, a nuestro juicio, es cierto y necesario, en la medida en que restringir por la vía del control constitucional, decisiones políticas del pueblo pueden ocasionar que este inicie caminos no jurídicos o de hecho para alcanzar sus propósitos.

Con base en lo expuesto, se podría afirmar que la teoría de la sustitución de la Constitución ha ido sufriendo cambios importantes a lo largo de los años. No obstante, resaltamos que esta teoría afecta nuestro desarrollo político y constitucional debido a que como bien se señaló, restringe la facultad que tiene el Congreso como representante del pueblo de reformar la Constitución, petrifica el ordenamiento constitucional e incita al pueblo a que inicie caminos diferentes a los jurídicos para expresar e imponer su voluntad política. Lo cual, en aras de defender la guarda e integridad de la Carta, afecta derechos importantes como la participación popular en la toma de sus decisiones.

V. DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

5.1. Doctrina Internacional

Cuando se introduce el concepto de límite a la reforma constitucional en Colombia, como ocurre en la gran mayoría de los fenómenos jurídicos y políticos, lo que se hizo fue implementar teorías que habían sido desarrolladas ya en otras naciones. La misma Corte Constitucional lo reconoce en las sentencias que ya fueron objeto de estudio en el presente trabajo, cuando hace alusión a teorías internacionales para justificar jurídicamente la implementación de estos límites los cuales no aparecen en ninguna parte de nuestra Carta Política. Así que es usual encontrar en la jurisprudencia colombiana citas de grandes autores como Kelsen, Schmitt, De Vega, Loewenstein, o Zagrebelski. Esto lleva a que se hace necesario en este trabajo realizar un breve estudio de lo que fueron los orígenes de las teorías a los límites de las reformas constitucionales, y sobre todo, los límites implícitos, ya que los expresos fueron revelados en los capítulos anteriores.

En primer lugar, cabe destacar que el tema de los límites a las reformas constitucionales inicia con el tema de la diferenciación del poder constituyente y el poder de reforma, como se mencionó previamente. Cabe recordar lo dicho por Pedro de Vega que explica la relación entre la división de poderes con el tema de los límites a la reforma. Éste afirma:

“negar o afirmar la existencia de límites, presupone una definición y una opción clara sobre el entendimiento y la naturaleza del poder constituyente y del poder de revisión. Cuando no se reconocen límites de ningún tipo a la operación de reforma, lo que en realidad se está proclamando es la identificación entre poder constituyente y poder de reforma. Porque el poder de reforma es ilimitado, bien puede considerarse como el auténtico y soberano poder constituyente del Estado. Cuando, por el contrario, se entiende que la reforma tiene

*unas fronteras que de ningún modo puede sobrepasar, lo que se está consagrando es la diferencia tajante entre poder constituyente y poder de revisión. Porque el poder de reforma es un poder limitado, de ningún modo puede equipararse con el poder constituyente y soberano*⁴⁵.

Esto lleva a tratar el tema de cuáles son estos límites. Varios autores han tratado de establecer la enumeración o la división de los límites. Por ejemplo, Walter Jellinek estableció cuatro (4) categorías para clasificarlos:

1. Formales y Sustanciales
2. Expresos e Implícitos
3. Absolutos y Relativos
4. Heterónimos y Autónomos⁴⁶

Pero de esta clasificación, nos interesan sólo las primeras dos (2). En la primera, los límites formales, como también se aclara en alguna de la jurisprudencia internacional más adelante, implica el estudio de los límites procedimentales, es decir, que las reformas constitucionales sólo pueden realizarse por medio de los procedimientos establecidos en la misma Carta. Y los límites sustanciales o materiales, según otros autores, son aquellos que tocan temas de fondo.

La segunda clasificación de Jellinek así como la de otros autores, e incluso el Tribunal Constitucional Peruano, como se estudiará más adelante, la consideran una sub clasificación de los límites sustanciales de la primera clasificación, ya que los límites formales son siempre expresos. Por lo que se considera que sólo los límites sustanciales pueden ser implícitos. Los límites expresos consisten con mayor precisión en las cláusulas de intangibilidad, lo cual no existe en el constitucionalismo colombiano. Cabe recordar, como ya fue citado anteriormente

⁴⁵ De Vega, Pedro. op cit.

⁴⁶ Jellinek, Walter. *Grenzen der Verfassungsgesetzgebung*, Berlín, 1931. Citado en Ramírez Cleves, Gonzalo. *Límites de la Reforma Constitucional en Colombia: El Concepto de Constitución como fundamento de la restricción*. Universidad Externado de Colombia. 2005 Pág. 339.

en el presente escrito, que la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia C-551 de 2003 dejó muy claro

“Que la Constitución no contiene cláusulas pétreas ni principios intangibles y que, por consiguiente, todos sus preceptos son susceptibles de reforma por el procedimiento previsto para ello.”

Y sobre el tema de los límites implícitos, considera la doctrina que el primer texto que establece lo que deben ser los límites implícitos a una reforma constitucional es el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Éste, como ya se recordó anteriormente en el presente trabajo, establece lo siguiente:

“Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución.”

La manera como fue interpretado este enunciado por los defensores de la teoría de los límites implícitos de la Constitución, es que la estructura principal de lo que debe ser una Constitución, radica en la garantía de los derechos y la separación de poderes, por lo tanto si esto se cambia, se está sustituyendo la Constitución.

Estos dos elementos se fueron ampliando con el crecimiento en el número de estudios realizados al respecto y cada autor que trató el tema fue agregando nuevas propuestas de diferentes instituciones que conforman el núcleo de lo que es una Constitución. En este sentido Carlos de Cabo expresa lo siguiente:

“en toda Constitución se encuentra un núcleo que define su identidad así como la identidad y continuidad del Estado, por lo que es, necesariamente, inmodificable”⁴⁷.

Quizás el argumento más contundente, y uno de los de mayor peso utilizados por nuestra Corte para justificar la existencia de estos límites lo dio Carl Schmitt cuando afirmó:

“límites de la facultad de reformar la Constitución resultan del bien entendido concepto de reforma constitucional. Una facultad de reformar la constitución, atribuida por 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 de que puedan ser garantizadas la identidad y continuidad de la Constitución considerada como un todo. La facultad de reformar la Constitución no (contiene) la facultad de dar una nueva Constitución (...) reforma constitucional no es, pues, destrucción de la Constitución”⁴⁸

Lo que conduce lógicamente a la pregunta más importante de todas: ¿Cuándo hay sustitución de la constitución y cuándo hay sólo reforma? Esto obviamente lleva a varios autores a dar sus propias opiniones al respecto. Por ejemplo, Karl Lowenstein, sostiene que existen límites implícitos en:

- a. La protección de la forma republicana de gobierno frente a la restauración monárquica.
- b. La prohibición que se encuentra no pocas veces en Iberoamérica de reelegir al presidente tras uno o también tras dos (2) períodos de mandato

⁴⁷ De Cabo, Carlos. *La Reforma Constitucional en la perspectiva de las fuentes del Derecho* Trotta. Madrid 2005. Pág. 41.

