

**LÍMITES AL PODER LEGISLATIVO
EN LAS FACULTADES DE REFORMA A LA CARTA POLÍTICA**

EL JUICIO DE SUSTITUCIÓN

**ALEX MAURICIO BOTERO ARROYAVE
MAURICO JIMÉNEZ ÁVILA
ÁLVARO MONTOYA NARANJO**

**UNIVERSIDAD DE MANIZALES
FACULTAD DE DERECHO
MANIZALES CALDAS**

2010

**LÍMITES AL PODER LEGISLATIVO
EN LAS FACULTADES DE REFORMA A LA CARTA POLÍTICA**

EL JUICIO DE SUSTITUCIÓN

**ALEX MAURICIO BOTERO ARROYAVE
MAURICO JIMÉNEZ ÁVILA
ÁLVARO MONTOYA NARANJO**

TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE ABOGADO

**UNIVERSIDAD DE MANIZALES
FACULTAD DE DERECHO
MANIZALES CALDAS**

2010

**LÍMITES AL PODER LEGISLATIVO
EN LAS FACULTADES DE REFORMA A LA CARTA POLÍTICA**

EL JUICIO DE SUSTITUCIÓN

RESUMEN

El presente trabajo de grado es una aproximación teórica al llamado **“JUICIO DE SUSTITUCIÓN”** que corresponde a una valoración material y jurídica de los efectos de un acto legislativo en la integridad, naturaleza y condiciones esenciales del texto constitucional original y a los fines trazados por el Constituyente Primario, para obtener criterios claros y coherentes sobre la competencia de la Corte Constitucional al momento de analizar las demandas dirigidas contra actos constitucionales, en aspectos que trasciendan el criterio simplemente formal y que se aproximan al contenido material del Acto Legislativo expedido por el congreso, objeto de demanda.

Es pues una aproximación teórica a los límites del Poder del Constituyente Derivado a efectos de reformar la Carta. Toda vez que el poder del Congreso de la República en la materia es derivativo de facultades que son exclusivas del poder reservado al Constituyente Primario, el conocimiento de este ámbito de competencias permite realizar un control adecuado de los Actos Legislativos, ya que éstas involucran el principio democrático que reconoce límites a la competencia del Congreso en su poder de configuración de las realidades socio jurídicas y políticas que pretenden moldearse a través del texto constitucional. Se trata de un problema de límites a una competencia delimitada por la jurisprudencia constitucional que se analizará a partir de los textos constitucionales que regulan las reformas a la Constitución.

PALABRAS CLAVE

Poder constituyente;
Poder constituyente primario;
Poder constituyente derivado;
Vicio competencial;
Sustitución constitucional;
Juicio de sustitución;
Elemento esencial definitorio;
Constitución derogada;
Constitución subvertida;
Constitución sustituida.

INTRODUCCIÓN

La Corte Constitucional ha dicho que en la Carta Política no existen normas *intangibles*, de tal manera toda ella es reformable, pero no es sustituible. La primera es una actividad propia del Poder Legislativo como Poder Constituyente Secundario o Derivado. La segunda, es asunto de competencia del Poder Constituyente Primario, que en el caso colombiano corresponde al pueblo, entendido como Nación.

El límite entre reforma y sustitución es un problema de competencia que condiciona la validez de los actos legislativos expedidos por el Congreso de la República. Problema dogmático que se deriva de la ya mencionada distinción entre Constituyente Primario y Constituyente Derivado. Es evidente que la oportuna diferenciación entre estos ámbitos del Poder Constituyente, determina la delimitación de los extremos de su competencia particular, pues es una consecuencia práctica de la diferencia teórica; pero sobre todo es una demarcación de niveles del proceso democrático, que aunque dirigidos al fin unívoco de determinar el contenido de la Carta Política, demandan el reconocimiento de niveles jerarquizados de competencia. No es lo mismo otorgar una Carta Política, que modificar la existente.

El principio democrático restringe el Poder Constituyente Creador al Pueblo como Poder Originario de normas constitucionales y por lo tanto, como voluntad condicionante fundamental del poder derivado o de reforma.

Una visión tradicional reclamaría una lectura literal de los artículos que regulan la reforma de la Carta Política, pero como la aptitud reformatoria es sin duda el ejercicio de una facultad constitucional, presupuesto de la misma

es el apego al ámbito de competencia. Y el juez constitucional debe revisar ambos extremos pues en materia de reformas está en juego en grado máximo el control del principio democrático y de conservación de la Carta, criterio que no puede ser desconocido por el máximo guardián de su integridad.

Pese a la aparente claridad conceptual, el límite entre sustituir y reformar la Constitución en una democracia compleja como la Colombiana, puede resultar algo difuso si se considera que el principio de intangibilidad implica en el análisis, el carácter evolutivo de la sociedad y por tanto, de las normas que el Poder Constituyente derivado puede *incluir* en la Carta para adaptarse a las realidades sociales. Posibilidad de adaptación que dentro de la teoría de la prohibición de sustitución reclama en todo caso respetar los elementos esenciales definitorios trazados por el Constituyente Primario.

El conocimiento de los criterios que la propia Corte Constitucional ha trazado para realizar el llamado **Juicio de Sustitución**, representa una herramienta crucial no sólo para emprender el ejercicio de valoración del impacto de las reformas a la Carta adoptadas por el Congreso, sino para el propio legislador desde el momento mismo de proyectarlas, lo cual no debe estimarse como inusual en nuestra democracia que se ha caracterizado en los últimos años y casi desde la creación de la Carta de 1991 por la constante y a veces abusiva intromisión en ciertas realidades sociales desde el fuero directo de la Carta Política, sin control crítico y científico, lo que podría desnaturalizar una Constitución que es producto de uno de los más directos, posibles y democráticamente significativos procesos, como ha sido la procedencia de una Asamblea Nacional Constituyente.

Razones por las cuales el presente proyecto a través del análisis teórico y sistemático de las sentencias **C-1200 de 2003, C-970 y C-971 de 2004 y C-1040 de 2005**, que han definido las reglas jurisprudenciales para el control constitucional al poder de reforma, delimitará conceptualmente el ámbito de maniobra del Congreso de la República en la materia y describirá los criterios racionales para realizar un juicio constitucional a dicha actividad.

ANTECEDENTES DEL PROBLEMA

Desde su vigencia, la Carta Política de 1991 ha sido modificada por varios Actos Legislativos que han sido demandados y en los cuales no se declaró inhibida la Corte Constitucional para resolver por vicios de procedimiento; estos son los **Actos 1, 2 y 4 de 2007, 1 de 2005, 1 de 2004, 1 de 2003, 3 de 2002, 1 de 2001, 1 de 1997 y 1 de 1996.**

Y por vicios de sustitución a la Carta, **los 1 de 2005, 1 de 2003, 2 de 2004** (reelección presidencial), de los cuales el único que fue objeto de un juicio desfavorable de sustitución, fue el último en mención de manera parcial (inciso 3, párrafo transitorio, Art. 4) mediante la **sentencia C-1040 de 2005.** Terreno fértil para analizar los temas propios del problema que a continuación se plantea.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Desde su adopción la Carta Política de 1991 ha sido reformada por un total de 28 Actos Legislativos en tan solo 19 años de existencia. En tanto la Carta de 1886 contó con aproximadamente 67 actos reformativos, pero en 105 años, así que en un promedio equivalente a sólo el 16% de la vigencia de la anterior Carta Política, en la actual se han realizado reformas que equivalen al 41% de las realizadas a la Carta de 1886. Situación aún más aguda si tenemos en cuenta los más de ochenta (80) artículos modificados. Es notorio entonces el constante recurso a la modificación de la Carta Política para re-conceptuar realidades trazadas en este caso por el Constituyente Primario por las más disímiles razones. Entre ellas y a título de ejemplo, podemos citar las referidas a la prohibición de extraditar nacionales colombianos (art. 35) y la que posibilitó la reelección presidencial.

En esta frecuente intromisión en el delineamiento de las realidades sociales, políticas y jurídicas dadas en el caso de la Constitución de 1991 por la Asamblea Nacional Constituyente como poder originario, resulta oportuno preguntarse si puede decirse que la Carta Política tiene efectivamente un valor superior determinado por el acatamiento a **elementos esenciales definitorios**, que delimitan la competencia del Congreso de la República como acto de respeto al proyecto diseñado por el Poder Constituyente Primario, y si tal parámetro de regulación de ejercicio de competencia derivada tiene consulta efectiva en el control constitucional que puede hacerse y se ha hecho de las reformas a la Carta. Si existe una diferenciación conceptual entre los denominados Poder Constituyente Primario y Poder Constituyente Derivado, ésta deberá encontrar realización efectiva en la definición del ámbito de competencia que corresponde a cada uno de dichos poderes, debiendo determinar entonces el marco o criterio de

valoración al momento de realizar control constitucional al ejercicio de cada uno de los mismos, sobre todo, al que proviene del poder derivado, no sólo por su ya mencionado frecuente ejercicio, sino porque el mismo tiene sentido y coherencia sólo dentro de los límites que la voluntad constituyente derivada dejó sentados en la Carta Política.

El problema jurídico que absolverá el presente proyecto responde al siguiente interrogante:

¿Cuáles son los límites constitucionales a la actividad del Congreso de la República como Constituyente Derivado, en respeto de la voluntad originaria del Constituyente Primario y fijados por la Corte Constitucional?

De este interrogante pueden derivarse otros no menos importantes que intentaremos resolver en nuestra propuesta:

¿Qué pasa si no se establecen esos límites?

¿Cuáles son los efectos o situaciones adversas que genera?

Problema al cual está asociado si es posible diseñar criterios racionales para obtener del Congreso de la República una actividad legislativa y constituyente que respete los elementos esenciales definitorios.

JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

En la sentencia C-560 de 1999, la Corte Constitucional expresó respecto al carácter y naturaleza de la Constitución: “...**La Constitución, entendida como un conjunto organizado de disposiciones... es norma fundamental de la cual se derivan todas las demás reglas que rigen y organizan la vida en sociedad...**”.¹ La Carta Política es un marco de referencia de realidades de todo orden: jurídico, social, político, económico. En fin, el concepto mismo de Constitución determina que el Estado moderno se construye alrededor de aquel o al menos del marco que su contexto normativo delimita. Por tales razones, los artículos los **artículos 241-1, 379, 374 y 380** de la Carta, que se refieren a los límites a la competencia reformadora del Congreso de la República, representan el ámbito normativo que delimita la solución inicial del problema jurídico. Sin embargo, como se tratará en su espacio pertinente, para definir el Juicio de Sustitución es menester además, estructurar una hipótesis normativa a raíz del aspecto definitorio de la Carta que se estima derogado arbitrariamente; por ejemplo en el caso de la carrera administrativa, ese cuerpo normativo sería integrado por las siguientes normas de la Carta Superior: **Artículos 125 (carrera administrativa), 40-1 (derecho a elegir y ser elegido), 40-7 (derecho a acceder a desempeñar funciones y cargos públicos), 13 (igualdad de oportunidades), 53 (Estatuto del trabajo), 209 (función pública con principios de igualdad, moralidad, eficacia, imparcialidad), 1 (prevalencia del interés general), 2 (servicio a la comunidad), 133 (justicia y bien común), 217 (carrera especial de las Fuerzas Militares), 218 (carrera especial de la Policía Nacional), 253 (carrera especial de la**

¹ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-560 de 1999

Fiscalía General de la Nación), 268-10 (carrera especial de la Contraloría General de la República), 279 (carrera especial Procuraduría General de la Nación).

Siendo la sociedad y las realidades que son inherentes a la Constitución conceptos dinámicos, también deberá serlo el Estado mismo y sus normas constitucionales para amoldarse, redefinirse o redimensionarse en lo que resulte necesario para afrontar dichos cambios. De tal modo, cobrará contraste el poder que crea una Constitución, pues es el Pueblo el sustento de la democracia y por tanto el máximo poder de definición de principios constitucionales y aquel poder que reconvierte esas normas de manera derivada.

Es de trascendental interés delimitar los ámbitos de cada una de estas competencias, pues en ellas se ve comprometido el principio democrático que reclama el respeto por los actos del Poder Soberano del que es titular el pueblo, poder del que se inviste al poder legislativo, no de manera absoluta, sino con un nivel simplemente delegado y por tanto limitado.

En este orden de ideas, será además útil a partir de la delimitación de las competencias propias de cada uno de los poderes constituyentes, definir los criterios moduladores de la actividad reformativa del Congreso de La República, a través de los otros apartes mencionados elementos del **Juicio de Sustitución.**

Actividad y proyecto sin duda novedosos como lo es la escasa jurisprudencia al respecto y sobre todo por cuanto se vive el impacto de una de las realidades más profundas que es resultado de esta actividad

no sólo reformadora, sino en un análisis constitucional particular de la misma, como ha sido el Acto Legislativo que permitió la reelección presidencial.

MARCO TÉORICO

En la realidad jurídica colombiana el juicio de sustitución proviene de la aplicación jurisprudencial que hace la Corte Constitucional de los artículos **241-1, 379, 374 y 380** de la Carta, que se refieren, según la jurisprudencia pacífica, aunque no unánime, a los límites a la competencia reformadora del Congreso de la República.

Por tal motivo, el énfasis del objeto de estudio debe para esta ocasión centrarse en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en particular las sentencias C-551-03, C-1200-03, C-970, C-971 de 2.004, y 1040 de 2.005, en las cuales se ha delineado y en la mayoría de las veces definido la existencia de límites al Poder Reformatorio de la Carta Política y en consecuencia la metodología lógica pertinente para evaluar si una de aquellas reformas constituye una extralimitación a las competencias del Congreso.

Esos límites tienen un acercamiento inicial de la lectura literal del artículo 241-1 constitucional, según el cual es competencia de la Corte Constitucional: “...**Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformatorios de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación**”. En consecuencia, este ámbito de control simplemente formal tendrá siempre muy presente la previsión del artículo 379 de la Carta por el cual los actos legislativos **‘sólo podrán ser declarados inconstitucionales cuando se violen los requisitos establecidos en este título’**, refiriéndose a las condiciones del Título XII de la Constitución, regulador de mecanismos y procedimientos de reforma.

Puede afirmarse que en cuanto al objeto de este trabajo, la doctrina ha mantenido su interés en el aspecto adjetivo de la reforma, esto es en la verificación de los llamados vicios de procedimiento o de forma. Sin embargo, una reforma constitucional trasciende algo más que el simple trámite y el agotamiento de las condiciones formales detalladas en la Carta. De esta afirmación dan cuenta los análisis y argumentos que se desarrollan en las sentencias C-551-03, C-1200 de 2003, C-970 y C-971 de 2004 y C-1040 de 2005, que ingresan al campo del conocimiento el criterio de límites y controles materiales al poder de reforma asignado al Constituyente Derivado, examinando los ámbitos de competencia vedados al Congreso de la República, que pueden dar lugar a los vicios competenciales de sustitución o derogación de la Carta, elaborándose de tal forma por la jurisprudencia constitucional, un verdadero juicio o test de sustitución. Esto es un control material y sustantivo del contenido y efectos del acto legislativo de reforma, en un procedimiento de comparación teórica y material sobre el respeto a las condiciones fundamentales de la integridad de la Constitución original, conocidos como elementos esenciales definitorios. **JUICIO de SUSTITUCIÓN** que introducido y desarrollado por las sentencias mencionadas, ha sido decantado de manera más precisa en la sentencia C-1040 de 2005.

El trabajo hará énfasis en los criterios señalados por la Corte Constitucional, en un tratamiento evolutivo de los límites a las reformas constitucionales que tienen su origen en el Congreso de la República, pues del desarrollo jurisprudencial y de los precedentes constitucionales trazados, pueden extraerse criterios formales, no sólo para el control constitucional en particular, sino para un futuro trabajo responsable de producción legislativa,

en el cual el Congreso de la República atendiendo el espíritu de la Carta Política respete sus ámbitos de competencia consultando el interés general y evitando llevar a la Carta aporías (razonamientos en los cuales surgen contradicciones o paradojas insolubles) que resienten el principio democrático, pues como observaremos, la tesis predominante corresponde a la existencia de los mencionados controles que trascienden el aspecto simplemente formal de las reformas constitucionales.

El Título XIII de la Constitución Política trata de la Reforma a la Constitución, y de los artículos 374 a 379 desarrolla las competencias y procedimientos para dicha labor reformativa.

La primera de dichas normas concede esta competencia al Congreso de la República, a una Asamblea Constituyente o al pueblo mediante referendo. No sobra anotar para los efectos de este trabajo de análisis que la actual Carta Política es producto del trabajo de una Asamblea Nacional Constituyente, correspondiendo en consecuencia a una Carta con un alto carácter originario, pues bien es sabido que más que un acto de reforma, se trató de la adopción de un nuevo texto constitucional. Recordemos al efecto el acto derogatorio contenido en el artículo 380 de la Carta: **“Queda derogada la Constitución hasta ahora vigente con todas sus reformas. Esta Constitución rige a partir del día de su promulgación”**. No obstante dejó vigentes algunas de las instituciones más importantes en ella establecidas.

En particular al Congreso de la República, en lo que interesa a este proyecto, se le ha confiado la reforma de la Carta mediante acto legislativo (art. 375), y respecto de dichas reformas, como se advirtió, la Carta parece

limitar el control constitucional a los vicios de procedimiento o de forma (arts. 241-1, 379).

Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha dicho que de la voluntad directa del Constituyente Primario, en el texto de la Norma de Normas, se advierten verdaderos *límites materiales*: **“...En cuanto a lo primero, cabe señalar que la propia Corte, en la Sentencia C-551 de 2003, al señalar que “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...”², puso de presente que ese planteamiento “remite a uno de los problemas más complejos de la teoría y la práctica constitucionales”, porque implica la necesidad de definir “cuál es el papel del pueblo como Poder Constituyente Originario y depositario de la soberanía (C.P. art 3º), una vez que éste ha dictado la Constitución.”³.**

La Corte Constitucional ha postulado: **“...que el reformador de la Constitución no es soberano y ejerce una competencia limitada por las normas adoptadas por la Asamblea Constituyente en 1991. Se subraya que de conformidad con el artículo 374 de la Carta, la Constitución puede ser “reformada” por el Congreso, no derogada, subvertida o sustituida...”⁴. Se trata sin duda, de un límite de competencia, que obedece a la diferencia en el ámbito de definición del poder constituyente: “...poder constituyente originario y poder de reforma de la Constitución, el cual, - este último-, en cuanto que poder constituido, deriva su competencia**

² Sent. C-1040/05.

³ Sent. C-1040/05.

⁴ Sent. C-740/06.

de la propia Constitución...⁵ que condiciona la competencia del Congreso a la autoridad delegante del Poder Constituyente Originario, como única garantía para diferenciar entre crear una Constitución o el Poder Primario Constituyente y los poderes que bajo su autoridad se instauran, confieren y ejecutan.

El desconocimiento de esos límites, constituye un *vicio de competencia*, por cuanto **“...De acuerdo con reiterada jurisprudencia de la Corte, el examen de los llamados vicios competenciales se aplica a la consideración conforme a la cual el poder de reforma constitucional no comprende la posibilidad de derogar o sustituir la Constitución...”**⁶, vicio que determina el criterio de *sustitución* desarrollado por la jurisprudencia de la Corte, **“...a un fenómeno jurídico consistente en que un elemento esencial definitorio de la identidad de la Constitución es sustituido, o sea, remplazado por otro opuesto o integralmente diferente...”**⁷

También dentro del mismo concepto resalta: **“...el concepto de sustitución refiere a una transformación de tal magnitud y trascendencia, que la Constitución anterior a la reforma aparece opuesta o integralmente diferente a la que resultó después de la reforma, al punto que ambas resultan incompatibles...”**⁸.

La limitación de competencia comprende *sustituciones parciales y totales*, respecto de lo cual dice la Corte Constitucional: **“...La jurisprudencia ha**

⁵ Sent. C-740/06.

⁶ Sent. C-1040/05.

⁷ Sent. C-1040/05.

⁸ Sent. C-1040/05.

aludido a sustituciones totales y a sustituciones parciales y ha sostenido que el reformador tampoco puede introducir sustituciones parciales, entendiendo por tales aquellas en las cuales un eje definitorio de la identidad de La Constitución sea remplazado por otro opuesto o integralmente diferente...'⁹.

No sobra señalar por el momento, que los componentes del juicio o test de sustitución se refieren al análisis de:

1. Enunciación de los aspectos esenciales definitorios de la identidad de la Constitución, que se estiman sustituidos por el acto reformatorio.
2. Alcance jurídico del acto acusado, en relación con los elementos definitorios o identificadores, y
3. Contraste o ponderación de las premisas anteriores, verificando el reemplazo por un elemento integralmente diferente de la Carta Original.

⁹ Sent. C-1040/05.

HIPÓTESIS

Existen diferencias entre el Poder Constituyente Originario y Derivado, razón por la cual, existen diferencias de competencias en el ámbito de reformas a la Carta Política. Los límites competenciales representan ámbitos de validez de las reformas a la Carta Política, por tal razón el control constitucional a las mismas, trasciende el aspecto simplemente formal e incluye un control material en atención a los llamados elementos esenciales definitorios. Es posible establecer criterios racionales que consultados por el Congreso de la República como Constituyente Derivado, sirvan como herramientas de autocontrol en su actividad de reforma, evitando así el introducir al texto constitucional aporías constitucionales, aunque de corta vigencia.

OBJETIVOS

Objetivo General

- Identificar los límites constitucionales que la jurisprudencia constitucional ha señalado al poder de reforma de La Carta Política propio del Congreso de la República, dentro del fuero de competencia propio del Poder Constituyente Derivado

Objetivos Específicos

- Identificar los conceptos de **PODER CONSTITUYENTE PRIMARIO** y **PODER CONSTITUYENTE DERIVADO**.
- Enunciar los límites constitucionales al **PODER CONSTITUYENTE DERIVADO** según la jurisprudencia constitucional, definiendo el ámbito material de competencia del Congreso de La República.
- Desarrollar los criterios jurisprudenciales de identificación de los elementos esenciales definitorios de La Carta Política.
- Describir los elementos del procedimiento del **Juicio de Sustitución**, como mecanismo de control constitucional material de los actos legislativos reformativos de La Constitución.

RESULTADOS ESPERADOS

Los principales resultados esperados de este trabajo son:

1. Que la monografía se constituya en fuente de consulta para la discusión sobre los límites competenciales del Congreso de La República en su actividad de reforma de La Carta.
2. Que la monografía con fundamento en la jurisprudencia constitucional, alimente la discusión y producción de estudios sobre los criterios ***racionales*** de identificación y determinación de los elementos esenciales definatorios de La Carta Política, como límite al poder Constituyente Derivado.
3. Que la monografía se difunda o emplee como módulo componente del programa de especialización en derecho constitucional, en el área específica de reformas a la Carta Política.

METODOLOGÍA

Se empleará una metodología analítica de la jurisprudencia trazada por las sentencias C-551-03, C-1200-03, C-970, C-971 de 2.004, y 1040 de 2.005, en las cuales se han examinado por la Corte los límites de competencia del Congreso de la República en su poder de reforma de la Carta, de manera que interpretando las sentencias “hito” enunciadas como referente en otros acápite de este proyecto, se pueda establecer un “*fuentes citacional*”, y establecer precedentes y “*ratio decidendi*”, que identifiquen los límites de competencia del Congreso, los criterios para establecer el concepto abstracto de elementos esenciales definitorios de La Carta y los componentes concretos de un **Juicio de Sustitución** de actos Legislativos.

Al efecto, se realizará seguimiento teórico a la jurisprudencia de la Corte Constitucional (criterio “*erga omnes*” vinculante) realizando una crítica general material a los actos juzgados en cada caso y a la metodología empleada por La Corte, para llegar a la conclusión de exequibilidad o inexecuibilidad. Para tal fin se realizará revisión y clasificación de la jurisprudencia para una identificación de patrones fácticos comunes y la identificación de la regla jurídica general aplicable a situaciones de hecho similares. Las sentencias se sistematizarán buscando un patrón analógico jurídico, de manera que se identifique el criterio imperante según el cual de los artículos 241, 374, 379 y 380 de la Constitución se desprenden límites de competencia al Congreso, para acto seguido analizarlas según la ratio que establece elementos de un juicio de sustitución como patrón de verificación del respeto de esa competencia.

Realizaremos un análisis crítico de los criterios sentados por la Corte Constitucional para establecer control material a los actos legislativos

reformatorios de la Carta, tratando de desentrañar las reglas constitucionales que se derivan de los precedentes jurisprudenciales pertinentes y en particular, establecer académicamente y sin pretensiones superiores, una metodología que pudiese guiar la actividad legislativa para que estuviese enmarcada en el autocontrol y respeto de la Carta y de la voluntad del Constituyente Primario. La misma metodología se subsume en los criterios o elementos del test de sustitución, de manera que se hará una descripción teórica de los diferentes elementos y de los recursos también teóricos para identificarlos.

TIPO DE INVESTIGACIÓN

Se realizará una investigación analítica que establezca los principios generales aplicables al control constitucional de actos legislativos reformativos de La Carta, tomando como población objeto de estudio la jurisprudencia antes reseñada que ha conocido de demandas de constitucionalidad contra Actos Legislativos.

Igualmente se empleará un método hipotético, de modo que se realice el seguimiento conceptual desarrollado por La Corte Constitucional desde la primera sentencia en que ha desarrollado el concepto de **Juicio de Sustitución**, evidenciando la evolución y afinamiento de dicho criterio. En este orden de ideas la metodología parte de una exploración documental mediante la búsqueda, recolección y análisis de las respectivas sentencias, utilizando adicionalmente un criterio descriptivo que a través de la evidencia conceptual permita interpretar el objeto de la investigación.

GLOSARIO

Poder constituyente: Concepto que involucra la competencia para adoptar textos constitucionales y para realizar reformas a los contenidos de la Carta Política.

Poder constituyente primario: Facultad referida a la adopción de textos constitucionales originales o para realizar modificaciones a la Carta en sus aspectos esenciales definitorios. En Colombia corresponde al pueblo, donde radica la soberanía.

Poder constituyente derivado: Facultad relacionada con las reformas a la Carta Política, que tiene como límite los elementos esenciales definitorios trazados en el texto constitucional por el poder constituyente originario o primario, razón por la cual se estima 'derivado'. Esto es sometido a límites de competencia que le quitan carácter absoluto. Radica en el Congreso de la República.

Vicio competencial: Irregularidad sustancial referida al exceso de competencia del Congreso de la República (Poder Constituyente Derivado) en procedimientos de reforma de la Carta, que corresponden a verdaderas derogaciones o sustituciones de la Constitución.

Sustitución constitucional: Transformación del texto constitucional en virtud de la cual la Constitución anterior a la reforma aparece opuesta o integralmente diferente a la que resultó después de la reforma, al punto que ambas resultan incompatibles.

Juicio de sustitución: Procedimiento metodológico conceptual trazado por la Corte Constitucional, para valorar lógicamente y sistemáticamente si el impacto de una reforma constitucional corresponde a una simple modificación o un verdadero acto de mutación de un elemento esencial definitorio de la Carta. Abarca la enunciación de los aspectos esenciales definitorios de la identidad de la Constitución que se estiman sustituidos por el acto reformativo, el alcance jurídico del acto acusado en relación con los elementos definitorios o identificadores y finalmente el contraste o ponderación de las premisas anteriores verificando el reemplazo por un elemento integralmente diferente de la Carta Original.

Elemento esencial definitorio: Elemento o principio que define la identidad de la Carta Política de la forma original en que fue proyectada por el Constituyente Primario. Es un límite material al poder de reforma derivado, pues su vulneración representa una sustitución o derogación de la Carta.

CAPÍTULO 1.

GENERALIDADES.

1. EL VALOR NORMATIVO SUPERIOR DE LA CARTA POLÍTICA

1-1. Introducción:

Las realidades jurídicas en una República representan interacciones complejas que corresponden por una parte a las condiciones de existencia de la organización social, y en este sentido el ejercicio de poderes, facultades y competencias. Pero además se tiene la regulación de las relaciones del individuo con el Estado, de manera que el poder público en general encuentra un marco adecuado de relación con el ciudadano.

Este tipo de interacciones se encuentran limitadas por el contenido material y formal de normas jurídicas, pero que tratándose de circunstancias que se condicionan con la existencia y conformación del Estado, reclaman condiciones especiales de regulación, estructuración y validez. Circunstancia que determina la existencia de normas de rango constitucional, recordando de manera simple la raíz latina de la palabra constitución que corresponde a *constitutio*, relativo a la situación, conformación o estado de algo; pues precisamente la Carta Política contiene los elementos estructurales del Estado, las condiciones materiales y jurídicas que lo conforman de manera que en su texto puede entenderse y encontrarse la condición del mismo en un momento histórico determinado. A título de ejemplo, debemos entender con el estudio de un texto constitucional, la forma de gobierno, la autoridades, las ramas del poder público..., en general las condiciones para

el ejercicio del poder y los pesos y contrapesos que le son propios y el ámbito general de libertad y protección que el ciudadano o el transeúnte puede encontrar y esperar en un Estado determinado.

Esta síntesis es fundamental por cuanto una Carta Política permite una radiografía de la sociedad determinada y el estudio de la serie de textos constitucionales que le han sido otorgados contribuir a comprender la evolución que dicha sociedad ha desarrollado. Claro está que esta última afirmación deberá matizarse teniendo en cuenta la cultura jurídica y política determinada, pues encontraremos constituciones centenarias cuyas modulaciones o variaciones corresponden a enmiendas o inclusive a la aplicación de precedentes jurisprudenciales como el caso de las constituciones propias de sistemas consuetudinarios. Baste afirmar que para realidades de naciones caribeñas como la nuestra, cuya producción a lo largo de una centuria ha correspondido a los acomodos de grupos de poder e intereses políticos, será más oportuno intentar describir ese panorama constitucional como una sinopsis misma de la evolución y madurez jurídica y constitucional.

Esta especialidad de las normas constitucionales, veremos que es un imperativo del propio poder constituyente, pues la vigencia de un orden social reclama la configuración de normas que escapen a condiciones ordinarias y demasiado flexibles de modificación como las normas ordinarias. Afirmación que se evidencia confirmada no sólo en la naturaleza especial de los procesos que marcan la adopción de normas constitucionales tales como la convocatoria de Asambleas Constituyentes, si no también en los trámites especiales para su modificación entre los cuales se encuentran períodos, plazos y mayorías especiales y calificadas.

La Constitución es la norma de normas, razón por la cual, tratándose de una norma especial, reclama una dinámica especial al interior de la organización política que incluye condiciones y trámite de creación, reforma y sustitución, a lo cual se agrega la especial forma de control a los poderes que tienen competencia para intervenir en la conformación y reforma de las realidades constitucionales.

1-2. El concepto de norma constitucional.

Aunque no es el objeto fundamental de este trabajo, por lo cual no podrá realizarse un análisis demasiado definido sobre el concepto de *norma jurídica* siendo esta categoría uno de los *conceptos fundamentales del derecho*, debemos referirnos brevemente al concepto de norma, como quiera que podremos establecer que las *normas constitucionales* corresponden a un concepto especial de norma y por tanto en atención a tal especialidad, un criterio preferente de la pretensión del derecho de regular la vida social y sus realidades.

Las normas jurídicas son usualmente asociadas con el concepto de derecho, en tanto que el reconocimiento y la creación de derechos, obligaciones y deberes en una sociedad moderna emanan la gran mayoría de las veces de normas escritas, aunque estas mismas disposiciones suelen dar valor a conceptos como la costumbre, que si bien no representa una norma escrita sí corresponde a un criterio normativo de índole general para los supuestos de hecho que como circunstancias sociales generales entran en su ámbito de correspondencia. Tal el caso de la costumbre mercantil.

Sin pretender aceptar una relación de plena igualdad entre derecho, ley y justicia, esta profunda relación entre los conceptos de *derecho* y *norma jurídica*, es definida por ARTHUR KAUFMANN de la siguiente manera: ‘...**el derecho debe sentar normas, ha de alcanzar un orden del deber ser, y esto no es posible con conceptos puramente empíricos. Todos los conceptos jurídicos están cubiertos de un ‘tejido normativo...’.** Así las cosas, para efectos del presente ejercicio, la norma jurídica trasciende una función comunicativa del derecho, de manera que lo que se espera en una sociedad organizada, de lo que sea su estatus jurídico, tiene en principio como manifestación expresa una norma jurídica, que en nuestra realidad nacional tendrá como forma un texto escrito.

Para avanzar, sin que sea necesario entrar en una discusión profunda sobre la naturaleza de la norma jurídica, por cuanto no es el principal objeto del presente trabajo, se puede seguir a **GEORG HENRIK VON WRIGHT** en cuanto a los elementos generales que suelen caracterizar una norma jurídica, entre los cuales se tienen *carácter, contenido, condición de aplicación, autoridad, sujeto y ocasión*¹⁰.

El carácter, corresponde a una cualidad por la cual se permite, prohíbe u obliga a hacer algo. De esta forma, las normas corresponden a contenidos que dan permisos, autorizaciones o mandatos; condición no ajena a las normas de tipo constitucional. En este sentido, por el carácter, las normas son ajenas a contenidos simplemente discrecionales e implícitos; reclamándose en ellos un contenido general que represente un ámbito de libertad en particular.

¹⁰ Para el desarrollo de estos elementos, se siguen los contenidos del módulo de Filosofía del Derecho, de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

Por el **contenido**, la norma se centra en actos y comportamientos, acciones y omisiones, lo cual centra su núcleo de aplicación en la conducta humana; esto es condiciones del deber ser, lo cual desatiende en principio condiciones del ser, como los hechos de la naturaleza. De tal modo, por el *contenido*, se espera un patrón de conducta determinado.

En atención, a la **condición de aplicación**, se refiere a los presupuestos que son requeridos para que el contenido de la prescripción se realice o verifique. Corresponden a circunstancias tales como condiciones materiales, formales, sustanciales o procedimentales, por ejemplo la condición de nacido vivo para heredar o el imperativo de ser ciudadano para ejercer los derechos políticos.

Con relación a la **autoridad**, las normas jurídicas tienen un emisor conocido y competente, sea a título individual o colectivo. No sobra aclarar que en la realidad democrática colombiana, las normas constitucionales no pueden ser la manifestación de una voluntad individual, sino que deben provenir del pueblo por alguno de los mecanismos de participación, o del Congreso de la República, o de una Asamblea Nacional Constituyente.

En este orden de ideas, existe un **sujeto** de la prescripción, definido por el destinatario de la misma. En caso de las normas constitucionales se torna complejo, pues sus contenidos están dirigidos a todos los residentes en el territorio nacional, pero en virtud de ámbitos de competencias existirán normas cuyos sujetos corresponderán principalmente a las autoridades públicas. En condiciones como éstas, se nota la riqueza de conjugación de los caracteres de las normas jurídicas, toda vez que en materias como las

que aquí se tratan, en el caso de reforma de la Carta Política, el sujeto de la prescripción será el Constituyente Derivado y la condición de aplicación deberá consultar las condiciones formales que se desprenden del trámite de reforma, pero a su vez consultar los límites de competencia pertinentes que prohíben como ya se verá, sustituir la Constitución. En condiciones como la reseñada, el Constituyente Primario tiene la condición de *autoridad* y el Derivado, la de *sujeto*.

La ***ocasión***, desarrolla circunstancias especiales espacio-temporales de emisión o aprobación. Verbi y gracia, el artículo 375 constitucional prescribe que el proyecto de acto legislativo deberá tener lugar en dos períodos ordinarios y consecutivos.

Finalmente, obvio es que las normas jurídicas reclama como condición de validez y eficacia, el acto de comunicación que haga conocer su contenido. Corresponde a la ***promulgación***. Contiene una consecuencia al acto de incumplimiento, omisión o transgresión, que se refiere a la ***sanción***. Este último punto es para autores como KELSEN, el componente clave para explicar los fenómenos jurídicos y resulta oportuno anotar en este momento que la sanción de actos legislativos reformativos de la Carta transgresores de los límites de competencia al Constituyente Derivado, será la ***inexequibilidad*** de los mismos.