⁴⁸ Schmitt, Carl. *Teoría de la Constitución*. Alianza Editorial. Madrid, 2001. Pág. 119.

en el cargo presidencial; con ello se deberá evitar que el Presidente, disponiendo sobre el aparato del poder estatal, se enraíce en el poder y se convierta en dictador.

- c. La prohibición de modificar la forma democrática de gobierno.
- d. Las prohibiciones de modificar derechos fundamentales.
- e. La estructura federal.
- f. Ocasionalmente se encuentran también prohibiciones generales de efectuar reformas que contradigan el espíritu de la constitución⁴⁹.

Por otra parte, Benito Aláez Corral proporciona otra clasificación, pero referida específicamente a los límites de la reforma de la Constitución Española:

- a. Límites materiales relativos a la “*autorreferencialidad*” del sistema jurídico: la intangibilidad de las normas sobre reforma constitucional, la intangibilidad del derecho externo del Estado (derecho internacional general y convencional y el derecho comunitario), y, la intangibilidad de los principios estructurales del ordenamiento jurídico (principio de Estado de Derecho, principio de Estado Democrático, principio de Estado autonómico, principio de Estado social).
- b. Límites materiales relativos a la “*positividad*” del sistema jurídico: los valores superiores del ordenamiento jurídico: libertad, justicia, igualdad, y pluralismo político, la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, y, la indisoluble unidad de la Nación española⁵⁰.

A su turno, Carlos de Cabo, también señala que los límites implícitos en toda Carta Política son

⁴⁹ Lowestein, Karl. *Teoría de la Constitución*. Ariel Ciencia Política. Barcelona, 1983. Pág. 189 y 190.

⁵⁰ Aláez Corral, Benito. *Los límites materiales a la reforma de la Constitución Española de 1978*. Centro de estudios políticos y constitucionales. Madrid, 2000. Pág. 303 y siguientes.

- a. Los principios que legitiman el orden constitucional y que establecen en torno a la soberanía popular, comprendiéndose tanto el instrumental orgánico procedimental necesario como las garantías de los derechos y libertades que la posibilitan y aseguran.
- b. La Constitución material, que, cuanto fuente jurídica primigenia (Mortati) y suministradora de los elementos organizativos necesarios para que pueda surgir y subsistir el orden unitario en el que se concreta e identifica el estado, debe quedar al margen del procedimiento formal de reforma en cuanto es manifestación específica de la superior función constituyente.
- c. Los derechos fundamentales, no sólo por su consideración de superior valor constitucional indisponible para todo poder, sino porque jurídicamente se les considera como las normas de reconocimiento del ordenamiento jurídico.⁵¹

Pedro de Vega, hace una muy breve síntesis de las materias más importantes tratados por la doctrina, ya que se pueden observar temas comunes en todos. De Vega afirma que:

*“La mayoría de los autores, al hacer el elenco de posibles límites materiales implícitos, aparece siempre, junto al indiscutible axioma de la soberanía del pueblo, la referencia de contenidos, tanto orgánico institucionales (división de poderes), como dogmáticos (derechos y libertades fundamentales), empalmando así, si bien desde una óptica y unos presupuestos diferentes, con la inicial versión que la burguesía otorgara al concepto político de Constitución”*⁵²

Por otra parte, Adolf Merkyl critica la existencia de tales límites. Este autor, afirma que el hecho de que una Constitución contenga las normas que permiten su

⁵¹ De Cabo. op cit.

⁵² De Vega, Pedro. op Cit.

reforma, significa que mientras cada reforma se realice conforme a estas cláusulas será válida. Estas normas son lo que el autor llama las *Derogations norm*, y éste establece respecto de ellas:

“Que la capacidad de cambiar que tienen las leyes constitucionales – en otras palabras la capacidad que tienen de adaptar su contenido al tiempo – es propio de una Constitución válida y duradera”⁵³

Esto lleva a que no importa el contenido de una enmienda, si ésta se realiza conforme a las normas que regulan el mecanismo de reforma, nunca habrá sustitución de la Constitución debido a que esta nueva revisión, se considera como una continuación de la anterior en virtud de las *Derogations norm*.

Sin embargo, si considera Merkl que existe un límite sustancial a las reformas constitucionales y éste lo constituye el impedimento para cambiar la *Derogationsnorm*. Opina Pedro de Vega en su obra *La reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, sobre la tesis de Merkl:

“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 intangibles. A fin de cuentas, su permanencia e irreformabilidad es la clave de la bóveda que garantiza la identidad, la coherencia y la integridad jurídica del sistema.”⁵⁴

⁵³ Merkl, Adolf. *Die Rechtseinheit des österreichischen*. Pág. 174

⁵⁴ De Vega, Pedro. op Cit.

En resumen, para el autor austriaco, no existen límites de fondo a las reformas constitucionales mientras éstas se realicen conforme a los procedimientos consagrados por la misma Carta. Sin embargo, ésta tesis viene a ser modificada por él mismo tras la postguerra. Si una Carta Política debe ir adaptándose a los sucesos social – políticos que la rodean, mucho más debe hacerlo la doctrina. La primera guerra mundial hizo que Merkl analizara el tema de posibles límites a las reformas como la justicia y la ética, en virtud de garantizar las libertades políticas.

Uno de los tratadistas que desarrolló posteriormente este tema de los procedimientos de reforma como máximo límite a la reforma constitucional fue Alf Ross. Ross sustenta su teoría conforme a dos razones, una basada en la superioridad de las cláusulas de reforma y la segunda conforme a un tema lingüístico. La primera razón, Ross toma la teoría de la *Grundnorm*, elaborada por Kelsen. Para Kelsen, la *Grundnorm*, o norma fundamental, es aquella cuya razón o fundamento de validez no puede derivar de otra superior.⁵⁵

De igual forma Kelsen sostiene que

*“Esta norma fundamental representa, como fuente común, el vínculo entre todas las diversas normas que integran un determinado orden. Que una norma pertenece a determinado sistema de normas, a determinado orden normativo, se puede comprobar solamente si deriva su validez de la norma fundamental que integra o constituye el orden”*⁵⁶

Para Ross, no es necesario que esta *Grundnorm* sea algo hipotético o abstracto, sino que radica en las normas que consagran el procedimiento para las reformas constitucionales. Considera Ross lo siguiente:

⁵⁵ Kelsen, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*. UNAM, 1979. Pág. 130.

⁵⁶ *Ibidem*.

“las normas de reforma constitucional son la personificación de todo el proceso de creación del derecho definido a través de las reglas que se refieren a la competencia personal, procesal, y material, ya que establecen el proceso de producción jurídica y la autoridad suprema del ordenamiento”⁵⁷

Por otro lado, la razón lingüística dada por Ross encuentra su fundamento en

“que la norma básica pueda ser reformada de acuerdo con ella misma parece inaceptable porque se opone a algo que se sostiene es un teorema lógico, según el cual las oraciones que se refieren a sí mismas carecen de significado; los procedimientos de reforma constitucional positivizados no pueden ser reformados por la misma autoridad que se somete a esas reglas”⁵⁸

Igual todo este tema de los límites implícitos radica en puras y simples opiniones doctrinarias, debido a que los únicos límites certeros radican en los que la misma Constitución enuncia expresamente, el resto son sólo opiniones de quien tenga la labor de interpretarla. Sobre esto concluye Pedro de Vega:

“Justificar la existencia de límites implícitos a la reforma – en cuanto suponen el establecimiento de zonas exentas a la discusión política y al poder de revisión -, basándose en el carácter indiscutible y absoluto de los derechos, y en la naturaleza irrenunciable del principio de división de poderes, representa sencillamente una operación sin fundamento.” Y agrega que *“Ni los derechos son intocables por principio, ni la separación de poderes puede ser entendida en forma radical. (...) Puesto que, tanto los derechos fundamentales como la*

⁵⁷ Ross, Alf. *Sobre la autorreferencia y un difícil problema de derecho constitucional*. Citado en Ramírez Cleves, Gonzalo. *Límites de la Reforma Constitucional en Colombia: El Concepto de Constitución como fundamento de la restricción*. op. Cit. Pág. 378 – 379.

⁵⁸ Ross, Alf. *El Concepto de Validez y otros ensayos*. Fontamara. México, 2006. Pág. 53

*división de poderes, han perdido su condición de dogmas, ni aquellos ni ésta podrán seguir concibiéndose como barreras infranqueables a la revisión constitucional. La deducción de los límites implícitos tendrá que operarse, al margen de los esquemas del iusnaturalismo racionalista, que marcaron la pauta en los comienzos de la concepción constitucional burguesa apelando a los supuestos que, para la conciencia jurídica y la política de nuestro tiempo, definen y legitiman ahora el concepto político de Constitución.*⁵⁹

5.2. Jurisprudencia Internacional

Tribunales tanto en América Latina como en otras partes del mundo han tratado el asunto de los límites a las reformas constitucionales. Lo anterior en cuanto a que cada sociedad en algún momento de su historia desea adaptar su Carta Política a la evolución social-política de la Nación, pero al mismo tiempo se busca proteger el texto. Y como lo había establecido Kelsen en un principio, el Tribunal Constitucional debe ser el guardián de la Constitución. No es fácil encontrar pronunciamientos de cortes extranjeras sobre el tema, ya que el desarrollo de éste ha sido más doctrinal que jurisprudencial, y además no todos los sistemas judiciales se encuentran organizados sistemáticamente. Sin embargo, a continuación se expondrá lo que han dicho otros Tribunales Constitucionales distintos al colombiano sobre los límites al poder de revisión.

El Tribunal Constitucional Español, ha desarrollado este tema de la siguiente manera en la sentencia de referencia 48/2003:

“en el sistema constitucional español no rige el llamado privilegio de partido (reserva del control de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional e inmunidad frente a la persecución penal mientras no

⁵⁹ De Vega, Pedro. op Cit.

sea declarado inconstitucional por aquél), ni existen cláusulas de intangibilidad⁶⁰ (subrayado fuera del texto).

Y posteriormente añaden:

*“La Constitución española, a diferencia de la francesa o la alemana, no excluye de la posibilidad de reforma ninguno de sus preceptos ni somete el poder de revisión constitucional a más límites expresos que los estrictamente formales y de procedimiento”*⁶¹

De ello se colige una primera conclusión muy clara, la cual es que el Tribunal afirma que en la Constitución española no existen los límites expresos de fondo a su reforma.

Posteriormente, se afirma lo siguiente:

“nuestra Constitución también proclama principios, debidamente acogidos en su articulado, que dan fundamento y razón de ser a sus normas concretas. Son los principios constitucionales, algunos de los cuales se mencionan en los arts. 6 y 9 de la Ley impugnada. Principios todos que vinculan y obligan, como la Constitución entera, a los ciudadanos y a los poderes públicos (art. 9.1 CE), incluso cuando se postule su reforma o revisión y hasta tanto ésta no se verifique con éxito a través de los procedimientos establecido en su título X. Esto sentado, desde el respeto a esos principios, y como se afirma en la exposición de motivos de la Ley recurrida, según acabamos de recordar, cualquier proyecto es compatible con la Constitución, siempre y cuando no se defienda a través de una actividad que

⁶⁰ Tribunal Constitucional Español. Sentencia número registro: 5550-2002. Ponente: don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera. Referencia número: 48/2003.

⁶¹ *Ibidem*.

vulnere los principios democráticos o los derechos fundamentales.
 Hasta ese punto es cierta la afirmación de que «la Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo» (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7)⁶² (Subrayado fuera del texto original)

La parte subrayada claramente es una forma de establecer límites implícitos a los proyectos de reforma. El Tribunal Constitucional de España, en el mismo pronunciamiento está manifestando que no existen límites expresos a la reforma, pero si establece como límites implícitos los principios democráticos y los derechos fundamentales.

En otro pronunciamiento reciente, el 103/2008, la Corte establece categóricamente:

“Nuestra democracia constitucional garantiza, de manera muy amplia, la participación de los ciudadanos en la vida pública y en el destino colectivo, decidiendo éstos, periódicamente, a través de las elecciones de representantes en las Cortes Generales (arts. 68 y 69 CE), en los Parlamentos autonómicos (art. 152.1 CE y preceptos de todos los Estatutos de Autonomía) y en los Ayuntamientos (art. 140 CE), acerca del destino político de la comunidad nacional en todas sus esferas, general, autonómica y local. Más aún, la Constitución incluso asegura que sólo los ciudadanos, actuando necesariamente al final del proceso de reforma, puedan disponer del poder supremo, esto es, del poder de modificar sin límites la propia Constitución (art. 168 CE). Nuestra Constitución garantiza, de esa manera, a través de los procedimientos previstos en ella, en los Estatutos de Autonomía y en las demás leyes, uno de los sistemas democráticos más plenos

⁶² *Ibidem.*

*que cabe encontrar en el Derecho constitucional comparado*⁶³
(Subrayado fuera del texto)

En esta ocasión se proclama enfáticamente la inexistencia de límites al poder de reforma del pueblo.