En este orden de ideas también es conveniente observar como lo advierte HART, que las normas jurídicas son *reglas sociales*. Este carácter de regla, otorgado a las normas jurídicas es trascendente: **‘...para entender la noción de obligación es indispensable la noción de regla; el que una persona tenga una obligación jurídica quiere decir que existe una regla**

que prevé la obligación y que el caso de esa persona se encuentra dentro del campo de aplicación de la regla...'¹¹. Por tanto, las normas jurídicas son patrones de satisfacción de obligaciones, afirmación válida no sólo para las relaciones particulares, también las de derecho público, entre ellas las relativas a las de un Estado con sus súbditos y la conformación misma del poder político que primordialmente están consagradas en el texto constitucional superior. En esta orientación es conveniente para efectos del presente trabajo, resaltar las condiciones de eficacia que HART otorga a las reglas: **'...Se dice y se piensa que una regla impone obligaciones cuando la exigencia general a favor de la conformidad es insistente, y la presión social ejercida sobre quienes se desvían o amenazan con hacerlo es grande...'**¹². Es esta una característica que cobra enorme trascendencia en normas de carácter constitucional, que con cláusulas como la que proviene del artículo 4 de la Carta de 1991, que le confiere supremacía y carácter validante de otras normas jurídicas a la Norma Superior, demuestra la necesidad de constante acatamiento de sus disposiciones de parte de los ciudadanos y autoridades, pues en ello va comprometida en grado sumo la existencia misma del Estado y las realidades que a su interior subsisten. Y además, dado que la Constitución es la manifestación superior del Derecho al interior de una sociedad, la contradicción con aquella representa la inconstitucionalidad del comportamiento o realidad jurídica o material reprochada, de modo que la presión social a los actos y decisiones desviadas es sin duda grande, pues se trata de la máxima oposición con el derecho pues este tipo de actos no puede subsistir.

¹¹ Rodríguez César, La Decisión Judicial, El Debate HART-DWORKIN. Nuevo Pensamiento Jurídico, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pág 25.

¹² Hart. H.L.A., El Concepto del Derecho, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, pág. 107.

Siguiendo a HART en la misma línea de pensamiento, y con relación muy oportuna para la naturaleza de las normas constitucionales, tenemos que **‘...las reglas sustentadas por esta presión social seria, son reputadas importantes porque se las cree necesarias para la preservación de la vida social o de algún aspecto de ella al que se atribuye gran valor...’¹³.**

En este sentido, como se había advertido, la Carta Política se convierte en el eje fundamental de aspectos vitales para la vida de un Estado y la coexistencia de las diversas realidades y relaciones que en su interior se aglutinan.

Los anteriores razonamientos nos muestran las condiciones que en común las normas constitucionales tienen con las normas de carácter ordinario.

No obstante, el concepto de Constitución es uno de los que ofrecen mayor pluralidad de formulaciones¹⁴, por tal razón resultan oportunas las tipologías de los conceptos de Constitución, desarrolladas por GARCÍA PELAYO, en particular el concepto racional normativo. Así según un ***concepto racional normativo***, **‘...la constitución, es pues, un sistema de normas...’¹⁵.**

Corresponde de tal modo a un conjunto de las realidades fundamentales del Estado, esto es sus autoridades, instituciones, órganos y las relaciones que subsisten en el mismo. Corresponde este concepto a una elevación del carácter de estabilidad que la ley otorga como factor de estabilidad de realidades jurídicas¹⁶. Este criterio es racional, en cuanto es reflejo de las

¹³ Ob Cit. Pág. 108.

¹⁴ García-Pelayo Manuel, Derecho Constitucional Comparado, Alianza Editorial, Madrid 1.999.

¹⁵ Ob. Cit, pág. 34.

¹⁶ Ib.

ideas propias de la ilustración, concernientes a la posibilidad de organizar el orden social bajo criterios que unifican criterios y en consecuencia lo propician al alcance de la razón, esto es, al conocimiento mediante la identidad sustancial de casos y situaciones concretas que pueden convertirse en norma general y en consecuencia, debe insistirse, al alcance del conocimiento. La importancia de este concepto racional, radica en la intimidad que se establece con el concepto normativo, esto es, escrito del texto constitucional, pues **‘...sólo donde existe Constitución en sentido normativo cabe hablar de orden y de estabilidad política...No se trata solamente de que la Constitución sea expresión de un orden, de que, como dice Sieyes, “il ne puet exister sans elle”¹⁷, sino también de que ella misma es la creadora de ese orden...’¹⁸.**

La anterior noción creadora del orden, nos adentra en otra característica importante del concepto racional normativo de la Carta, esto es, su carácter soberano o superior, muy acorde con el concepto de supremacía constitucional consagrado en el artículo 4 de la Carta. La potestad de las autoridades emana de la Carta¹⁹. De tal modo, este criterio racional del cuerpo constitucional, encarnado entonces como regulador del poder Estatal y de las facultades de sus autoridades, **‘...significa la eliminación de poderes arbitrarios, así como la negación de toda autoridad más allá de la establecida por normas jurídicas precisas...’²⁰.**

Criterio muy relacionado con las previsiones de, entre otros, los artículos 6 que establece la responsabilidad de las autoridades públicas; el inciso

¹⁷ “El (Orden) no puede existir sin ella (la Constitución)”.

¹⁸ García-Pelayo Manuel, Derecho Constitucional Comparado, Alianza Editorial, Madrid 1.999.

¹⁹ García-Pelayo Manuel, Derecho Constitucional Comparado, Alianza Editorial, Madrid 1.999.

²⁰ Ob. Cit. Pág. 37.

segundo del artículo 2, en lo relativo a los fines de las mismas y 122 en lo atinente a la función pública.

Finalmente el *concepto racional de la Carta*, entendido como un complejo normativo nos presenta lógicamente la otra característica del mismo: **'...considerar únicamente como tal la constitución expresada jurídicamente y en forma escrita, pues sólo el Derecho escrito ofrece garantías de racionalidad frente a la irracionalidad de la costumbre; sólo él permite un orden objetivo y permanente ante la transitoriedad de situaciones subjetivas; sólo la precisión jurídica escrita ofrece seguridad frente a la arbitrariedad de la administración...'**²¹.

Característica propia de la tradición constituyente colombiana, en la cual constituciones como la de 1.886, fue en su versión original, lo mismo que el texto modificado del Preámbulo por el plebiscito de 1.957 y la Carta de 1.991, *decretada, sancionada y promulgada*, característica muy propia de los cuerpos normativos escritos. Y como ya se había tratado, muy conforme con ideas de la ilustración desarrolladas por ejemplo por la revolución francesa, en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1.789, en la cual según su artículo 16 **'...toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución.'**; de modo que se relievra implícitamente el carácter escrito de los textos constitucionales como garantía de determinación de los institutos mencionados por el artículo citado, pues las normas consuetudinarias, aparecen en el espíritu revolucionario con la amplitud suficiente para inspirar la arbitrariedad por él combatida, y que fue factor de desconfianza en las autoridades derrocadas.

²¹ Ob. Cit. pág. 39.

GARCÍA-PELAYO también desarrolla un **concepto histórico tradicional** de la Constitución, según el cual, la misma es producto de una secuencia de actos parciales que reflejan situaciones o circunstancias particulares²², generalmente manifestación de usos y costumbres; es decir, la Constitución es producto de la historia y, recordaremos que en general la historia son hechos, y no normas. De tal modo, se tiene una consecuencia importante en la naturaleza de las normas constitucionales no admisible en nuestro entorno jurídico, como es ‘...no reconocer la distinción formal entre leyes constitucionales y leyes ordinarias...’²³; sin que se trate de una negación del carácter constitucional de ciertas normas, sino que el efecto de esta situación se observa por ejemplo en la posibilidad de crear y modificar normas de tal condición por el mismo procedimiento que las de tipo ordinario. Una cuestión final fundamental a este concepto histórico, es el criterio personal de la soberanía, la cual radicará en consecuencia en órganos o poderes concretos como el Parlamento o el rey²⁴, asunto que como ya es evidente en nuestra realidad constitucional, está descartado por el artículo 3 superior, según el cual la soberanía radica en el pueblo, esto es, la comunidad, que entre otras cosas, como elemento personal es anterior al Estado y a sus autoridades, de modo que lejos de personalizar el poder, como el concepto histórico tratado propicia, la Carta de 1.991 reclama la atribución de soberanía en un concepto anterior y superior a las facultades de las autoridades constituidas por la Carta.

Finalmente, GARCÍA-PELAYO desarrolla en sus tipologías del concepto de Constitución, el **sociológico**, caracterizado por privilegiar el componente

²² García-Pelayo Manuel, Derecho Constitucional Comparado, Alianza Editorial, Madrid 1.999, pág. 42.

²³ Ob. Cit. Pág. 45.

²⁴ Ib.

que proviene de la infraestructura social²⁵, esto es, las manifestaciones sociales, lo cual incluye tensiones de poder e intereses diversos. Este criterio, si bien no puede entenderse como ciento por ciento adoptado por la Carta Política, contiene un sustrato que resulta importante al proceso de reforma y vigencia constitucional como es el de adecuación a las realidades y condiciones subyacentes a un momento histórico determinado. Así, GARCÍA-PELAYO citando a LASSALLE escribe: **‘...los problemas constitucionales no son primariamente problemas de Derecho, sino de poder; la verdadera constitución de un país sólo reside en los factores reales y efectivos de poder que en este país rigen; y las constituciones escritas no tienen valor ni son verdaderas más que cuando dan expresión fiel a los factores de poder imperantes en la realidad social...’**²⁶.

De tal modo, de lo previsto por el artículo 4 de la Carta antes citado, se evidencia el carácter especial de las normas constitucionales, en tanto que tal norma postula expresamente que **‘La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.’**

Es una relación de preeminencia ante las demás normas del ordenamiento jurídico, lo que revela una condición especial de sujeción de normas de carácter inferior, razón por la cual la Carta Política, desde el punto de vista lógico, tiene una naturaleza especial.

La primacía de la Carta es un postulado fundamental del cual deriva como ya se ha señalado, el carácter especial de las normas constitucionales. No

²⁵ García-Pelayo Manuel, Derecho Constitucional Comparado, Alianza Editorial, Madrid 1.999, pág. 48.

²⁶ Ob. Cit. Pág. 51.

obstante, esta condición se desprende de otras circunstancias particulares que pueden extraerse de las palabras de la Corte Constitucional: **‘...La supremacía de la Constitución, esto es, la posición de privilegio que ese texto ocupa en el ordenamiento jurídico del Estado, obedece no sólo al hecho de contener los principios fundamentales que lo constituyen y de los cuales derivan su validez las demás normas positivas, sino también, a la circunstancia de proyectar la ideología y filosofía política, social y económica que finalmente dirige y orienta las relaciones internas de los gobernantes y gobernados como integrantes activos de la comunidad estatal...’²⁷.**

La composición misma del texto constitucional, revela especiales condiciones en la aspiración de la sociedad al momento de expedir y reformar sus textos constitucionales. Así por ejemplo, el *preámbulo* revela una fórmula ideológica que resume las directrices orientadoras de la Carta. Es una especie de resumen ideológico del texto constitucional.

La importancia de dicho preámbulo obedece a que en el mismo encontramos los valores constitucionales, entendidos como los fines perseguidos por el Poder Constituyente, razón por la cual dotan de sentido y finalidad a las demás normas no sólo constitucionales, sino también a las de carácter ordinario o inferior. Ejemplo de ellos son convivencia, trabajo, justicia, igualdad, conocimiento, libertad y paz plasmados en el Preámbulo de la Constitución. También son valores los consagrados en el inciso primero del artículo 2 de la Constitución en referencia a los fines del Estado: el servicio a la comunidad, la prosperidad general, la efectividad de los principios, derechos y deberes, la participación, etc.

²⁷ Sent. C-562/2000

La especial naturaleza que el preámbulo otorga a las normas de carácter constitucional, emana en parte del carácter vinculante del mismo, según lo ha señalado la Corte Constitucional: **‘...Lejos de ser ajeno a la Constitución, el Preámbulo hace parte integrante de ella. Las normas pertenecientes a las demás jerarquías del sistema jurídico están sujetas a toda la Constitución y, si no pueden contravenir los mandatos contenidos en su articulado, menos aún les está permitida la transgresión de las bases sobre las cuales se soportan y a cuyas finalidades apuntan. Considera la Corte que la preceptiva constitucional ha sido enderezada por el propio Constituyente a la realización de unos fines, al logro de unos cometidos superiores ambicionados por la sociedad que cabalmente son los que plasma el Preámbulo y que justifican la creación y vigencia de las instituciones. Quitar eficacia jurídica al Preámbulo, llamado a guiar e iluminar el entendimiento de los mandatos constitucionales para que coincida con la teleología que les da sentido y coherencia, equivale a convertir esos valores en letra muerta, en vano propósito del Constituyente, toda vez que al desaparecer los cimientos del orden constitucional se hace estéril la decisión política soberana a cuyo amparo se ha establecido la Constitución. Juzga la Corte Constitucional que el Preámbulo goza de poder vinculante en cuanto es sustento del orden que la Carta instaure, y por tanto, toda norma -sea de índole legislativa o de otro nivel- que desconozca o quebrante cualquiera de los fines en él señalados, lesiona la Constitución porque traiciona sus principios...’²⁸.**

²⁸ Sent. C-472/92. Exp. D-020. M.P. Drs. Alejandro Martínez C. y José Gregorio Hernández G.

En este sentido, tratadistas como **GERMAN J. DIDART CAMPOS**, anotan: **"...Nosotros discrepamos con quienes niegan normatividad al Preámbulo; por el hecho de ser una declaración de principios no quiere decir que no marque rumbos, que no contenga normas, que no emita enunciados revestidos de ejemplaridad. Lo que dice el preámbulo debe hacerse. De lo contrario, sería inútil. Por algo sintetiza lo que se da en llamar principios fundamentales de la Constitución, principios directivos que dominan todo el conjunto del Derecho Constitucional..."**²⁹. De manera que debemos insistir: el preámbulo es la puerta ideológica fundante de la realidad constitucional y revela en consecuencia el carácter especial y superior de normas de tal naturaleza, pues si bien, normas de carácter ordinario contienen partes reguladoras de principios y normas rectoras, las mismas funcionan con el carácter limitado de criterios de interpretación del compendio normativo en particular, verbigracia el Código Penal; contrario a las normas constitucionales que irradian toda la vida jurídica de una República. Finalmente, cierto es que tradicionalmente el Preámbulo se entiende incorporado a la parte dogmática de la Carta, pero su existencia previa en cuanto al articulado permite tomarlo como un componente individual de la Constitución, que implica precisamente una síntesis de lo que las normas subsiguientes habrán de desarrollar.

Además, los textos constitucionales contienen una **parte dogmática** sobre la cual podemos comentar la sentencia C-836 de 2001: **'...comprende los valores, principios y derechos fundamentales...En la parte dogmática de la Constitución, a su vez, se encuentra el artículo 2, que establece que el Estado está estructurado para cumplir determinadas finalidades y que sus autoridades –entre ellas las que componen la jurisdicción**

²⁹ BIDART CAMPOS, Germán J.: Derecho Constitucional. Buenos Aires. Editar. 1968. Tomo I, página 315.

ordinaria- están instituidas para proteger los derechos, deberes y libertades de las personas residentes en Colombia. Como finalidades constitucionales el Estado debe garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta...'³⁰. En esta parte se encuentran principios relativos a la estructura orgánica del Estado como persona jurídica, el territorio e instituciones y principios fundamentales. Por tanto, en la Carta Política de 1.991 conforman la parte dogmática los artículos entre el 1 y el 112, correspondientes a los principios fundamentales (Título I), los derechos, garantías y deberes (Título II).

Vistos los componentes de la parte dogmática, concluimos que la misma se refiere a principios básicos de la vida del Estado y de sus ciudadanos y residentes.

La **parte orgánica**, comprendida por los temas atinentes a los habitantes y el territorio (Título III), participación democrática y derechos políticos (Título IV) y organización del Estado (Título V) y en general, los artículos comprendidos hasta al artículo 373, desarrolla en consecuencia, una concepción ejecutiva de realidades y poderes jurídicos, determinando la estructura y mecánica del poder y las relaciones del poder público consagrando poderes, competencias, funciones, facultades y procedimientos.

La relación entre las partes orgánica y dogmática de la Carta resultan fundamentales al momento de definir la especialidad de las normas constitucionales, pues tratándose las normas de ambos componentes de contenido superior, el criterio de interpretación preferente será el de

³⁰ M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gíl.

armonización en concreto de ambos tipos de normas, a diferencia de las normas de condición ordinaria en la cual no será inusual que una norma general deba ceder a las normas o principios rectores del respectivo compendio normativo. Por estas razones la Corte Constitucional observa: **‘...En síntesis, la Constitución está concebida de tal manera que la parte orgánica sólo adquiere sentido y razón de ser como aplicación y puesta en obra de los principios y de los derechos inscritos en la parte dogmática de la misma. La carta de derechos, la nacionalidad, la participación ciudadana, la estructura del Estado, las funciones de los poderes, los mecanismos de control, las elecciones, la organización territorial y los mecanismos de reforma, se comprenden y justifican como transmisión instrumental de los principios y valores constitucionales. No es posible entonces interpretar una institución o un procedimiento previsto por la Constitución por fuera de los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales...’³¹.**

Y finalmente resaltamos la existencia de **cláusulas de reforma**, que corresponden a verdaderas reglas y procedimientos para modificación de la Carta Política que como se verá en el aparte pertinente, representan un complejo normativo de competencias y procedimientos otorgados por el poder Constituyente Primario para tal cometido. Es oportuno anticiparse en algo en el análisis para preguntarse si las modificaciones en este Título XIII podrían representar una sustitución de la Carta, concluyendo que como una regla de tal ponderación es la inexistencia de normas y principios intangibles en el texto constitucional, inclusive el título comentado puede ser reformado siempre y cuando, como ya se verá, la modificación respete los elementos

³¹ Sent. T-406/92. Exp. T-778. M.P. Dr. Ciro Angarita Barón.

esenciales definatorios trazados por el Poder Constituyente Primario en dicha materia. No podrían por tanto introducirse cláusulas de reformar que limitaran la voluntad popular o la restringieran con la primacía arbitraria de los poderes ejecutivo o legislativo; o consideramos incluso que implicaría una sustitución de la Carta consagrar procedimientos de reforma que la convirtieran en una Constitución Pétreo.

El anterior recuento nos permite entonces considerar demostrado que la forma y organización de la Carta Política son criterios indicativos de su carácter superior. No todas las normas jurídicas corresponden a tal conformación ni pueden tener tal vocación, puesto que las normas constitucionales comprometen la conformación y existencia del Estado, entidad que no cualquier norma jurídica puede ostentar, pues precisamente condiciones como su origen, determinan qué normas ordinarias harán operativas las preceptivas jurídicas superiores. Las circunstancias fundacionales, teleológicas y principialísticas de la persona jurídica llamada Estado, provendrán de una voluntad superior y son llamadas a una vida más estable o prolongada que normas de carácter ordinario o inferior. Al respecto, MANUEL GARCÍA PELAYO, escribe: **'...El Estado es una organización que tiene por objeto asegurar la convivencia pacífica y la vida histórica de un grupo humano...lo segundo, en cuanto que organice y conexe las acciones humanas en orden a aparecer como unidad efectiva de poder, y por tanto de decisión frente a otros Estados. Por consiguiente, y en todo caso, el Estado se manifiesta como una unidad de poder. Mas tal poder necesita ser ejercido por alguien y, para ser eficaz, estar organizado según ciertas reglas. En consecuencia, es esencial a la vida del Estado establecer: a) Quiénes están llamados a ejercer su poder; b) con arreglo a qué principios**

orgánicos; c) según qué métodos; d) con qué limitaciones. El contenido de estas reglas, en cuanto se reputen obligatorias, forma el Derecho constitucional. Así pues, éste se nos aparece como parte integrante necesaria de la organización estatal...'³².

A los anteriores criterios podemos complementar, aunque se insinuó en precedencia cómo los poderes y condiciones de reforma de la Carta, como emanación de la distinción formal entre normas ordinarias y constitucionales determinan una importante diferencia entre este tipo de reglas jurídicas.

Vemos entonces como según la Carta de 1.991 corresponde al Congreso de la República *reformular y derogar las leyes* (art. 150-1), por un procedimiento que está marcado por una dinámica de reformación, cambio y derogación sin límite alguno que pueda advertirse en cuanto a especie y naturaleza en los artículos 154 a 169, no existiendo en consecuencia, límites que aten a un compendio normativo ordinario con el contenido de su norma predecesora, más que el respeto por los contenidos constitucionales. En tanto, que como se tratará con profundidad en el aparte pertinente, la Carta consagra un procedimiento especial para su reforma (Título XIII).

Finalmente, de las normas comprendidas en el artículo XIII se observa que el propio Constituyente Primario, señaló un poder de eficacia superior a las normas constitucionales, y señaló límites drásticos al poder de reforma. Y también que la confrontación de los numerales 1 y 4 del artículo 241 constitucional, relativos al control constitucional de los Actos Legislativos y de las leyes, limitando el primero a aspectos relacionados con vicios de procedimiento y dejando las leyes sujetas de una discusión no sólo formal

³² García- Pelayo Manuel, Derecho Constitucional Comparado, Alianza Editorial, Madrid 1999, Pág. 19.

sino material, evidencian tal diferencia en la naturaleza. Un criterio lógico denota que tal diferencia en el trato entre dos tipos de normas, sometiendo las Constitucionales a un control y trámites estrictos y restringidos, sólo es explicable en atención a la especialísima naturaleza de estas últimas. Naturaleza que como se tratará en capítulos subsiguientes reclama límites especiales a las facultades del Poder Constituyente Derivado, puesto que la competencia natural ordinaria del Congreso es el trámite de las leyes, aspecto en el cual dentro de los límites de la Carta Política y el bloque de constitucionalidad, es soberano. Pero la competencia constituyente, aunque propia, le es simplemente residual, limitada por tanto a la simple reforma de la Carta, bajo el acto condición de respeto a las facultades ilimitadas del Poder Constituyente Primario.

1-3. La constitucionalización del derecho.

Las normas jurídicas son reglas de vigencia social, esto es, producto de una sociedad determinada y están dirigidas sin duda a la misma pues **‘la existencia, el contenido y la estructura del derecho dependen de la conducta de la gente. Dicho de otra forma, el Derecho, el orden jurídico, no es otra cosa que el uso que la gente hace del mismo, es decir, una práctica social.’**³³. Por tanto, las normas jurídicas según se ha visto, tienen una aspiración de control social, o dicho de modo menos imperativista, de convivencia social auto-regulada, aunque con este último criterio queremos significar no el carácter discrecional de las normas sociales, sino que provienen de las mismas necesidades y deliberación de la propia sociedad, pues como sabemos el carácter coactivo de las normas indica que el concepto de autorregulación no está desprovisto de sanción de

³³ Josep Aguiló Regla. Teoría General de las Fuentes del Derecho. Ariel Derecho. Barcelona, 2.000. Pág. 187.

la conducta desviada o defraudadora de expectativas. En síntesis, las normas jurídicas en una sociedad determinada están orientadas a una aspiración de orden que suministre seguridad jurídica y niveles de justicia³⁴.

Lo anterior es así por cuanto **‘...En cualquier grupo grande el principal instrumento de control social tiene que consistir en reglas, pautas o criterios de conducta y principios generales, y no en directivas particulares impartidas separadamente a cada individuo. Si no fuera posible comunicar pautas generales de conducta que sin necesidad de nuevas instrucciones puedan ser comprendidas por multitud de individuos como exigiéndoles cierto comportamiento en ocasiones determinadas, no podría existir nada de lo que hoy reconocemos como derecho...’**³⁵. Este criterio de pauta de conformidad general de actos y circunstancias es de mayor evidencia en las normas de carácter constitucional, pues como se ha visto envuelven realidades que determinan la existencia misma del Estado y el ejercicio del poder de las autoridades que lo representan en una interacción regulada con los ciudadanos como titulares de la soberanía.

³⁴ En la tradición jurídica occidental es regla encontrar como clasificación genérica, las normas ordinarias y a su lado, y en especial, por sobre ellas, la Carta Constitucional; ya que han seguido la prevención realizada por la Asamblea Nacional de la Francia revolucionaria, en la Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano de 26 de agosto de 1789: **‘Artículo 16. Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de los Poderes determinada, no tiene Constitución.’**; confiándose de esta manera a la Constitución la realización de los ideales de igualdad, libertad y protección frente al Estado.

³⁵ Legalidad y Constitucionalidad. La Constitucionalización del Derecho. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2000.

No obstante, el carácter racional normativo de reglas constitucionales antes analizado, que ha sido el imperativo general en la tradición constitucional, ha llevado en determinadas circunstancias a una magnificación del ámbito de legalidad, esto es, de la manifestación de normas jurídicas como una expresión formal de la voluntad del legislador o constituyente, desatendiendo en ciertas condiciones el aspecto material o sustancial inherente a normas jurídicas que orientadas a satisfacer necesidades sociales, reclaman que el derecho sea acto de garantía y no simplemente seguridad formal.

Se crea pues lo que autores como LOUIS FAVOREAU, hablan de una dicotomía entre 'Estado Legal' y 'Estado de Derecho', que aunque paradójica en materia de asuntos de constitucionalidad, muestra cómo la Carta Política termina inmersa en el criterio tradicional de texto legal, lo cual, según veremos, implica que su carácter regulador e inspirador de justicia y orden justo como norma superior, termina limitado a simple fuente formal de leyes ordinarias. Escribe LOUIS FAVOREAU: '**...en el Estado legal, cada rama del derecho construye su estancia sin ningún plan conjunto, en razón a que la legalidad está cada vez más fraccionada y con lagunas normativas, lo que deja lugar a los principios generales del derecho de cada rama...**'³⁶. Es evidente este primer impacto relativo a la parcelación de las diferentes ramas del derecho y en consecuencia de las respectivas jurisdicciones, de modo que el derecho, esto es, la lectura de la Constitución y su facultad irradiante del sistema jurídico, no será general, sino la particular lectura que cada especialidad dé a la misma, todo bajo la preeminencia de los principios particulares que orientan cada rama del derecho en particular. Es de tal forma, un 'Estado Legal', por cuanto finalmente la lectura de los cometidos constitucionales tendrá su principal influencia en el ámbito

³⁶ *Ibidem*, Pág. 20.

particular de cada legislación, pues finalmente es la ley la que hace operativas las diferentes competencias, facultades y realidades jurídicas.

La confrontación lógica con ese Estado regulado por la legislación, se encuentra en el concepto de 'Estado de derecho', que como veremos encuentra su mayor fundamento discursivo en la Constitución. La diferencia parece sutil. Se trata de un aspecto tan fundamental como la adopción de ejes distintos, pues la legalidad como eje deja a la Constitución como simple criterio de ponderación de validez formal, esto es, como la herramienta de examen de la adecuación de las normas jurídicas con el trámite trazado por el constituyente para su creación. Mientras que cuando la piedra angular la encontramos en la Constitución, el sistema jurídico es un entramado de normas o leyes que están destinadas a cumplir la voluntad de la Carta Política, la cual como conocemos es un compendio de principios, valores, derechos y garantías, lo cual se evidencia en mayor forma en la **'...activación de los textos constitucionales por parte del juez constitucional...'**³⁷.

Es particular, que al momento de hablar de Estado de Derecho, esto es, del Estado primordial, material, real y efectivamente irradiado por normas constitucionales con un criterio de eficacia sustantiva, da entrada a un efecto revitalizante del concepto del derecho, pues el mismo se *constitucionaliza*, esto es, que todo el engranaje jurídico consulta su eficacia no sólo en la forma que la Carta Política le traza, sino en la materia, sustancia y finalidades que la Constitución espera que las leyes hagan efectivas. Cobra entonces, eficacia el concepto de reglas de desarrollo que las normas inferiores tienen con relación a los principios y valores constitucionales. Así,

³⁷ Ib. Pág. 21.

‘La constitucionalidad ha reemplazado la legalidad por lo menos en dos funciones esenciales: ser la “fuente de fuentes” y ser el vehículo de los valores esenciales o fundamentales.’³⁸.

Encontramos entonces otro efecto de la dicotomía planteada tratándose de un problema de fuentes primordiales del derecho: el ejercicio del poder y la conformación de la realidad radican de manera principal en quién es el ostentador o representante delegado del poder de crear y modificar realidades sociales, es decir, el poder constituyente primario o derivado. Antes, dado el ostracismo a que la Carta estaba limitado, la competencia del legislador se desarrollaba en un elevado ejercicio del poder reglamentario de manera que prácticamente era menester que la ley activara la Constitución, esto es, que le diera vida, como si las normas constitucionales se trataran de textos incompletos o incapaces por sí mismos de adquirir eficacia.

La fuente de fuentes será la Constitución, lo cual hace que la teleología cobre una mayor intromisión en la lectura del derecho, pues **‘la constitucionalidad es más “portadora” de valores fundamentales que la legalidad, puesto que la problemática de los derechos fundamentales, que no existía antes de la guerra, transformó la organización del sistema de fuentes en una garantía para el respeto de ellos’³⁹**, lo cual, en una orden que aspira a la justicia, la igualdad y la garantía material de los derechos fundamentales, es importante, pues el operador jurídico entenderá que será la Carta la llamada a establecer los principios fundantes de la vida de la República y que los mismos son aplicables a **‘todas las esferas de vida esenciales para la convivencia, precisamente porque dichas**

³⁸ *Ibíd.*, Pág. 22.

³⁹ *Ibíd.*, Pág. 33.

esferas son consustanciales a la vida en conjunto y se encuentran indisolublemente conectadas con el orden jurídico.⁴⁰

Por tales razones, fórmulas como la primacía constitucional consagradas en el artículo 4 de la Carta, cobran eficacia y determinan que la misma es más que un acto condición de la validez de las normas inferiores y que éstas son simples actos de ejecución, razón por la cual las normas constitucionales tienen aplicación directa, es decir, valen por sí mismas y tienen plena eficacia independientemente del contenido que pudiese darles la ley, lo cual se evidencia en el mandato de la norma comentada: **‘...En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.’**

No existe duda entonces de que toda realidad jurídica al interior de la República está condicionada por el valor de fuente de fuentes de la Constitución, debemos sin embargo realizar algunas precisiones de las razones que llevaron a la transición e inclusive a cierta contradicción aún todavía vigente entre los conceptos de legalidad y constitucionalidad.

1-3-1. Legalidad y constitucionalidad.

Escribe LOUIS FAVOREAU: **‘...Las normas constitucionales no pudieron realmente alimentar las diferentes ramas del derecho sino cuando fueron reconocidas como reglas susceptibles de ser aplicadas a los individuos o de ser invocadas por ellos...’⁴¹**. Se trata de una problemática

⁴⁰ Conrad Hesse, Ernesto Benda, Wolfgang Hoffmann, Wolfgang Heyde. Manual de Derecho Constitucional, Segunda Edición.. Marcial Pons. Barcelona, 2001. Pág. 5.

⁴¹ Legalidad y Constitucionalidad. La Constitucionalización del Derecho. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2000, pág. 51.

de aplicación directa de las normas constitucionales, reconocimiento al cual llegamos solamente tras una transición que se inicia con la crisis del criterio legalista de los textos constitucionales, como pasamos a verlo.

Inicialmente resaltemos que el concepto racionalista normativo de la Carta, implica que la misma es un sistema de normas, de manera que ella es la ley suprema o la ley fundamental. Empero, este criterio la despoja '**...de toda referencia axiológica de índole política o moral, y resaltando la pura normatividad formal; de modo que no sólo el Derecho Constitucional, sino en general, el Derecho político, se convierte en pura normología que no se hace problema del contenido ni de la finalidad, sino de la forma. La constitución queda reducida a un elemento técnico para la comprensión de la unidad y producción del orden jurídico, y el Derecho constitucional a la exposición de un sistema de competencias...**'⁴². Es entendible entonces que la Constitución no ostente primacía real como quiera que la misma es finalmente entendida con un factor simplemente instrumental, esto es, la explicación del poder jurídico y las competencias que lo ejercen.

Es este el tránsito por un concepto positivo del derecho con sus implicaciones de equivalencia entre lo jurídico y lo legal. Por tanto, '**...no existe más derecho que el expresado en la ley...**'⁴³. Las razones históricas para tal circunstancia obedecen a que en su florecimiento el concepto de Estado corresponde a uno que '**...desarrollaba efectivamente su vida con arreglo a normas jurídicas positivas, o, dicho de modo más preciso, a preceptos legales según un orden de normas escalonado en**

⁴² García- Pelayo Manuel, Derecho Constitucional Comparado, Alianza Editorial, Madrid 1999, Pág.

57.

⁴³ Ib.

cuyo vértice se encontraba la constitución...'⁴⁴. De modo que si el ordenamiento jurídico es un sistema de normas de forma estructural, la Carta cae en el riesgo de representar sólo una norma de rango superior instrumental, pero al fin de cuentas una norma. Esto es una manifestación de la legalidad.

En este orden de ideas este positivismo no sólo da preeminencia a la legalidad, sino que además resalta el 'carácter reproductivo'⁴⁵ de las normas, la forma de producción sin entrar a discutir su contenido material. Súmese a esto que el positivista encuentra en la ley conceptos y principios generales y comunes que por sí mismos tienen validez, de manera que la voluntad legislativa tiene la entidad de generalizar realidades de contenido abstracto que se estiman suficientes para controlar los hechos sociales. De tal forma, lo fundamental en la interpretación jurisprudencial, es la lógica, pues como se trata de un criterio racionalista caracterizado por la unidad, basta el ejercicio de silogismos y argumentos contruidos con crítica racional para encontrar el sentido del derecho, ya que si se trata de una validación formal, es la técnica la que reclama cabal acatamiento, quedando excluidas condiciones de tipo valorativo, ideológico, filosófico o histórico.

En estas circunstancias es entendible que el concepto clásico de Constitución entre en crisis, ya que **'...estaba centrado en torno a lo normativo y, en concreto a una peculiar especie de normatividad, a saber la normatividad legal... Lo que informa al Derecho Constitucional es un concepto de constitución jurídica formal despojado de toda referencia valorativa y política. Por consiguiente, la constitución**

⁴⁴ Ob. Cit. Pág. 64.

⁴⁵ García- Pelayo Manuel, Derecho Constitucional Comparado, Alianza Editorial, Madrid 1999, Pág. 59.

aparece englobada en el concepto genérico de ley...⁴⁶. Una Constitución en tales circunstancias es simplemente un componente genérico del concepto de legalidad, lo que determina que el legislador tiene amplias competencias reglamentarias de la Carta por vía de las leyes, pues si el derecho es la ley y normas ordinarias, y Constitución es derecho y ley, en consecuencia, ambos tipos de normas resultan en tal concepción de algún modo sinónimas o en el mejor de los casos, la Carta Política termina sometida al criterio de norma que consagra principios generales que reclaman su desarrollo legal en un terreno en donde es el legislador quien ostenta la soberanía normativa.

Por tanto, si el pilar del sistema normativo es la legalidad, no es extraño que cada rama del Derecho sea la que imponga su criterio de constitucionalidad, pues la misma, debe insistirse, es fuente instrumental de la ley, que es la que finalmente ‘traduce’ lo que la ley fundamental pretende establecer. Por tanto, **‘...En el Estado legal, cada rama del derecho construye su estancia sin ningún plan conjunto, en razón a que la legalidad está cada vez más fraccionada y con lagunas normativas, lo que deja lugar a los principios generales del derecho propios de cada rama...’**⁴⁷.

Este panorama que identifica derecho, legalidad y en consecuencia despoja a la Carta de un valor material y sustancial, propio del Estado legal, encuentra superación en la fórmula **Estado de Derecho**, por la cual, **‘...no se trata solamente de averiguar cuál es la función de la Constitución en el Estado, sino que se pretende penetrar en la sustancia de la**

⁴⁶ García- Pelayo Manuel, Derecho Constitucional Comparado, Alianza Editorial, Madrid 1999, Pág. 68.

⁴⁷ FAVOREAU Louis, Ob. Cit. pág. 20

misma...'⁴⁸. Esta corriente del Estado de Derecho, representa sin lugar a dudas una postura antipositivista no sólo del criterio general del derecho, sino de los contenidos constitucionales.

Estas circunstancias dan entrada al reconocimiento de la Carta Política como un valor fundante del Estado, en consecuencia encuentra vigencia el criterio según el cual **'...la constitución no es una pura normatividad, sino un modo de existencia política, un derecho para la política, una normatividad con contenido político, una transposición de determinadas convicciones políticas, etc...'**⁴⁹ Y, no puede perderse de vista precisamente que lo político encierra un criterio valorativo, en el cual se entrelazan diversas realidades, necesidades e ideologías, lo cual reclama que lo constitucional deje de ser simplemente normativo o formal, para entrar en un plano axiológico y teleológico, que le concede sin duda un criterio material y sustancial.