Lo que se debatía en esta sentencia precisamente, es si una reforma que cambiaba sustancialmente el ordenamiento podía ser inconstitucional por temas de fondo. Por lo que el Tribunal se remitió al pronunciamiento anteriormente mencionado afirmando lo siguiente:

“En estos términos resulta indudable que plantea una cuestión que afecta al orden constituido y también al fundamento mismo del orden constitucional. Una afectación de esa naturaleza y con tal alcance es desde luego factible en nuestro Ordenamiento, toda vez que, en el marco de los procedimientos de reforma de la Constitución, según recordamos en la STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 7, "siempre y cuando no se defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos o los derechos fundamentales", no hay límites materiales a la revisión constitucional, habiendo subrayado entonces que "hasta ese punto es cierta la afirmación de que "la Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo" (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7)". Pero el respeto a esos procedimientos es, siempre y en todo caso, inexcusable. Es más, tratar de sortear, eludir o simplemente prescindir de esos procedimientos sería intentar una inaceptable vía de hecho (incompatible con el Estado social y democrático de Derecho que se proclama en el art. 1.1 CE) para

⁶³ Tribunal Constitucional Español. Sentencia número registro: 5707-2008/ Ponente: don Guillermo Jiménez Sánchez Referencia número: 103/2008.

*reformar la Constitución al margen de ella o conseguir su ineficacia práctica.*⁶⁴

En Conclusión, para el tribunal no es suficiente que una reforma constitucional cambie sustancialmente el ordenamiento, lo que implica que un cambio sustancial, para el Tribunal Español, no es sinónimo de sustitución de la Constitución, debido a que la misma establece únicamente como límites, los procedimientos de reforma. Pero aclara que en caso de que se llegare a vulnerar los principios democráticos y/o los derechos fundamentales, la reforma sí estaría sobrepasando un límite material.

El caso de Méjico es distinto, debido a que este país tiene un sistema federal, y como tal se entiende que existe una Carta Suprema Federal de carácter general para todos los estados miembros, y además cada Estado en particular cuenta con su propia Constitución. Estas constituciones estatales tienen la característica de ser libremente reformada como cada Estado cuando lo disponga, y estas reformas no tienen límites expresos establecidos por la Constitución Federal. No es un caso igual al que ocurre con las Constituciones nacionales pero la comparación puede hacerse, ya que los límites para la reforma son similares.

Esta similitud puede contemplarse cuando el Tribunal Mejicano estableció en la sentencia 921368 que:

“El decreto por el que la Diputación Permanente de la Quincuagésima Octava Legislatura del Estado Libre y Soberano de Veracruz-Llave declaró aprobada la Ley Número 53 que reforma y deroga diversas disposiciones de la Constitución Política de esa entidad federativa, no transgrede los principios que el artículo 116 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece como cuestiones mínimas que las Constituciones Locales deberán plasmar en sus

⁶⁴ Ibídem

textos, aun cuando la reforma a la Constitución del Estado de Veracruz-Llave haya sido integral. Ello es así, porque la propia Constitución Federal no prevé, en ninguno de sus artículos, límites expresos a la posibilidad de efectuar reformas a las Constituciones Locales, esto es, no prohíbe ni siquiera restringe la facultad de los Congresos Estatales para modificar los textos de sus Constituciones, sino que señala los principios que deberán respetar éstas a fin de lograr la armonía con los principios fundamentales del Ordenamiento Supremo e impedir cualquier contradicción con el mismo. Lo anterior se corrobora con la circunstancia de que una vez concluida la labor del Poder Constituyente Local, el Poder Legislativo Estatal, emanado de la Constitución, no es otra cosa que un Poder Constituido, con facultades para reformar y adicionar el texto de dicho ordenamiento, y los límites impuestos a dichas facultades no pueden ser concebidos como restricciones al desarrollo de las instituciones jurídicas y políticas susceptibles de plasmarse en el Documento Constitucional Estatal. En otras palabras, la soberanía del pueblo ejercida en un momento histórico determinado por un Poder Constituyente, no tendría por qué limitar, a priori, la voluntad de generaciones futuras que podrán o no transformar su Norma Suprema en atención al desenvolvimiento de la sociedad de que se trate y a las necesidades de la vida contemporánea, que difícilmente pueden ser previstas, en su totalidad y para siempre, por dicho Poder Constituyente”⁶⁵

Así vemos como la norma fundamental de Méjico se limita a establecer los parámetros sobre los cuales debe estar organizado todo el ordenamiento, y éstos son el único límite material para la reforma de cada una de las constituciones estatales. Si se lee el artículo 116 de la Constitución Mejicana, se puede ver que estos parámetros buscan básicamente, entre otras cosas, que se respete la

⁶⁵ Tribunal Constitucional mejicano. Registro No. 921368 Localización: Novena Época. Instancia: Pleno. Tomo I, Const., P.R. SCJN. Página: 139

división tripartita del poder público, que se respete la forma federal de estado, y que no exista reelección de los gobernadores de cada estado. Bajo estos criterios se llega a un entendimiento de cuál es el núcleo del federalismo mejicano.

En la jurisprudencia del Perú, se encuentra brillantemente explicada la posición del Tribunal Constitucional respecto al tema de los límites a las reformas. En ella se evidencia claramente la influencia doctrinaria que llevó a la alta Corte peruana a tales conclusiones.

El Tribunal Constitucional, en la sentencia del 21 de enero de 2002, comienza explicando la diferencia entre poder constituyente y poder de reforma. Dice el mencionado pronunciamiento jurisprudencial que el hecho de que el poder constituyente sea el creador de la Constitución y que esta última sea la que contenga los más importantes valores sociales, no significa que dicho poder, no pueda incurrir en omisiones al momento de realizarla. Esto se debe, según el Tribunal, a que si sus criterios y proyecciones son el fruto de un momento histórico determinado y no de una permanente voluntad evolutiva, el resultado constitucional viene siempre impregnado de una cierta dosis de relatividad histórica⁶⁶. Pues, al final de cuentas la Constitución es el resultado de unos seres humanos viviendo un momento determinado, y no de una fuerza omnipotente, como el constitucionalismo hace ver al poder constituyente originario. De ahí se deriva el poder de reforma. Sobre éste, agrega el Tribunal Peruano:

“El carácter de poder constituido de la reforma constitucional viene asociado a la presencia de determinados límites en su ejercicio. Quiere ello decir que, para que una reforma pueda considerarse válidamente realizada, debe respetar los criterios que la Constitución, por voluntad del Poder Constituyente, expresamente estableció; criterios que, por lo general, aunque no exclusivamente, se encuentran relacionados a la presencia de mayorías calificadas en el

⁶⁶ Tribunal Constitucional Peruano. EXP. N.º 014-2002-AI/TC. Sentencia del 21 de enero de 2002.

procedimiento de su aprobación o a una eventual ratificación directa por parte del pueblo⁶⁷ (Subrayado fuera del texto).

Luego, el Tribunal procede a establecer cuales considera que son los límites al poder de reforma para tal propósito:

*“En la medida que se admite que el poder de reforma constitucional está revestido de ciertos criterios en su forma de ejercicio, éstos se instituyen como auténticos límites o reglas de obligatoria observancia. El Poder de Reforma Constitucional en tal sentido, y a diferencia de lo que ocurre con el Poder Constituyente, es un poder limitado. Mientras que el poder creador carece de referentes objetivos y en el último de los casos, sólo puede condicionarse por las valoraciones sociales dominantes (no sería admisible un Constituyente que destruya la voluntad del pueblo), el poder creado para reformar tiene en sí mismo diversas restricciones, todas ellas nacidas de la Constitución”*⁶⁸
(Subrayado fuera del texto)

El fragmento subrayado deja evidenciar como el Tribunal considera que en la Constitución peruana existen límites implícitos a la reforma constitucional, lo cual en suma se asemeja a la teoría de la sustitución de la Constitución. Más, aun cuando se dice que el poder de reforma puede cambiar lo que ha creado el poder constituyente, pero no puede destruirlo.