La Constitución es la fuente de fuentes y la primacía que le es inherente es entonces real y definitiva, de manera que es fuente de validez de las normas inferiores, no sólo desde su trámite formal, sino desde un carácter sustancial. Anotación vital si se considera que **'...No parece concebible que la constitucionalidad sea objeto de una aplicación fraccionada: la constitucionalidad es una; las normas constitucionales a diferencias de los principios generales del derecho que son 'descubiertos' por cada juez (administrativo, penal, civil, social, comercial), se imponen al conjunto del orden jurídico...'**⁵⁰. Esta condición unificante del ordenamiento jurídico de que goza la Carta, como quiera que la misma es

⁴⁸ GARCIA-PELAYO Manuel, Ob. Cit., pág. 79.

⁴⁹ GARCIA-PELAYO Manuel, Ob. Cit., pág 81.

⁵⁰ FAVOREAU Louis, Ob. Cit. Pág. 28.

una sola y todas sus normas reclaman eficacia, predetermina otra consecuencia importante como es la interpretación uniforme de la misma, aspiración que se obtiene precisamente con la existencia de Tribunales Constitucionales, que como en el caso colombiano tienen a su cargo la guardia de la integridad y la supremacía de la Constitución (art. 241). Por tales razones las diversas jurisdicciones están en una obligación de respeto de la identidad de la Carta, pues como señala la Corte Constitucional colombiana: **'...Las sentencias de revisión pronunciadas por la Corte Constitucional, cuando interpreta el ordenamiento fundamental, construye también doctrina constitucional, que, según lo dicho, debe ser acatada por los jueces a falta de disposición legal expresa, al resolver sobre casos iguales a aquellos que dieron lugar a la interpretación efectuada...'**⁵¹.

Sobre este particular LUDOVIC FAVOREAU, distingue tres efectos directos de la constitucionalización:

- Juridización,
- Elevación y
- Transformación.

En razón de la **juridización**, como se desprende de la literalidad del criterio se establecen *reglas* de derecho para la designación, competencias y relaciones recíprocas entre los órganos de poder⁵². Por ello, encontramos en el texto constitucional reglas de competencias claras para las diferentes autoridades y representantes de las ramas del poder público, ejemplo de ello entre otros, de las previsiones de los artículos 114, 115, 116, 117, 118 y 120 de la Carta de 1.991 relativos a las funciones y estructura de la Rama

⁵¹ Sent. C-175/97. M.P. Dr. José Gregorio H. Galindo.

⁵² FAVOREAU Louis, Ob. Cit. Pág. 53.

Legislativa, la Ejecutiva, la Judicial y de los Órganos de Control. Este efecto es fundamental por cuanto como escribe el tratadista citado: ‘...**La normatividad de la Constitución se impone también a los gobernantes y la constitucionalización se traduce aquí en lo que podríamos llamar la ‘puesta en efectividad de las disposiciones del texto constitucional...’**⁵³.

En cuanto a la **constitucionalización elevación**, debemos entender que se produce por la Carta un efecto en el sistema de fuentes o en la actividad productiva de normas, que no es otra cosa que la diferenciación clara y precisa entre los ámbitos de lo legal y la constitucional. De manera que cierto tipo de circunstancias fundamentales que corresponden a la identidad de la sociedad del Estado y la sociedad son reservadas al fuero de lo constitucional; mientras que el desarrollo de tales condiciones necesarias para la práctica de la vida social son entregadas al legislador con los verdaderos límites de competencia señalados por la propia Carta. Se trata en este sentido de una verdadera *elevación* de la fuente constitucional por cuanto la misma deja de ser objeto de la intromisión ordinaria del legislador por vía de la reglamentación discrecional y algunas veces arbitraria por vía legislativa.

Finalmente, la **constitucionalización transformación**, se refiere a la modificación de la entidad y carácter de entidades jurídicas como los derechos y las libertades públicas, puesto que si la Carta es elevada en el sistema de fuentes, los derechos y garantías que consagran adquieren un rango superior, marcado por la eficacia y efectividad de los mismos, que propicia inclusive su aplicación directa como sucede con los derechos a la vida, la integridad personal, la igualdad, la personalidad jurídica, el honor, la

⁵³ FAVOREAU Louis, Ob. Cit. Pág. 54.

honra y la propia imagen, el libre desarrollo de la personalidad, la prohibición de la esclavitud, la libertades de conciencia, de cultos, de expresión e información, el derecho a la honra, de petición, las libertades de locomoción y residencia, de escoger profesión u oficio, de enseñanza, personal, debido proceso, hábeas corpus, doble instancia, encubrimiento parental, proscripción de penas infamantes, derechos de asilo y de reunión (art. 85) y otros derechos fundamentales que son inherentes a la condición de la persona humana. Esta especial condición de los derechos es trascendente por cuanto **'...conduce a la impregnación de las diferentes ramas del derecho, así como a la transformación de ellas...'**⁵⁴. En este sentido la constitucionalización de las diferentes ramas del derecho y en consecuencia de las distintas jurisdicciones corresponderá de forma más visible a la eficacia directa de los valores y derechos constitucionales superiores, de manera que el derecho no será simplemente lo que dice la ley, sino lo que de una lectura a la luz de la Carta pueda encontrarse como patrón jurídico de comportamiento.

Este nuevo papel dado al concepto de Constitución, que como habíamos señalado se traduce en la consagración expresa del principio de primacía constitucional (art. 4), ha sido estimado inclusive como un *derecho fundamental* por la Corte Constitucional: **'...El ejercicio de la función de defensa del orden constitucional confiada a la Jurisdicción Constitucional contribuye de manera eficaz a configurar la realidad constitucional, como quiera que su misión es la de que la Constitución trascienda su expresión formal y se convierta en Constitución en sentido material. Sin ella la Constitución no sería norma de normas y carecería de carácter coercitivo. Este carácter que puede en ciertos**

⁵⁴ FAVOREAU Louis, Ob. Cit. Pág. 55.

eventos evidenciarse a través del uso de la fuerza, en materia constitucional generalmente se hace visible con ocasión del ejercicio de la Jurisdicción Constitucional que excluye del mundo jurídico o impone la inaplicación de las normas contrarias a la Constitución y sujeta a sus dictados las conductas transgresoras. La Jurisdicción Constitucional se pone en movimiento en los eventos previstos en la Constitución. En algunos de ellos sólo se requiere de una iniciativa ciudadana - acción de inexecuibilidad - o de la petición de la persona agraviada - acción de tutela. Con lo anterior quiere destacarse que la integridad y primacía de la Constitución, consagrada por virtud del querer soberano del pueblo, es un derecho fundamental de las personas que bajo distintas formas -acción de inexecuibilidad, acción de nulidad, excepción de constitucionalidad, acción de tutela etc.- se concede a ellas por la Constitución con miras a vigilar su cumplimiento y obtener, cuando no sea así, que los poderes públicos ejerzan sus competencias dentro de los límites de la Constitución, se inspiren en sus valores y principios y respeten, en todas las circunstancias, los derechos y garantías de las personas...’.

Según lo visto, la simple existencia de una Carta Política como entidad jurídica independiente de una sociedad democrática, no resultó en su momento como fundamento de su especial condición en la realidad jurídica del Estado. Fue necesaria la transición de criterios que privilegiaban la legalidad como expresión de compendio normativo racional, para dar paso a la constitucionalidad como manifestación material de la garantía de los valores, principios, derechos y deberes que una Constitución encarna. No es por tanto lo mismo decir que se tiene un texto constitucional a poder demostrar que en el momento histórico determinado dicho compendio es la Norma de Normas, dotada de primacía material efectiva. Poder que se

refleja en todas las áreas del derecho, por ejemplo en palabras de la Corte Constitucional: **‘...ha habido una constitucionalización del derecho penal porque tanto en materia sustantiva como procedimental, la Carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados - particularmente en el campo de los derechos fundamentales - que inciden de manera significativa en el derecho penal y a la vez, orientan y determinan su alcance. Esto significa entonces que el Legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas que aparecen, así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado...’⁵⁵. ‘...Es pues necesario recordar que los jueces, en sus actuaciones deben evitar procesalizar la Constitución, puesto que de lo que se trata en un Estado social de derecho como el colombiano es de constitucionalizar el procedimiento, ya que ello es la consecuencia lógica de los fines y valores que consagra la Carta, y en particular de los principios relativos a la efectividad de los derechos y deberes constitucionales, al acceso a la justicia y a la prevalencia del derecho sustancial...’⁵⁶. Resaltamos por tanto, que la nueva dimensión del valor de la Carta Política, está dado no sólo por su valor intrínseco, sino en cuanto que como norma superior irradia todos los aspectos de la vida social y jurídica de una república.**

No obstante el criterio de que la norma constitucional es norma superior y fuente de fuentes del ordenamiento jurídico, éste resulta insuficiente para explicar por qué razón ciertas relaciones entre el Estado y los individuos se ven privilegiadas, herramienta para lo cual es fundamental el concepto de Estado social de derecho que pasa a desarrollarse.

⁵⁵ Sent. C-609, Nov. 13/96. Exp. 1300. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz.

⁵⁶ Auto 012, marz. 21/95, Exp. 51811, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

1-4. El Estado Social de Derecho.

Las normas constitucionales deben tener incidencia en la organización, existencia, vigencia y supervivencia del Estado, entendido este criterio como **‘...el conjunto de órganos que realizan las diversas funciones y servicios estatales, ya sea en el orden nacional, o ya sea en los otros niveles territoriales...’**⁵⁷. Esta definición instrumental resulta fundamental por cuanto se refiere de manera directa al ejercicio del poder, cuya regulación es una característica condición de las constituciones modernas como garantía de libertad para el individuo. Así considera **HERMANN HELLER** que la Constitución **‘...viene a equipararse con la organización del Estado, pues representa una cooperación entre individuos y grupos mediante relaciones de supra-sub coordinación, gracias a los cuales el Estado alcanza existencia y unidad de acción...’**⁵⁸.

Un acercamiento inicial al concepto del Estado, está dado por el factor racionalizador de la arbitrariedad, manifestado en la forma de Estado de Derecho. Expresión fundamental de las revoluciones liberales que propician el control de las autoridades mediante la concesión de reglas subordinantes del ejercicio de sus facultades. Escribe **GARCIA-PELAYO**: **‘...en sus orígenes es un concepto típicamente liberal, que -haciendo omisión de sus antecedentes ingleses- nace con el derecho positivo de las revoluciones americana y francesa: La primera busca a government of law and not of men⁵⁹; la segunda, proclama en su primera constitución il n’y a point en france d’autorité superieure á celle de la loi⁶⁰...**

⁵⁷ Sent. C-272/98, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

⁵⁸ GARCIA-PELAYO Manuel, Ob. Cit., pág. 87.

⁵⁹ ‘Un gobierno de la ley y no de los hombres’.

⁶⁰ ‘No hay en Francia un punto de autoridad superior al de la Ley’.

Desde este punto de vista, un concepto del Estado vinculado al de Derecho, es sin duda un patrón de garantía de los ciudadanos frente al poder. Por cuanto el núcleo de autoridad se desplaza del arbitrio personal del Gobernante a aquel que proviene de las leyes y del derecho; **‘...la característica del Estado de Derecho es que el Estado no puede requerir ninguna acción ni imponer ninguna omisión, no puede mandar ni prohibir nada a sus súbditos, más que en virtud de un precepto legal...’**⁶¹. Por esto se espera un gobierno que provenga de la ley, no de los hombres. La ley es en el espíritu revolucionario producto de la discusión de cuerpos colegiados de origen principalmente democrático que emulan lo que se conoce como soberanía, que en estos casos proviene del Pueblo como nueva fuente de origen supremo del poder. El Estado, ya no se identifica con la persona del gobernante (L’Etat cest moi), si no que éste es una simple manifestación del ejercicio de un poder derivado y limitado.

En tales circunstancias el Estado reclama una nueva manifestación del ejercicio del poder que refleje la motivación limitante del mismo, lo cual se logra sin duda con la división de la autoridad entre ramas que se hagan contrapeso y que eviten la absorción de la autoridad por un solo individuo o cuerpo. El Estado de derecho es división del poder, límite reglado del mismo, y en consecuencia, debemos insistir, una cortapisa a la arbitrariedad. Este criterio de Estado de Derecho obedece en consecuencia en sus orígenes a una respuesta **‘...frente al Estado autoritario, intervencionista y burocrático del absolutismo...’**⁶².

El Estado de Derecho se manifiesta como la expresión democrática del triunfo del derecho, esto es, de la razón que limita y condiciona el poder y,

⁶¹ Ob. Cit. Pág. 159.

⁶² Ib.

aún más, el poder absoluto. Empero, en su concepción tradicional puede tener ciertas deficiencias si se examina desde el punto de vista de las democracias modernas. Así, según esta concepción **“...el estado ha de renunciar a preocuparse por la felicidad y el bienestar de los ciudadanos para limitarse a garantizar la libertad del despliegue vital de cada cual y que tal misión queda agotada con la positivización y mantenimiento del orden jurídico. El Estado tiene pues un fin jurídico, pero el concepto de este fin está más allá de la propia voluntad del Estado; está, como decía KANT ‘en los principios a priori de la libertad del hombre, de la igualdad del súbdito, de la autonomía del ciudadano. Principios que no son tanto leyes dadas por el Estado ya instituido, sino condición para adoptar el Estado a los puros principios de la razón’...”**⁶³.

Por tales razones, el Estado de Derecho en su concepción tradicional, pese a sus beneficios originarios, es, en principio según esta visión, una simple fórmula de no intervención, que aunque suficiente como garantía de libertad, no estipula fórmulas de justicia material. Pese a todo este criterio de libertad *‘no tiene un contenido específico, sino que es simplemente la libertad frente a la coacción ilegal; de modo que, con arreglo a ello, el Estado puede hacer todo lo que esté autorizado por una ley que él mismo ha establecido y cuyo contenido es considerado como un problema que trasciende a la consideración jurídica...’*⁶⁴. Esta expresión de la libertad corresponde a un concepto que permite lo que no está prohibido; pero que no garantiza que las deficiencias sociales, las desigualdades materiales o las insuficiencias legislativas, sean superadas por la participación del Estado, pues

⁶³ Ib.

⁶⁴ GARCIA-PELAYO, Ob. Cit. Pág. 160.

precisamente la libertad como no intervención, predica la suficiencia del Derecho como criterio de convivencia social.

En este orden de ideas, debemos señalar que el artículo 1 constitucional refiere que Colombia es un **Estado Social de Derecho**, declaratoria que entrelaza dos conceptos que en tal forma dan una dinámica especial al Estado pues, implica que la vida Estatal está sometida al imperio del Derecho, lo cual aporta un criterio de disciplina social y de seguridad jurídica a los administrados. Por tanto, como dice la Corte Constitucional: **‘...La norma jurídica fundamental es la Constitución (C.P. art. 4), lo cual implica que toda la actividad del Estado debe realizarse dentro del marco de la última. En esta situación se habla entonces de Estado constitucional de derecho...’**⁶⁵. Resaltamos que en la concepción moderna del valor de la Carta, ésta, constitucionaliza el mismo Estado, es decir, es la Constitución la que da un valor de validez, eficacia y supremacía a tal ente.

Con relación a la fórmula definitoria de la identidad del Estado que viene tratándose, expone también la Corte Constitucional: **‘...El artículo 1 de la Constitución Política proclama que Colombia es un Estado Social de Derecho, esto es, un estado democrático regulado por la ley, en el que priman los principios de igualdad, participación y pluralidad, y en el que el individuo se erige como epicentro de las acciones del Estado, las cuales serán legítimas en cuanto propendan por su bienestar y evolución, permitiéndole un desarrollo autónomo, singular e integral, el cual logra en la medida en que pueda, efectivamente, realizar sus derechos fundamentales...’**⁶⁶. Se trata sin lugar a dudas de un cambio en el fuero de atracción de la actividad estatal por el cual el individuo es el

⁶⁵ Sentencia SU-747/98 M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁶⁶ Sent C-220, abr. 29/97, Exp. D-1470, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz.

fundamento y fin de la misma, de manera que la vida misma del Estado se justifica en razón de él.

Prevalencia del valor del individuo que se observa no sólo de las consecuencias filosóficas y lógicas de la fórmula comentada, sino de los fines esenciales del Estado previstos por el artículo 2 de la Carta, entre ellos, promover la prosperidad general, y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes, en desarrollo de un deber de protección material, impuesto a las autoridades de la República. Y, dentro del mismo postulado cobran significado principios como el de la primacía de los derechos inalienables de la persona (art. 5) y la titularidad de la soberanía en el Pueblo (art. 3) como agregado social de individuos. Esta invocación del valor del individuo y sus garantías, no es una formulación teórica, sino que tiene fuertes efectos en la vida jurídica y las decisiones que le son atinentes, pues no basta con que una sociedad sea democrática para que el ejercicio del poder sea justo por sí mismo, pues, **‘...también bajo la democracia puede darse la injusticia sin perjuicio de respeto a las formalidades del Estado de Derecho.’**⁶⁷.

En tales circunstancias, el papel simplemente regulativo de la fórmula de Estado de derecho debe ser modulado o complementado con la teleología de su carácter *social*, pues como escribe la Corte Constitucional: **‘...con el término social se señala que la acción del Estado debe dirigirse a garantizarle a los asociados condiciones de vida dignas. Con este concepto se resalta que la voluntad del Constituyente en torno al Estado no se reduce a exigir de éste que no interfiera o recorte las libertades de las personas, sino que también exige que él mismo se**

⁶⁷ *Ibidem*, pág. 490.

ponga en movimiento para contrarrestar las desigualdades sociales existentes y para ofrecerle a todos las oportunidades necesarias para desarrollar sus aptitudes y para superar los apremios materiales...'⁶⁸

No basta pues que el Estado regule la vida social al amparo de garantías negativas (de no intervención), sino que se reclama que se tenga una especial orientación, en este caso de índole material: **'...se pregunta por el contenido y la orientación de la actividad estatal. En su marco, el poder estatal es considerado como vinculado sobre todo a determinados principios o valores jurídicos superiores. El Derecho es algo más que sólo la forma en la que son declaradas como generalmente vinculantes, y de paso, como reconocibles y calculables las decisiones adoptadas por la dirección del Estado ...El Derecho contiene determinados principios fundamentales positivizados a los que todo el mundo -incluido el Estado- está sometido...'**⁶⁹.

Al menos de la forma como lo venimos asumiendo el Estado ha de ser Social de Derecho para que las garantías del individuo tengan eficacia material más allá de la forma, ya que **'...para el Estado de Derecho concebido en términos estrictamente *formales* carece de importancia la existencia de derechos fundamentales...'**⁷⁰. En esa condición la mayor riqueza social es la seguridad jurídica, o dicho de otro modo **'la calculabilidad de la acción estatal y el respeto a las formalidades a tal**

⁶⁸ Sentencia SU-747/98 M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁶⁹ BENDA, Ernesto. El Estado Social de Derecho. Manual de Derecho Constitucional, HESSE, Conrad-MAIHOFER, Werner- VOGEL, Juan J- HEYDE, Wolfgang- BENDA, Ernesto, Segunda Edición, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2.001, pág.490.

⁷⁰ Ob. Cit., pág. 505.

fin establecidas, puede ser independiente de los mayores o menores márgenes de libertad garantizados al ciudadano...⁷¹.

Contrario a lo anterior, la fórmula esencial definitoria de Estado Social es una declaración ideológica tendiente a la exaltación del individuo y las realidades sociales y jurídicas que le son inherentes por vía de la eficacia material de los derechos fundamentales, los cuales **‘...deben crear y mantener las condiciones elementales para asegurar una vida en libertad y la dignidad humana...’⁷².**

Estas condiciones del Estado social de derecho, resultan trascendentales para el criterio de una democracia real, pues la misma permite **‘garantizar un mínimo denominador común de ideas y creencias...’⁷³** ya que propende **‘una interpretación en la que sean resueltas las tensiones con otras decisiones y valores constitucionales en el sentido de reciprocidad y concordancia...’⁷⁴** que posibilita una convivencia pacífica en razón de pretensiones de igualdad real. Se trata de una **‘renuncia a la pretensión absoluta de verdad’**. Y es en esta renuncia a la construcción e interpretación sectaria y excluyente de la realidad social, donde se generan procesos de **‘reconciliación...’⁷⁵** lo cual se advierte en declaraciones como la del artículo 2 constitucional: **‘asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo’**.

⁷¹ Ob. Cit., pág. 505.

⁷² HESSE, Conrad, Significado de los Derechos Fundamentales. Manual de Derecho Constitucional, HESSE, Conrad- MAIHOFER, Werner- VOGEL, Juan J- HEYDE, Wolfgang- BENDA, Ernesto, Segunda Edición, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2.001, pág. 89.

⁷³ Ob. Cit., pág. 505.

⁷⁴ Ob. Cit., pág. 505.

⁷⁵ Ibídem, Págs. 521,526, 528, 529 530.

1-5. El principio democrático.

Iniciemos advirtiendo que **‘...el mandato democrático que se deduce meridianamente de la Constitución y en el que se condensa la filosofía participativa que lo informa, se configura a partir de un conjunto de normas...’**⁷⁶. Por tanto, el camino democrático es una senda que transita por diversos criterios, iniciando en la igualdad como garantía de distribución no discriminatoria de cargas, deberes y derechos. Punto de partida y de algún modo de llegada, por cuanto **‘...la democracia tiene como supuesto la actuación de una conciencia homogénea entre los individuos en que ha sido atomizado el antiguo pluralismo social...’**⁷⁷.

Existen cuatro pilares que dan fundamento a un criterio moderno de *democracia*, como son los principios de libertad, igualdad, legitimidad y división de poderes.

Es importante la relación del concepto democrático con el significado que se dé al de *libertad*. Notamos que en una teoría democrática con fundamento en la libertad **‘...no se trata en absoluto de que el individuo que se integra en una sociedad civil bajo leyes generales ceda y pierda todos sus derechos...’**⁷⁸. Es oportuno aclarar que el concepto democrático tiene un criterio expansivo, esto es, que no se agota en su contenido político como veremos más adelante, de modo que la influencia del contenido de la libertad como garantía y la igualdad como su eficacia, representan factores nada despreciables para alcanzar su significado.

⁷⁶ Sentencia SU-747/98

⁷⁷ GARCIA-PELAYO, Ob. Cit. Pág. 170.

⁷⁸ BENDA, Ernesto. El Estado Social de Derecho. Manual de Derecho Constitucional, HESSE, Conrad-MAIHOFER, Werner- VOGEL, Juan J- HEYDE, Wolfgang- BENDA, Ernesto, Segunda Edición, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2.001, pág. Pág. 223.

En todo caso recordemos que en sus orígenes el contenido del principio democrático era sin duda político por cuanto surge como **‘...antítesis a un sistema de privilegios concretos que lesionan a ciertos grupos con poder social; ...los privilegios eran sobre todo de naturaleza política y jurídica, y las clases socialmente dirigentes sufrían por éstos y no por otros privilegios...’**⁷⁹. Este aspecto de la discusión es fundamental por cuanto revela el carácter proyectivo de la democracia en atención a la cual no se advierte como un esquema acabado, sino que depende precisamente de la madurez social y de las necesidades concretas de un conglomerado en un momento histórico determinado.

Nos parece así oportuno citar **GARCÍA-PELAYO** en cuanto a las siguientes notas de un sistema democrático, desde una visión política: **‘...a) la voluntad y actividad del Estado es formada y ejercida por los mismos que están sometidos a ellas; b) por consiguiente, el “pueblo” a quien se dirige el poder del Estado, es al mismo tiempo sujeto de este poder; su voluntad se convierte en voluntad del Estado sin apelación superior; el pueblo es pues, soberano...’**⁸⁰. Esta concepción es trascendente si se estima que existe una identidad política superior, el pueblo, que encarna la soberanía lo cual explica precisamente fórmulas en ese sentido como la de nuestro artículo 4 constitucional. En este sentido, la Corte Constitucional, escribe: **‘...La definición del Estado colombiano como democrático entraña distintas características del régimen político: por un lado, que los titulares del Poder Público ejercerán esa calidad en virtud de la voluntad de los ciudadanos, la cual se expresa a través de las elecciones; de otro lado, en lo que ha dado en llamarse democracia**

⁷⁹ GARCIA-PELAYO, Ob. Cit. Pág. 170.

⁸⁰ Ib.

participativa, que los ciudadanos no están limitados en su relación con el poder político a la concurrencia a elecciones para seleccionar sus representantes, sino que también pueden controlar la labor que ellos realizan e intervenir directamente en la toma de decisiones, a través de mecanismos como los contemplados en el artículo 103 de la Carta; y finalmente, y de acuerdo con la reformulación del concepto de democracia, que la voluntad de las mayorías no puede llegar al extremo de desconocer los derechos de las minoría ni los derechos fundamentales de los individuos...'⁸¹.

Sin pretender dar una explicación unanimita al respecto o que predique dogmática las ideas de LOCKE, podemos encontrar una idea de esta aspiración de cohesión social, con el respeto o apelación al valor de las mayorías, de modo que éstas representan la sujeción del individuo a un concepto de conglomerado y, en efecto cualquier individuo es consciente no solo de lo imperativo, sino de lo necesario de un acercamiento a condiciones de convivencia social y respeto por parámetros generales de conducta. Existe sin dudas un cuerpo político, figura que aunque abstracta representa una figura jurídica particular, hasta el punto que suele identificarse con el término nación, haciendo énfasis en el aspecto personal de las Repúblicas. Esta concepción política del principio democrático reconoce que el apego a las condiciones generales pactadas, en este caso por la Asamblea Nacional Constituyente, son fundamentales para la existencia misma del cuerpo político, notemos como, según la jurisprudencia de la Corte arriba citada, la mayoría no puede absorber de manera arbitraria individualidades, pero sigue siendo en todo caso un patrón de modulación de la vida social. Es por esto,

⁸¹ Sent. SU-747/98.

que la voluntad de la mayoría o dicho de otro modo, el interés general prima sobre el particular' (art. 1). No sobra en todo caso anotar, que como en la misma cita de la Corte, LOCKE no invoca un servilismo absoluto a las mayorías, sino que propende por una concepción de democracia, marcada por los criterios propios del liberalismo.

Entramos aquí en el problema de legitimación y legitimidad del sistema democrático, ya que, **'...la legitimación presupone la mediación legisladora entre los intereses reales de los individuos a través de la voluntad general dirigida hacia el bien común. Sin tal mediación no es posible una legitimación racional –formal y material- del gobierno de hombres sobre y para hombres...'**⁸². La legitimidad del poder público reposa entonces, en la idea del bien común, regida por la voluntad popular.

Es conveniente la última aclaración, porque nos adentra además en un concepto según el cual el fundamento democrático es la voluntad popular, resaltándose entonces el origen popular de las normas jurídicas de modo que como se había señalado, de algún modo los destinatarios de las normas son a la vez sus propios creadores. Vemos cómo nos adentramos a la razón de ser de fórmulas como la democracia directa y la participativa, consagradas en el artículo 3 de la Carta. Y los representantes de esa voluntad están sometidos no sólo a las normas por ellos mismos creadas, sino por la voluntad soberana del Pueblo, razón por la cual el artículo 133 de la Carta postula que **'Los miembros de los cuerpos colegiados de elección directa representan al pueblo, y deberán actuar consultando la justicia y el bien común.'** Esta última fórmula es una apuesta al

⁸² BENDA, Ernesto. El Estado Social de Derecho. Manual de Derecho Constitucional, HESSE, Conrad-MAIHOFER, Werner- VOGEL, Juan J- HEYDE, Wolfgang- BENDA, Ernesto, Segunda Edición, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2.001, pág. 227.

constituyente al sistema de *democracia representativa*, por la cual el **‘...representante lo es de la nación entera y no del grupo o distrito que lo ha elegido...’**⁸³, que resulta fundamental por cuanto la idea de representación queda vinculada con la de *elección*, razón por la cual el representante lo es del pueblo que lo ha elegido democráticamente y con él está comprometido.

En este orden de ideas, como lo veníamos reseñando, otros pilares democráticos serán la igualdad y dignidad. La condición de la democracia como igualdad, nos adentrará en un criterio evolutivo de la democracia, ya que la igualdad no es criterio acabado, sino programa de equiparación posible en derechos y garantías que determine la vigencia material universal de los derechos fundamentales. Así la democracia **‘...sólo puede materializarse a través de la igual participación de estos mismos ciudadanos con sus intereses reales en la organización política del Estado, que no puede ni debe ser gobernado sino a partir del interés común en el que coinciden o pueden al menos armonizarse estos distintos intereses...’**⁸⁴. Criterios inobjetables como que son postulados o principios generales del Estado, en nuestro caso consagrados en el artículo 1, como quiera que la igualdad es base material necesaria del pluralismo, pues la identidad sólo puede construirse con base en el respeto de la diferencia, con patrones de respeto de la dignidad personal, ya que la coherencia ideológica de esta aspiración reclama igualdad, protección y otorgamiento de trato y oportunidades pese a la discrepancia y diferencia.

⁸³ GARCIA-PELAYO, Ob. Cit. Pág. 181.

⁸⁴ BENDA, Ernesto. El Estado Social de Derecho. Manual de Derecho Constitucional, HESSE, Conrad-MAIHOFER, Werner- VOGEL, Juan J- HEYDE, Wolfgang- BENDA, Ernesto, Segunda Edición, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2.001, pág. 230.

Recordemos además que la soberanía radica en el Pueblo, criterio que no se refiere a una homogenización del individuo, sino al logro de máximos niveles de cohesión social, lo que no obliga la anulación de la persona individual, sino su exaltación por su contribución al consciente colectivo.

El nuevo valor de lo individual, inmerso en la existencia y trascendencia de lo colectivo, este último representado por el Estado y sus autoridades, reclama el diseño de un marco adecuado de relaciones que en nuestro caso se identifica en las previsiones del Preámbulo con relación a un marco jurídico democrático y participativo. Del mismo modo el Título I, en atención a los principios fundamentales del Estado, reafirma esta relación de manera que el artículo 1 predica la adopción de un Estado Social de Derecho organizado en forma de república democrática, participativa y pluralista. Esa persona jurídica, persigue claramente los fines señalados por el artículo 2, esto es, "facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación". Agreguemos a lo anterior, que como ente organizado de convivencia social, la República necesita la definición de un marco de valores y principios que encontramos sin duda en la fórmula que encarna la soberanía popular contenida en el artículo 5. Previsión que define el discurso de las autoridades públicas como destinatarias de un poder que proviene del Pueblo, del cual es su representante. Súmese a lo anterior el reconocimiento de la primacía de los derechos inalienables de la persona (CP art. 5), de diversidad étnica y cultural (CP art. 7) y de respeto a la autodeterminación de los pueblos (CP art. 9º). Escenario que construye las bases del ejercicio efectivo de la dignidad personal, y en consecuencia del nuevo valor del individuo frente al Estado. Según lo visto constituyen bases de nuestro sistema jurídico y lo dotan de una naturaleza democrática y participativa.

La democracia es ***división de poderes***. Como se desprende del artículo 113 de la Carta, el Estado colombiano reposa en una división tripartita del poder público lo cual representa que aunque los órganos del Estado colaboran armónicamente para la realización de sus fines, **tienen funciones separadas**'. Criterio que se opone a la concentración del poder, y en consecuencia al despotismo. Corresponde en sus orígenes a la idea de MONTESQUIEU de 'freno del poder por el poder', lo cual se consigue a través de la '**...división constitucional de poderes. Sin ella no hay libertad política posible. Tan pronto como vaya unido en la misma persona el poder legislativo con el ejecutivo, deja de existir la libertad. Sin embargo, tampoco hay libertad cuando el poder judicial no está separado del legislativo ni del ejecutivo, pues si fuera unido al poder legislativo, el juez sería al mismo tiempo legislador. Y si fuera al poder ejecutivo, el juez podría disponer del poder coactivo del opresor...**'⁸⁵.

La división de poderes resulta trascendente ya que desempeña el papel de fuente límite de competencias, condición básica que no ha cambiado en su filosofía de control del poder y seguridad jurídica desde sus inicios, pese a variantes y matices que ha terminado imponiendo un sistema dinámico de pesos y contrapesos, en donde alguna de las Ramas se verá, en ocasiones y materias, privilegiada en sus competencias, pero en todo caso sometida al control de las otras, verbi gracia, el sistema de estados de conmoción interior. Sistema de competencias que tiene tanta trascendencia, que la propia Carta señala unas propias a cada Rama del poder, como se evidencia en los artículos 114, 115 y 116, otorgando al Legislativo la facultad de reformar la Constitución, hacer las leyes y ejercer control político sobre el

⁸⁵ BENDA, Ernesto. El Estado Social de Derecho. Manual de Derecho Constitucional, HESSE, Conrad-MAIHOFER, Werner- VOGEL, Juan J- HEYDE, Wolfgang- BENDA, Ernesto, Segunda Edición, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2.001, pág. 237.

Gobierno y la administración; a la Ejecutiva la Jefatura del Estado, el Gobierno y la Administración, y a la Judicial la administración de justicia.

Este principio democrático contenido en nuestra Carta Política de 1.991, está dotado según la Corte Constitucional de un doble carácter **universal** y **expansivo**. Por **universal**, debemos entender que **'...compromete variados escenarios, procesos y lugares tanto públicos como privados y también porque la noción de política que lo sustenta se nutre de todo lo que vitalmente pueda interesar a la persona, a la comunidad y al Estado, y sea por tanto susceptible de afectar la distribución, control y asignación del poder social...'**⁸⁶. De modo que el Estado y sus instituciones, dentro de los límites del respeto de la libertad, autonomía y libre desarrollo de la personalidad (art. 16), se interesa por todos aquellos escenarios que por afectar al individuo, pueden tener incidencia en la sociedad como un conglomerado de los mismos, preocupándose de que el individuo tenga tanta democracia como la que sea necesaria para satisfacer sus intereses de justicia y convivencia pacífica en aras de su desarrollo personal; pero también de que el sujeto tenga tanta individualidad para que el Estado sea en realidad de hombres libres que acceden a derechos, pero que también cumplen deberes en aras de la prevalencia del interés general y público. Se busca en consecuencia, según lo veremos en un breve recuento normativo que sigue, la vigencia de individuos democráticos, esto es, de ciudadanos dotados de conciencia ética orientada al desarrollo de valores democráticos en el ámbito individual y grupal.

Ese valor universal del principio democrático que en resumen busca que la democracia no sea un discurso sino una manifestación histórica, social,

⁸⁶ Sentencia No. C-089/94. Expediente P.E.-004. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

individual y colectiva, se ve reforzado con su carácter **expansivo**, su papel como herramienta de superación del conflicto social, pues ‘...lo encauza a partir del respeto y constante reivindicación de un mínimo de democracia política y social que de conformidad con su ideario, ha de ampliarse progresivamente conquistando nuevos ámbitos y profundizando permanentemente su vigencia, lo que demanda por parte de los principales actores públicos y privados un denodado esfuerzo para su efectiva construcción...’⁸⁷. Es decir, la democracia, no es un programa acabado, sino una verdadera dinámica orientadora de la realidad social, que pese a tener un diseño constitucional básico, no se entiende como el máximo suficiente logrado, sino como el mínimo posible en el momento determinado, de manera que al legislador le está proyectado el deber impuesto por el Constituyente Primario de lograr que esos niveles se incrementen de abrumadora y efectivamente; así por ejemplo podrá llegarse a herramientas como el **voto programático** para elecciones presidenciales, y en consecuencia la posibilidad de **revocatoria del mandato**, o dadas las condiciones específicas y las conveniencias sociales, hacer imperativo propiciar la participación de la mujer o las minorías étnicas en las campañas presidenciales. En este orden de ideas, la Carta Política representa una importante modificación del sistema democrático. Esto se evidencia en la especial relación dialogal que los ciudadanos ostentan como derecho y facultad frente a las autoridades; circunstancia que se advierte con garantías tales como el **derecho de petición** (art. 23), **el derecho de reunión** (art. 37), **el derecho de asociación** (art. 38), **la libertad de expresión** (art. 20), entre otros, que fundamentados en el **libre desarrollo de la personalidad**, y en los **derechos de igualdad**, representan la participación ciudadana en la

⁸⁷ Sentencia No. C-089/94.

conformación, ejercicio y control del poder público, como uno de los pilares de nuestro sistema democrático.

Al anterior sistema es imperativo adicionar los mecanismos de protección de tales garantías, que se suman a las formas ordinarias de preservar la convivencia social otorgada por la jurisdicción ordinaria. Así por ejemplo, **los mecanismos de protección de los derechos fundamentales** (art. 86), que hacen efectiva la garantía material, real y efectiva de los citados derechos y constituyen en consecuencia, un valor fundamental de la democracia pues la misma, entendida como mecanismo de control del poder en beneficio de los ciudadanos, se emparenta precisamente con herramientas tales como los citados mecanismos de protección, que son medios constitucionales de protección del individuo frente al actuar de las autoridades públicas. Cobran sentido entonces los mecanismos de participación consagrados en la Carta, específicamente en el artículo 40, tales como el **derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político**, otorgando facultades de nominación y autopostulación para así **elegir y ser elegido**. También encontramos **votaciones, plebiscitos, referendos, consultas populares, cabildos abiertos, iniciativas legislativas y revocatoria del mandato** (CP art. 103).

En estas condiciones encontramos entonces la consagración del voto programático (art. 259) que efectiviza el principio de democracia participativa y representativa, y permite a los ciudadanos el control de sus autoridades por vía del programa respectivo. Es evidente una mayor participación de los ciudadanos en las tareas propias de la reforma constitucional por la propuesta de un número equivalente al cinco por ciento del censo electoral vigente (art. 375) y se concede la oportunidad de someter a referendo las

reformas constitucionales aprobadas por el Congreso en materia de derechos y garantías fundamentales o de procedimientos de participación popular (art. 377).

Nuestro sistema ha escogido el sistema de partidos con una vocación pluralista como sustento del ejercicio político electoral (art. 107) garantizando en todo caso la participación de partidos y movimientos minoritarios (art. 113) como expresión del principio de igualdad (art. 112), la que se aspira proyectar mediante la participación de tales minorías en los organismos electorales. No dejamos de mencionar que no sólo se trata de un derecho, sino de un deber, participar en la vida política, cívica y comunitaria del país (art. 95-5).

En este orden de ideas debe recalcar que el sistema democrático no se agota en cuestiones de índole simplemente política, sino que se extiende como principio a una gama variada y extensa de ámbitos de la realidad social y jurídica colombiana. El ejercicio de la función administrativa, garantiza la participación efectiva de la mujer en los niveles decisorios de la administración (art. 40-7), y el legislador debe organizar las formas y los sistemas de participación ciudadana que permitan vigilar la gestión pública en los diferentes niveles administrativos y sus resultados (art. 270). Esta última aspiración se traduce en control efectivo de la actividad política de la Administración, pero también de todos los campos de la vida social. Así por ejemplo, en los distintos niveles de los servicios públicos, se extiende a la cobertura progresiva en salud (art.48) y el acceso a la misma (art. 49) con amplias facultades de participación de los particulares. Nótese además, que la comunidad educativa participará en la dirección de las instituciones de educación (CP art. 68), y que deben fomentarse las prácticas democráticas

para el aprendizaje de los principios y valores de la participación (CP art. 41).

En cuanto a la función legislativa, la ciudadanía puede intervenir en la presentación de proyectos de ley o de reforma constitucional (art. 155), que garantiza la posibilidad de que la realidad jurídica sea permeada por la voluntad popular mediante la transmisión directa de la misma según el proyecto de ley respectivo.

No menos habrá de decirse de la Administración de Justicia donde se prevé la participación ciudadana como jurados de conciencia o la condición de árbitros o jueces en equidad (art. 116) lo que democratiza sin duda la justicia en las materias que son susceptibles de tal participación y que se refieren precisamente a aspectos sensibles de la vida de las comunidades particulares, como los problemas entre vecinos. Es una especial forma de administración de la justicia penal o de la posibilidad de que un cuerpo técnico colegiado arbitral resuelva problemáticas particulares.

No se puede dejar de contar con el acceso igualitario a la Administración de Justicia (art. 228) y la posibilidad de participar en los procesos de control a la constitucionalidad de las leyes y actos legislativos, no sólo desde el punto de vista de acción (art. 241), sino con la posibilidad de intervenir en defensa o ataque de los mismos dentro de los respectivos procesos (art. 242).

En la órbita territorial, tenemos la participación directa y democrática en la elección de alcaldes y gobernadores (arts. 303 y 314) y la realización de consultas populares (art. 105). La economía, presupuesto y función de planeación, encuentran seria influencia del principio democrático. Así, los

trabajadores podrán participar en la gestión de las empresas (art. 57). Los trabajadores pueden aspirar al control accionario de las empresas privatizadas por la democratización accionaria (art. 60). En igual sentido, el Estado debe promover el acceso de los trabajadores agrarios a la propiedad de la tierra (art. 64). En el ámbito de las comunicaciones se proscribe el control arbitrario y excluyente, debiendo garantizarse la igualdad de oportunidades en el uso del espectro electromagnético (art. 75).

El sistema democrático como herramienta de logro de ciertos niveles de justicia, propende por ejemplo, que la distribución del gasto público y la participación en los ingresos corrientes de la Nación, tengan en cuenta el número de personas con necesidades básicas insatisfechas (CP arts. 350 y 357). Así se garantiza que los sectores más vulnerables de la población alcancen niveles de desarrollo y satisfacción, y que respeten el núcleo esencial de sus derechos mínimos como ciudadanos y personas dignas. Es un criterio democrático de redistribución de los recursos que logra que lo esencial se garantice al mayor número de individuos, como desarrollo del criterio democrático de prevalencia del interés público social, que se refleja en la posibilidad de participación ciudadana en la discusión de los planes de desarrollo (art. 342) y la representación de la comunidad en el CONPES (art. 340).

Del mismo modo, el componente democrático refleja a las organizaciones privadas tales como los colegios de profesionales, los sindicatos, los gremios, las organizaciones deportivas, las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales (arts. 26, 52, 39 y 103), en donde se exigen condiciones mínimas de igualdad de participación y condiciones democráticas de

conformación y dirección. Todo en garantía de una vida que contribuya al desarrollo personal, profesional y social dentro de los parámetros de igualdad, dignidad y pluralismo programados por la Carta.

Por otra parte, condiciones de apariencia más íntima o vedadas a la intervención estatal, han sido condicionadas por la voluntad del conglomerado social. Tal el caso de las relaciones familiares en las cuales, para superar antiguas condiciones de sumisión y abuso, en ejercicio de la igualdad como diferenciación y protección a condiciones sospechosas históricas de debilidad manifiesta, se ha consagrado la igualdad de derechos y deberes de la pareja como fundamento de las relaciones familiares promoviendo el respeto recíproco y castigando cualquier forma de violencia destructiva de su armonía y unidad (art. 42).

Finalmente, este amplio ejercicio democrático que como principio y elemento esencial definitorio se perfila en la Carta, tiene entre sus fundamentos un interesante elemento correspondiente a la participación activa de los jóvenes en los organismos públicos y privados que tengan a su cargo la protección, educación y progreso de la juventud (art. 45). Según lo visto, el espectro democrático al interior de la Carta es de tal amplitud, que no deja lugar a dudas que es elemento esencial definitorio de la misma, por cuanto, refleja la voluntad del Constituyente de que los ámbitos más diversos fueran influenciados por él mismo como expresión de la participación, la igualdad y reconocimiento de la dignidad de los ciudadanos.

Encontramos sin duda la existencia de un principio democrático vigente en la Carta Política, que determina importantes efectos en toda la vida nacional, pero para nuestro interés, debemos resaltar el impacto que el mismo tiene

en los administradores de justicia, tal como lo expone la Corte Constitucional: **‘...La interpretación constitucional encuentra en el principio democrático una pauta inapreciable para resolver dudas o colmar lagunas que puedan surgir al examinar o aplicar un precepto. En efecto, a la luz de la Constitución, la interpretación que ha de privar será siempre la que realice más cabalmente el principio democrático, ya sea exigiendo el respeto a un mínimo de democracia o bien extendiendo su imperio a un nuevo ámbito...’.**

Previsión fundamental al momento de examinar por ejemplo, el alcance de reformas constitucionales por cuanto al titular del control constitucional en sede de jurisdicción, no puede pasársele por alto la especial conformación y distribución del poder y los distintos niveles de participación en la vida social y política diseñada por el autor de la Carta, lo cual sin duda obliga a consultar una voluntad superior que ha dado en llamarse poder constituyente y de la misma, en especial, la referida al ***Poder Constituyente Primario***. Es sin duda, un problema de competencias, pues se refiere al poder para crear y reformar Constituciones, como la expresión de la máxima facultad normativa dentro de un Estado democrático.

1-6. Poder constituyente primario y derivado. Según lo visto la Democracia puede considerarse en general un sistema de distribución racional de competencias, derechos, garantías y fueros públicos y privados, esto es, una manifestación del control del poder al interior de un sistema republicano. Hacemos énfasis en tal condición porque, pretendemos reconducirlo al criterio general de ámbito de competencias. Pues, de manera general el principio democrático se refiere como control, a fueros y facultades de distintos órdenes, órganos, autoridades e individuos.

Así las cosas, desde el punto de vista formal, podemos analizar como el artículo 114 de la Carta, prescribe una diferencia entre reformar la Constitución y hacer las leyes. Lo cual, nos lleva a preguntarnos sobre la existencia de diversas facultades sobre esta materia. Al respecto, la Corte Constitucional expresa: **'...El poder constituyente es el pueblo, el cual posee per se un poder soberano, absoluto, ilimitado, permanente, sin límites y sin control jurisdiccional, pues sus actos son político-fundacionales y no jurídicos, y cuya validez se deriva de la propia voluntad política de la sociedad. Casi siempre su manifestación va acompañada de una ruptura del orden jurídico anterior. El poder del pueblo es anterior al derecho, fuente del derecho, esencia del derecho e, igualmente, modificador de todo el derecho, inclusive el derecho constitucional...'**⁸⁸.

En este orden de ideas, se identifica un poder soberano en la creación de Cartas Constitucionales y por lo tanto, de reformarlas. Pues, cambiar la naturaleza y sustancia de algo, es una expresión de esa potestad creadora. Justamente, como hemos visto, la doctrina constitucional moderna parte del supuesto de la soberanía popular y en consecuencia, la imposibilidad material de una plena democracia directa, conlleva la necesidad de un criterio del papel de la Constitución como control límite del poder.

Se realiza una primera división de facultades, pues el poder controlado no puede tener facultades omnímodas en cuanto a la intervención en la fuente de control, como es la Carta Política. Así, escribe **GONZALO RAMÍREZ CLEVES**: **"...Como afirma MATTEUCCI: 'De la soberanía del pueblo**

⁸⁸ Sent. C-544/92. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

pasamos así a un poder ‘constituyente’ ilimitado, que establece los poderes ‘constituidos’ que deberán actuar dentro de los límites marcados por la misma constitución. Así, los representantes encargados de escribir las constituciones tienen poderes ilimitados respecto a los representantes ordinarios y pueden ejercitar una verdadera y propia ‘dictadura soberana’ en nombre del pueblo...”⁸⁹. Entonces, sin entrar en discusiones más profundas del origen del poder constituyente, podemos identificar dos momentos competenciales diferentes, que obedecen según lo vimos en el texto constitucional a dos finalidades también diferentes. Uno comprenderá un poder creador de la Carta Política en cuanto tiene la facultad inclusive de establecer los poderes que le son anejos. Este poder es descrito como ilimitado, lo que nos adentra en el carácter de poder creador y como tal, poder en inicio ajeno a límites, porque en sus orígenes parte de su propia voluntad como factor regulador de su propia manifestación. Del mismo discurso observamos también, un poder constituido, esto es, derivado del poder soberano superior, de modo que como procedente de otro, tiene límites, por cuanto los actos derivativos, siempre están condicionados por la voluntad que les da origen.

Estas nociones, que encarnan las distinciones entre Poder Constituyente Primario y Poder Constituyente Derivado, nos reclaman comentar las nociones de **causa** y **finalidad** del poder constituyente. Esta dualidad de identidades es importante pues como anota BIDART CAMPOS: **“...Heller conjuga dos aspectos. Por un lado considera como poder constituyente a aquella voluntad política cuyo poder y autoridad están en condiciones de determinar la existencia de la unidad política de un todo. Pero por otro lado, admite que una constitución precisa algo más**

⁸⁹ Ramírez Cleves, Gonzalo, Los Límites a la reforma constitucional y las garantías-límites al poder constituyente. Universidad Externado de Colombia, Bogotá. 2003.

que una relación fáctica de dominación para valer como ordenación conforme a derecho, y ese algo más es una justificación según principios éticos de derecho..."⁹⁰. Dicho de otra manera, se trata de la conjugación de dos momentos de voluntad diferentes, pero complementarios el uno del otro. En tanto que en un momento determinado se requieren verdaderos actos de constitución, esto es, de momentos más impactantes creativos de normas que prefiguren la realidad social, dotándola de esencia y contenido, como es el caso de la creación de textos constitucionales. Pero, además, como no todas las realidades sociales están sometidas al constante impacto creador, sino que son suficientes actos de recomposición o adecuación, un actuar finalista reclama que las realidades constitucionales se reacomoden según cauces jurídicos ya preestablecidos. El poder constituyente es causa de la Carta en cuanto le da origen. Pero, a la vez, es finalidad en cuanto persigue la realización de principios, que no se agotan en un solo instante social, sino que reclaman una dinámica que se reacomode a las mismas, en cuanto sea necesario.

En este orden de ideas, el Poder Constituyente Primario, es **"...la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo. De las decisiones de esta voluntad se deriva la validez de toda ulterior regulación legal-constitucional. Las decisiones como tales son cualitativamente distintas de las normaciones legal-constitucionales establecidas sobre su base..."⁹¹**. Y, es que es una consecuencia lógica necesaria, que si existe un poder anterior al derecho, como quiera que como

⁹⁰ Bidart Campos, Germán. La Interpretación y el Control Constitucionales en la Jurisdicción Constitucional. Editorial EDIAR. Buenos Aires, 1987. pag 22

⁹¹ SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución. Ed. Nacional. México 1.970, pags. 86 y 87.

identidad nacional puede o, al menos, fue en algún momento anterior al Estado, tenga este la facultad de conservar dicho poder configurativo y primario. De modo que **"...Si hay un poder constituyente del que el pueblo es titular, éste puede actuar al margen de lo dispuesto en la Constitución, reformándola también al margen del procedimiento de reforma que la Constitución prevea o incluso aunque la Constitución se declare irreformable..."**La Constitución es válida -añade el catedrático español- porque procede de quien tiene el poder de darla, y es válida incondicionalmente porque ese poder no tiene limitación alguna ya que, en cuanto poder originario, no está sometido a normas..."⁹². De tal modo, existe en consecuencia, una distinción sustancial entre los poderes que encarnan directamente de la soberanía popular, que la doctrina y los textos constitucionales han reservado para el pueblo, esto es, para el poder constituyente primario y, los que emanan o son delegación de dicho poder, que será, el poder constituyente derivado.

Esta diferencia en cuanto a competencias y facultades, determina que el ámbito de legitimidad es diferente. Ya que, entre el Pueblo y las diferentes manifestaciones de su poder existirá siempre un nexo directo, tal ocurre en casos como el de la Constitución Política de 1.991, creada a partir de una Asamblea Nacional Constituyente. De modo que el poder creador provenía directamente de la voluntad popular. En cambio, el poder legislativo, como constituyente derivado, dependerá siempre del poder encausador de la Carta, ostentando en consecuencia, una relación indirecta. La legitimidad del Poder Constituyente Primario consistirá entonces en un acto de voluntad. En tanto que, la del Derivado, comprende un acto de sujeción, como

⁹² De OTTO, Ignacio. Derecho Constitucional, Sistema de Fuentes. Ed. Ariel Derecho. Barcelona 1.987, pag 53.

subordinación a la estructura jurídica proveniente de la autoridad superior creadora de textos constitucionales.

La esencia entonces, del poder constituyente, es la necesidad de conformar realidades jurídicas relacionadas con la existencia del Estado y sus autoridades, que es propia de los textos constitucionales; expresión sustancial del poder constituyente. Y, más allá, existe un criterio de poder superior de conformación de esta voluntad o poder, no sometido a límites, como quiera que es acto directo de manifestación de la soberanía popular. Si la soberanía, es expresión de la voluntad del pueblo, no podrá ser soberana si tiene límites que provengan de orígenes distintos a tal querer. Contrario, a como ya lo señalamos, a unos poderes que como constituidos, son en consecuencia limitados, como el poder del Parlamento de reformar la Carta, que no proviene ni puede provenir de su propia voluntad, sino que emana de la superior voluntad popular.

No obstante, este poder continuaría siendo un valor abstracto, sino se le une a su concepción filosófica el valor del componente democrático y, el principio de primacía constitucional, antes tratados. Porque, finalmente, es el imperativo de pleno apego a la Carta (art. 4) el que mantiene bajo límite al poder constituyente derivado, en tanto que la validez de sus actos y la comprensión social de la legalidad de los mismos, depende del respeto a la Constitución como norma superior. De modo que la presión social y sobre todo, el ejercicio de las facultades jurisdiccionales por vía del control constitucional o administrativo, garantizará una prevención general intimidante respecto de actos que agraven la Carta, desconociendo los límites de competencia que se vienen tratando o, cuando se trata de simples actos de inconformidad entre el texto de la misma y las leyes ordinarias.

Y, por otra, parte, la Carta como hemos señalado, garantiza la división de poderes y el respeto de los derechos, como fundamento del principio democrático. Lo cual, nos reclama el reconocimiento del juego de poderes que el Constituyente Primario dotó en la Carta y, el respeto a los derechos que el mismo concedió como ‘cartas de libertad’, esto es, como mecanismos de control del poder.

En desarrollo de los anteriores razonamientos, encontramos una correspondencia lógica con la postura que entiende la Constitución como **‘...la elaboración político normativa que da base al Estado democrático de derecho que refleja y es producido por un poder constituyente a su vez democrático y superior. Es una elaboración política porque le da base o sentido a un determinado sistema de organización que se funda en democracia...es un fenómeno normativo porque...se convierte en el sistema normativo por medio del cual se limita y garantiza el ejercicio del poder en democracia...’⁹³.**

El Poder constituyente es de tal forma, ante todo, un poder democrático, y como tal, reclama el respeto de las reglas de juego, que como criterios de competencia, la Carta ha postulado. Ya que, como escribe un autor antes tratado **‘...no se puede hablar de la existencia de una constitución en estricto sentido si no se protege dentro del sistema jurídico la superioridad jerárquica de esta por intermedio de los mecanismos de garantía de supremacía....’⁹⁴.** Lo que nos recuerda, como veremos en el capítulo 2, que el procedimiento de reforma tiene una sustancialidad especial

⁹³ Ramírez Cleves, Gonzalo, Los Límites a la reforma constitucional y las garantías-límites al poder constituyente. Universidad Externado de Colombia, pág. 41, Bogotá. 2003

⁹⁴ Ramírez Cleves, Gonzalo, Ob. Cit, pag. 49.

que lo distancia del propio de leyes ordinarias y que está sometido en todo caso, al control constitucional de la reforma tanto por vicios de procedimentales, como por agravios a los elementos esenciales definitorios de la Constitución. Por tales razones, afirma la Corte Constitucional: **‘...El Congreso es entonces un poder constituyente pero derivado, por lo cual la reglamentación legal del procedimiento de reforma constitucional está sujeto al control por la Corte Constitucional, pues tiene que ajustarse a lo previsto en la propia Carta. El Legislador puede entonces interpretar con autoridad las leyes que él mismo ha expedido (CP art 150 ord. 1º) pero no puede interpretar, con autoridad y de manera auténtica, la propia Constitución, pues dejaría de estar sometido a la Carta, que es norma de normas (CP art. 4º)...’**⁹⁵. Son de tal modo, límites al poder derivativo, que provienen por una parte del criterio formal de la Carta, que como se verá en el capítulo correspondientes a las prohibiciones de reforma de la Carta, provienen de su propio contenido, pero a su vez, son materiales pues son encarnación de la principio de primacía constitucional y del valor esencial de ciertos elementos definitorios de la identidad de la Constitución. Estas estimaciones del poder constituyente, en particular de las diferentes manifestaciones que cobra en atención, al fuero de su competencia, tienen plena eficacia al momento de consultar los procedimientos que la Carta Política reglamenta, como válidos para reformarla.

1-7. Procedimiento de reforma de la Carta Política.

La reforma constitucional es una manifestación del poder constituyente y está técnicamente limitada por la naturaleza del texto constitucional. Que

⁹⁵ Sent. C-836/96. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

viene determinada por la forma de modificación prevista por la propia Carta. Así, pueden clasificarse las normas constitucionales en **rígidas** o **flexibles**, clasificación que obedece a una comparación con el proceso de reforma de una ley ordinaria. Así, la Constitución será **flexible**, si su reforma se realiza en la misma forma que la de una ley ordinaria; lo que materialmente representa un resquebrajamiento del principio de primacía constitucional. Y, será **rígida**, cuando en comparación que las normas ordinarias, el procedimiento de reforma de la Carta, ostenta una naturaleza distinta.

Desde este punto de vista, la Carta Política colombiana es rígida y, el Título XIII constitucional consagra el procedimiento de reforma y el Capítulo VII de la ley 5 de 1.992, del proceso legislativo constituyente. De tal forma, entre los artículos 374 a 379 se establecen los mecanismos para tal finalidad. Es oportuno, señalar en estas circunstancias, que el artículo 380 corresponde a la derogatoria de la Carta anterior, facultad reservada al Poder Constituyente Primario.

En cuanto a la iniciativa reformativa, el artículo 374 la otorga al Congreso, una asamblea constituyente o el pueblo mediante referéndum. Redacción común al artículo 218 de la ley 5 de 1.992. Es de especial interés manifestar como el Congreso disfruta de una facultad constituyente permanente, en tanto que la misma no entre en colisión con la que es propia de la Asamblea Nacional Constituyente, según lo prevé el artículo 220 de la ley 5 de 1.992, por cuanto, entre tanto, **‘quedará en suspenso la facultad ordinaria del Congreso para reformar la Constitución durante el término señalado para que la Asamblea cumpla sus funciones.’** Manifestación palmaria de la prioridad del Poder Constituyente en cabeza del Pueblo Soberano y que,

demuestra el carácter subordinado del segundo, puesto que no puede competir en el ejercicio simultáneo del poder constituyentes.

a- REFORMA POR EL CONGRESO:

Las reformas expedidas por el Congreso de la República se denominan **actos legislativos**, que tienen como lo enuncia el artículo 221 de la ley, la finalidad de modificar, reformar, adicionar o derogar los textos constitucionales. En estas condiciones, la iniciativa constituyente, como la denomina el artículo 223 de la ley 5, en concordancia con el artículo 375 constitucional, la tienen El Gobierno Nacional, un número diez miembros del Congreso, un número de ciudadanos igual o superior al cinco por ciento (5%) del censo electoral existente en la fecha respectiva; un veinte (20%) por ciento de los Concejales del país y un veinte (20%) por ciento de los Diputados del país. Es particular anotar como al Gobierno Nacional, se la otorga una competencia en atención a su unidad, sin requerirse condiciones numérica, por ejemplo la participación del Consejo de Ministros como ocurre en los estados de excepción; lo cual es entendible si se estima no solo el carácter presidencialista de nuestra democracia, sino que dada la condición de Jefe de Estado que ostenta, y en atención al principio consagrado en el artículo 188, según el cual simboliza la unidad nacional, se estima que su representación democrática justamente proviene de una aspiración más unitaria que la del Congreso y las demás corporaciones públicas, que se conforman justamente de pluralidad de movimiento e idearios políticos. Por otra parte, la Carta Superior, es el máximo programa político social, en consecuencia, a quien ostenta tal calidad, como máxima autoridad administrativa, debe confiársele la posibilidad de participar mediante su iniciática en la configuración de tal plan superior.

Publicación en la Gaceta. El proyecto de Acto Legislativo debe publicarse en la Gaceta del Congreso antes de darle curso en la Comisión respectiva (art. 157-1 C.P y art.144 -ley 5/92).

- Informe de ponencia. El acto legislativo deberá tener informe de ponencia en la respectiva comisión encargada de tramitarlo, y a él deberá dársele el curso correspondiente (art. 160 C.P.)

- Publicación. Aprobado el proyecto en el primer período, el Gobierno deberá publicarlo (art. 375 C.P.).

- Debate e iniciativas: De acuerdo con los artículos 375 constitucional y 224 de la ley 5 de 1.992, tendrá lugar en dos períodos ordinarios y consecutivos; los cuales comprenden una legislatura, a saber, el primero comienza el 20 de julio y termina el 16 de diciembre; y el segundo, desde el 16 de marzo hasta el 20 de junio. Las mayorías para la primera vuelta serán simples, pero las de la segunda, reclaman ser absolutas (arts. 375 Const. Pol., 225 Ley 5).

- *Términos*. Entre el primero y segundo debate deberá mediar un lapso no inferior a ocho (8) días, y entre la aprobación del proyecto en una de las Cámaras y la iniciación del debate en la otra, deberán transcurrir por lo menos quince días (art. 160 Const Pol).

- Modificaciones: En la segunda vuelta, sólo podrán debatirse iniciativas presentadas en la primera, las que siendo negadas, no podrán ser consideradas nuevamente. En este punto, existe una diferencia entre la introducción de disposiciones a la iniciativa, lo cual invalida el trámite y, el simple cambio o modificación de las mismas, que estará sometida a la condición de que no que no altere la esencia de lo aprobado inicialmente sobre la institución política que se reforma.

-Rechazo de propuestas. En el informe para la Cámara plena en segundo debate, el ponente deberá consignar la totalidad de las propuestas que fueron consideradas por la comisión y las razones que determinaron su rechazo (art. 160 Const. Pol).

- Unidad de materia. Los Actos Legislativos también deben cumplir con esta exigencia constitucional, en cuyo caso, como ya lo expresó la Corte⁹⁶ el "asunto predominante del que ellos se ocupan, no es otro que la reforma de determinados títulos, capítulos o artículos de la Constitución, o la adición de ella con disposiciones que no están incorporadas en la Carta pero que se pretende incluir en su preceptiva" (art. 158 Const Pol).

- Título. El título del Acto Legislativo deberá corresponder exactamente a su contenido, y a su texto precederá esta fórmula: "El Congreso de Colombia, DECRETA :"(art. 169 Const Pol).

b- REFORMA POR ASAMBLEA NACIONAL CONSTIYUYENTE:

El artículo 228 de la ley 5, prescribe: **‘Podrá el Congreso disponer que el pueblo, en votación popular, decida si convoca una Asamblea Constituyente. Ello se entenderá si así lo aprueba, cuando menos, una tercera parte de los integrantes del censo electoral.’**

El procedimiento para hacer efectivo este mecanismo de reforma, integra el artículo citado, el 376 constitucional y Título VI de la ley 134 de 1.994.

Iniciativa: El Congreso de la República, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una u otra cámara. Es particular que la propia Carta, reservara en el Congreso de la República la facultad de convocar a

⁹⁶ Sent. C-222/97 M.P. José Gregorio Hernández Galindo

una Asamblea Nacional Constituyente. La ley de convocatoria debe definir el número de delegatarios, el sistema para elegirlos, la competencia de la asamblea, la fecha de iniciación y su período.

- Control de constitucionalidad: La ley convocante, está sometida a control automático de constitucionalidad formal.

- Tarjeta electoral: La tarjeta electoral tiene el diseño especial, según el cual, se debe optar entre sí o no convocar la Asamblea y, los temas que serán competencia de la misma.

- Convocatoria: La misma requiere la aprobación cuando menos de la tercera parte del censo electoral. En este caso, según el artículo 62 de la ley 134 de 1994, las reglas definidas por el pueblo en la consulta no podrán ser variadas posteriormente; pese a que el artículo 376 de la Carta postula que la Asamblea adoptará su propio reglamento. Esto último indicativo, que a pesar de que la Asamblea ostenta la condición de poder constituyente primario, en todo caso, pareciera ser que el legislador limitara con ello la facultad de la Asamblea, no obstante no se pierda de vista que la misma proviene en inicio de la voluntad expresada por el pueblo soberano con relación a un texto puesto previamente a su consideración. Sin embargo, estimamos según lo visto a lo largo de este capítulo que en caso de una Asamblea Nacional Constituyente que como expresión del poder constituyente primario, puede darse su propio reglamento según la Carta, los excesos en esta materia serían finalmente resueltos por la legitimación que da la validez práctica de las decisiones del poder constituyente. No puede decirse, inicialmente, que desbordan límites, quien precisamente, no los tiene.

- Realización de la consulta: La ley distingue entre la convocatoria a la Asamblea y la elección de sus delegatarios (art. 63). La consulta, deberá realizarse entre los dos y seis meses de la expedición de la ley convocante. Y, la elección de los delegatarios, tendrá lugar en los mismos términos, contados a partir de la promulgación de los resultados por el Consejo Nacional Electoral. Es de advertirse que ninguna de las dos votaciones puede coincidir con otro acto electoral; previsión importante como quiera que está en juego la definición de reglas constitucionales y en consecuencia, la existencia misma del Estado y el régimen democrático.

C- REFERENDO CONSTITUCIONAL:

Por el referendo, el pueblo aprueba o rechaza las decisiones normativas de las autoridades, manifestadas expresamente en un texto. Nuestra Constitución distingue: a) **El Referendo derogatorio**, que implica la insubsistencia de un texto normativo. b) **El Referendo aprobatorio**, el cual se prevé como mecanismo para reformar directamente la Constitución y para refrendar las reformas constitucionales que el Congreso aprobare en relación con los derechos fundamentales y sus garantías, con los procedimientos de participación popular o con el Congreso mismo.

a) Referendo derogatorio:

- Iniciativa: El referendo derogatorio, por un cinco por ciento (5%) de los ciudadanos que integren el censo electoral.

- Espacio temporal: Dentro de los seis (6) meses siguientes a la promulgación del acto legislativo.

- Materias: a) A los derechos reconocidos como fundamentales en el Capítulo 1 del Título II de la Constitución y a sus garantías; b) A los procedimientos de participación popular, y c) Al Congreso de la República. Notamos como en este caso, la participación del poder popular, tiene por decisión de propio poder constituyente, limitadas las materias sobre las cuales puede versar el referendo derogatorio.

- Derogatoria: La reforma se entenderá derogada, por el voto negativo de la mayoría de los sufragantes, siempre que participe al menos la cuarta parte del censo electora.

b) Referendo aprobatorio:

- Iniciativa: Del Gobierno o de un número de ciudadanos igual o superior al cinco por ciento (5%) del censo electoral existente en la fecha respectiva.

- Materias: Los proyectos de reforma constitucional que el mismo Congreso incorpore a la ley. Esta alusión a la ley, es evidente ya que los artículos 378 de la Carta y 229 de la ley 5, dispone que para el efecto se reclama la expedición de una ley; ley a la cual la Corte Constitucional le ha dado un carácter especial: **‘...La ley de referendo es entonces una ley convocante, que incorpora un proyecto de reforma constitucional, que debe ser sometido a consideración de la ciudadanía, y en ese sentido la expedición de la ley es uno de los pasos de la reforma constitucional. Se trata pues de una ley aprobada por el Congreso como legislador, no como titular del poder de reforma, pero orientada a que se reforme la Constitución por medio de la participación ciudadana directa al pueblo, como titular del poder de reforma. Estos elementos, tal y como ya lo había señalado esta Corte en el auto del 20 de enero de 2003, confieren a la ley de convocatoria a un referendo constitucional unas “*características especiales*”, que han sido definidas por la propia**

Constitución...⁹⁷. Debe aclararse que en este caso, la ley no contiene por sí misma las modificaciones constitucionales definitivas, sino que se trata de una condición instrumental, pues contiene solo las propuestas que deberán ser aprobadas, para entrar a formar parte de la Carta Política.

- Materias: A diferencia del derogatorio, la Carta no le impone límites a la naturaleza de los temas, que pueden ser objeto del mismo. Sobre este particular, debe recalcarse que el artículo 378 constitucional y el 229 de la ley 5, determinan un ámbito de libertad real en la votación, por lo cual el referendo será presentado de manera que los sectores puedan escoger libremente, en el temario o articulado, entre votar positiva o negativamente.

- Aprobación: La ley convocante reclama la aprobación por mayoría absoluta de los miembros de ambas cámaras. Y, la reforma para adquirir fuerza constitucional requiere el voto afirmativo de más de la mitad de los sufragantes, siempre que participe la cuarta parte del total del censo electoral vigente (art. 378 Const. Pol.).

Según lo visto en este capítulo, la Constitución tiene una primacía, que en atención a sus contenidos de deberes, derechos y garantías, hace efectiva la especial connotación del Poder Constituyente Primario. De modo que la especialidad de las normas constitucionales, unido a la también especial condición del poder del pueblo como titular de la soberanía, entrañan la especial fórmula de competencia que determina que la Carta Política como máxima expresión de soberanía, contenga unos elementos particulares que emanan directamente de la voluntad del poder primario constituyente. De tal modo, si estos especiales elementos emanan de una voluntad superior a la del órgano de reforma o al que se define como poder constituyente derivado,

⁹⁷ Sentencia C-551/03. M.P. Dr. Eduardo Montealegre Linett.

notamos como este último tiene límites en cuanto al poder de reforma de la Carta. Ya que una de las especiales condiciones del poder constituyente primario es que como poder absoluto y soberano no puede ser sustituido por el que ejecutan las autoridades que de él emanan; pues las mismas son representantes de la voluntad popular, no sus plenas delegatarias. De lo contrario, la Carta Política perdería su valor supremo y estaría sometida a la intromisión constante de un poder que en cuanto derivado es solo reflejo de la voluntad popular, pero no al punto de poder sustituir su identidad. De manera que cobran vigencia los conceptos de reforma y sustitución de la Carta, que analizados en ámbito de competencias propios de los poderes mencionados, nos permitirán conocer cuando el Derivado ha excedido sus facultades, tornándose en simple usurpador de las que es titular exclusivo el Poder Constituyente Primario.

CAPÍTULO 2

LÍMITES AL PODER DE REFORMA DE LA CARTA POLÍTICA.

2-1- Poder de reforma.

Las normas constitucionales pese a su especial naturaleza, son como todas las demás reglas de condición normativa realidades variables, pues destinadas a regular el comportamiento humano están sometidas a las modificaciones y nuevas condiciones de la vida en sociedad. Por estas razones, no resultan acordes con el nuevo constitucionalismo Cartas Políticas que no estén abiertas a posibilidades de reforma de distinto origen.

No obstante, según lo visto en el aparte pertinente, los competentes para la creación de normas constitucionales tienen diferencias en cuanto al ámbito de su facultad, entre otras circunstancias, en razón de su origen. En este orden de ideas, se anota que **"...las modificaciones que experimentan las relaciones sociales, económicas o políticas son las responsables de que una norma constitucional, que parecía razonable y suficiente en el momento de crear la constitución, haya perdido su capacidad funcional y tenga que ser, por lo tanto, completada, eliminada o acoplada de alguna otra manera a las nuevas exigencias en interés de un desarrollo sin fricciones del proceso político"**⁹⁸.

De tal manera el poder constituyente representa la intervención en una serie de circunstancias fácticas y jurídicas que propician la adopción de normas constitucionales. Pero, como lo hemos insinuado en precedencia, existen

⁹⁸ LOWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución. Ed. Ariel Derecho, Barcelona 1.986, pag. 170.

diferencias notorias entre otorgar una Carta Superior y realizar modificaciones a la misma.

El poder Constituyente Primario tiene un amplio poder creativo de conformidad con el principio de soberanía popular (art. 3). Empero, el poder Constituyente Derivado, otorgado al Congreso de la República tiene límites definidos por la identidad de la Carta Política construida por el poder Primario constitucional. En este orden de ideas, autores como LUIS CARLOS SÁCHICA, distinguen las limitaciones del poder constituyente primario de las del poder constituyente derivado, atribuyendo al primero sólo limitaciones fácticas y, al segundo, le adiciona limitaciones jurídicas⁹⁹. El límite del Primario serán entonces las circunstancias sociales materiales que reclaman su intervención en un determinado momento social, es la necesidad, la voluntad o el idealismo el que limita en ese concepto el poder soberano del pueblo. En tanto que al poder Derivado no le son suficientes la urgencia o expresión de los hechos para modificar la Carta, reclamándosele además el apego a los límites jurídicos emanados entre otros de manera principal del propio texto constitucional, que entre otras cosas, proviene en su identidad como tantas veces se ha indicado en este trabajo, de la voluntad del Constituyente Originario.

En consecuencia, el poder de reforma es poder constituyente, pues el Congreso de la República comparte dicho poder por ministerio de la Carta, junto con el poder Constituyente Derivado; pero dicho poder es poder condicionado por una voluntad superior, ya que **‘...el reformador de la Constitución no es soberano y ejerce una competencia limitada por las normas adoptadas por la Asamblea Constituyente en 1991... La Corte**

⁹⁹ SACHICA, Luis Carlos. Esquema para una Teoría del Poder Constituyente. Monografías jurídicas No.4, Ed. Temis, Bogotá 1.986, pags. 69 y 70.

enfatisa que el único titular de un poder constituyente ilimitado es el pueblo soberano, en virtud del artículo 3º de la Carta. En 1991 el poder constituyente originario estableció un poder de reforma de la Constitución, del cual es titular, entre otros, el Congreso de la República que es un órgano constituido y limitado por la propia Constitución y, por lo tanto, solo puede ejercer sus competencias “en los términos que esta Constitución establece”, no de manera ilimitada. El Congreso, aun cuando reforma la Constitución, no es el detentador de la soberanía que “reside exclusivamente en el pueblo”, el único que puede crear una nueva Constitución...’. El Poder Constituyente Originario tiene íntima relación con el concepto de soberanía popular y, el poder derivativo en cuanto representante, no detentador de tal soberanía (art. 3), es un interlocutor válido para interpretar esa voluntad reformando la Carta, pero en modo alguno de forma ilimitada.