Establece el Tribunal que los límites materiales no están relacionados con los condicionamientos de tipo procedimental, ya que estos son formales y están contenidos dentro de la misma Constitución, sino con la *“la presencia de*

⁶⁷ Ibídem

⁶⁸ Ibídem.

parámetros de identidad o esencia constitucional, inmunes a toda posibilidad de reforma”⁶⁹

Dice el tribunal en la misma sentencia que cada Constitución está caracterizada por ser un cuerpo normativo, en el cual cada uno de los preceptos que la componen tiene asignado un papel determinado, pero existen ciertas partes de la Constitución cuyo papel tiene un alcance mucho más importante dentro del acervo normativo.

“Se trata de aquellos valores materiales y principios fundamentales que dan identidad o que constituyen la esencia del texto constitucional (la primacía de la persona, la dignidad, la vida, la igualdad, el Estado de Derecho, la separación de poderes, etc.). Sin ellos, la Constitución sería un texto formalmente supremo pero, en cambio, materialmente vacío de sentido”⁷⁰ (Subrayado fuera del texto)

La parte subrayada muestra lo que este Tribunal considera que son los límites implícitos a la reforma constitucional peruana, lo cual no se aparta mucho de la mayoría de la doctrina estudiada en el presente trabajo.

Luego agrega la Corte que estos límites materiales son de dos (2) tipos. Los expresos, los cuales el Tribunal dice que son exactamente lo mismo que las cláusulas pétreas, y que son los que la misma Constitución considera que conforman el núcleo de la misma, por lo que no son susceptibles de ser reformados de ninguna manera, citando a manera de ejemplo el artículo 89 de la Constitución Francesa de 1958, el 139 de la de Italia de 1947, y el artículo 183 de la Peruana de 1839, entre otros. Y los límites implícitos los cuales el Tribunal define de la siguiente manera:

⁶⁹ *Ibidem.*

⁷⁰ *Ibidem.*

“Límites materiales implícitos, son aquellos principios supremos de la Constitución contenidos en la fórmula política del Estado y que no pueden ser modificados, aun cuando la Constitución no diga nada sobre la posibilidad o no de su reforma, ya que una modificación que los alcance sencillamente implicaría la "destrucción" de la Constitución. Tales son los casos de los principios referidos a la dignidad del hombre, soberanía del pueblo, Estado democrático de derecho, forma republicana de gobierno y, en general, régimen político y forma de Estado”⁷¹ (Subrayado fuera del texto)

Agrega el Tribunal al respecto, que la existencia de límites expresos no excluye la existencia de los implícitos, ya que ambos se complementan en elaborar lo que constituye el núcleo fundamental de la Constitución y para sustentarlo se cita el caso de Italia, que a pesar de contener una cláusula pétrea en su Constitución, su *Corte Costituzionale* ha establecido límites adicionales correspondientes a otros principios supremos como los derechos inviolables del ser humano.

“En consecuencia, aquella reforma que no observara dichos límites, o simplemente los ignorara, resultaría ilegítima en términos constitucionales”⁷²

Sobre este tema agrega el Tribunal Constitucional de Perú:

“A la luz de todo lo expuesto cabe preguntarse si mediante la reforma constitucional se puede emprender una modificación hasta un punto tal en que se sustituya integralmente los alcances de la Constitución, terminando por habilitar una nueva norma fundamental en reemplazo de la reformada”⁷³

⁷¹ Ibídem.

⁷² Ibídem.

⁷³ Ibídem.

Lo cual es casi textual a lo que opina nuestra Corte Constitucional cuando habla de la sustitución de la Constitución.

Para responder al interrogante anterior, la Corte del Perú cita un ejemplo de Guillermo Calandrino⁷⁴ quién compara el poder constituyente con el poder de reforma como la construcción de una casa. Dice Calandrino, que el poder constituyente originario es el encargado de establecer los cimientos de ésta, como el techo y las columnas, y el poder de reforma es el encargado de decorar la casa o hacer modificaciones que no la destruyan, como anular una ventana, abrir una puerta o recortar el jardín.

Luego concluye la Corte dicha reflexión afirmando que:

“En efecto, si el poder de la reforma constitucional es una competencia jurídica, una reforma que pretendiera la sustitución integral de la Carta, incluyendo la propia cláusula que autoriza tal competencia, implica un acto de revolución y es, por ello, antijurídica”⁷⁵

Entre los límites implícitos que se mencionaron anteriormente en la jurisprudencia peruana, se hace referencia a la dignidad humana, pero no se había mencionado hasta el momento que sucede con los derechos fundamentales. Por lo que en la misma sentencia trata ese tema y se explica de manera clara cómo funciona ese límite en el constitucionalismo del Perú.

Aclara el Tribunal que ya en su precedente se había dejado de una manera muy enfática que no existen los derechos absolutos dentro del Estado Constitucional de Derecho. Esto implica que salvo unas cuantas excepciones, cada uno de ellos

⁷⁴ Reforma Constitucional, en AA.VV. *Curso de Derecho Constitucional*, Editorial La Ley, Buenos Aires 2001.

⁷⁵ *Ibíd.*

puede ser regulado y/o limitado. Pero esto es algo muy diferente a vaciarlos de contenido o suprimirlos o disminuirlos. La limitación de un derecho consiste simplemente, conforme a lo dicho por la Corte, al establecimiento de ciertas condiciones dentro de las cuales debe realizarse el ejercicio de tal derecho. Y esta limitación o regulación es válida siempre y cuando se respete siempre el contenido esencial de cada derecho sobre el cual se practica tal restricción. Así la Constitución Peruana de 1993

“no tenga una cláusula semejante a la que existe en los ordenamientos de España o Alemania, por mandato de las cuales se exige al legislador que respete el contenido esencial de los derechos, es claro que se trata de un límite implícito, derivado de la naturaleza constituida de la función legislativa, que, desde luego, en modo alguno, puede equipararse a la que supuso el reconocimiento del derecho, esto es, a la del Poder Constituyente”⁷⁶

Es por estos motivos que también el Tribunal Constitucional del Perú considera que las cláusulas que reconocen los derechos constituyen verdaderos límites materiales implícitos a la reforma de la Constitución, ya que pueden ser reformadas (por lo que no se consideran cláusulas pétreas) pero esta reforma no puede implicar la disminución o supresión de ellas, ni siquiera aunque se haga mediante los procedimientos de reforma contemplados dentro de la misma Carta. Pero este límite, de acuerdo con el Tribunal, es sólo un límite negativo, lo que significa que no hay ninguna prohibición a la ampliación o incluso la creación de nuevos derechos.