Por ende, de acuerdo con el artículo 374 constitucional, la Carta puede ser *reformada* por el Congreso. De acuerdo a los contenidos constitucionales y a la jurisprudencia que ha sido y será objeto de desarrollo en este trabajo, se mirará como reformar corresponde a un criterio antónimo a los de derogación y sustitución. En tal sentido la actividad de reforma concedida al Congreso de la República, es una acción complementaria de la propia del Constituyente Primario, pues a éste, le está exclusivamente concedida la majestad para la creación y derogación de normas constitucionales.

De tal modo, como ejercicio de facultad, el poder de reforma es actividad limitada por el concepto de *competencia*, y precisamente la competencia del Congreso de la República, está estrictamente referida a *reformar* la Carta Política; cualquier ejercicio adicional implica *sustitución*, criterio que más

adelante se desarrollará. Al respecto advierte la Corte Constitucional: **‘...En el artículo 379 de la Carta se establece que la Corte debe controlar que el reformador respete todos “los requisitos” establecidos en el Título XIII de la Constitución, el primero de los cuales es precisamente la competencia del órgano que expide la reforma regulada en el primer artículo de dicho Título. Esta competencia es un presupuesto para que dicho órgano, en este caso el Congreso de la República, pueda luego seguir el trámite para modificar válidamente la -Constitución...’**¹⁰⁰.

Es este un punto fundamental al momento de abordar el objeto de esta obra, como quiera que existen criterios que desestiman el ataque a los Actos Legislativos por aspectos diversos a los vicios de forma; como quiera que en una lectura del artículo 241-1 constitucional desentrañan que los **‘estrictos y precisos términos’** de tal artículo se refieren solo a **‘los vicios de procedimiento’** en su formación, criterio que también parecen desentrañar de lo previsto por el artículo 379 de la Carta, tal la doctrina de los magistrados NILSON PINILLA, HUMBERTO SIERRA PORTO. No obstante esta lectura, desconoce los criterios que se derivan de una interpretación finalísima y teleológica de la propia Carta.

Primero debe advertirse que en efecto el artículo 241-1 se refiere a cuestiones atinentes a ‘vicios de procedimiento’ en la formación del acto legislativo respectivo, sin embargo no puede identificarse este criterio con la simple alusión a la forma privada de contenido, como quiera que el propio artículo 228 dice que en las actuaciones de la Administración de Justicia, a la cual no es ajena la Corte Constitucional, prevalece del derecho sustancial. En esta finalidad no puede desconocerse que son fines esenciales del

¹⁰⁰ Sent. C-1040, Exp. D-5645. Oct. 19/2.005, M.P. Drs. Manuel J. Cepeda E. Rodrigo Escobar G, Marco Gerardo Monroy C., Humberto Sierra P., Alvaro Tafur G, Clara Inés Vargas H.

Estado y que en consecuencia condicionan el ejercicio de las facultades que emanan de la Carta y la ley, *garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución* (art. 2).

A lo anterior debe agregarse que el artículo 374 de la Carta expresamente otorga solo poder de *'reformar'* la Constitución. Criterio que debe examinarse en cuanto a su contenido original examinando lo previsto por el artículo 380 constitucional que tiene un acto expreso de *derogación* emanado de la Asamblea Nacional Constituyente como manifestación del poder Originario o Primario de creación de normas constitucionales; normas que deben analizarse en bloque con lo previsto por el artículo 59 transitorio de la Constitución de 1.991: **'La presente Constitución y los demás actos promulgados por esta asamblea constituyente no están sujetos a control jurisdiccional alguno.'** Postulamos que lo fundamental de este bloque, desde la lectura teleológica del artículo 59 transitorio citado, es que la Asamblea Constituyente quiso conservar la identidad de la Carta de intromisiones distintas a su voluntad manifestada como poder Constituyente Originario. Por esta razón la Corte Constitucional con relación al artículo mencionado afirma: **'...la intangibilidad de la Constitución Política no es un golpe de Estado, no es una brecha en el Estado de Derecho, ya que si el Constituyente primario es capaz de dar una nueva constitución aún en contra de la anterior, como en efecto ocurrió, a fortiori puede en todo momento establecer cláusulas que garanticen la estabilidad del nuevo ordenamiento, máxime cuando éste es democrático y humanista. En el derecho comparado contemporáneo, la finalidad de una Constitución tiene también carácter intangible. Es el caso de Alemania donde el numeral 3º. del art. 79 dice: "Es inadmisibles toda modificación de la presente Ley Fundamental que afecte... [los Derechos**

Fundamentales]". En la Constitución Nacional española el artículo 168 establece así mismo un procedimiento calificado para reformar los temas que tratan el fundamento del Estado. Y en la Disposición Final Transitoria No. 12 de la Constitución Italiana se hace lo propio...'¹⁰¹. El Constituyente Primario no habría consagrado normas como las citadas y analizadas sistemáticamente, si no fuese su finalidad como lo relievra la Corte, proteger el espíritu de la Carta Política, verdadero acto de confirmación de su condición superior como Poder Constituyente, que debe tener consecuencias lógicas, entre ellas definir una diferencia de grado en cuanto a las facultades entre éste y los demás poderes y autoridades que pueden intervenir en el proceso constituyente de una u otra forma.

Así las cosas, se evidencia desde la propia creación de la Carta Política una distribución del ámbito de facultades de intervención en el discurso constitucional. Lo cual corresponde a un criterio de *capacidad*, que en derecho público corresponde al concepto de *competencia*. Respecto de la cual la Corte Constitucional, observa: '**...La competencia, en derecho público, equivale a la capacidad en el derecho privado. Pero mientras en éste ésa es la regla, en aquél constituye la excepción, pues los funcionarios sólo pueden hacer aquello para lo que estén expresamente facultados por el ordenamiento. Es ella un presupuesto esencial de validez de los actos que el funcionario cumple, como la capacidad es un requisito de validez de los actos jurídicos de derecho privado...'**¹⁰². No siendo posible olvidar que el concepto de competencia está atado a las condiciones de validez de los actos públicos, razón por la cual la Corte anota: '**...La falta de competencia genera, pues, un vicio**

¹⁰¹ Sent. C-544/92. Exp. D-017. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁰² Sent. C-546/93. Exp. D-320. M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

que hace anulable el acto de derecho público indebidamente producido, así como la incapacidad, en el derecho privado, genera una nulidad que nada tiene que ver con la inadecuada elección de la forma que ha de corresponder al acto, conforme a su naturaleza jurídica...¹⁰³.

De tal modo, la competencia es presupuesto de validez del ejercicio de cualquier facultad, y si la Constitución es norma de normas y si las autoridades públicas, entre ellas el Congreso de la República, solo pueden ejercitar facultades expresamente concedidas (art. 6), no se observa como la facultad de reformar la Carta Política consagrado para el Congreso por el artículo 374, no esté condicionada por las previsiones del artículo 4 en torno a primacía y vigencia de la Carta, de la cual hace parte sin duda, debe insistirse la competencia como criterio de validez de las expresiones de la autoridad pública, tales como los Actos legislativos. No se entiende entonces, porque la competencia tenga trascendencia para actos de entidad inferior como por ejemplo la expedición de actos administrativos o la expedición de leyes ordinarias, pero pierda trascendencia cuando se trate de afectar la armonía de la Norma de Normas. La competencia como principio presupuesto del ejercicio de facultades, tiene un valor superior en el entramado del principio democrático y el control de la arbitrariedad; pues tal como lo ha entendido la Corte Constitucional: **‘...Los servidores públicos tan sólo pueden realizar los actos previstos por la Constitución, las leyes o los reglamentos, y no pueden, bajo ningún pretexto, improvisar funciones ajenas a su competencia. Esto, como una garantía que la sociedad civil tiene contra el abuso del poder por parte de aquellos servidores. Es una conquista que esta Corporación no puede soslayar, no sólo por el esfuerzo que la humanidad tuvo que**

¹⁰³ Bis.

hacer para consagrarla efectivamente en los textos constitucionales, sino por la evidente conveniencia que lleva consigo, por cuanto es una pieza clave para la seguridad del orden social justo y para la claridad en los actos que realicen los que detentan el poder público en sus diversas ramas...¹⁰⁴.

En consecuencia, los artículos 379 y 241-1 de la Carta deben interpretarse finalística y teleológicamente, atendiendo que presupuesto de la validez de la reforma constitucional por parte del Congreso, es la adopción de la misma dentro de los estrictos límites de competencia que reclaman para el Constituyente Primario, según lo visto, la facultad de derogar o sustituir la Carta; dejando al Congreso de la República modificaciones de menor entidad, entidad como reformas, que lo serán en cuanto conserven la vigencia de ciertos elementos esenciales definitorios, que más adelante serán tratados.

El criterio problemático, para los contradictores del tipo de control que un juicio de sustitución, como el que aquí se tratará, radicaría en cuanto que la competencia a la luz de los artículos 241-1, 374 y 379 de la Carta, no pueden estimarse como un vicio de forma o de procedimiento, pues la propia Corte Constitucional ha despojado la competencia de tal naturaleza: **'...Esta Corporación sostuvo en sentencia C-042 de febrero 11 del 93, la tesis de que el desbordamiento en el ejercicio de las facultades extraordinarias por el Presidente, se asimilaba a un vicio de forma y que, en consecuencia, la acción de inconstitucionalidad dirigida a impugnarlo, estaba sujeta al término de caducidad contemplado en el artículo 242-3 Superior, es decir un año. Juzga ahora oportuno la**

¹⁰⁴ Sent. C-337/93. Exp. M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

Corporación rectificar la doctrina allí contenida, en virtud de las siguientes consideraciones: ...Asimilar ese presupuesto a la forma, es incurrir en una confusión inadmisibile, puesto que a ésta sólo puede acceder el sujeto calificado (competente o capaz, según el caso) para verter en ella el contenido que de ese modo cobra significación jurídica...'¹⁰⁵. No obstante, que no pueda afirmarse el carácter formal de la competencia, no vacía de contenido las normas constitucionales analizadas que perfectamente definieron ámbitos diferentes a los poderes constituyentes primario y derivado, concediendo al primera una competencia ilimitada y al segundo, solamente una condicionada jurídicamente a expedir simples actos reformatorios del cuerpo constitucional.

2-2- Poder de sustitución o subrogación.

Según lo visto líneas atrás están perfectamente diferenciados los poderes de reforma y de sustitución, subrogación o derogación.

El ejercicio intentado en precedencia pretendió definir los actos reformatorios, con un criterio residual, por oposición a los actos de sustitución de la Carta. De tal modo, así como existe una competencia para reformar la Constitución, cuyos elementos esenciales definitorios precisamente se encuentran en el Preámbulo y los artículos 1, 2, 3, 6, 241-1, 374 y 379 de la Carta; existe la facultad de sustituirla que como hemos reseñado corresponde al Constituyente Derivado.

¹⁰⁵ Sent. C-546/93. Exp. D-320. M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

Justamente la *sustitución*, criterio que puede englobar el de derogación y subrogación, es acto que excede los contornos de una simple reforma y se relaciona con competencias que entrañan la identidad o existencia misma de la Carta Política. De tal modo, la competencia para tal sustitución, implica la posibilidad de **‘...una transformación de tal magnitud y trascendencia, que la Constitución anterior a la reforma aparece opuesta o integralmente diferente a la que resultó después de la reforma, al punto que ambas resultan incompatibles...’**¹⁰⁶.

Las Cartas Políticas contienen una serie de principios, intereses, valores y garantías de contenido particular e individual, pero que en conjunto conforman toda la ideología que el Constituyente Primario quiso darle. Esta realidad se evidencia, en todas las normas que conforman el texto constitucional e irradian la labor del Constituyente Derivado; para citar un simple ejemplo, podemos comparar los encabezados de los Preámbulos de las Constituciones de 1.886 y 1.991; pues la primera de ellas expresa: **‘En nombre de Dios, fuente suprema de toda autoridad’**, lo cual no hace extraño que sienta como una de las bases de la unidad nacional el reconocimiento de la Religión Católica, Apostólica y Romana; criterio que contrasta con el contenido de la actual Carta Política, según el cual el pueblo Colombia es el titular del **‘poder soberano’**, en consecuencia, la fuente de toda autoridad. El contraste traído a colación muestra como el Constituyente Primario sienta las bases de una ideología propia de todo texto constitucional, de modo que las demás normas jurídicas se ven irradiadas por éste, lo cual condiciona todas las actividades públicas, no escapando a dicha influencia los funcionarios encargados de la interpretación de la Carta.

¹⁰⁶ Sent. C-546/93. Exp. D-320. M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

En este sentido, inicialmente puede decirse que sustituir la carta Política representa cambiar radicalmente los principios y valores que la irradian. Recordando como los límites al Poder Constituyente Primario, son los hechos, son las realidades sociales las que orientan las necesidades de sustitución. Y, desde épocas como la revolución francesa notamos como el poder Constituyente plasma en las Cartas Políticas los principios y valores que estiman pertinentes en cada momento histórico social. Por tales razones, anota la Corte Constitucional: **'...En conclusión esta explicación finalista de las reformas introducidas con ocasión de la expedición de la nueva Constitución se basa, en última instancia, en el hombre y en la historia misma...'**¹⁰⁷. Así las cosas, **"una Constitución es, por encima de todo, un cauce por donde circula la vida social hacia la justicia"**¹⁰⁸.

En este orden de ideas, Konrad Hesse anota lo fundamental de entender el problema de **"cómo debe comprenderse y desarrollarse la Constitución bajo las condiciones del mundo técnico moderno a fin de poder cumplir su función en la vida de la Comunidad, la de cooperar a posibilitar y preservar la libertad y, en inmediata conexión con ella, la democracia"**.¹⁰⁹.

En esta línea de argumentación, recordemos que de Acuerdo con el artículo 3 de la Carta Política, la soberanía reside exclusivamente en el pueblo, principio que emana del Preámbulo de la Constitución. Y, que de conformidad con el artículo 376 constitucional, esa soberanía es la única titular de otorgar una nueva Carta Política, esto es, sustituir la vigente. Es

¹⁰⁷ Sent. C-544/92. Exp. D-017. M.P. Dr. Luis Carlos Sábica.

¹⁰⁸ SANCHEZ VIAMONTE, Carlos. Hacia un nuevo Derecho constitucional,. Ed. Claridad. Buenos Aires, 1.938, pag. 71

¹⁰⁹ HESSE, Konrad. Escritos de Derecho Constitucional (Selección). Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1.983. Pag. XI.

evidente que el poder Constituyente Primario, siendo superior al de carácter derivativo, es el único competente para sustituir la Constitución, en circunstancias que escapan inclusive a cualquier tipo de control, pues como lo anota IGNACIO DE OTTO: **"...La Constitución es válida -añade el catedrático español- porque procede de quien tiene el poder de darla, y es válida incondicionalmente porque ese poder no tiene limitación alguna ya que, en cuanto poder originario, no está sometido a normas..."**.¹⁸⁻

La actividad sustitutiva de la Carta Política, podrá ser *total o parcial*, según se traté de la concesión de un nuevo texto constitucional, como en el primer caso y según ocurrió con la transición de la Carta de 1.886 a la de 1.991. O, será parcial cuando las modificaciones se refieren a un eje definitorio de la identidad de la Constitución, que es reemplazado por otro opuesto o integralmente diferente, como ha sucedido por ejemplo, con la intentada reforma al Artículo 125 constitucional, que pretendió aunque transitoriamente, inscribir automáticamente en carrera administrativa a los funcionarios provisionales, que fuera oportunamente declarado inexecutable en virtud de la sentencia C-588 de 2009 (apenas en comunicado de prensa).

Esa facultad sustitutiva, también podrá ser permanente o transitorio, según se regule de manera abstracta una realidad social sin que su vigencia esté condicionada por un espacio temporal determinado y, será *transitoria*, cuando como en el ejemplo antes citado del artículo 125 de la Carta, se pretenda que la vigencia de la modificación tenga señalado un plazo determinado.

¹⁸ De OTTO, Ignacio. Derecho Constitucional, Sistema de Fuentes. Ed. Ariel Derecho. Barcelona 1.987, pag 53.

Para finalizar, anotemos que lo trascendente en el poder de sustitución de la Carta es que se trata de un asunto de competencia para la creación y extinción de normas Constitucionales, que la Asamblea Nacional Constituyente reservó al poder Constituyente Primario y que según la doctrina de diferenciación entre este poder y el Derivado, representa en consecuencia una limitación a la competencia del poder Derivativo en el momento de reformar la Carta, como pasa a desarrollarse.

2-3- Prohibiciones al poder de reforma de la Carta Política.

Según lo visto, en virtud de la diferenciada competencia de que goza el Poder Constituyente Originario y la concedida al poder Derivado, existen verdaderos límites al poder que el Constituyente derivado tiene en materia de reforma de la Carta Política.

Este ámbito de competencia, como se verá corresponde a un amplio poder de reforma en el poder constituyente derivado, que tiene sin embargo como una prohibición general y fundamental, como ya se insinuó, sustituir la Carta Política. En este sentido la Corte Constitucional manifiesta: **‘...De acuerdo a lo establecido por el artículo 241-1 de la Constitución, y en armonía con la jurisprudencia de la Corte Constitucional no es posible ejercer la revisión de constitucionalidad de un Acto Legislativo por su contenido material. La competencia de la Corte se limita a conocer de la posible inconstitucionalidad por vicios de procedimiento en su formación. No obstante, la Corte ha admitido que es posible la revisión de un Acto Legislativo cuando dicho acto comprenda una sustitución de la**

Constitución, por cuanto ello constituiría un vicio de competencia del reformador de la Carta...'¹¹⁰.

El criterio señalado permite verificar lo afirmado hasta este momento que las facultades del Congreso de la República, tienen como máxima prohibición transgredir los límites de su competencia. Hasta el punto de que la Corte Constitucional, reconociendo que no tiene facultad para realizar un juicio de contenido material sobre los actos legislativos, si debe en todo caso a parte de los requisitos formales examinar que la expresión de la facultad constituyente derivada no represente un vicio de incompetencia.

En este orden de ideas, resulta oportuno resaltar aunque brevemente que el Poder Constituyente tiene prohibiciones, pues no realizar tal advertencia equivaldría a sostener el poder ilimitado de modificación del texto constitucional. Siempre es oportuno citar las consideraciones de la Corte Constitucional en este asunto: **'...1. El poder constituyente primario, en desarrollo del principio de la soberanía popular, comporta el ejercicio pleno del poder político de los Asociados, sin el sometimiento a límites jurídicos. Por tal motivo sus actos resultan fundacionales, en cuanto al establecimiento del orden jurídico, y escapan al control jurisdiccional. 2. Por su parte, el poder constituyente derivado, en tanto poder constituido, se refiere a la capacidad que tienen ciertos órganos del Estado para modificar la Constitución existente, en ocasiones con el concurso de la ciudadanía y, en todo caso, bajo las directrices que la propia Carta Política establece. En este orden de ideas, está sujeto a límites formal-procedimentales, lo mismo que al control jurisdiccional. 3. Así mismo, este poder de reforma se enmarca dentro de una**

¹¹⁰ Sent. C-740/06. Exp. D-6187. M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

competencia reglada en la medida en que algunos temas le están vedados como garantía para la vigencia del orden jurídico y de la estructura esencial del Estado contemplada y establecida por el Constituyente Primario. En palabras más claras, el poder de reforma puede modificar cualquier disposición del Estatuto Superior, pero sin que tales cambios supongan la supresión de la Constitución vigente o su sustitución por una nueva...’.

El juicio de sustitución como se verá, subyace en el control de competencias, y justamente debe recordarse la interpretación restrictiva que reclaman las normas que establecen tales facultades. Este criterio es importante por cuanto como refiere la Corte Constitucional: ‘...**El Estado de Derecho de estirpe democrática no puede tolerar, en ningún tiempo, los actos producidos por quien carece de competencia, por una doble y poderosa razón: porque faltaría a su esencia de organización reglada que no puede permitir conductas oficiales por fuera de la norma, y porque no es compatible con su filosofía ni con su forma específica de organización, consentir que una rama usurpe las funciones de otra, cuando no le han sido delegadas, máxime si ese hecho se traduce en la suplantación del Congreso por el Presidente...**’¹¹¹.

Esta delimitación de la competencia como un elemento sustancial del núcleo de prohibiciones al Congreso, resulta fundamental al momento de juzgar la conformidad y validez de los actos reformativos de la Carta, toda vez que el control constitucional de los mismos trasciende el simple discurso formal o procedimental. Así las cosas, ‘...**el parámetro de referencia para el control de constitucionalidad de un acto reformativo de la**

¹¹¹ Sent. C-546/93. Exp. D-320. M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.G

Constitución está integrado por las normas del Título XIII de la Constitución que regulan el respectivo procedimiento; las normas constitucionales y orgánicas que resulten pertinentes en función del mecanismo de reforma constitucional de que se trate, y las normas constitucionales que regulan la competencia en materia de reforma constitucional...'¹¹².

Se trata entonces, según las propias normas constitucionales de condicionar la validez de los actos reformativos de la Carta provenientes del Congreso de la República, por el respeto ciertos elementos esenciales definitorios, que se convierten en límite de la competencia del poder constituyente derivado; aspecto que da entrada a la existencia de un verdadero juicio de sustitución, que como se desarrollará, permitirá con cierto grado de confianza preservar el principio democrático de separación de poderes y el poder constituyente reformativo del Congreso, definiendo si su ejercicio guarda la prohibición de sustituir la Carta Política. Finalmente,

2-4- El Juicio de sustitución.

Los controles a las reformas constitucionales entrañan un doble ámbito, por una parte uno **formal (vicios de procedimiento)**, por ello, inicialmente, la competencia de la Corte Constitucional proviene de las previsiones del artículo **241** de la Carta, según la cual el Tribunal Constitucional deberá conocer '**sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de las Constitución, cualquiera sea su origen, solo por vicios de procedimiento en su formación**'. No obstante, existe otro ámbito de competencia de control

¹¹² Sent. C-1040.

sustancial (vicios de competencia); que se refiere a un examen en torno a la eventual sustitución a la Carta Política. Este criterio parte inicialmente del criterio, que estimamos no incorrecto, relativo a que el Constituyente Primario ha dado a la Carta una estructura, naturaleza o esencia, que no es dado al Poder Constituyente Derivado derogar arbitrariamente. Por ello, la Corte Constitucional resalta: “...**El Constituyente derivado no tiene entonces competencia para destruir la Constitución. El acto constituyente establece el orden jurídico y por ello, cualquier poder de reforma que el constituyente reconozca únicamente se limita a una revisión. El poder de reforma, que es poder constituido, no está, por lo tanto, autorizado, para la derogación o sustitución de la Constitución de la cual deriva su competencia. El poder constituido no puede, en otras palabras, arrogarse funciones propias del poder constituyente, y por ello no puede llevar a cabo una sustitución de la Constitución, no sólo por cuanto se estaría erigiendo en poder constituyente originario sino además porque estaría minando las bases de su propia competencia...**”¹¹³

En este orden de ideas, el artículo 379 constitucional prevé que los actos legislativos **‘sólo podrán ser declarados inconstitucionales cuando se violen los requisitos establecidos en este título’**, refiriéndose en tal caso, a las condiciones prefijadas por el Título XII de la Constitución, relativo a sus mecanismos y procedimientos de reforma. Y, por tal razón la Corte Constitucional manifiesta: **‘...En el artículo 379 de la Carta se establece que la Corte debe controlar que el reformador respete todos los ‘requisitos’ establecidos en el título XII de la Constitución, el primero de los cuales es precisamente la competencia del órgano que expide la**

¹¹³ Sent. C-551/03. M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett.

reforma regulada en el primer artículo de dicho título....El requisito que debe verificar la Corte es que el acto legislativo sea una reforma, no una derogación o sustitución de la Constitución...¹¹⁴.

En esta última circunstancia se reclama elaborar lo que se ha dado en llamar un **juicio de sustitución**, es decir, una ponderación sobre el impacto de la reforma, que determinará si la misma corresponde a un simple transformación que respeta la esencia o los llamados elementos esenciales definitorios de la Carta o en su lugar la pretendida reforma implica una derogación o la adopción de un criterio que representa el reemplazo de la Carta, así sea parcial, por otra.

Como presupuestos de este juicio de sustitución la Corte Constitucional, ha advertido: **“...a. “Que el poder de reforma definido por la Constitución colombiana está sujeto a límites competenciales. b. 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. c. 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. d. 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. e. Que el poder de reforma no puede, sin embargo, derogar, subvertir o sustituir en su integridad la**

¹¹⁴Sent. C-1040, Oct. 19/2.005.

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

Este juicio de sustitución corresponde a un estricto y exigente ejercicio de seguir un test relativo al análisis de un eventual desbordamiento de las competencias del Constituyente Derivado. No sobra señalar que es un ejercicio más exigente que mostrar variaciones en el texto de la Carta Política, pues precisamente el poder derivado como manifestación de poder Constituyente, tiene según el texto constitucional tal facultad. Tampoco, es inoportuno recordar que el juicio de sustitución aplica solo al Constituyente derivado como quiera que el Primario no tendrá límite alguno en dicha actividad, estando solo condicionado por los procedimientos que el mismo se ha dado como criterio de validez y seguridad jurídica para derogar, reformar o sustituir la Carta en condiciones ordinarias.

El método pertinente reclama agotar tres etapas interrelacionadas, que se deben superar paso a paso. Las mismas, extraídas por la Corte Constitucional de las sentencias C-970 y C-971 de 2004, son: **‘...4.1. Como premisa mayor en el anterior análisis, es necesario enunciar aquellos aspectos definitorios de la identidad de la Constitución que se supone han sido sustituidos por el acto reformativo. Ello permite a la Corte establecer los parámetros normativos aplicables al examen de constitucionalidad del acto acusado. Se trata de un enunciado específico, que no se limita a plantear los aspectos que de manera general tiene una determinada institución en el constitucionalismo contemporáneo, sino la manera particular como un elemento definitorio ha sido configurado en la Constitución colombiana y que,**

por consiguiente, hace parte de su identidad. 4.2. Procede luego el examen del acto acusado, para establecer cuál es su alcance jurídico, en relación con los elementos definitorios identificadores de la Constitución, a partir de las cuales se han aislado los parámetros normativos del control. 4.3. Al contrastar las anteriores premisas con el criterio de juzgamiento que se ha señalado por la Corte, esto es, la verificación de si la reforma reemplaza un elemento definitorio identificador de la Constitución por otro integralmente diferente, será posible determinar si se ha incurrido o no en un vicio de competencia”...’¹¹⁵.

Para este desarrollo debe resaltarse, en este momento, pues será objeto de tratamiento en extenso, que la *premisa mayor* corresponde a la definición de un elemento definitorio, identificado como esencial a la identidad de la Carta Política; aspecto que reclama la carga argumentativa de demostrar porque el elemento identificado cumple la condición de ser esencial y definitorio en la realidad constitucional. Este elemento debe ser algo más que una descripción o redacción normativa y debe corresponder a un verdadero eje definitorio de la Carta, para no caer en el riesgo de identificar lo esencial con determinada disposición constitucional, pues se podría entrar en el terreno de presumir cláusulas pétreas, ajenas a una Carta Política caracterizada por la reformabilidad según el principio de Estado social de derecho (art. 1) que reclama entre otros la consulta de condiciones sociales variables en defensa del individuo dotado de dignidad como elemento fundante del Estado colombiano. Se insiste entonces, que la premisa mayor del juicio de sustitución es la identificación de un elemento trazado por el Constituyente

¹¹⁵ Sent. C-1040, Oct. 19/2.005.

Primario como definitorio y esencial a la existencia e identidad de la Carta; carga que es ineludible para avanzar a las etapas subsiguientes de dicho juicio.

Superada la imperativa obligación de establecer la premisa mayor, el juicio avanza sobre el elemento fundamental de la misma, esto es, la evaluación del elemento esencial definitorio, para verificar por su eventual reemplazo por otro. Así se analiza el impacto de la pretendida reforma, pues se examina si tras la misma, para que pueda asumirse como sustitución, el elemento definitorio no es el mismo, sino otro. Ya se mirará como, dentro de este nivel, para emitir una conclusión de sustitución no es suficiente que el elemento sea modificado, afectado o vulnerado. Como se trata de un juicio que investiga la identidad de la Carta, según lo quiso el Constituyente Primario, la carga de argumentación reclama demostrar que esa identidad ha sido alterada, lo cual requiere se insiste que sus elementos sean integralmente opuestos o diferentes a los previstos en el texto original proveniente del poder Primario.

Finalmente, el juicio en mención habrá de examinar que la oposición o diferencia es de tal entidad, que el nuevo elemento resulta incompatible con otros elementos definitorio del Cuerpo Constitucional, de manera que es imposible armonizarlos. Se trata de una verdadera crisis de la identidad de la Carta, que no es posible satisfacer con las herramientas de interpretación sistemática o de armonización en concreto.

2-4-1- Antecedentes jurisprudenciales.

Este juicio se ha desarrollado fundamentalmente por las sentencias C-551-03, C-1200-03, C-970, C-971 de 2.004, y 1040 de 2.005. Como se desarrollará un capítulo en particular para tratar la línea jurisprudencial, en este acápite solo se desarrollará una breve sinopsis.

Un primer acercamiento se advierte en la sentencia **C-551** de 2.003, que examinó la constitucionalidad de la ley 796 del mismo año que convocaba a un referendo reformativo; ocasión en la cual se advirtió: **‘...El Constituyente derivado no tiene entonces competencia para destruir la Constitución. El acto constituyente establece el orden jurídico y por ello, cualquier poder de reforma que el constituyente reconozca únicamente se limita a una revisión. El poder de reforma, que es poder constituido, no está, por lo tanto, autorizado, para la derogación o sustitución de la Constitución de la cual deriva su competencia. El poder constituido no puede, en otras palabras, arrogarse funciones propias del poder constituyente, y por ello no puede llevar a cabo una sustitución de la Constitución, no sólo por cuanto se estaría erigiendo en poder constituyente originario sino además porque estaría minando las bases de su propia competencia.’**

Así, se trazaron reglas jurisprudenciales que comprenden las desarrolladas en este trabajo y, que fueron reiteradas en las sentencias 1200 de 2.003 y 970 y 971 de 2.004, referidas a los límites de competencia impuestos al

poder de reforma de la Carta, que se concretan en la prohibición de *sustituir* la Constitución, acto exclusivamente reservado al poder Constituyente Primario. No sobra observar que de las sentencias señaladas la 551 no se refiere contrario a las otras, a la demanda de un Acto Legislativo, sino a una ley de rango inferior.

Todas estas sentencias a su vez, han desarrollado los conceptos fundamentales del juicio de sustitución, tales como las diferencias en los conceptos de *alteración*, *afectación* y *sustitución*, que resultan fundamentales para la revisión de la validez de actos reformativos de la Carta que se acusen de ser sustitutivos de la misma. De igual manera, el concepto de *elemento esencial definitorio de la Carta*, como patrón de la premisa mayor del juicio en comento y, de modo fundamental la magnitud de la oposición del mismo con la voluntad del Constituyente Primario, como soporte de una conclusión de sustitución de la Carta.

Fue en la sentencia 1200 de 2.003 que se fijaron las condiciones de procedibilidad de una demanda de constitucionalidad contra un acto legislativo. Y, la sentencia C-1040 de 2-005, la que sintetizó todos estos criterios, realizando precisiones muchas de la cuales se tratan a continuación.

Este breve aparatado sirve para resaltar que existe una línea jurisprudencial estructurada en cuanto que el objeto del juicio de constitucionalidad a los actos reformativos de la Carta Política, trascienden los criterios

simplemente formales e incluyen como reiteradamente se ha advertido, el examen del respeto que el Constituyente Derivado ha tenido al ámbito de su propia competencia.

2-4-2- Criterios moduladores del juicio de sustitución.

Recordemos que el control constitucional¹¹⁶ se refiere a los mecanismos que se desprenden de la Carta Política y normas que la desarrollan (arts. 239 a 244 Const. Pol.; 43 a 49 Ley 270 de 1996; Dec. 2067 de 1991), de manera que el ejercicio de las realidades jurídicas y las competencias de todos los organismos públicos, correspondan a los parámetros trazados por los Constituyentes Primario o Derivado. Es decir, se trata del ejercicio de competencias que buscan en todo momento consultar el respeto y apego de los actos de autoridad con la Carta Política.

Del mismo modo, este control es *concentrado* en cuanto existe una Corporación Judicial, esto es, la Corte Constitucional, encargada por el artículo 241 constitucional de la guarda de la integridad y supremacía de la Carta; actividad que su cumple por medio de las acciones públicas de inconstitucionalidad (arts. 241-1-3-4-5 Const. Pol.). Pero, dicho control

¹¹⁶ ‘En Colombia, el control de constitucionalidad se ejerce por los ciudadanos a través de una acción pública de carácter jurisdiccional cuya “finalidad es retirar o mantener en el ordenamiento una norma, según ésta sea o no exequible, por medio de una decisión que tiene efectos *erga omnes*”¹¹⁶. Esta acción, que representa una conquista propia de las democracias participativas, se consagró por primera vez en la Ley 2ª de 1904 –para los decretos leyes- y, posteriormente, en el Acto legislativo N° 3 de 1910 –para las leyes en sentido formal y material-¹¹⁶. Actualmente, el artículo 40 de la Constitución de 1991, al reconocerle a todo ciudadano el derecho “a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político”, lo faculta para “Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley” (Sent. C-562/00. M.P. Dr. Vladimiro Naranjo M.)

también es *difuso* en la medida que cualquier autoridad judicial debe hacer operativo el principio de supremacía constitucional consagrado en el artículo 4, inaplicando a través de la excepción de inconstitucionalidad las normas contrarias al ordenamiento superior. En este orden de ideas, la Corte Constitucional anota: **‘...el control de constitucionalidad es el que se ejerce por un órgano competente, a través de un pronunciamiento definitivo respecto de la concordancia de ciertas normas jurídicas con la integridad y la primacía de la Carta Política. En ese orden de ideas, debe señalarse que dentro del esquema de la rama judicial sólo dos órganos ejercen el control de constitucionalidad de manera concluyente: la Corte Constitucional, en forma directa y principal (Art. 241), y el Consejo de Estado, el cual goza de una competencia residual, según lo prevé el numeral 2o del artículo 237 superior. No quiere lo anterior significar que en Colombia no se ejerza control de constitucionalidad por parte de otras entidades judiciales o, inclusive de funcionarios administrativos, pues es sabido que, por ejemplo, la denominada “excepción de inconstitucionalidad”, derivada del artículo 4o fundamental, es una forma de control que puede ser ejercida por cualquier juez o autoridad administrativa..’¹¹⁷.**

Según se desprende de lo previsto para la materia en el artículo 241 de la Carta, en materia de control concentrado, éste podrá ser **formal** o **material**. El primero de ellos, corresponde a la verificación de los vicios de procedimiento, esto es, a la constatación del apego que el proceso de formación de la ley o acto legislativo, tuvo de las formas jurídicas. Al respecto la Corte Constitucional ha dicho: **‘...las normas que establecen ritualidades en el trámite de formación de las leyes tienen la misma**

¹¹⁷ Sent C-037/96, Exp. P-E-008, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

valía e importancia y ocupan igual categoría y jerarquía que aquellos que regulan aspectos sustantivos, de manera que si alguna de esas exigencias o condiciones, son desconocidas por las Cámaras durante el trámite recorrido para la expedición de las leyes, corresponde a esta Corporación previa acusación ciudadana retirar del orden jurídico las disposiciones legales..¹¹⁸. Los procedimientos tienen importancia que sustancializa las formas, esto es, el propio Constituyente quiso que la formación de la ley o los actos legislativos no fuese un acto caprichoso, sino que dotó su adopción de trámites que dan no solo orden al debate, sino que otorgan seguridad jurídica al trámite parlamentario.

El control material del contenido de las leyes representa, el examen en abstracto del contenido objetivo de una disposición, para confrontar tal contenido con los mandatos constitucionales¹¹⁹. Esto es, un control de contenido, por la revisión de la disposición normativa o la circunstancia fáctica que la norma en particular perfila como regulación general de la conducta humana.

Pese a lo anterior, en materia de actos legislativos el control obedece a criterios de un ámbito marcadamente diferente. Empezando porque la Corte Constitucional ha advertido **‘...De acuerdo a lo establecido por el artículo 241-1 de la Constitución, y en armonía con la jurisprudencia de la Corte Constitucional no es posible ejercer la revisión de constitucionalidad de un Acto Legislativo por su contenido material. La competencia de la Corte se limita a conocer de la posible inconstitucionalidad por vicios de procedimiento en su formación...’**¹²⁰. Como se trata de un juicio

¹¹⁸ Sent. C-026/93.

¹¹⁹ Sent. C-357/97.

¹²⁰ Sent. C-740/06. Exp. D-6187. M.P. Dr. Manuel José Cepeda E.

especial y diferente al control de una norma ordinaria, pues comporta el examen de una norma constitucional en sí misma, acto en el cual se advierte en inicio una intromisión en la competencia de uno de los órganos competentes para reformarla, como es el Congreso de la República según el artículo 374 de la Constitución Política, el juicio de sustitución supera algo más que la simple confrontación entre la norma demandada y los demás textos de la Carta.

Ordinariamente, el control constitucional demanda aunque con una técnica especial, la simple confrontación del texto de la norma ordinaria demandada con los principios, reglas y valores emanados de la Carta Política, de tal modo la sencilla contradicción entre los postulados constitucionales y la norma de rango inferior objeto de demanda, representa que la misma sea retirada de la realidad jurídica nacional, pues conforme al artículo 4 de la Carta **‘La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.’**, y el artículo 241-4 Constitucional postula la competencia de la Corte Constitucional para **‘Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.’**. Se trata de una amplia competencia que regula la actividad legislativa como acto supeditado a la Constitución misma como norma superior, como norma de normas, que el poder legislativo debe respetar al momento de dar cuerpo y contenido a las leyes de la República.

No sucede lo mismo cuando el control a la reforma recae sobre la propia Carta Política, puesto que en este caso se compromete una competencia

emanada directamente de la misma (art. 374) y que concede al Congreso de la República la facultad de coadyuvar en el diseño de normas constitucionales, así las cosas, aunque expedir leyes es una competencia emanada también de la Carta, en el caso comentado está más íntimamente comprometido el principio democrático en el ámbito de separación de poderes, puesto que la norma comentada coloca en tal situación al Congreso en el mismo pie de igualdad que el Constituyente Primario, esto es, en la facultad de expedir 'normas de normas', aunque las mismas estén subordinadas a la competencia que le es derivativa del Constituyente Primario.

La separación de poderes en tales circunstancias implica un mayor respeto a competencias que se perfilan a la expedición de normas que escapan a la dinámica ordinaria de creación normativa, pues el poder Constituyente es un poder superior y difuso, como se advierte no solo de los procedimientos especiales que se consagran para las reformas constitucionales, sino también de la diferencia en las competencias que a la Corte Constitucional se conceden en el control de las leyes y los actos legislativos. En efecto, el artículo 241-4 precisa que las leyes tendrán un examen respecto a su contenido material y a sus vicios de procedimiento y, por otra parte según el numeral 1 de la misma disposición, el control constitucional a actos reformativos de la Carta, tendrá por objeto los vicios de procedimiento en su formación. Se evidencia por la simple observación que el Constituyente Primario quiso que el control a actividades de naturaleza constituyente, fuese más restringido. De lo contrario, la actividad constituyente se vería ampliamente influida, sino sustituida por el Tribunal Constitucional. Otro criterio a tener en cuenta al momento de justificarse un trato diferente y estricto al control de constitucionalidad de los Actos legislativos, estriba en

que las normas constitucionales como compendio armónico y sistemático, tienen de manera general un valor similar, sin que pueda predicarse la primacía de alguna de ellas; es por razones como esta que las eventuales antinomias constitucionales siempre han sido resueltas aplicando el principio de armonización, 'para lograr mediante una interpretación sistemática hacer congruentes los distintos preceptos constitucionales que regulan el asunto materia de debate'¹²¹. Así las cosas, una norma constitucional no puede estimarse inconstitucional por la simple contradicción con otra del compendio total que conforma el texto superior. Por tales razones, la Corte Constitucional afirma: **'...Existe pues igualdad cualitativa en la esencia de las normas constitucionales, acompañada de una diferencia en el alcance del contenido de las mismas. En otras palabras, todas las normas de la Constitución comparten un mismo estrato jurídico, que es el de la supremacía de una constitución rígida. Ello sin perjuicio de constatar que al interior de la Carta existen normas que incorporan valores que admiten ser graduados jerárquicamente, esto es, valores, principios, preceptos y competencias de distinto nivel axiológico. Ello implica que cuando haya que relacionar dos normas constitucionales -las cuales son iguales- que incorporan valores de diferente jerarquía, los valores superiores deben primar. Pero, observa la Corte, esta operación de articulación no alcanza para descalificar como inconstitucional a la norma que incorpora un valor inferior respecto de la que contiene un valor superior...'**¹²².

En este orden de ideas, el juicio de sustitución viene modulado por principios que entrañan, como se desarrollará una proscripción de la posibilidad de ejercer control sobre el contenido material de la reforma constitucional, pero que sin embargo el control otorgado a la Corte Constitucional por el artículo

¹²¹ Sent. C-444/95. Exp. D-869. M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

¹²² Sent. C-544/92. Exp. D-017. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

241-1 de la Carta, permite en todo caso analizar como primer factor de ponderación que existen límites competenciales al poder de reforma del Constituyente Derivado. Del mismo modo, que por virtud de dichos límites de competencia, la Carta no puede ser derogada o sustituida por otra integralmente distinta u opuesta. En este orden de ideas, será menester consultar los principios y valores de la Carta que precisamente representan su identidad, factor en el cual habrá de considerar que no es posible presupone cláusulas pétreas o principios intangibles, pues todos los contenidos constitucionales son objeto de reforma. Todos estos criterios anteriores por cuanto, sólo el Constituyente Primario tiene la facultad de sustituir la Carta Política¹²³

2-4-2-1- Los aspectos esenciales definitorios de la identidad de la Constitución.

Según los criterios sentados en precedencia el primer ejercicio de control a la competencia del Congreso de la República para reformar la Carta, radica en el reconocimiento de elementos esenciales definitorios de la identidad de la Constitución.

El criterio de **sustitución** que emana de la jurisprudencia constitucional corresponde a '**...un fenómeno jurídico consistente en que un elemento esencial definitorio de la identidad de la Constitución es sustituido, o sea, remplazado por otro opuesto o integralmente diferente...**'¹²⁴. Por tanto, '**...el concepto de sustitución refiere a una transformación de tal magnitud y trascendencia, que la Constitución anterior a la reforma**

¹²³ Sent. C-740/06. Exp. D-6187. M.P. Dr. Manuel José Cepeda E.

¹²⁴ Sent. C-1040/05.

aparece opuesta o integralmente diferente a la que resultó después de la reforma, al punto que ambas resultan incompatibles..¹²⁵. El Constituyente derivado podrá *desarrollar* la Carta Política trazada por el Originario; pero, entre las reformas necesarias no puede modificar la Carta al punto que se evidencia otra diferente a la querida por la voluntad Constituyente primario. Pareciera ser que la Corte quiere sentar el criterio definitorio del elemento esencial, de la integridad y configuración inicial de la Carta, pues como se ha reseñado tal condición representa que tras la pretendida reforma la Carta es esencialmente distinta, pero se trata de un pensamiento circular por cuanto, nos lleva una vez más a la necesidad de establecer cuáles son esos elementos que modificados nos dejan en frente de un nuevo compendio constitucional sustancialmente distinto al querido por el Constituyente Primario.

El ejercicio de definir un elemento esencial definitorio de la Carta, parte entonces de descubrir el querer del Constituyente impreso en el texto constitucional, no solo de manera individual sino en su conjunto. En cuanto a la identificación del elemento esencial definitorio como materia prima del juicio de sustitución, la Corte Constitucional advierte: **‘...De tal manera que la carga argumentativa en el juicio de sustitución es mucho más exigente. El método del juicio de sustitución exige que la Corte demuestre que un elemento esencial definitorio de la identidad de la Constitución de 1991 fue reemplazado por otro integralmente distinto. Así, para construir la premisa mayor del juicio de sustitución es necesario (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**

²¹²⁵ib.

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...'¹²⁶

Este elemento puede obtenerse inicialmente, reconociendo la identidad original o básica de la Carta al momento de ser expedida o adoptada total o parcialmente por el Constituyente Primario; criterio que podemos deducir de las siguientes palabras de la Corte Constitucional al referirse a la mutación que la sustitución implica para la Carta al encontrarse que en su acaecimiento es '**...imposible reconocerla en su identidad básica, no cabe afirmar que la Constitución reformada sigue siendo la Carta de 1991...'**

De tal modo, el elemento es esencial por cuanto, aunque resulta obvio decirlo, conserva la identidad de la Constitución según la quiso el Constituyente Primario. Y, tal identidad inicialmente se consultará tomando en consideración '**...los principios y valores que la Constitución contiene y aquellos que surgen del bloque de constitucionalidad....'**¹²⁷, actividad de ponderación que desarrollará el juez constitucional según las circunstancias del caso concreto que le exijan precisar el alcance de esos conceptos¹²⁸. En este punto debe advertirse que no se trata de '**plantear**

¹²⁶ Sent. C-1040/05. Exp. D-5645. M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, Marco G. Monroy G., Clara I. Vargas.

¹²⁷ Sent. C-1040/05. Exp. D-5645. M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, Marco G. Monroy G., Clara I. Vargas. Sin embargo, la propia Corte reconoce que no existen criterios objetivos para tal fin: '**...No precisó la Corte cuáles principios y valores contenidos en la Constitución son definitivos de su identidad, ni tampoco de qué manera, principios y valores no contenidos en la Constitución, pero que surgen del bloque de constitucionalidad, pueden contribuir a identificar los elementos definitivos de la identidad de la Constitución...'**

¹²⁸ Sent. C-1040/05.

los aspectos que de manera general tiene una determinada institución en el constitucionalismo contemporáneo'¹²⁹, siendo necesario mostrar 'la manera particular como un elemento definitorio ha sido configurado en la Constitución colombiana y que, por consiguiente, hace parte de su identidad.'

Así las cosas, un primer criterio corresponde, aunque parezca una petición de principios, a la consagración del mismo en el texto constitucional, lo cual es trascendente pues corresponde a la voluntad originaria del Constituyente, v gr. el artículo 1 de la Carta, determina el Estado social de derecho como uno de los caracteres básicos del Estado; no obstante como lo veremos más adelante el criterio no se limita a consultar el contenido de un artículo en particular. Por lo cual, será menester en función del carácter dinámico y sistémico de la Carta advertir las disposiciones que en conjunto desarrollan el mencionado principio.

La catalogación normativa, permite entonces identificar los principios y valores constitucionales, que precisamente pueden inicialmente encontrarse en el Preámbulo, en el Título I de los principios fundamentales y el Título II de los derechos, las garantías y los deberes, como quiera que sientan las bases dogmáticas que definen la formas y caracteres del Estado, así también como sus fines y representan las consagración de normas relativas a las personas como fin esencial a satisfacer en un Estado social de derecho (art. 1). No obstante, debe advertirse que tales principios no se relacionan exclusivamente con los presupuestos normativos referidos a los primeros títulos de la Carta, al efecto basta señalar como el principio de libertad económica e iniciativa privada, se encuentra consagrada en el

¹²⁹ Sent. C-1040/05.

artículo 333 de la Carta. Esta advertencia es importante por cuanto el elemento esencial definitorio no está circunscrito como se indicó en precedencia al contenido aislado de una norma en particular. En la sentencia C-1040 DE 2005, la Corte efectivamente señala: **‘...la premisa mayor del juicio de sustitución no está específicamente plasmada en un artículo de la Constitución, sino que es toda la Constitución entendida a la luz de los elementos esenciales que definen su identidad...’**. Por tales razones en una ocasión particular la Corte expresó: **‘...es claro que la condición de Colombia como un Estado Social de Derecho, no se deriva exclusivamente de lo dispuesto en el artículo primero de la Constitución, sino de un conjunto de elementos y principios contenidos en toda la Constitución y que caracterizan nuestro ordenamiento superior como uno propio del Estado social de Derecho. Una reforma que pretendiese suprimir ese postulado fundamental del constitucionalismo contemporáneo, seguramente mantendría intacta su formulación en el artículo primero, pero derogaría los elementos definitorios del Estado Social contenidos en otras disposiciones, hasta el punto de subvertir por completo la institución. Así, por ejemplo, sin alterar la declaración formal contenida en el artículo primero, suprimiría la garantía constitucional de los derechos sociales económicos y culturales¹³⁰, así como del principio de igualdad...’**

Un paso adicional además de desentrañar el contenido del compendio global o de la sistemática interna conjunta dada por el Constituyente a la Carta, radica en identificar que contenido es realmente esencial al elemento definitorio, pues como se verá las normas constitucionales pese a su

¹³⁰ Capítulo 2 del Título II de la Constitución.

importancia no son intangibles, de modo que estos principios admiten matices y diversas formas de matización, respecto de lo cual la Corte Constitucional, por ejemplo en cuanto al principio de Estado social de derecho ha manifestado: **‘...una alteración del principio del Estado Social de Derecho que comporte suprimirlo por completo o remplazarlo por otro integralmente distinto u opuesto, sería una sustitución de Constitución. Sin embargo, dentro de la misma línea jurisprudencial, no toda alteración del principio del Estado Social puede tenerse como una sustitución de Constitución, porque el concepto, en sus distintos componentes, admite matices y diferentes aproximaciones...’**. De esta forma, la Corte sienta como criterio de identificación del proceso una especie de contenido esencial del principio esencial definitorio, si bien no determina como se arriba a dicha conclusión.

Según lo visto hasta el momento, se reclama entonces acudiendo a múltiples referentes normativos, establecer cuáles son los principios y valores constitucionales, que consultada la integridad de la Carta, representan el querer originario del Constituyente Primario, razón por la cual son esenciales a la identidad de la Carta.

De tal modo, lo esencial está definido por el carácter insustituible del elemento diseñado por el Constituyente Primario, de manera que se afecta la identidad de la Constitución, pues como se recuerda es solo el Poder Constituyente Primario quien puede crear textos constitucionales originarios. Para comprender mejor este criterio podemos mirar los que la Corte Constitucional estima elementos definitorios del *sistema democrático* tal como lo diseñó la Corte Constitucional: **‘...la Constitución consagra un sistema de distribución del poder público entre distintas ramas y**

órganos autónomos y diversas modalidades de control recíproco; dentro de ese esquema, todos los actos del poder público están sometidos a control judicial, y existen unas muy desarrolladas e independientes jurisdicciones constitucional y contencioso administrativa; la posibilidad de legislación delegada en el ejecutivo tiene carácter excepcional y claramente circunscrito; el poder electoral se confía a una organización de jerarquía constitucional y carácter autónomo e independiente frente a los demás poderes; también se ha previsto la existencia de órganos constitucionales autónomos e independientes en materia de banca central y de manejo de la televisión; se consagra la autonomía de las entidades territoriales y tanto alcaldes como gobernadores son elegidos popularmente; se han previsto competencias autónomas de regulación en ámbitos hasta entonces del dominio del ejecutivo; las condiciones de procedencia de los estados de excepción son muy rigurosas y los poderes que se confieren al Presidente durante tales estados se han visto reducidos; las fuerzas militares están claramente subordinadas a las autoridades civiles y tienen carácter no deliberante; la Constitución establece la carrera administrativa como regla general, en contraste con un sistema de libre disposición de los cargos públicos; así mismo, existe la carrera judicial y mecanismos que garantizan la independencia en la conformación de las altas Cortes; el poder ejecutivo carece de posibilidad de interferir los procesos políticos, se garantizan los derechos de la oposición, entre ellos el de réplica, y se contempla la financiación predominantemente estatal de las campañas políticas; se garantiza el pluralismo político y existen distintas instancias de participación popular...¹³¹. Se observa en consecuencia, como el sistema

¹³¹¹³¹ Sent. C-1040/05.

democrático, como elemento esencial definitorio de la Carta, se encuentra conformado a la vez por otros principios que le son inherentes a la esencialidad de la Carta. Evidenciándose con ello que el criterio de elemento definitorio corresponde en parte a un criterio dotado de elevada subjetividad por cuanto, dependerá de la lectura de una categoría no explícita en la Carta, sino de un criterio que por su carácter altamente implícito queda finalmente supeditado al pertinente trabajo de interpretación.

Otro ejemplo de intento de determina un elemento esencial definitorio, podemos realizarlo con los componentes de la Carrera Administrativa señalados principalmente en el artículo 125 de la Carta, que fue modificado con un párrafo transitorio introducido por el Acto Legislativo 01 de 2.008, recientemente declarado inexecutable por la Corte a consecuencia de un vicio de competencia (sustitución de la Carta). En efecto, según lo adoptó la Asamblea Nacional Constituyente, está integrado por las siguientes normas: Artículos 125 (carrera administrativa), 40-1 (derecho a elegir y ser elegido), 40-7 (derecho a acceder a desempeñar funciones y cargos públicos), 13 (igualdad de oportunidades), 53 (Estatuto del trabajo), 209 (función pública con principios de igualdad, moralidad, eficacia, imparcialidad), 1 (prevalencia del interés general), 2 (servicio a la comunidad), 133 (justicia y bien común), 217 (carrera especial de las Fuerzas Militares), 218 (carrera especial de la Policía Nacional), 253 (carrera especial de la Fiscalía General de la Nación), 268-10 (carrera especial de la Contraloría General de la República), 279 (carrera especial Procuraduría General de la Nación). Se evidencia entonces, que se trata de algo más que la alusión a un simple artículo y se representa en su lugar todo un sistema que comporta la Carrera en la integridad de la Carta.

Así las cosas, la **carrera administrativa** es un elemento esencial definitorio emanado del Constituyente Primario con criterios específicos, que trazó como *un sistema interrelacionado y conformado por criterios y elementos integradores*, entre ellos: la eficiencia y eficacia en la prestación del servicio, la estabilidad en el empleo, la igualdad de oportunidades de acceso a posiciones públicas, especialización, tecnificación, moralidad. De tal modo, del texto original del artículo 125, sumado a los artículos antes enunciados se observa que la regla general fue trazada por el Constituyente recurriendo a criterios de mérito, igualdad, libertad de acceso y concurso público de méritos.

El anterior ejemplo, denota como un elemento es definitorio de la identidad de la Carta en la medida de que su ausencia, objetivamente determina que la Carta sufre un cambio en su naturaleza originaria. En el caso tratado, la inscripción extraordinaria de funcionarios provisionales representaba precisamente que aunque de forma transitoria, el ingreso a la carrera se hacía sin concurso, de manera que el querer del Constituyente Primario era desconocido de manera arbitraria por el Congreso.

Para definir este elemento esencial definitorio, y los que sean pertinentes de manera general, puede ser de utilidad recurrir a la parte dogmática de la Carta, pues estando integrada '**...entre otros elementos, por el Preámbulo, por los fines esenciales del Estado, por los objetivos y por valores constitucionales...**'¹³², es un criterio orientador de la voluntad que en bloque el Constituyente plasmó en la Carta Política. Toda vez que la parte dogmática representa algo más que la formulación de reglas generales o particulares de la realidad jurídica nacional, representando el espíritu e ideología propios de la Carta. Precisamente, los principios y valores

¹³² Sent. C-178/95, Exp. L.AT. 041. M.P. Fabio Morón Díaz.

constitucionales representan un nuevo papel en las decisiones judiciales como las propias del control constitucional.

Así las cosas, **'los valores representan el catálogo axiológico a partir del cual se deriva el sentido y la finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico'**¹³³ y su importancia radica en que ellos constituyen el fundamento y la finalidad de la organización política¹³⁴. Así las cosas, son valores constitucionales que debe revisar el juez constitucional al evaluar una eventual sustitución de la Carta convivencia, trabajo, justicia, igualdad, conocimiento, libertad y paz que encontramos en el Preámbulo. Además, el servicio a la comunidad, la prosperidad general, la efectividad de los principios, derechos y deberes, la participación, la independencia nacional, la integridad territorial, la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo (inciso segundo, art. 2). Estos valores, si bien tienen un valor programático¹³⁵, no pierden por ello una incidencia normativa, pues corresponden a propósitos de regulación de las relaciones entre el establecimiento y los gobernados¹³⁶, de esa forma los valores irradian el cuerpo constitucional. Esta condición sin lugar a duda representa un grado de abstracción enorme, que deja un ámbito interpretativo muy amplio, a lo que se suma que no tienen aplicación directa. No obstante tienen una eficacia interpretativa muy elevada, siendo 'definitorios a la hora de resolver un problema de interpretación en el cual está en juego el sentido del derecho...'¹³⁷.

¹³³ Sent. T-406/92, Exp. T-778, M.P. Dr. Ciro Angarita Barón.

¹³⁴ Bis.

¹³⁵ Bis.

¹³⁶ Bis.

¹³⁷ Bis.

Por otra parte, los **principios constitucionales**, son más que fines, son normas jurídicas de aplicación inmediata, pues tienen contornos político y teleológico propios, de manera que aportan un criterio de interpretación más restringido. Son de tal naturaleza el Estado social de derecho, la forma de organización política y territorial, la democracia participativa y pluralista, el respeto a la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad, la prevalencia del interés general (art. 1), la soberanía popular y la supremacía de la Constitución (art. 2). Respecto de ellos dice la Corte Constitucional: **‘...Ellos se refieren a la naturaleza política y organizativa del Estado y de las relaciones entre los gobernantes y los gobernados. Su alcance normativo no consiste en la enunciación de ideales que deben guiar los destinos institucionales y sociales con el objeto de que algún día se llegue a ellos; su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base axiológico-jurídica sin la cual cambiaría la naturaleza misma de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y su razón de ser. Los principios expresan normas jurídicas para el presente; son el inicio del nuevo orden. Los valores, en cambio, expresan fines jurídicos para el futuro; son la mira que jalona hacia el orden del mañana...’**¹³⁸. Los principios son normas expresas del cuerpo constitucional y su fuerza normativa se desprende del artículo 4 constitucional. Importancia adicional se encuentra en el criterio según el cual ninguna norma o institución puede contrariar los mandatos de los principios constitucionales.

Recordemos finalmente que la mayor especificidad de los principios tienen ante los valores, representa por una parte una diferencia de grado entre ambos, siendo los primeros dotados de mayor eficacia por la simple razón

¹³⁸ Sent. T-406/92, Exp. T-778, M.P. Dr. Ciro Angarita Barón.

de tener aplicación directa; por el contrario los valores reclaman una subsunción propia de los silogismos de manera que deben desentrañarse y programarse su eficacia según las circunstancias del caso concreto.

Este silogismo que nos permite desentrañar elementos esenciales definitorios de la Carta Política a través de los componentes de la parte dogmática de la Carta, se refuerza finalmente con el concepto de **derechos fundamentales**, como quiera que constituyen fundamento importante del principio de Estado social de derecho. Como no tratamos de realizar un estudio específico de esta institución, baste recordar que estos derechos son manifestación directa de los valores y principios constitucionales; que tienen eficacia directa, no reclamándose un desarrollo normativo reglamentario y que están dotados de un contenido esencial correspondiente a un contenido mínimo e irreductible protegido que permite su eficacia material¹³⁹.

Según lo precedente la identificación de un elemento esencial definitorio de la Carta, es un ejercicio complejo no ciento por ciento objetivo, pero es posible acercarse a dicho criterio con las herramientas antes señaladas, que tienen comienzo con la descripción original dada por el Constituyente Primario al texto superior, identificando luego los principios y valores que irradian la materia de que se trata, para paso seguido identificar los artículos de la Carta que desarrollan el sistema o institución pertinente, por ejemplo la carrera administrativa o el sistema presidencial.

2-4-2-2- Alcance del presunto acto sustitutivo en los elementos definitorios identificados.

¹³⁹ Sent. T-406/92, Exp. T-778, M.P. Dr. Ciro Angarita Barón.

Una vez establecida la identidad del elemento esencial definitorio de la Carta, es menester examinar el alcance del acto sustitutivo en tal dimensión. Ese impacto jurídico del acto acusado, debe ser de una magnitud tal que desnaturalice o haga desaparecer el o los elementos, de la realidad constitucional.

De manera que el elemento definitorio tal como fue perfilado por el Constituyente Primario, pierde vigencia. No puede olvidarse que el Constituyente derivado tiene límites en cuanto al *poder de reforma* de la Carta, pues se ha prevenido que **‘...Al Congreso de la República le está vedado sustituir la Constitución, en forma total o parcial, permanente o transitoria..’** (Sent. C-1040/05). Por ello, el análisis del impacto de la pretendida ‘reforma’ (sustitución) debe estimar si el Acto legislativo *subvierte* el querer del Constituyente primario; reemplazando el diseño original de una realidad constitucional, adoptando en su lugar de forma grave y contradictoria con la Carta original misma, un criterio no solo diferente, sino de entidad tal que la hace desaparecer.

En este punto es importante recordar las previsiones de la Corte Constitucional sobre el juicio de sustitución: **‘...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-...De esta manera, resulta posible introducir reformas sustanciales a la Constitución, que alteren su estructura básica o los principios fundamentales en ella contenidos, pero que puedan, sin embargo, entenderse como incorporadas a ella...¹⁴⁰. Entonces al examinar el impacto de la reforma como parte del juicio de sustitución, no se trata de que el Congreso mantenga invariable la Carta Política o que la misma tenga normas o fórmulas inmodificables.

En este orden de ideas, debe en todo caso tratarse de algo más que una simple afectación, modificación, vulneración o contradicción del texto acusado y otros apartes de la Carta. No se trata entonces de que existan diferencias entre el texto originalmente otorgado por el Constituyente Primario y el que el Congreso postula, puesto que precisamente el poder de reforma concedido al Congreso se refiere a la posibilidad de modificar la Carta, lo cual por definición implica una mutación objetiva de la norma jurídica preexistente que pierde vigencia en virtud del nuevo texto constitucional. Tampoco es suficiente que la reforma aparezca simplemente contradictoria con apartes de la Carta, porque en principio es posible inclusive que existan contradicciones entre la misma que se resuelven como se anotó en otros apartes, acudiendo al principio de interpretación sistemática, pues en virtud del artículo 4 de la Carta, todas sus disposiciones, no solo algunas, son normas superiores y tienen la misma vocación de permanencia.

¹⁴⁰ Sent. C-1040/05.

Las anteriores conclusiones se grafican de manera adecuada, al examinar las siguientes palabras de la Corte Constitucional relativas al Acto legislativo 01 en materia de moción de censura: **‘...Sobre el particular observa la Corte que cuando se introducen reformas a los instrumentos de control interorgánico previstos en la Constitución, es posible que un órgano se vea fortalecido, en contraste con otro o con otros que, como efecto de la reforma, se ven debilitados en sus competencias, o sometidos a controles más estrictos o recortados en su capacidad de vigilar o condicionar la actuación de otros. Pero mientras tales reformas se mantengan dentro del ámbito del principio de separación de poderes como eje definitorio de la identidad de la Carta Fundamental, no puede decirse que las mismas hayan dado lugar a una sustitución de la Constitución. Existe sustitución cuando se suprime el principio mismo y se reemplaza por otro distinto y de carácter opuesto. Así, por ejemplo, ocurriría cuando una reforma condujese a la concentración de las funciones del Estado en un sólo órgano, que escaparía, por consiguiente, a cualquier esquema de frenos y contrapesos. Lo mismo cabría decir de una reforma por cuya virtud se afirmase la plena autonomía y supremacía de un órgano que lo hiciese inmune a cualquier tipo de control por otros. En esas eventualidades se sentaría un principio incompatible con la Constitución de 1991 y el esquema de separación de poderes que se desprende de sus distintas disposiciones. Pero no ocurre lo mismo cuando dentro del esquema de la separación de los poderes y sin desnaturalizarlo, se hace una nueva distribución de competencias o se modifica la manera como operan determinados controles recíprocos entre los órganos del Estado, o se alteran las condiciones de procedencia de los mismos. Se trata de**

consideraciones de oportunidad y de conveniencia sobre el diseño institucional, que caben dentro del ámbito competencial del poder de reforma y que, por consiguiente no pueden considerarse como una sustitución de la Constitución...'¹⁴¹.

De tal manera, el impacto de la reforma debe representar la adopción de un principio o elemento definitorio diametralmente opuesto al querido por el Constituyente, al punto que desnaturalice la institución original. Por ejemplo, las hipótesis planteadas en la sentencia C-1040 de 2005, en la medida que una reforma al sistema de pesos y contrapesos por el cual sea la propia Carta la que confiera primacía al poder Ejecutivo sobre las otras ramas del poder público, si equivaldría a una sustitución de la Carta, pues representaría una alteración al principio de separación de poderes, para imponer el criterio diametralmente opuesto de la concentración del poder en el Ejecutivo o el carácter subordinado de las otras ramas del poder público.

De tal modo, este elemento resulta también, altamente problemático pues no es suficiente determinar el elemento esencial definitorio de la Carta y desentrañar el diseño que le ha dado al mismo el Constituyente Primario, sino que es menester demostrar que se trata de algo más que un cambio o modalidad del mismo elemento o principio. Esto por cuanto como lo ha advertido la jurisprudencia constitucional existe un criterio de carácter dinámico del poder Constituyente en la medida que el mismo puede adaptarse a las realidades históricas del momento, sin que tal circunstancia implique por sí misma un acto de sustitución de la Carta. Este criterio fue sostenido por ejemplo en la sentencia C-1040 de 2005, cuando se advierte:

¹⁴¹ Sent. C-757/08, Exp. D-7154, M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

‘...El proceso constituyente es, El proceso constituyente es, precisamente, un proceso de acomodamiento institucional, y sobre estas materias no cabe decir que se ha cerrado el libro del diseño institucional. La reelección presidencial fue proscrita en el pasado, a la luz de circunstancias muy particulares, vinculadas en cada caso a un momento histórico determinado, de conformación de la república o de inestabilidad institucional, o de violencia partidista. Ante un cambio en las circunstancias -y en los supuestos teóricos-, es posible que el reformador decida ensayar nuevamente el esquema de la reelección. En esa aproximación, no puede pasarse por alto que se han producido en el transcurso de los años, reformas orientadas a ampliar los espacios de participación política, que se han institucionalizado los derechos de la oposición, que se ha buscado fortalecer los partidos, que se ha avanzado en la garantía de la independencia del sufragio. Que ha habido un cambio en la sociedad civil: más articulada, con más espacios de participación, con mayores garantías. Que hay todo un nuevo contexto, con notables desarrollos en materia de comunicaciones y medios de difusión masivos y el consiguiente surgimiento de una sociedad globalizada, la articulación de nuevos canales de expresión y de acción a través de organizaciones no gubernamentales. Razones éstas, dada su proyección en la propia Constitución, que hacen evidente la impropiedad de acudir exclusivamente a la reminiscencia histórica para ponderar la significación actual de la reelección presidencial...’.

En el caso citado, se estimó que no se contraría el principio democrático o la forma de gobierno reimplantar la posibilidad de reelección presidencial, pues pese a ello, el sistema político conserva su identidad y la decisión final es un

acto democrático del pueblo que acude a las urnas para confirmar o no al mandatario de turno. La cita resulta de gran utilidad por cuanto demuestra como para definir el criterio de diferencia diametral, no basta la simple contradicción con un texto original o en algunas ocasiones con el querer inicial de la Asamblea Nacional Constituyente.

Podremos traer, también como ejemplo la siguiente cita: **‘...De este modo, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional uniforme sobre la materia, una alteración del principio del Estado Social de Derecho que comporte suprimirlo por completo o remplazarlo por otro integralmente distinto u opuesto, sería una sustitución de Constitución. Sin embargo, dentro de la misma línea jurisprudencial, no toda alteración del principio del Estado Social puede tenerse como una sustitución de Constitución, porque el concepto, en sus distintos componentes, admite matices y diferentes aproximaciones...’**¹⁴².

Las citas imponen como se había previsto, el criterio de amplio poder de reforma, dentro de los límites de evitar caer en la sustitución. Recordando que las reformas pueden tener también un amplio de maniobra entre los diversos matices y modalidades propios de la institución o elemento esencial definitorio. Lo fundamental será entonces desentrañar el verdadero de carácter definitorio del elemento analizado y que tras la reforma la Constitución no es la misma adoptada originalmente por el Constituyente Primario, sino que se está frente a una nueva, posibilidad vedada al Congreso, como ya se observó.

¹⁴² Sent. C-1040/05.

En este orden de ideas, es oportuno recordar que no existen normas inmodificables, ni principios intangibles, esto es, toda la Carta puede reformarse, dentro de las distintas posibilidades que como antes anotamos por vía de ejemplos, admiten los distintos elementos definitorios. Es decir, un elemento definitorio podrá inclusive ser modificado, reestructurado o redireccionado, entre un amplio margen de variables, siempre y cuando su vigencia, así las cosas mientras se conserve el principio democrático, podría por ejemplo adoptarse un sistema unicameral en el Congreso de la República, pues aún así se conservarían las Ramas del poder público, la separación de poderes, el derecho de acceder a cargos públicos y el voto público, universal y secreto.

Es pertinente entonces, la premisa que implica que en materia del juicio de sustitución está excluida la presunción de criterios de *intangibilidad* de las normas constitucionales. Pues, intangibilidad, reforma y sustitución son conceptos totalmente antónimos.

Existe una diferencia fundamental en cuanto a la naturaleza de los actos de sustitución y de reforma: **‘...En efecto, la intangibilidad impide tocar el núcleo de un principio fundamental o, en su sentido más amplio, afectar uno de los principios definitorios de la Constitución... En efecto, la intangibilidad impide tocar el núcleo de un principio fundamental o, en su sentido más amplio, afectar uno de los principios definitorios de la Constitución. La prohibición de sustitución impide transformar cierta Constitución en una totalmente diferente, lo cual implica que el cambio es de tal magnitud y trascendencia que la Constitución original fue remplazada por otra, so pretexto de reformarla. Los principios fundamentales o definitorios de una Constitución son relevantes para**

establecer el perfil básico de dicha Constitución, pero no son intocables en sí mismos aisladamente considerados. De ahí que la intangibilidad represente una mayor rigidez de la Constitución que la insustituibilidad, así como la prohibición de sustituir la Constitución es un límite al poder de reforma que significa una mayor rigidez que la tesis de la equiparación del poder de reforma o revisión, que es una competencia atribuida a un órgano constituido, al poder constituyente soberano, que es inalienable y originario...'¹⁴³

La intangibilidad es un criterio muy cercano al carácter pétreo de las normas constitucionales, que es ajeno a nuestro ordenamiento constitucional, pues la Carta debe consultar la dinámica social y para ello se ha dotado al Congreso de la República de poder constituyente. No sobra anotar que la Corte Constitucional ha advertido que **'...En la Carta de 1991 no existen cláusulas pétreas, normas intangibles o principios inmodificables...'**¹⁴⁴.

El ejercicio pertinente reclamaría en consecuencia demostrar que el Acto demandado es más que la simple *alteración* o *afectación* de un principio fundamental. La alteración, como expresión de la reforma es un acto propio de las competencias del Congreso de la República, pero la sustitución ya está dicho, está reservada al Constituyente Primario.

Precisamente, el Acto demandado en caso de sustitución desconocería los criterios propios fundamentales del elemento esencial definitorio dado por el

¹⁴³ Sent. C-1200, dic. 9/03, Ref. D-4615, M. P. Dr. MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA. Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL.

¹⁴⁴ Sentencia. C-1040/05.

Constituyente Primario; por ejemplo, en el caso del Acto Legislativo 01 de 2.001, relativo al registro automático en carrera para funcionarios provisionales (art. 125), tal pretensión desconoce la voluntad del Constituyente de que la carrera sea efectiva y garantizada mediante el concurso público de méritos en condiciones de igualdad, como condición para ingreso y permanencia en el cargo. En casos como este es evidente que el elemento definitorio es diametralmente opuesto al querer inicial del Constituyente.

Una ‘modificación’ en circunstancias como las que se vienen tratando correspondería a reemplazarla por otra, parcialmente o totalmente. Se trata de un reemplazo (sustitución parcial) de la Carta en términos materiales. La razón para esta afirmación se encuentra cuando se examinan las nuevas condiciones o términos del Acto demandado; se encuentra un cercenamiento, restricción arbitraria o inclusive la derogatoria del principio que en su origen el Constituyente Primario, señaló como elemento fundante de la identidad de la Carta. Así por ejemplo, un registro automático en carrera administrativa, deroga totalmente el imperativo de concurso público de méritos que como contenido esencial el Constituyente Primario señaló para la carrera administrativa como elemento esencial definitorio de la Constitución Política.