Y concluye luego el Tribunal todo este acervo doctrinario de la siguiente manera:

“En definitiva, el Tribunal Constitucional considera que una interpretación que respete el principio de unidad de la Constitución,

⁷⁶ Ibídem.

exige del intérprete comprender necesariamente que la potestad de reformar parcialmente la Constitución, en cuanto poder constituido, no sólo se encuentra sujeta a límites formales o procedimentales (artículo 206° de la Constitución), sino también a límites materiales, entre los cuales se encuentran los derechos de la persona y, en general, a los principios supremos del ordenamiento constitucional”⁷⁷

La sentencia del 24 de abril de 2006, posteriormente, resume de manera más concisa lo que ha sido la línea jurisprudencial peruana sobre el tema de los límites a las reformas constitucionales, mencionando que el poder de reforma

(...) “al ser un poder creado y limitado, puede revisar la Constitución, y adoptar aquellos preceptos que a lo largo de la vida constitucional requieren cambios en función a la realidad que regulan, pero no puede destruir la Constitución, ni menos aún vulnerar su esencia, o como se ha venido denominando, ‘contenido fundamental”⁷⁸

Según esta misma línea jurisprudencial la reforma a la Constitución en el Perú está delimitada por dos tipos de límites, el procedimental que se resume en:

(i) Los límites normales de procedimiento, (ii) que las normas que regulan el procedimiento no pueden ser reformadas⁷⁹ y (iii) que las modificaciones a la carta que se hacen por órganos constituidos fuera de los casos previstos en la Constitución son nulas e ineficaces.⁸⁰

⁷⁷ *Ibíd.*

⁷⁸ Tribunal Constitucional de Perú. Caso reforma constitucional del régimen pensionario, Exp. N.º 0050-2004-AI, 0051-2004-AI, 0004-2005-AI, 0007-2005-AI, 0009-2005-AI/TC, fundamento 21.

⁷⁹ Acogen la tesis del autor Alf Ross.

⁸⁰ Tribunal Constitucional de Perú. Caso reforma constitucional del régimen pensionario, Exp. N.º 0050-2004-AI, 0051-2004-AI, 0004-2005-AI, 0007-2005-AI, 0009-2005-AI/TC, fundamento 25.

En cuanto a los límites de materia o fondo el Tribunal expresa que estos pueden ser explícitos o implícitos:

“A Ambos se les considera principios supremos del ordenamiento constitucional y son intangibles para el poder reformador de la Constitución⁸¹. (...) Sobre los límites materiales expresos el Tribunal Constitucional ha señalado que el artículo 32.º de la Constitución reconoce como límite expreso el impedimento de reducir o restringir los derechos fundamentales⁸². (...) Y, en cuanto a los límites materiales implícitos este colegiado ha subrayado como los más importantes a la dignidad del hombre, la soberanía del pueblo, el Estado democrático de derecho, la forma republicana de gobierno y en general, el régimen político y la forma del Estado⁸³.”⁸⁴

Con base en todo lo anterior, es posible observar que la doctrina y la jurisprudencia internacional tienen variedad de posiciones acerca de los límites que tiene una Constitución. Sin embargo, para concluir en cada caso si una Constitución tiene o no límites implícitos habrá que acercarse a ella de manera detallada, como bien lo realizamos en líneas anteriores con la Constitución Colombiana.

⁸¹Ibídem. fundamento 33.

⁸²Ibídem. fundamento 33.

⁸³ Tribunal Constitucional de Perú. Caso Colegio de Abogados del Cusco, Exp. N.º 0014-2002-AI/TC, fundamento 76.

⁸⁴ Tribunal Constitucional de Perú. EXP. N.º 047-2004-AI/TC. Sentencia del 24 de Abril de 2006.

CONCLUSIONES

Para terminar se pudo observar que nuestra Constitución Política contempla tres mecanismos para su reforma, los cuales fueron diseñados con el fin de establecer una rigidez que diferenciara el procedimiento de creación de las leyes con el de reformar la Constitución. Lo anterior, nos lleva a concluir que nuestra Carta Política hace parte de las denominadas constituciones rígidas desde su concepción jurídica. Sin embargo, desde una perspectiva política no lo sería debido a que como bien se mencionó en el trabajo, es importante resaltar que la cantidad de reformas que se le han hecho a la Carta Política de 1991 demuestran que cada Gobierno entrante tiene presupuestado presentar reformas constitucionales al Congreso. Lo anterior tiene explicación a nuestro modo de ver en la falta de solides de los partidos políticos que lo conforman, así como los intereses personales de algunos congresistas permiten que se den las mayorías suficientes para que dichas reformas sean aprobadas.

Además de lo anterior, es costumbre en Colombia la generalizada práctica de cambiar la Carta para gobernar; en el sentido que en vez de limitarse al cumplimiento de la Constitución escogen la vía más fácil, entiéndase por esta la reforma a la Carta, para el cumplimiento de sus planes de gobierno, o lo que es peor, a favor de sus intereses personales. El problema radica entonces en que los gobiernos de turno no saben ajustar sus métodos de gobernar al ordenamiento constitucional, si no que muy por el contrario, hacen ajustar la constitución a la forma con la que pretenden administrar.

Por otra parte, desde el punto de vista jurídico de la rigidez constitucional se observa que en términos de quienes detentan la iniciativa de presentar reformas constitucionales, las mayorías exigidas para su aprobación y el procedimiento a seguir, la Carta Política de 1991 estableció una rigidez moderada, que facilita la reforma constitucional. Esto en la medida en que desde la iniciativa del proyecto

reforma, su procedimiento legislativo y las mayorías exigidas para su aprobación no son tan complejos y arduos como podrían serlo, y como lo son entre otros ordenamientos jurídicos como el español.

Lo anterior, refleja una posición por parte del constituyente que no quiso agravar el procedimiento de reforma, en cuanto entendió que de esta forma la Constitución Política de 1991, tuviese vida y pudiera perdurar en el tiempo por medio de su actualización. Lo cual tiene una explicación además histórica y lógica al ver la forma como se derogó la Constitución de 1886 para poder ingresar al ordenamiento la Carta actual mediante un mecanismo *sui generis* como fue la séptima papeleta.

Así mismo, la normativa estudiada sobre los mecanismos de reforma a la Carta de 1991, sugieren que ésta se consagró con el fin de que sólo se estudiara la constitucionalidad de las reformas a la Carta por vicios de procedimientos, expresos, tanto en la Constitución como en la ley, los cuales fueron revelados y explicados uno por uno en el desarrollo del trabajo. No obstante, señalamos que a nuestra consideración el único límite material, además expreso, para reformar la Carta, es condicional y lo tiene el pueblo cuando se reforman disposiciones que afectan los derechos fundamentales y sus garantías⁸⁵, los mecanismos de participación popular y aspectos relativos al Congreso.

En el estudio realizado a las sentencias de la Corte Constitucional observamos que la teoría de sustitución a la Constitución ha sufrido algunas variaciones y está por lo pronto en construcción, ya que es un tema relativamente nuevo que no ha logrado encontrar un consenso en la doctrina constitucional colombiana debido a su alto grado de contenido político.

Por ello, sugerimos que este es un tema en el que la Corte Constitucional se debe mantener al margen, pues, al agravar el procedimiento de reforma a la Carta

⁸⁵ Entendidas como lo expusimos en el trabajo.

introduciéndole límites implícitos no consagrados en la Constitución, en vez de proteger los contenidos y principios esenciales de la Carta, puede ocasionar conflictos políticos en la realidad ciudadana que pueden llevar a que el pueblo utilice vías de hecho para hacer valer sus intereses.

Por su parte, el estudio de la doctrina y jurisprudencia internacional sobre la materia señalan que el tema de los límites implícitos en las Cartas Políticas es una tendencia mundial. Al parecer surgida de un miedo de los doctrinarios y Tribunales Constitucionales, para que los gobernantes no utilicen la Carta para “*abusar de su poder*” y así modificar temas inherentes a los ciudadanos, como podían ser los derechos fundamentales, la separación de poderes, la dignidad humana entre otros.

Sin embargo, en la mayoría de las veces estas restricciones impuestas por los Tribunales Constitucionales para reformar la Carta al no ser expresas y contar con reglas de aplicación claras, caen en un subjetivismo que afecta la evolución constitucional y su adecuación a las realidades políticas que pueden ocasionar que el pueblo se revele y haga imponer su voluntad o que bien la Constitución mute ajustándose a la vida actual. Lo cual genera una gran contradicción, ya que, en aras de proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos, los contenidos y principios esenciales de la Constitución, se limiten la voluntad de los representantes del pueblo o la voluntad directa de éste.

BIBLIOGRAFÍA

CONSTITUCIÓN POLITICA

1. Constitución Política de Colombia de 1991
2. Constitución Política de Colombia de 1886
3. Constitución Española de 1978
4. Constitución Francesa de 1830
5. Constitución Francesa de 1852
6. Constitución Suiza de 1874,
7. Constitución Danesa de 1953
8. Constitución Cubana de 1976
9. Constitución de los Estados Unidos de América de 1787
10. Constitución Portuguesa de 1933
11. Constitución de Egipto 1971
12. Constitución de Senegal 1963
13. Constitución Italiana de 1946
14. Constitución Uruguaya de 1930
15. Constitución Uruguaya de 1967

ACTOS LEGISLATIVOS

1. Acto Legislativo No. 9 de 1905
2. Acto Legislativo No. 1 de 1968
3. Acto Legislativo No. 1 de 1910
4. Acto legislativo No. 1 de 1952
5. Acto legislativo No. 1 de 1953
6. Acto Legislativo No. 1 de 1954
7. Acto Legislativo No. 2 de 1954
8. Acto Legislativo No. 1 de 1956

9. Acto Legislativo No. 1 de 1957
10. Acto Legislativo No. 1 de 1968
11. Acto Legislativo 2 de 1977
12. Acto legislativo 1 de agosto 17 de 1993, por medio del cual se erige la ciudad de Barranquilla, capital del departamento del Atlántico, en Distrito especial, industrial y portuario.
13. Acto Legislativo 2 de noviembre 23 de 1993, por el cual se adoptan medidas transitorias: se adopta como plan nacional de desarrollo para los años 1993 y 1994 el que corresponda a las leyes anuales de presupuesto de renta y de apropiaciones de la Nación.
14. Acto legislativo 3 de diciembre 15 de 1993, por medio del cual se adicionan los artículos 134 y 261 de la Constitución Política, relacionadas con faltas absolutas o temporales, inhabilidades e incompatibilidades.
15. Acto Legislativo 1 de diciembre 1 de 1995, por el cual se adiciona el artículo 357 de la Constitución Política sobre participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación.
16. Acto Legislativo 2 de diciembre 21 de 1995, por medio del cual se adiciona el artículo 221 de la Constitución Nacional en relación con la integración de Cortes y Tribunales Militares.
17. Acto Legislativo 1 de 15 de enero de 1996, por medio del cual se modifican los artículos 299 y 300 de la Constitución Política, en relación con las funciones de las Asambleas Departamentales.
18. Acto Legislativo 1 de diciembre 16 de 1997, por el cual se modifica el artículo 35 de la Constitución Política, en relación con la extradición de nacionales colombianos.
19. Acto Legislativo 1 de julio 30 de 1999, por medio del cual se reforma el artículo 58 de la Constitución Nacional, en relación con la expropiación.
20. Acto Legislativo 1 de 17 de agosto de 2000, por el cual se modifica el inciso 1 del artículo 322 de la Constitución Política de Colombia. Cambió el nombre de Santafé de Bogotá por el de Bogotá D.C.

21. Acto Legislativo 1 de 17 de agosto de 2000, por el cual se modifica el artículo 52 de la Constitución Nacional, en relación con el ejercicio del deporte.
22. Acto Legislativo 1 de julio 30 de 2001, por medio del cual se modifican algunos artículos de la Constitución Política, incluyendo un nuevo párrafo al artículo 347, modifica los artículos 356 y 357. Empezó a regir el 1 de Enero de 2002.
23. Acto Legislativo 2 de diciembre 27 de 2001, por medio del cual adiciona el artículo 93 de la Constitución Política. El Estado colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la conferencia de plenipotenciarios de las Naciones Unidas.
24. Acto Legislativo 1 de enero 25 de 2002, por medio del cual se reforma el artículo 96 de la Constitución Política.
25. Acto Legislativo 2 de agosto 6 de 2002, por medio del cual se modifica el periodo de los gobernadores, diputados, alcaldes, concejales y ediles.
26. Acto Legislativo 3 de 19 de diciembre de 2002, por medio del cual se reforma la Constitución Nacional en sus artículos 116, 250 y 251.
27. Acto Legislativo 1 de julio 3 de 2003, por medio del cual se adopta una reforma Política Constitucional y se dictan otras disposiciones.
28. Acto Legislativo 2 de diciembre 18 de 2003, por medio del cual se modifican los artículos 15, 24, 28 y 250 de la Constitución Nacional, para enfrentar el terrorismo.
29. Acto Legislativo 1 de enero 7 de 2004, por el cual se modifica el inciso 5 del artículo 122 de la Constitución política.
30. Acto Legislativo 2 de diciembre 27 de 2004, por medio del cual se reforma la Constitución Nacional y se dictan otras disposiciones.
31. Acto Legislativo 1 de julio 25 de 2005, por medio del cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política.
32. Acto Legislativo 2 de julio 22 de 2005, por el cual se modifica el artículo 176 de la Constitución Nacional.