La diferencia anotada tiene que ser del grado de *cualidad*, esto es, que pretenda algo más que realizar modulaciones, alteraciones, adecuaciones o hacer más o menos operante el instituto reformado, o en el caso de la carrera por ejemplo, hacer más o menos estrictos los requisitos de ingreso o, la consagración de ciertos beneficios o ventajas para un sector de servidores. Contrario a esto el Acto sustituyente pretenderá que un

elemento definitorio esencial de la Carta Política, no tenga vigencia, esto es, no opere en la nueva realidad jurídica lo que el Constituyente Primario quiso que fuese una característica propia de la identidad de la Carta.

La sustitución debe ser de tal trascendencia y magnitud que en consecuencia reemplaza la Carta Política trazada por el Constituyente Primario en la materia, por otra diametralmente opuesta; en la cual no se advierte en modo alguno ese querer primigenio del Pueblo soberano representado en la Asamblea Nacional Constituyente. Pues **‘...Una cosa es alterar un principio fundamental y otra distinta sustituir un elemento definitorio de la identidad de la Constitución...’**¹⁴⁵. Alterar es un cambio, modificación o reformulación; sustituir por el contrario, es poner algo en lugar de otro, esto es reemplazar. Precisamente el Congreso no puede sin más por su competencia directa, reemplazar total o parcialmente la Constitución Política de 1.991, por otra distinta también parcial o total, a la querida por la Asamblea Nacional Constituyente. No sobra resaltar lo antes señalado en cuanto que este grado de sustitución una vez demostrado no deja de serlo porque sea parcial, pues ha dicho la Corte que **‘...la sustitución por el hecho de ser parcial no deja de ser sustitución...’**¹⁴⁶.

En consecuencia, para mostrar la intensidad e impacto de la sustitución, sería necesario demostrar que no se trata de un cambio de redacción de la norma constitucional, sino que se trata de una nueva norma en su sentido subjetivo y objetivo, de manera que se lo que se modifica es el contenido esencial no solo de un artículo aisladamente considerado, sino de la Carta toda en cuanto compendio sistemático. Además, que no se trata de una

¹⁴⁵Sent C-970, Oct. 7/2004. Exp. D-5032 y D-5041 (Acumulados), M.P. Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

¹⁴⁶Sent. C-1200, dic. 9/03, Ref. D-4615, M. P. Dr. MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA. Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL.

reconceptualización, y que es la adopción de un concepto diametralmente diferente, que muta de forma esencial la regla general preconcebida como elemento definitorio. Se adopta entonces un concepto opuesto y sustitutivo de la Carta. También que es más que una excepción específica, pues si se puede adoptar varios conceptos resultaría posible en determinado caso modificar condiciones de ejercicio del derecho, reglas o competencia, siendo necesario de tal modo demostrar que en tal caso la excepción o limitación por si misma impide que la norma misma y la identidad constitucional mantengan su alcance general. En este punto para echar de menos el contenido general debe mostrarse que el elemento definitorio se restringe de tal modo que la regla se convierte en excepción y que es esta la que entra a regir de manera genérica.

Finalmente, podemos anotar que si bien el amplio poder de reforma que radica en cabeza del Congreso, permite inclusive consagrar limitaciones y restricciones al elemento esencial definitorio, ese límite puede ser reformatorio, más no sustitutivo de la Carta; puesto que es diferente condicionar el ejercicio realidades constitucionales, variando condiciones, límites o ámbito de eficacia y, otra cosa es afirmar que dicha limitación o restricción represente que la esencia o un elemento definitorio de la Carta, no tenga vigencia.

Es fundamental, que demandas de este tipo y las sentencias que las resuelven no pueden plantear la existencia de *cuestiones intangibles*. Ni criterios que petrifiquen la Carta Política. Aspecto diverso al acatamiento de los límites del Congreso en su competencia para reformar la Carta en cualquier materia, cuidándose de no incurrir en *sustituciones*. Por esto, la Corte Constitucional ha manifestado: **‘...Al limitar la competencia del poder reformatorio a modificar la Constitución de 1991, debe**

entenderse que la Constitución debe conservar su identidad en su conjunto y 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.....¹⁴⁷.

De tal forma, reformar es modificar, hacer diferente, pero no al punto que la diferencia se convierta en la derogación explícita o implícita proveniente del Poder Constituyente Primario. Se trata de un criterio difuso pues se exige de una aplicación razonada de los criterios de sustitución vistos hasta el momento, para concluir si lo modificado es diametralmente opuesto a los principios sentados por el Constituyente. Ejercicio que no puede ser objetivo del todo, sobre todo si estimamos que los criterios para definir lo esencial de un elemento definitorio no devienen de texto jurídico que así expresamente lo disponga. Actividad que reclama cuidado pues la reforma a la Carta admite varios campos de acción: **“...La reforma constitucional no se agota en la derogación, modificación o subrogación de normas de la Constitución vigente, sino que puede orientarse a la adición de contenidos constitucionales nuevos, que el poder de reforma ha considerado necesario incorporar en la Constitución, como nuevas garantías, nuevos esquemas de organización, o, incluso, nuevos procedimientos, como expresión de una pretensión de brindar estabilidad, permanencia y una cierta intangibilidad a determinadas**

¹⁴⁷ Sent. C-551, Jul. 9/2003. Exp. CRF-001, M.P. Dr. Eduardo Montealegre L.

materias. También cabe que en una reforma constitucional se incluyan normas que establezcan excepciones a reglas generales contenidas en otros artículos, u otras que dispongan con carácter transitorio sobre la manera como habrá de desarrollarse una determinada previsión constitucional...’’¹⁴⁸.

La Constitución no impone límites al poder de reforma que el Congreso de la República posee. Pero, justamente el acto de sustitución va más allá de una simple reforma. Según los límites de competencia antes vistos el Congreso como cuerpo Constituyente derivado, no puede modificar o adicionar contenidos que finalmente representen una sustitución de la Carta.

2-4-2-3- Juicio de confrontación o ponderación.

En este punto es importante recordar que se trata de algo más que una simple contradicción que emane de la comparación de la Carta y la reforma, pues como ha señalado la Corte Constitucional: **‘...por definición, una reforma constitucional contradice la Constitución por ella reformada...’¹⁴⁹.**

Por lo anterior, debe verificarse que el cambio al texto constitucional representa no solo el reemplazo del elemento esencial definitorio por otro integralmente diferente u opuesto; sino además, que el nuevo elemento resulta incompatible con la identidad de la Constitución dada por el Constituyente Primario antes de la ‘reforma’, pues solo el Poder

¹⁴⁸Sentencia C-1200/03.

¹⁴⁹Sent. C-1040 de 2005.

Constituyente primario puede ser legislador constitucional originario, es decir, crear normas constitucionales.

La Corte Constitucional resalta en esta materia las importantes diferencias entre alteración, afectación, supresión y sustitución: **‘...el concepto de alteración es diferente al de afectación. Y éstos, a su vez, son distintos al de supresión y, por supuesto, al de sustitución. En la Sentencia C-551 de 2003 se dijo textualmente que “...resulta entonces claro que lo único que la Carta autoriza es que se reforme la Constitución vigente, pero no establece que ésta puede ser sustituida por otra Constitución. Al limitar la competencia del poder reformativo a modificar la Constitución de 1991, debe entenderse que la Constitución debe conservar su identidad en su conjunto y desde una perspectiva material, a pesar de las reformas que se le introduzcan...’**¹⁵⁰.

Sobre este particular ya se había anotado en precedencia, sin embargo resulta importante en este momento, pues a estas altura del juicio de sustitución no basta la existencia de alteración a un elemento esencial definitorio, sino que es menester que esa alteración, represente una mutación grave a la identidad de la Carta. Por esto anota la Corte Constitucional: **‘...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**

¹⁵⁰Sent. C-1040/05.

anterior...¹⁵¹. Las palabras de la Corte Constitucional nos recuerdan asuntos ya analizados, pero añaden un criterio fundamental, pues en este punto del juicio de sustitución, un factor clave de ponderación radica en que la oposición del elemento esencial definitorio debe representar que el nuevo sea incompatible con la identidad de la Carta.

Esa incompatibilidad inicialmente podría advertirse en la adopción de criterios que podemos llamar antónimos o lógicamente opuestos, por ejemplo modificar el principio de libertad económica por uno estrictamente intervencionista o, modificar el sistema de concurso público de méritos como condición para ingreso a la carrera, por un sistema de ternas o de absoluta discrecionalidad del nominador. Nos parece este un criterio lógico de ponderación de cierta sencillez pues si el Constituyente Primario dota a la Carta Política de un elemento que pretende la defina y es identificado como tal en el juicio de sustitución, encontrar que la oposición entre este y la reforma es tal que son ciento por ciento contrarios, no permite otra conclusión que su derogación, toda vez que en virtud del principio de no contradicción, ambos no podrían tener pervivencia.

No sobra anotar que este ejercicio no se cumple con el análisis de una norma constitucional aisladamente considerada, sino que requiere el entramado de todo el cuerpo constitucional, por el cual varios grupos de normas forman a manera de sistemas, la identidad que el Constituyente Primario otorgó como elementos esenciales definitorios. Por eso, se requiere de una incompatibilidad tal en el criterio o elemento pertinente introducido por el Acto demandado, con los elementos trazados por la

¹⁵¹ Bis.

Asamblea Nacional Constituyente, que tras su vigencia el espíritu y el sistema diseñado por aquella, no se reconoce en las nuevas reglas constitucionales. Por estas razones la Corte Constitucional anota: **‘...El resultado del mismo debe poder llevar a la conclusión de que, como el elemento esencial definitorio ha sido remplazado por otro opuesto o integralmente diferente, no es posible armonizar la reforma constitucional con el resto de normas constitucionales que no fueron modificadas por ella y que reflejan aspectos claves de lo insustituible, para lo cual el bloque de constitucionalidad es especialmente relevante...’**¹⁵².

De tal modo el último paso del juicio de verificación de una sustitución a la Carta, corresponde a una verificación de la armonía que la Carta guarda consigo mismo tras la introducción del acto presuntamente sustitutivo. De modo que un acto de sustitución representa que la institución determinada no guarda armonía con la normatividad que conforma su sistema, por ejemplo la adopción de una carrera administrativa con registro automático, vulnera o contradice el principio de igualdad (art. 13) que hace parte esencial del sistema de carrera señalado por la Asamblea Nacional Constituyente. Pero, inclusive la misma Carta en su conjunto se encuentra vulnerada, pues el sistema mencionado (por ejemplo carrera administrativa) puede resultar irremediabilmente incompatible con otros principios (por ejemplo en el caso citado el democrático).

Sobre la evidencia de esta crisis de identidad que el acto sustitutivo representa para la Carta, son oportunos los criterios señalados en el comunicado de prensa correspondiente a la declaratoria de inexecutable

¹⁵² Sent. C-1040/05.

del Acto legislativo 01 de 2.008, por encontrarlo desbordante de la competencia del Congreso, representando una verdadera sustitución de la Carta: **‘...Para la Corte Constitucional, la oposición así evidenciada, comporta una sustitución de la Constitución, por cuanto produce un quebrantamiento de uno de sus ejes definitorios, que se evidencia mediante la introducción de excepciones a cada uno de los elementos integrados en la premisa mayor y, además, porque, en la práctica, suspende la Constitución en lo que tiene que ver con el eje definitorio construido a partir de la carrera administrativa y de sus relaciones con otros contenidos constitucionales...’**¹⁵³.

Ese criterio de insubsistencia o incongruencia entre el querer del Constituyente Primario plasmado en la integridad de la Carta y el acto reformativo, muestra un interesante matiz en el Acto legislativo 01 de 2008 antes mencionado, pues en ese caso el párrafo transitorio contenía una suspensión temporal del sistema de carrera, ante la cual la Corte Constitucional advierte: **‘...Tratándose del ámbito personal, en tanto que el artículo 125 superior protege el derecho de cualquier persona que cumpla los requisitos y méritos a aspirar a un cargo de carrera, el párrafo transitorio hace beneficiarios de la inscripción extraordinaria a quienes ocupen cargos de carrera definitivamente vacantes en calidad de provisionales o por encargo y, en lo atinente al ámbito temporal, mientras que el artículo 125 de la Constitución tiene la vocación de permanencia, propia de las disposiciones constitucionales, el párrafo transitorio tiene una vigencia de tres años, siendo claro, según la Corte, que las dos disposiciones difieren a**

¹⁵³ Sent. C-588/09. M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

tal grado que juntas no pueden coexistir en un mismo espacio...¹⁵⁴. Se reitera el criterio de oposición lógica fundamental, pues como en el ejemplo citado en la Carta no pueden subsistir principios como el de carrera administrativa general en condiciones de igualdad y mérito como el querido por la Asamblea Nacional Constituyente, con un criterio estrictamente desconocedor de principios como la igualdad y la participación, como el impuesto por el Congreso de la República en el acto comentado. Por otra parte, resulta interesante, como la Corte Constitucional resalta que el ámbito de vigencia de las normas constitucionales resulta relevante al momento de adelantar el juicio de sustitución, en caso del ejemplo el Constituyente quiso la carrera con una condición de permanencia, mientras que la acto reformativo pretendía que temporalmente la misma no tuviese vigencia, esto es, que se suspendía aunque temporalmente un imperativo constitucional.

Respecto a este último elemento del juicio de sustitución, esto es, el análisis de la confrontación, resulta importante resaltar que la clave corresponde a determinar la posibilidad de *coexistencia* entre el diseño original dado a la Carta por el Constituyente Primario y las variaciones que introduce el acto reformativo emitido por el Congreso de la República. Como quiera que los textos constitucionales deben consultar las realidades históricas vigentes, es posible que a simple vista las variaciones introducidas por el Constituyente derivado parezcan una mutación importante o sustancial, pues también se advirtió que toda reforma es lógicamente una modificación que puede abarcar distintas modalidades o manifestaciones de un principio sin que ello implique por ese simple hecho una sustitución. La crisis para la identidad de la Carta en cuanto a sus elementos definitorios se encontrará sólo cuando la

¹⁵⁴ Sent. C-588/09. M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

reforma represente la imposibilidad de coexistencia señalado, por ejemplo tendríamos la adopción de un estado confesional, cuando existe todo un sistema normativo dentro de la Carta que no solo lo prescribe sino que consagra la libertad de pensamiento, de conciencia y de cultos (preámbulo, arts. 2, 5, 18, 19), todo bajo el eje conductor del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (art. 16). O, a título también de ejemplo, adoptar reformas que o bien deroguen la acción de tutela o le hagan limitaciones que le restan eficacia como expresión del derecho sustancial; resultaría interesante abordar la discusión se sustraer el control de sentencias judiciales del amparo constitucional, implicaría o no una sustitución de la Carta, en inicio podría concluirse que siendo las autoridades judiciales expresión de autoridades públicas, el Constituyente Primario no excluyó sus decisiones de tal garantía, empero habrá quienes argumenten que se trata simplemente de un desarrollo jurisprudencial no implícito como elemento definitorio en la Carta Política.

En una conclusión, este criterio de coexistencia se traduce en la posibilidad real de armonizar la reforma con los sistemas constitucionales pertinentes, aspecto que en caso negativo reclamará concluir al acto demandado como una sustitución de la Carta.

2-5- El juicio de constitucionalidad de los actos sustitutos de la Carta Política.

De acuerdo a lo establecido por el artículo 241-1 de la Constitución y en armonía con la jurisprudencia de la Corte Constitucional no es posible

ejercer la revisión de constitucionalidad de un Acto Legislativo por su contenido material. Su competencia se limita exclusivamente a conocer de la posible inconstitucionalidad por vicios de procedimiento en su formación, o a efectuar un juicio de sustitución cuando el demandante cumple la carga de plantear un cargo en el sentido de que el reformador de la Constitución incurrió en un vicio de competencia.¹⁵⁵

En la sentencia C-888 de 2004¹⁵⁶ la Corte Constitucional estableció que una demanda que plantee la sustitución de la Constitución mediante un acto legislativo además de cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 2 del Decreto 2067 de 1991, debe argumentar y demostrar de manera suficiente ese alegado vicio de competencia: **‘...el ciudadano que instaure una acción pública de inconstitucionalidad contra la totalidad de un Acto Legislativo, o una parte del mismo, no puede plantearle a la Corte que realice un examen material sobre las disposiciones constitucionales por violar otras normas de la Constitución. (...) En este caso, la carga para el demandante consiste en plantear cargos de inconstitucionalidad relacionados con el desbordamiento del poder de reforma del Congreso. En otras palabras, el actor debe demostrar de manera concreta, clara, específica y suficiente que la modificación introducida al texto de la Constitución de 1991 no es una reforma sino que se está ante una sustitución de la misma... La exigencia que la Corte le hace al ciudadano de estructurar al menos un verdadero cargo de inconstitucionalidad en los casos en que éste considere que el Congreso de la República se extralimitó en el ejercicio de sus competencias al reformar la Constitución, es consonante no sólo con**

¹⁵⁵ Sent. C-986/06. Exp. D-6295. M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁵⁶ Sentencia C-888 de 2004 MP: Clara Inés Vargas Hernández.

el carácter rogado que tiene la jurisdicción constitucional en estos casos, sino con los mínimos requisitos exigidos por el artículo 2º del Decreto 2067 de 1991 a fin de que la Corte pueda centrar adecuadamente el examen constitucional correspondiente, permitiendo también a los intervinientes y al Procurador General de la Nación, el pronunciamiento sobre problemas jurídicos concretos...'

Es oportuno también transcribir lo que dijo la Corte en la sentencia C-1124 de 2005: **'...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 cotejan¹⁵⁷ ...'**

Así las cosas, el juicio de constitucionalidad cuando se trata de un cargo de sustitución, es obviamente rodeado de una carga argumentativa superior, como quiera que es un procedimiento que involucra el criterio de permanencia dinámica de las normas constitucionales, esto es, una realidad

¹⁵⁷Sent. C-986/06. Exp. D-6295. M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

que involucra la conservación de los elementos definatorios de la Carta, pero en atención a la complejidad del principio democrático, reclama el respeto por altas facultades de reforma el texto constitucional de parte del Congreso de la República.

Así las cosas, como en todas las demandas, el ciudadano demandante deberá cumplir a cabalidad los requisitos señalados por el artículo 2-1 del Decreto 2067 de 1.991, relativos de manera general a la identificación de la norma objeto de reproche; exigencia que se cumple cuando se señala la norma acusada, acto que reclama además la identificación plena según su transcripción literal de acuerdo con el Diario Oficial, en lo cual se permite aportar un ejemplar del mismo, aunque se cumple tal requisito con la simple cita literal de la misma. Recordando, que el control constitucional por vía de acción es rogado, es carga del demandante señalar con precisión la norma que se encuentra contraria a la Carta, pues de lo contrario se entraría pie a un control oficioso, no previsto por el Constituyente Primario, sino para ciertos actos que tienen control previo o automático como los correspondientes al trámite de leyes estatutarias o a los decretos dictados en vigencia de los estados de excepción.

Adicional a la identificación de la norma demandada, el accionante tiene la carga de argumentar *el concepto de la violación*, atinente al aporte de las razones del actor para estimar la norma demandada como contraria al texto constitucional. Para cumplir tal cometido según el artículo 2-2- del Decreto 2067 de 1.991, el actor deberá señalar las normas constitucionales que estima vulneradas, ejercicio que debe cumplir con un requisito de claridad en el argumento que sustenta la selección de la norma infringida. Además, deberá demostrar los elementos de la norma constitucional que resultan

relevantes al juicio de constitucionalidad que se reputan violados por las normas demandadas. No es suficiente entonces, señalar la norma Constitucional que se estima vulnerada, sino que debe mostrarse qué disposición normativa de la misma se estima vulnerada, esto es, que realidad jurídica en particular amparada por la Carta, se supone que la norma demandada vulnera. No basta por ejemplo, señalar violado el artículo 53 de la Carta, ante una norma que limita los derechos de los trabajadores, es menester señalar los contenidos y principios que la norma constitucional ampara y que se estimarían vulnerados con el acto objeto de demanda.

Lo anterior por cuanto a renglón seguido, se debe cumplir con uno de los apartes más exigente de la acción, como es el argumento central relativo a las razones de contradicción del texto demandado con la Constitución, exigencia del artículo 2-3 del Decreto 2067 de 2000. Se trata de un juicio de confrontación lógica, mediante la estructuración de un argumento que compara los contenidos de ambas disposiciones normativas, en un ejercicio que confronta la inaceptable contradicción entre el contenido normativo demandado y los mandatos de la Constitución. No sobra resaltar que como ya se ha advertido en el juicio de sustitución, el ejercicio va más allá de una confrontación material o sustancial entre los textos, siendo menester demostrar que se trata de una verdadera oposición integral con elementos esenciales definitorios de la Carta en su contenido original, según lo diera el Constituyente Primario.

Sobre este particular en la sentencia 1052 de 2001, la Corte Constitucional resaltó la necesidad de que el cargo y las razones de contradicción argumentadas, cumplieran requisitos de *claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia*.

La *claridad* reclama que el argumento se exponga en forma que sea comprensible, de modo que su contenido y justificaciones no requieran de un esfuerzo adicional del juez constitucional para amoldarlo o hacerlo accesible al entendimiento. Sin que sea necesario más que la simple lectura para realizar el control pertinente, pues de lo contrario un cargo confuso o ambiguo, implicaría que la Corte oficiosamente le diera complementación, lo que desnaturaliza la acción de constitucionalidad.

La certeza del cargo, se refiere a que se seleccione una 'proposición jurídica real y existente', es decir, que el contenido normativo enunciado como vulnerado y el que se desprende de la norma demandada, correspondan a un contenido real de los textos confrontados. Esta exigencia implica demostrar que no se trata de contenidos supuestos por el accionante, sino que hacen parte efectivas de los elementos normativos confrontados. De manera que no solo es real el mandato constitucional que se estima vulnerado, sino que también es real y vigente la disposición normativa que se considera como origen de esa vulneración.

La *especificidad*, reclama definir con claridad la forma con el texto demandado vulnera la Constitución, lo cual reclama la proscripción de argumentos vagos, indeterminados, indirectos, abstractos o globales. Para evitar tal incorrección se exige de manera directa y concreta demostrar una contradicción objetiva y verificable entre los textos comparados. Lo específico es entonces, una exigencia que se refiere a la cualidad y naturaleza de la infracción, pues demuestra como la disposición normativa no resulta compatible con los contenidos constitucionales o los elementos esenciales definitorios de la Carta, que se estiman agraviados. Así por

ejemplo, en el caso de la reforma o reglamentación a contenidos del artículo 53 de la Carta, señalar que se vulnera el derecho al trabajo, sino que es menester demostrar que contenidos del derecho al trabajo se encuentra vulnerados, y las razones por las cuales la disposición normativa desconocen esos contenidos fundamentales. Es una confrontación que reclama la construcción de dos argumentos, el primero de los cuales contiene las premisas generales que las normas constitucionales trazan como principios de la realidad jurídica que en particular se analiza (C1, C2, C3...); y el segundo de tales argumentos se refieren a la premisa normativa demandada (N1, N2, N3...) De manera que al comparar A1, A2, A3 y N1, N2, N3, se evidencien la forma y razones como las disposiciones entran en contradicción.

La *pertinencia*, reclama que el argumento corresponda a un contenido constitucional, esto es que se construya con razones de contenido constitucional, o dicho de otro modo, de un discurso que involucre los principios, valores, deberes y derechos constitucionales, en la forma como la propia Carta los contiene y enuncia. De tal forma la premisa y argumento central es la Carta misma y las normas que conforman su bloque de constitucionalidad. De manera que las razones del reproche no pueden provenir de criterios o contenidos extraconstitucionales como normas de rango inferior, conceptos doctrinarios, o criterios subjetivos del actor o aspectos de siempre conveniencia de la existencia de la norma demandada. En conclusión, la pertinencia del Cargo se advierte por cuanto éste se construye en torno al reproche de desconocimiento de contenidos estrictamente constitucionales; si la Constitución es norma de normas (art. 4) la Corte Constitucional como su suprema guardiana debe conservar textos constitucionales en su contenido real.

La *suficiencia*, exige que se presenten argumentos completos y pruebas suficientes. Un argumento es suficiente cuando contiene las premisas normativas y fácticas que permiten realizar el juicio de confrontación o sustitución y un hilo lógico conductor entre los mismos, cerrado por una conclusión clara y válida. Que al menos deje duda sobre la constitucionalidad de la norma demandada, pues cuestiones de validez del proceso constituyente permiten presumir la constitucionalidad del acto demandado. La suficiencia de los argumentos reclama exponer con precisión todos los elementos del juicio de sustitución. De tal modo, será menester enunciar y demostrar los elementos esenciales definitorios enunciados por el Constituyente Primario, la existencia y forma que tienen en la Carta y la forma como el acto reformativo los desconoce. Y, en materia probatoria deberá aportarse argumentos que permitan verificar el cargo demandado, por ejemplo en caso de vicios de procedimiento enunciar y demostrar qué procedimiento era correcto y en qué consistieron los vicios que le dieron transgresión. La suficiencia del argumento en estos casos, se refiere entonces, a un esfuerzo de convencimiento de que la norma demandada vulnera la Carta Política.

Adicional a los anteriores, elementos comunes a cualquier juicio de constitucionalidad, en el de sustitución, es menester señalar las razones de competencia para el conocimiento de la Corte Constitucional, que se traducen en un vicio de competencia en el Constituyente Derivado. Debe advertirse entonces por el demandante que no se trata de una demanda sobre el contenido material del acto legislativo. La demanda debe en consecuencia, demostrar que límite al poder de reforma fue infringido por el

Poder Derivado, para lo cual debe desarrollar uno a uno los elementos del juicio de sustitución antes descritos.

Debemos resaltar entonces, que en este caso el juicio de confrontación o ponderación se construye sobre una triada que involucra los textos constitucionales comparados. Por una parte, el texto original según los diera el poder constituyente originario (C.O.1, C.O.2, C.O.3) y el que proviene del poder de reforma presuntamente sustitutivo o incompetente (C.D.1, C.D.2, C.D.3); delimitados ambos por la identificación en los C.O. de elementos esenciales definitorios (E.S.D.) De manera que los E.S.D. no resulten armonizables y diametralmente opuestos en los C.D., más aún que no pueda predicarse la subsistencia de aquellos, en los C.O.

En conclusión, el procedimiento de un control de actos legislativos por sustitución de la Carta, comporta las exigencias ordinarias de las demandas de tal naturaleza, con el agregado adicional y exigente de cumplir y demostrar las exigencias propias del vicio de sustitución, según se ha tratado a lo largo de este capítulo. De manera que la suficiencia del cargo, será de suma trascendencia, pues la misma se referirá de manera especial a demostrar que el poder Constituyente Derivado ha excedido los límites de competencia para reforma de la Carta, lo cual precisamente otorga competencia a la Corte Constitucional para realizar un examen al acto demandado que no se limite a los simples vicios de procedimiento.

CAPÍTULO 3.

EXAMEN CRÍTICO DE LÍNEA JURISPRUDENCIAL.

Como se ha señalado a lo largo de este trabajo, el control de constitucionalidad de los actos reformativos de la Carta, ostenta características especiales. Esta realidad puede observarse en las sentencias C-222 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, C-387 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz, C-543 de 1998, M.P. Carlos Gaviria Díaz, C-487 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis, C-614 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil, C-551 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett y C-816 de 2004 M.P. y C-668/04 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

El problema central en el análisis de precedentes constitucionales en materia de *sustitución* de la Carta, está determinado por la aspiración de encontrar **‘...un criterio positivo vinculante en torno a la identificación de hipótesis de sustitución de Constitución...’**¹⁵⁸. Problema para el cual, según la misma Corte: **‘...el precedente judicial está gobernado por los hechos y las características jurídicas relevantes del caso concreto que es objeto de decisión por el juez...’**.

En estas circunstancias es oportuno comentar que hasta la sentencia **C-1040 de 2.005**, no se había definido actos provenientes del poder de reforma como sustitutivos de la Carta. De tal modo, ni la C-551/03, la C-970/04, la C-971/03, encontraron en ninguno de las normas demandadas, ningún vicio de sustitución de la Carta.

¹⁵⁸ Sent. C-1040/05

No obstante, cada sentencia ha imprimido un aporte en el desarrollo del juicio de sustitución, como criterio de ponderación al respeto de competencias del poder de reforma de la Carta. Pero, los precedentes, hasta ese momento están marcados por llamarlo de algún modo, de un criterio negativo de sustitución, esto es, cuáles circunstancias no pueden estimarse como sustitutivas de la Carta.

SENTENCIA C-588 DE 2009

Tomamos como sentencia arquimédica la **C-588/09**, que declara en su totalidad inexecutable el acto legislativo 01 de 2008, reformativo del artículo 125 de la Carta, en cuanto postulaba la inscripción automática en carrera para los servidores públicos provisionales que llevasen en tal condición tres años. La sentencia reitera los límites al poder de reforma:

‘...La Corte Constitucional reiteró la tesis según la cual el poder constituyente derivado tiene competencia para reformar la Constitución, mas no para sustituirla, de modo que la sustitución o cambio de la identidad, implica un vicio de competencia por ejercicio excesivo del poder de reforma...’¹⁵⁹.

Es particular como en esta sentencia la Corte cita la sentencia C-1040 de 2005, para recordar como en esa ocasión había señalado la carrera administrativa como uno de los elementos esenciales definitorios de la Carta.

¹⁵⁹ Exp. D-7616. M.P. Dr. Gabriel E. Mendoza Martelo. Comunicado de Prensa No. 37, Agost.

El ejercicio para describir ese carácter esencial definitorio fue abordado por la Corte de la siguiente manera:

‘...En cuanto al artículo 125 superior, la Corporación destacó el establecimiento de la carrera administrativa como óptimo instrumento para la provisión de cargos públicos y, así mismo, el criterio del mérito y el concurso público que guían el sistema general de carrera, como también los sistemas especiales constitucionalmente establecidos y los específicos de creación legal. Acerca de las relaciones del artículo 125 con otros contenidos constitucionales, la Corte destacó que en su jurisprudencia esas relaciones se han establecido, básicamente en tres aspectos: (i) Relación entre la carrera administrativa, los fines del Estado (art. 2) y las finalidades de la función administrativa (art. 209); (ii) Relación entre la carrera administrativa y los derechos de las personas, ente los que se destacan, en primer término el derecho de acceder al desempeño de cargos públicos previsto en el artículo 40-7 de la Constitución y el derecho de los trabajadores a la estabilidad y demás garantías contempladas en el artículo 53 superior. (iii) Relación entre la carrera administrativa y el derecho a la igualdad, particularmente como igualdad de trato y como igualdad en el punto de partida...’

No sobra señalar que la anterior es la premisa mayor del *juicio de sustitución* y que a renglón seguido es confrontada con las previsiones del acto legislativo demandado:

‘...La carrera administrativa, el mérito y el concurso público no son compatibles con un derecho de inscripción extraordinaria, fundado en la experiencia y que prescinde del concurso público y suspende los que se adelantan respecto de los cargos definitivamente vacantes desempeñados por provisionales o encargados.

Tampoco existe compatibilidad entre el ingreso automático y el derecho de acceder al desempeño de cargos públicos, pues aún cuando se tengan las calidades y los requisitos, quien no sea provisional o encargado no podrá aspirar a los cargos de carrera definitivamente vacantes, a los cuales sólo podrían acceder los provisionales o encargados. Igualmente a personas diferentes de los provisionales o encargados se les impide el acceso a los beneficios de carrera (estabilidad, ascenso, etc.), luego el artículo 53 superior no rige para ellos.

La incompatibilidad entre el derecho a la igualdad y la inscripción extraordinaria en carrera es evidente, pues no se otorga un mismo trato a los provisionales o encargados y a quienes no lo son o están por fuera de la carrera administrativa, fuera de lo cual, se afecta la igualdad de oportunidades, pues no tienen el mismo punto de partida quienes no son provisionales o encargados y quienes sí lo son, ya que a favor de estos últimos el Acto Legislativo crea un privilegio de ingreso automático o inscripción extraordinaria en carrera...’

El ejercicio mostrado es en cierto modo de oposición, pero no cualquier tipo de oposición, sino que se refiere a la insostenible incompatibilidad entre ambas disposiciones, de manera que la Carta de esta manera

pierde su identidad en uno de sus ejes definitorios. También debe agregarse que este es un ejemplo de sustitución parcial y temporal, como quiera que implicaba la suspensión de la carrera por un espacio de tres años.

La Corte señaló:

‘...Con fundamento en este precedente la Corte confirmó que el artículo demandado no superaba el test aplicable, pues aunque el párrafo adicionado incidía sobre todos los textos mencionados, no los modificaba expresamente, lo cual indica que se trata de una situación particular, específica y que corresponde a la instauración de un privilegio mediante la excepción a ciertos contenidos de la Carta y la suspensión temporal de esos contenidos. Agregó que el párrafo transitorio es, en realidad, una disposición temporal que no provee realmente a una situación de tránsito de normas ni pretende impulsar una nueva regulación, sino que, al contrario, desvertebra la carrera administrativa e importantes contenidos constitucionales con ella relacionados...’.

En síntesis la sentencia muestra cómo a partir de un elemento identificado como esencial definitorio de la Carta Política, se confronta si se incurre en algo más que una alteración, para sencillamente con un abuso de la competencia desconfigurarlo, sustituyendo la vocación original trazada por el Constituyente primario, lo que en este caso, la Corte llamó ‘desvertebrar’. Es importante señalar como en el caso comentado la sustitución era evidente, porque precisamente la regla general que era precisamente la carrera administrativa según el querer de la Asamblea Nacional

Constituyente, con un sistema de mérito, igualdad de ingresos y concurso público, se convertía aunque de manera temporal, en la excepción; cuando justamente el querer del Constituyente Primario ha sido que lo excepcional fuese el ingreso sin carrera.

SENTENCIA C-551 DE 2003:

Corresponde la sentencia hito, es importante que se advierte en la sentencia **C-551/03**; en la misma, la ratio gira en torno a los límites al *poder de reforma* de la Carta Política. En efecto, afirma: **“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”**. Esta sentencia introdujo el criterio de sustitución de la Carta, como un límite de competencia al poder reformativo.

Este criterio tiene su origen al analizar la hermenéutica del artículo 379 de la Carta Política, por cuanto una interpretación literal del mismo implicaría atender a circunstancias que aparentemente involucrasen vicios de forma. Como conclusión importante la Corte advierte en esa oportunidad:

‘...la restricción del artículo 379 superior no implica que la Corte no deba tomar en consideración las otras normas constitucionales, que sean relevantes para examinar la regularidad del procedimiento de aprobación de un referendo para reformar la Constitución...’¹⁶⁰.

¹⁶⁰ Sent. C-551/03.

Fundamento, para esta conclusión, lo aporta la Corte al hacer notar que **‘...puede afirmarse que el trámite propio de la reforma constitucional no se agota en lo dispuesto por el artículo 378, ubicado en el Título XIII, sino que su texto debe ser interpretado con las demás disposiciones que resulten acordes con el procedimiento propio de la convocatoria a un referendo...’**. Aspecto que lleva a la cuestión fundamental de la interpretación sistemática de la Carta Política.

Es trascendente como en la C-551 de 2003 la Corte en atención a lo predicado en las sentencias **C-543/98** y **C-487/02**, se sigue una ratio decidendi definida por la incompetencia del control constitucional para referirse al contenido material del acto reformativo. En efecto, en la C-551/03, expone la Corte:

‘...La exclusión del control constitucional del contenido material de una reforma 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. No le corresponde entonces a la Corte examinar si los contenidos materiales de una ley que convoca a un referendo son o no constitucionales, ni mucho menos políticamente oportunos, sino que debe exclusivamente

estudiar si el procedimiento de formación de esa ley se ajusta o no a las exigencias constitucionales, puesto que la ley de referendo está orientada a reformar (esto es, a contradecir materialmente) el ordenamiento constitucional vigente hasta ese momento...’.

En este orden de ideas, la Corte conserva dos componentes importantes de la ratio decidendi. Por un lado, que debemos recapitular, esto es, la incompetencia para analizar el contenido material de los actos reformativos, que lleva inexorablemente a la segunda, que reitera que la competencia se limita inicialmente a los vicios de procedimiento en la formación de los mismos.