33. Acto Legislativo 3 de diciembre 29 de 2005, por el cual se modifica el artículo 176 de la Constitución Nacional.
34. Acto Legislativo 1 de junio 27 de 2007, por el cual se modifican los numerales 8 y 9 del artículo 135, se modifican los artículos 299 y 312, y se adicionan dos numerales a los artículos 300 y 313 de la Constitución Política de Colombia.
35. Acto Legislativo 2 de julio 6 de 2007, por medio del cual se modifican los artículos 328 y 356 de la Constitución Nacional.
36. Acto Legislativo 3 de julio 10 de 2007, por medio del cual se modifica el artículo 323 de la Constitución Nacional.
37. Acto Legislativo 4 de julio 11 de 2007, por medio del cual se reforman los artículos 356 y 357 de la Constitución Nacional.
38. Acto legislativo 1 de 2008, por medio del cual se adiciona el artículo 125 de la Constitución Política.

LEYES

1. Ley 5 de 1992
2. Ley 134 de 1994
3. Ley 796 de 2003

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Sentencia, Corte Constitucional C-544 de 1992. MP: Alejandro Martínez Caballero.
2. Sentencia, Corte Constitucional C-180 de 1994 M.P: Hernando Herrera Vergara.
3. Sentencia, Corte Constitucional C-387 de 1997 M.P: Fabio Morón Díaz.
4. Sentencia, Corte Constitucional C-646 de 2001 M.P: Manuel Jose Cepeda Espinosa.

5. Sentencia, Corte Constitucional C-551 de 2003. MP: Eduardo Montealegre Lynett.
6. Sentencia, Corte Constitucional C-1200 de 2003. MP: Manuel José Cepeda y Rodrigo Escobar Gil.
7. Sentencia, Corte Constitucional C-816 de 2004 MP: Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Uprimy Yépez.
8. Sentencia, Corte Constitucional C-970 de 2004. M.P: Rodrigo Escobar Gil.
9. Sentencia, Corte Constitucional C-971 de 2004 M.P: Manuel Jose Cepeda Espinosa.
10. Sentencia, Corte Constitucional C-1124 de 2004. MP: Marco Gerardo Monroy Cabra
11. Sentencia, Corte Constitucional C-208 de 2005 M.P: Clara Inés Vargas.
12. Sentencia, Corte Constitucional C-242 de 2005 M.P: Álvaro Tafur Galvis.
13. Sentencia, Corte Constitucional C-1040 de 2005 MP: Manuel Jose Cepeda, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.
14. Sentencia, Corte Constitucional C-278 de 2006. M.P: Humberto Sierra Porto.
15. Sentencia, Corte Constitucional C-472 de 2006. M.P: Manuel José Cepeda Espinosa.
16. Sentencia, Corte Constitucional C-740 de 2006. M.P: Manuel José Cepeda Espinosa.
17. Sentencia, Corte Constitucional C-153 de 2007. M.P: Jaime Córdoba Triviño.
18. Sentencia, Corte Constitucional C-178 de 2007. M.P: Manuel José Cepeda Espinosa.
19. Sentencia, Corte Constitucional C-216 de 2007. M.P: Manuel José Cepeda Espinosa.
20. Sentencia, Corte Constitucional C-293 de 2007. M.P: Rodrigo Escobar Gil.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

1. Sentencia, Corte Suprema de Justicia 5 de mayo de 1978, M.P José María Velasco Guerrero
2. Sentencia, Corte Suprema de Justicia, 9 de Octubre de 1990.

JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

1. Tribunal Constitucional Español. Sentencia número registro: 5550-2002. Ponente: Don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera. Referencia número: 48/2003.
2. Tribunal Constitucional Español. Sentencia número registro: 5707-2008/ Ponente: don Guillermo Jiménez Sánchez Referencia número: 103/2008.
3. Tribunal Constitucional Mejicano. Registro No. 921368 Localización: Novena Época. Instancia: Pleno. Tomo I, Const., P.R. SCJN. Página: 139
4. Tribunal Constitucional Peruano. EXP. N.º 014-2002-AI/TC. Sentencia del 21 de enero de 2002.
5. Tribunal Constitucional Peruano. EXP. N.º 047-2004-AI/TC. Sentencia del 24 de abril de 2006.

DOCTRINA

1. Aláez Corral, Benito. *Los límites materiales a la reforma de la Constitución Española de 1978*. Centro de estudios políticos y constitucionales. Madrid, 2000.

2. Álvarez Conde, Enrique. *Curso de Derecho Constitucional*. Tecnos. Madrid, 2008.
3. De Vega, Pedro. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Tecnos. Madrid, 1999.
4. De Cabo Martín, Carlos. *La reforma Constitucional*. Trotta. Madrid, 2003.
5. De Cabo, Carlos. *La Reforma Constitucional en la perspectiva de las fuentes del Derecho*. Trotta. Madrid, 2003.
6. De Vergonttini Giuseppe. *Manual de Derecho Constitucional Comparado*. UNAM. México 2004.
7. Esguerra Portocarrero, Juan Carlos. *Nuestro Control de Constitucionalidad no tiene controles, pero ciertamente tiene límites*. Bogotá 2005.
8. Ibáñez Najar, Jorge Enrique. *Las nuevas exigencias para el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad*. Congreso Reforma de la Constitución y control de constitucionalidad. Universidad Javeriana 2005.
9. Kelsen, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*. UNAM 1879.
10. Lowenstein, Karl. *Teoría de la Constitución*. Ariel Ciencia Política. Barcelona 1983.
11. Merkl, Adolf. *Die Rechtseinheit des österreichischen*.

12. Mezzetti, Luca. *Las revisiones constitucionales y el control constitucional: un estudio comparado. Congreso Reforma de la Constitución y control de constitucionalidad.* Universidad Javeriana 2005.
13. Moreno Ortiz, Luis Javier. *Una aproximación al alcance de la competencia del Congreso y de la Corte Constitucional respecto de la aprobación y control de los actos legislativos reformativos de la Carta.* Bogotá 2005.
14. Paolo Biscaretti Di Ruffia, *Teoría de la Constitución.* Tecnos. Madrid, 1995.
15. Quinche Ramírez, Manuel Fernando. *Reforma política y referendo en Colombia: dentro del proceso de reformas de la Constitución de 1991.* Bogotá, 2004.
16. Ramírez Cleves, Gonzalo. *Límites de la Reforma Constitucional en Colombia: El Concepto de Constitución como fundamento de la restricción.* Universidad Externado de Colombia. 2005.
17. Risso Ferrand, Martín. *Derecho Constitucional.* FCU. 2006.
18. Reforma Constitucional, en AA.VV. *Curso de Derecho Constitucional,* Editorial La Ley, Buenos Aires 2001.
19. Ross, Alf. *El Concepto de Validez y otros ensayos.* Fontamara. México, 2006.
20. Schmitt, Carl. *Teoría de la Constitución.* Alianza Editorial. Madrid. 2001.

PAGINAS WEB

<http://www.registraduria.gov.co/resprelec2006/0528/index.htm>