Empero, advierte que el concepto de *vicios de procedimiento* no es unívoco. Al respecto, es oportuno citar las palabras de la Corte en la C-551 comentada:

‘...Esta discrepancia de las intervenciones en torno a la competencia de la Corte remite a su vez a un diverso entendimiento sobre el alcance de la noción de “vicios de procedimiento” en la formación de las leyes. Ahora bien, esa divergencia de entendimientos no es sorprendente, ya que cualquier repaso breve de la doctrina o jurisprudencia extranjeras muestra que estamos frente a un tema complejo y debatido. Así, la mayor parte de los autores y jurisprudencias admiten que una ley puede incurrir en distintos tipos de vicios que pueden provocar su inconstitucionalidad¹⁶¹: por ejemplo,

¹⁶¹ Al respecto ver, entre otros, Paloma Biglino Campos. *Los vicios en el procedimiento legislativo*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp 99 y ss. Igualmente ver Modugno Franco. “Legge (vici della)” en *Enciclopedia del Diritto*. Giuffrè Editore, 1973, Tomo XXIII, pp 1000 a 1040.

es posible que el órgano que expidió el acto no estuviera facultado para hacerlo; o que estándolo, haya incurrido en una irregularidad grave en el trámite de su expedición; o que la disposición promulgada tenga un contenido normativo contrario a normas de superior jerarquía; o que el órgano haya estado irregularmente integrado, etc. Sin embargo, más allá de ese acuerdo básico sobre el hecho de que una ley puede incurrir en una diversidad de vicios, los autores tienen profundas discrepancias sobre la manera de entender y clasificar estos vicios. Así, un autor como Kelsen considera que todos esos vicios, incluso aquellos de contenido material, son siempre de forma o de procedimiento¹⁶²; según su parecer, un vicio material dejaría de existir si el contenido normativo inconstitucional hubiera sido aprobado, no a través de una ley sino por medio del procedimiento reforzado de reforma constitucional, lo cual evidencia que se trata de un vicio formal o de procedimiento. Para este jurista, toda inconstitucionalidad material puede entonces ser reducida a una inconstitucionalidad formal. En cambio otros autores, como Pizzorusso, discrepan de esa tesis y engloban los distintos vicios en dos categorías: vicios formales y vicios materiales¹⁶³; los primeros tienen que ver con la violación de las normas procedimentales que regulan la formación de la ley, mientras que los segundos están vinculados al contenido normativo de

¹⁶² Ver Hans Kelsen. "La garantía jurisdiccional de la Constitución" en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid, debate, 1988, pp 115 y ss.

¹⁶³ Alessandro Pizzorusso. *Lecciones de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, Tomo II, p 14 y ss.

la ley. Zagrebelski recurre a una clasificación tripartita en vicios sustanciales, procedimentales y de competencia¹⁶⁴, pues en todo acto del poder público es posible distinguir la competencia del funcionario o autoridad que lo dicta, el procedimiento o trámite por el cual lo dicta, y el contenido material del acto. Otros sectores de la doctrina, especialmente italiana y española, parten de la distinción entre vicios materiales y vicios formales de la ley, siendo la característica esencial de estos últimos, que es posible determinar su ocurrencia sin necesidad de confrontar el contenido de la ley con la Constitución¹⁶⁵. Pero, a su vez, agregan una distinción entre los vicios formales, pues diferencian entre los vicios en los presupuestos del procedimiento y los vicios en el procedimiento como tal...’.

En consecuencia, el ejercicio básico inicial, es delimitar el concepto de **vicio de procedimiento**. Punto, para el cual la Corte utiliza el concepto de distinción bipartita entre los vicios que pueden afectar un compendio normativo, esto es, vicios de procedimiento y vicios de contenido material.

El control constitucional se enfrenta, según la Corte en esas circunstancias a la problemática cuestión de entrar en discusión sobre ‘...**el papel del pueblo, como poder constituyente originario y depositario de la soberanía (C.P. art 3º), una vez que éste ha dictado la Constitución...**’.

Se menciona de tal modo, uno de los extremos fundamentales de la ratio,

¹⁶⁴ Al respecto ver Paloma Biglino Campos. *Op-cit*.

¹⁶⁵ Ver Augusto Cerri. “Sindacanilita da parte della Corte Costituzionale dei presupposti della legge e degli atti aventi forza di legge” en *Revista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milano, 1965, Año XV, pp 4521 y ss. Ver también Paloma Biglino Campos. *Op-cit*, pp 102 y ss.

que incluye la diferenciación de la competencia pertinente, en los ámbitos de los poderes constituyentes primario y derivado.

En Sentencia C-551 de 2003, se desarrolló un concepto estructurado de sustitución de la Carta. Este que pasamos a desarrollar, en criterio de la Corte: **'...constituye referente conceptual necesario y excluyente en todo juicio de constitucionalidad que en esa materia deba producirse hacia el futuro...'**¹⁶⁶

En esta sentencia, podemos encontrar los siguientes criterios:

- A) El poder de reforma definido por la Constitución colombiana está sujeto a límites competenciales.
- B) El poder de reforma puede reformar la constitución, pero no puede sustituirla por otra integralmente distinta u opuesta.
- C) Para concluir una sustitución, es necesario precisar los principios y valores esenciales definitorios de la Carta.
- D) La Constitución no contiene cláusulas pétreas o principios intangibles, todos sus preceptos son susceptibles de reforma por el procedimiento previsto para ello.
- E) El poder de reforma no puede derogar, subvertir o sustituir en su integridad la Constitución.
- F) Sólo el constituyente primario tendría la posibilidad de sustituir la Carta.

Las reglas mencionadas fueron reiteradas en las sentencias C-1200 de 2003, C-970 y C-971 de 2004.

¹⁶⁶ Sent. C-1040/05.

En la mencionada sentencia C-551 de 2.003, establece el criterio de sustitución, a partir de los **elementos esenciales definitorios**:

‘...Conforme a lo anterior, la Corte concluye que aunque la Constitución de 1991 no establece expresamente ninguna cláusula pétrea o inmodificable, esto no significa que el poder de reforma no tenga límites. El poder de reforma, por ser un poder constituido, tiene límites materiales, pues la facultad de reformar la Constitución no contiene la posibilidad de derogarla, subvertirla o sustituirla en su integridad. Para saber si el poder de reforma, incluido el caso del referendo, incurrió en un vicio de competencia, el juez constitucional debe analizar si la Carta fue o no sustituida por otra, para lo cual es necesario tener en cuenta los principios y valores que la Constitución contiene, y aquellos que surgen del bloque de constitucionalidad, no para revisar el contenido mismo de la reforma comparando un artículo del texto reformativo con una regla, norma o principio constitucional – lo cual equivaldría a ejercer un control material. Por ejemplo, no podría utilizarse el poder de reforma para sustituir el Estado social y democrático de derecho con forma republicana (CP art. 1º) por un Estado totalitario, por una dictadura o por una monarquía, pues ello implicaría que la Constitución de 1991 fue remplazada por otra diferente, aunque formalmente se haya recurrido al poder de reforma...’

No obstante, como lo advierte la misma Corte en la sentencia C-1040 de 2005, en la sentencia C-551 de 2003 **‘...No precisó la Corte cuáles**

principios y valores contenidos en la Constitución son definitorios de su identidad, ni tampoco de qué manera, principios y valores no contenidos en la Constitución, pero que surgen del bloque de constitucionalidad, pueden contribuir a identificar los elementos definitorios de la identidad de la Constitución...’. A simple vista pareciera que es una omisión no definir de manera genérica los mencionados principios esenciales definitorios de la Carta, pese a que en otras sentencias la Corte ha realizado algunos ejemplos. Sin embargo, como se verá, los mismos corresponden a aquellos ejes que determinados de manera sistemática le dan a la Carta una identidad propia según la línea general trazada por el Constituyente Primario. Por ello, es más beneficioso para la doctrina constitucional evitar caer en caracterizaciones genéricas de los mismos, permitiendo que sea el análisis particular de cada caso concreto, que defina cuáles son los principios esenciales que el acto demandado amenaza y hasta qué punto esa vulneración implica una sustitución de la Carta Política.

Empero, el problema jurídico en esta oportunidad no correspondió a la reforma de la Carta por acto legislativo o Asamblea Constituyente. Por tanto, pese a que en materia de juicio de sustitución, se refirió al control integral de constitucionalidad, lo fue en torno a una ley convocatoria a un referendo. Aunque de todos modos, definió en qué circunstancias podría en ese caso darse una sustitución de la Carta.

SENTENCIA C-757 DE 2.008:

La sentencia **C-757/08**¹⁶⁷ enfatiza que el control de constitucionalidad de los actos legislativos, corresponde a los vicios de competencia, que

¹⁶⁷ Exp. D-7154, junio 30/08. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

específicamente corresponde a una sustitución parcial o total de la Carta. Su punto de referencia es la sentencia C-1040 de 2005.

Reitera la Corte:

‘...De este modo, la Corte ha puntualizado que se produce una sustitución de la Constitución, cuando la misma como un todo, es reemplazada por otra, caso en el cual se trataría de una sustitución total, o cuando un elemento esencial definitorio de su identidad es reemplazado por otro integralmente distinto, evento que daría lugar a una sustitución parcial.

5.3. El desarrollo jurisprudencial del concepto de sustitución, después de caracterizar su ámbito como el propio de un reemplazo total o parcial de la Constitución, se ha movido hacia la identificación de la metodología que debe aplicar la Corte para abordar el examen de un acto reformativo de la Constitución cuando se haya planteado un cargo por sustitución de la Constitución.

De acuerdo con dichos desarrollos, ello impone al menos dos tareas específicas: primero, es necesario establecer cuáles son los elementos esenciales que definen la identidad de la Constitución; y, segundo, en qué condiciones puede considerarse que una reforma suprime o reemplaza uno de tales elementos, de manera que deba tenerse realmente como una sustitución de la Constitución...’

No queda dudas en que la ratio se construye en la superación de una simple incompatibilidad o diferencia entre el texto reformativo y el anterior. Lo que

solo se logra a través de la definición en concreto del elemento esencial definitorio y la demostración que el mismo ha perdido su identidad primigenia al punto tal que se torna incompatible con el querer general y particular del Constituyente Primario. La previsión es importante, porque de lo contrario el poder de reforma del Congreso se vaciaría de sentido, que tampoco ha sido la voluntad de la Asamblea Nacional Constituyente.

SENTENCIA C-427 DE 2.008

La sentencia **C-427/08**¹⁶⁸ reitera la tesis de que es improcedente la revisión de un acto legislativo por su contenido material:

‘...De acuerdo a lo establecido por el artículo 241-1 de la Constitución y en armonía con la jurisprudencia de la Corte Constitucional no es posible ejercer la revisión de constitucionalidad de un Acto Legislativo por su contenido material. Su competencia se limita exclusivamente a conocer de la posible inconstitucionalidad por vicios de procedimiento en su formación. Sin embargo, la Corte ha admitido que es posible la revisión material de un Acto Legislativo cuando dicho acto comprenda una sustitución de la Constitución...’

Este tipo especial de control de sustitución, según la sentencia comentada hace énfasis en la distinción entre el poder de reforma, y la necesidad de examinar que el reformador de la Carta respete los límites del artículo 379, entre ellos de manera inicial *la competencia*. Entre las sentencias que cita tenemos la C-1040 de 2005, la C-551 de 2.003. Señala los requisitos de la

¹⁶⁸ Abr. 30/08. M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa:

demanda de inconstitucionalidad de un acto legislativo por vicios de 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 cotejan.

En el caso bajo estudio, el actor no formuló un cargo específico contra el Acto Legislativo 04 de 2007, del cual se derivara la sustitución de la Constitución, toda vez que se limitó a afirmar que con fundamento en la sentencia C-551 de 2003, la Corte Constitucional no sólo tiene competencia para conocer sobre los vicios de procedimiento en el debate y adopción de los actos legislativos, sino también para examinar si el

constituyente derivado, al ejercer el poder de reforma, incurrió o no en un vicio de competencia. Por lo tanto, la demanda no cumple con la carga de argumentación ni los elementos señalados por la jurisprudencia para poder entrar a pronunciarse sobre la supuesta sustitución de la Constitución...'

La tan mencionada diferencia entre los actos normativos ordinarios y la producción de textos constitucionales, se evidencia al momento de recordar los límites al control constitucional de los actos legislativos, control que tiene proscrito el examen material, pues este se refiere a las realidades constitucionales concretas que el Constituyente Primario considera que deben y pueden hacer parte de la Carta y si precisamente la Asamblea Nacional Constituyente le dio tal facultad, no es posible que se controle el contenido material de sus decisiones, sin despojarlo de tal competencia. Contrario es que ese poder reconfigurador de normas constitucionales se desborde al punto de reemplazar el poder soberano del pueblo, sustituyendo las normas que el mismo ha dado en ejercicio de tal soberanía.

De tal manera, desde el punto de vista lógico la demanda por sustitución de la Carta debe sustentar existencia de la sustitución de la Carta, ejercicio descriptivo que debe plantearla y definir la naturaleza de la misma. En este esfuerzo debe demostrarse que se trata de algo más que una alteración y que corresponde a una abrogación. Ejercicio argumentativo del mayor esfuerzo, porque precisamente la norma enjuiciada hace parte de la misma Carta Política.

SENTENCIA C-1040 DE 2005

En este orden de ideas, la sentencia **C-1040/05** al analizar la constitucionalidad de la reelección, la Corte reitero la línea jurisprudencial con las decantaciones provenientes de las sentencias antes comentadas. En esta oportunidad, habló así la Corte:

‘...De este modo, en la presente oportunidad la Corte reitera su jurisprudencia en el sentido de que el reformador de la Constitución no es soberano y ejerce una competencia limitada por las normas adoptadas por la Asamblea Constituyente en 1991. Se subraya que, de conformidad con el artículo 374 de la Carta, la Constitución puede ser “reformada” por el Congreso, no derogada, subvertida o sustituida. A su vez, el artículo 380 de la Carta permite distinguir entre la derogación de una Constitución, de un lado, y las reformas introducidas a una Constitución, de otro, reformas que si bien pueden cambiar el contenido de las normas constitucionales no sustituyen la Constitución por otra Carta opuesta o integralmente diferente, como sucedió cuando se promulgó la nueva Constitución en 1991. En el artículo 379 de la Carta se establece que la Corte debe controlar que el reformador respete todos “los requisitos” establecidos en el Título XIII de la Constitución, el primero de los cuales es precisamente la competencia del órgano que expide la reforma regulada en el primer artículo de dicho Título. Esta competencia es un presupuesto para que dicho órgano, en este caso el Congreso de la República, pueda luego seguir el trámite para modificar válidamente la Constitución. El requisito

que debe verificar la Corte es que el Acto Legislativo sea una reforma, no una derogación o sustitución de la Constitución, como lo ordena el artículo 374 en concordancia con el artículo 380 de la Constitución Política. La Corte enfatiza que el único titular de un poder constituyente ilimitado es el pueblo soberano, en virtud del artículo 3º de la Carta. En 1991 el poder constituyente originario estableció un poder de reforma de la Constitución, del cual es titular, entre otros, el Congreso de la República que es un órgano constituido y limitado por la propia Constitución y, por lo tanto, solo puede ejercer sus competencias “en los términos que esta Constitución establece”, no de manera ilimitada. El Congreso, aun cuando reforma la Constitución, no es el detentador de la soberanía que “reside exclusivamente en el pueblo”, el único que puede crear una nueva Constitución. Adicionalmente, la Corte constató que el pueblo puede investir a una Asamblea Constituyente de la competencia para expedir una nueva Constitución, posibilidad expresamente permitida en el artículo 376 de la Carta. Solo por medio de este mecanismo puede ser sustituida la Constitución vigente por una opuesta o integralmente diferente.

Advierte la Corte que el poder de reforma es muy amplio y comprende la adopción de modificaciones importantes e, inclusive, trascendentales. No es la importancia, ni son las implicaciones profundas de una reforma, lo que determina si ésta supone una sustitución de la Constitución. El fenómeno jurídico de la sustitución de la Constitución se presenta cuando un elemento definitorio de la esencia de la Constitución de

1991, en lugar de ser modificado, es reemplazado por uno opuesto o integralmente diferente. Así, después de la sustitución de la Carta, como es imposible reconocerla en su identidad básica, no cabe afirmar que la Constitución reformada sigue siendo la Carta de 1991. Al Congreso de la República le está vedado sustituir la Constitución, en forma total o parcial, permanente o transitoria. Por supuesto, le está prohibido reemplazar la Constitución de 1991 por una completamente nueva y diferente. Pero tampoco puede sustituir la Carta mediante un cambio parcial de tal magnitud que haga imposible, de manera permanente o transitoria, reconocer en la Constitución los elementos esenciales definitorios de su identidad originaria, lo cual no obsta para que el Congreso efectúe reformas importantes para adaptar la Carta a la evolución de la sociedad y responder a las expectativas de los ciudadanos...’

De tal forma, la línea continúa la síntesis según la cual, el reformador de la Carta tiene límites de competencia, que le impide sustituirla o derogarla total o parcialmente. Materia que entra en el fuero del control constitucional, pues precisamente esta competencia es de los límites que el poder de reforma debe respetar. Estos límites se encuentran en los elementos esenciales definitorios, por lo cual el poder de reforma aunque no soberano, pues dicho poder radica en el pueblo, puede realizar reformas trascendentales de la Carta, siempre y cuando respete los elementos esenciales definitorios antes mencionados.

Es importante la aclaración o diferenciación que hace la Corte en la **C-1040/05** citada, hace de *intangibilidad* y *sustitución*. En efecto, advierte la Corte:

‘...Las diferencias fundamentales que distinguen al juicio de sustitución de los otros dos mencionados, residen en que la premisa mayor del juicio de sustitución no está específicamente plasmada en un artículo de la Constitución, sino que es toda la Constitución entendida a la luz de los elementos esenciales que definen su identidad. Además, en el juicio de sustitución no se verifica si existe una contradicción entre normas -como sucede típicamente en el control material ordinario-, ni se registra si se presenta la violación de un principio o regla intocable -como sucede en el juicio de intangibilidad-, sino que mediante el juicio de sustitución (a) se aprecia si la reforma introduce un nuevo elemento esencial a la Constitución, (b) se analiza si éste reemplaza al originalmente adoptado por el constituyente 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...’.

Estas premisas, son fundamentales como quiera que como se ha reseñado, no existen fórmulas intangibles en la Carta Política de 1991. Debiendo insistirse que el concepto de *sustitución* abarcar un criterio superior al de intangibles constitucionales.

De este modo, otro aporte de la sentencia **C-1040/05** en la construcción de la ratio, corresponde a definir que el actor y el juez constitucional, están llamados por una carga argumentativa superior a la que corresponde al juicio material de leyes ordinarias y al discurso de los principios intangibles. Al respecto señala la Corte:

‘...De tal manera que la carga argumentativa en el juicio de sustitución es mucho más exigente. El *método* del juicio de sustitución exige que la Corte demuestre que un elemento esencial definitorio de la identidad de la Constitución de 1991 fue reemplazado por otro integralmente distinto. Así, para construir la premisa mayor del juicio de sustitución es necesario (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...’

En este orden de ideas, es importante dentro de la ratio redefinida por la sentencia **C-1040/05**; que la Corte resalte como las reformas pueden tener una gran amplitud y abarcar principios esenciales de la Constitución, dentro de determinados límites esenciales:

‘...De esta manera, resulta posible introducir reformas sustanciales a la Constitución, que alteren su estructura básica o los principios fundamentales en ella contenidos, pero que puedan, sin embargo, entenderse como incorporadas a ella. Cuando se produce una sustitución, total o parcial de la Constitución, las nuevas instituciones resultan de tal modo incompatibles con la Constitución anterior que unas y otra no pueden coexistir en el tiempo y en el espacio...’.

Un criterio identificador en consecuencia, es el de *incompatibilidad*, a la manera de una crisis de identidad propiciada por el acto sustitutivo.

Por ello, insiste la Corte en la **C-1040/05**:

‘...Esto conduce a la segunda manera de distinguir el juicio de sustitución. El *resultado* del mismo debe poder llevar a la conclusión de que, como el elemento esencial definitorio ha sido

remplazado por otro opuesto o integralmente diferente, no es posible armonizar la reforma constitucional con el resto de normas constitucionales que no fueron modificadas por ella y que reflejan aspectos claves de lo insustituible, para lo cual el bloque de constitucionalidad es especialmente relevante...’

Otro aspecto a resaltarse en la **C-1040/05** estriba en la inexistencia de límites materiales al poder de reforma:

‘...Lo anterior exige una muy cuidadosa actuación del juez constitucional, quien si bien tiene a su cargo la guarda de la integridad de la Constitución, no puede desconocer que, en el diseño realizado por el constituyente, la ponderación en torno a los cambios que quepa hacer en la Constitución de acuerdo con los requerimientos de los tiempos, se confía, sin límites materiales, al poder de reforma Constitucional...’.

No sobra repetir la siguiente conclusión:

‘...Ello impone al menos dos tareas específicas para el juez constitucional cuando deba enfrentar un problema de sustitución de Constitución: primero, es necesario establecer cuáles son los elementos esenciales que definen la identidad de la Constitución; y, segundo, cómo puede una reforma llegar a ser realmente una sustitución de la Constitución....’ (Sent. C-1040/05).

SENTENCIAS C-970 Y 971 DE 2004

La ratio se sigue por las sentencias **C-970** y **C-971/04**. La importancia de estas se advierte en que ellas aportan el método para configurar el juicio de sustitución:

“4. Metodología para el ejercicio del control de constitucionalidad en relación con cargos por sustitución de la Constitución

Habiendo acotado el ámbito de la sustitución como reemplazo total o parcial de la Constitución, es preciso señalar la metodología que debe aplicar la Corte para abordar el examen de un acto reformatorio de la Constitución cuando se haya planteado un cargo por sustitución de la Constitución.

Reitera la Corte que no se trata, en tales eventos, de un examen de fondo en torno al contenido del acto reformatorio de la Constitución, sino de un juicio sobre la competencia del órgano encargado de adelantar la reforma. Se trata de un juicio autónomo en el ámbito de la competencia. Si el órgano que expidió la reforma era competente para hacerlo, nos encontraríamos frente a una verdadera reforma constitucional, susceptible de control sólo en relación con los vicios en el trámite de formación del correspondiente acto reformatorio. Si, por el contrario, hay un vicio de competencia, quiere decir que el órgano respectivo, por la vía del procedimiento de reforma, habría acometido una sustitución de la Constitución, para lo cual carecía de competencia, y su actuación habría de ser invalidada.

4.1. Como premisa mayor en el anterior análisis, es necesario enunciar aquellos aspectos definitorios de la identidad de la Constitución que se supone han sido sustituidos por el acto

reformatorio. Ello permite a la Corte establecer los parámetros normativos aplicables al examen de constitucionalidad del acto acusado.

Se trata de un enunciado específico, que no se limita a plantear los aspectos que de manera general tiene una determinada institución en el constitucionalismo contemporáneo, sino la manera particular como un elemento definitorio ha sido configurado en la Constitución colombiana y que, por consiguiente, hace parte de su identidad.

4.2. Procede luego el examen del acto acusado, para establecer cuál es su alcance jurídico, en relación con los elementos definitorios identificadores de la Constitución, a partir de las cuales se han aislado los parámetros normativos del control.

4.3. Al contrastar las anteriores premisas con el criterio de juzgamiento que se ha señalado por la Corte, esto es, la verificación de si la reforma reemplaza un elemento definitorio identificador de la Constitución por otro integralmente diferente, será posible determinar si se ha incurrido o no en un vicio de competencia”.

Como puede observarse el juicio de sustitución se estructura en tres etapas específicas. Un ejercicio progresivo que abarca la identificación de un elemento esencial definitorio, su sustitución en el acto reformativo y el impacto del mismo en la Carta reformada, de manera que citado acto convierte la Carta en un universo incompatible. La importancia de este tipo de herramienta que podemos llamar test estriba en que permite realizar un análisis lógico, crítico y ordenado a manera de silogismo del acto demandado. Sólo así es posible sustentar la sustitución constitucional, evitando caer en el subjetivismo o dotar de un poder discrecional

desbordado al juez constitucional. Tratándose de un ejercicio lógico, identificar los elementos definitorio de la Carta que se estiman afectados, como premisa mayor, reclama un gran esfuerzo argumentativo dirigido a autosustentarse de manera lógica con las demás premisas, que permitirán demostrar o no, la tesis defendida, en este caso, la sustitución.

SENTENCIA C-816 DE 2.004:

La sentencia **C-816 de 2004**¹⁶⁹, integra los vicios de forma con los de sustitución como parámetros de control a los actos legislativos. Enfatizando el poder ilimitado constituyente del pueblo soberano, y el limitado en competencia para el poder derivado. La Corte puso de presente que era tal el nivel de complejidad del problema de los vicios competenciales al poder de reforma que, para el caso concreto que fue entonces objeto de estudio, no parecía probable “que la Corte llegue, en un tiempo prudente, a una conclusión firme al respecto”. Tal vez fue la complejidad, entonces, la que determinó con un criterio práctico que la Corte abordara más bien el *vicio de procedimiento*, que tenía mayor posibilidad de prosperar.

Con cita frecuente de la sentencia C-551 de 2003, señala la Corte:

‘...Los límites formales y procedimentales están constituidos por las reglas y los procedimientos a los cuales están sometidos los mecanismos de reforma constitucional previstos en la Carta. Pero aparte de esos límites obvios, y sin desconocer que cualquier artículo de la Constitución puede ser reformado, existen otros límites que impiden que, so pretexto de reformar la Constitución, ésta sea sustituida por otra

¹⁶⁹ Exp. D-5121, Agost. 30/2004. M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.

totalmente diferente pues ello desnaturaliza el poder de reforma y excede la competencia del titular de ese poder.

La Constitución Política de 1991, si bien no establece cláusulas pétreas, ni principios intangibles, tampoco autoriza expresamente su sustitución integral. Lo único que autoriza es que se reforme la Carta vigente, pero no establece que ésta pueda ser sustituida por otra Constitución. Por ello, la Constitución debe conservar su identidad en su conjunto y desde una perspectiva material, a pesar de las reformas que se le introduzcan.

Por lo tanto, 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 arrogarse funciones propias del poder constituyente y por ello no puede llevar a cabo una sustitución de la Constitución pues con ello se estaría erigiendo en poder constituyente originario y estaría minando las bases de su propia competencia.

Para saber si el poder de reforma incurrió en un vicio de competencia, el juez constitucional debe analizar si la Carta fue o no sustituida por otra, para lo cual es necesario tener en cuenta los principios y valores que la Constitución contiene y aquellos que surgen del bloque de constitucionalidad, pero no para revisar el contenido mismo de las reformas comparando un artículo del texto reformativo con una regla, norma o

principio constitucional, pues esto equivaldría a un control material, sino para determinar si hubo o no una sustitución total o parcial de la Constitución de 1991...'

La ratio consolidada es por tanto, los límites de competencia al poder de reforma, como poder limitado, ostentador de una competencia derivada. Y, reitera la Corte la importancia de una jurisprudencia orientada al control de los límites de competencia:

'...Esto muestra entonces que la necesidad de considerar la competencia dentro de los objetos de control constitucional de los actos reformativos de la Constitución, entre ellos los actos legislativos, resulta imperativa, a fin de evitar consecuencias paradójicas y contrarias al deber esencial de la Corte Constitucional de guardar la supremacía e integridad de la Carta. En efecto, no podría admitirse que esta Corporación avalara la constitucionalidad de un acto reformativo que hubiera sido tramitado de manera impecable, pero por parte de un órgano que carecía de competencia para hacerlo, es decir, que no estuviera contemplado expresamente dentro de los titulares del poder de reforma que de manera taxativa señala el Título XIII de la Constitución y dentro de los límites competenciales que fija la Constitución...'

Resaltamos la importancia de advertir que no existen cláusulas pétreas en la Carta Política, principio que se convierte en un criterio fundamental dentro del juicio de sustitución, pues reitera un componente fundamental de la ratio, esto, es que toda la Carta Política es modificable y que en consecuencia, la

carga demostrativa en el juicio de sustitución va más allá de enunciar o demostrar una modificación de la Carta o de un principio fundamental de la misma.

SENTENCIA C-1200 DE 2003

Con ponencia del Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa, toma como punto de referencia la sentencia número **C-551 de 2.003**. En la sentencia **C-1200/03**¹⁷⁰, el control de constitucional si se enfrenta de modo directo a la demanda de un acto legislativo. La esencia de la ratio de esta decisión, se centra en la diferencia entre atentar o alterar un principio esencial y demostrar que la alteración trascendía tal ámbito para corresponder a una verdadera *sustitución*. En este punto, expone la Corte Constitucional:

‘...La *insustituibilidad* es distinta inclusive a la manifestación más amplia de intangibilidad. En efecto, la intangibilidad impide tocar el núcleo de un principio fundamental o, en su sentido más amplio, afectar uno de los principios definitorios de la Constitución. La prohibición de sustitución impide transformar cierta Constitución en una totalmente diferente, lo cual implica que el cambio es de tal magnitud y trascendencia que la Constitución original fue remplazada por otra, so pretexto de reformarla. Los principios fundamentales o definitorios de una Constitución son relevantes para establecer el perfil básico de dicha Constitución, pero no son intocables en sí mismos aisladamente considerados. De ahí que la intangibilidad represente una mayor rigidez de la Constitución que la insustituibilidad, así como la prohibición de sustituir la

¹⁷⁰ Exp. D-4615. Dic 9/03. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Constitución es un límite al poder de reforma que significa una mayor rigidez que la tesis de la equiparación del poder de reforma o revisión, que es una competencia atribuida a un órgano constituido, al poder constituyente soberano, que es inalienable y originario.

En cuanto al tercer aspecto - relevante para definir las condiciones y el alcance del control constitucional rogado de una reforma constitucional - se advierte que en efecto, la diferencia entre *violación* de la Constitución y *sustitución* de la Constitución no es de grado sino de naturaleza. La *violación* de la Constitución consiste en la contradicción entre la norma superior y otra norma considerada inferior y sujeta a lo dispuesto por la norma superior. Si se aplicara el concepto de *violación* al control de las modificaciones a la Constitución, toda reforma constitucional al contradecir lo que dice la norma constitucional por ella reformada sería violatoria de la Constitución, lo cual tornaría en inmodificable la Constitución y supondría degradar al rango de norma inferior toda reforma constitucional por el hecho de ser reforma del texto original. Esta conclusión es inadmisibile no solo en teoría sino en virtud de lo dispuesto por el artículo 374 de la Carta.

El núcleo de la ratio en esta sentencia, es sintetizado por la Corte Constitucional, de la siguiente manera:

‘...En cambio, la *sustitución* de la Constitución consiste en remplazarla, no en términos formales, sino materiales por otra Constitución. Si bien todo cambio de una parte de la

Constitución conlleva, lógicamente, que ésta deje de ser idéntica a lo que era antes del cambio, por menor que éste sea, la sustitución exige que el cambio sea de tal magnitud y trascendencia material que transforme a la Constitución modificada en una Constitución completamente distinta. En la sustitución no hay contradicción entre una norma y otra norma sino transformación de una forma de organización política en otra opuesta...'

La sentencia advierte como los actos legislativos como expresión del poder de reforma no pueden sustituir la Carta, pese a la cual la Corte Constitucional no posee competencia para realizar un control material sobre los mencionados actos. Se hace énfasis entonces, en el control de sustitución de la Constitución y el control de violación de una regla o principio constitucional, de manera que se toman diferencias serias entre el poder constituyente en sentido estricto y el poder de reforma. Esta última distinción emana de la que puede trazarse según la jurisprudencia constitucional, entre el poder de reforma y el de sustitución y, de manera lógico consecuente de los límites competenciales del poder reformativo.

En la sentencia **C-1200 de 2003**, expone la Corte en el sentido comentado:

'...En primer lugar, que es preciso distinguir “entre el poder constituyente, en sentido estricto, o poder constituyente primario u originario, y el poder de reforma o poder constituyente derivado o secundario”. Esto es relevante en cuanto a la naturaleza del acto demandado en este proceso. En segundo lugar, que la Constitución de 1991 “si bien no

establece cláusulas pétreas, ni principios intangibles tampoco autoriza expresamente la sustitución integral de la Constitución”. Esto es relevante para analizar la *orientación y configuración del argumento presentado en la demanda* en contra de las facultades conferidas por el acto legislativo al Presidente de la República. En tercer lugar, 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”. Esto es relevante para delimitar el *ámbito del control constitucional* de las reformas constitucionales así como para señalar cuándo una demanda de inconstitucionalidad dirigida contra una norma reformativa de la Carta es *idónea* para que el juez constitucional ejerza su competencia como guardián de la supremacía e integridad de la Constitución. En cuarto lugar, que “para saber si el poder de reforma, incluido el caso del referendo, incurrió en un vicio de competencia, el juez constitucional debe analizar si la Carta fue o no sustituida por otra, para lo cual es necesario tener en cuenta los principios y valores que la Constitución contiene, y aquellos que surgen del bloque de constitucionalidad, no para revisar el contenido mismo de la reforma comparando un artículo del texto reformativo con una regla, norma o principio constitucional – lo cual equivaldría a ejercer un control material”. Esto es relevante para distinguir entre *el control judicial de sustitución* de la Constitución y el control judicial de violación material de una cláusula de la Carta dado que los demandantes sostienen que la reforma constitucional acusada

viola el artículo 150 numeral 10 como manifestación concreta del principio de la separación de poderes...’.

Criterio importante es una consideración extensiva del concepto de reforma constitucional. En efecto, expone la Corte que la misma abarca algo más que la derogación, modificación o subrogación de normas constitucionales. Finalmente, resaltamos nuevamente la naturaleza esencialmente mutable que la Corte Constitucional reconoce en la Carta Política:

‘...El poder de revisión de la Constitución es una de las formas de preservar la Constitución adaptándola a la evolución de una sociedad, ajustándola a necesidades y propósitos que se han tornado imperativos o corrigiendo fallas específicas en el diseño inicial. Su función es garantizar la permanencia de la Constitución adoptada por el poder constituyente, no sustituir la Constitución por otra diferente. Así lo han entendido los teóricos del poder constituyente que han conceptualizado el poder de revisión como una forma de garantizar la permanencia de la Constitución.¹⁷¹ Por eso, impedir que la Constitución sea reformada es sembrar la semilla de su destrucción, lo cual va en contra de la misión del juez constitucional de defender la Constitución. Pero el juez constitucional tampoco puede ser indiferente ante revisiones constitucionales que en realidad sustituyen la Constitución so pretexto de reformarla, sin que ello signifique crear por vía judicial normas pétreas ni principios intangibles...’.

¹⁷¹ Sieyès, op.cit.; C. Schmitt, op cit.; O. Beaud, op. cit.

SENTENCIA C-543 DE 1998

En la sentencia **C-543 de 1.998**¹⁷², el debate se limitó a los cargos de la demanda, postura sostenida entre otras en C-487 de 2002 y C-614 de 2002:

‘...A la Corte Constitucional se le ha asignado el control de los Actos Legislativos, pero únicamente por vicios de procedimiento en su formación, es decir, por violación del trámite exigido para su aprobación por la Constitución y el Reglamento del Congreso. El control constitucional recae entonces sobre el procedimiento de reforma y no sobre el contenido material del acto reformativo. Cabe agregar que como el control constitucional de los Actos Legislativos no es de carácter oficioso, sino rogado (por demanda ciudadana), la Corporación en estos casos tan sólo puede pronunciarse sobre los cargos formulados por los demandantes...’.

Es importante esta variación de la ratio insinuada en la sentencia **C-387 de 1.997**, pues como se anotó en la misma se postulaba un control integral sobre los vicios de forma, lo que pretendía de manera aparente que pudiese decidirse por reproches no formulados en la demanda. En la C-543 aquí tratada por el contrario, se redefine esa postura y se limita el control a los cargos expresamente formulados por la demanda. Concepto que estimamos fundamental si se advierte que en estos casos la demanda de alguna manera recae de manera directa sobre la propia Carta, esto es, sobre la norma de normas, de donde precisamente emana la competencia de la Corte Constitucional. Así las cosas, el principio democrático, y más definidamente el de separación de poderes, reclama que el control que

¹⁷² Oct. 1/98. M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

ejerce la Corte se haga dentro de los estrictos límites que le fije la demanda, de lo contrario se caería en el peligro que la voluntad del Tribunal constitucional desplace la voluntad popular diseñada por el Congreso en el acto demandado, como representante de sus electores; por algo es que las demandas de inconstitucionalidad se presentan a título de ciudadano.

Aspecto diferente en cuanto a los vicios de competencia, pues consideramos que si la misma es un presupuesto condicionante del poder de reforma, es un factor que en principio el Juez Constitucional no podría evadir en materia de control. La dificultad, se centra es en el alcance de ese poder oficioso de control de los vicios de competencia, toda vez que como se ha visto, se reclama en esta materia la construcción de un argumento complejo en tres etapas. Así las cosas, la construcción oficiosa de dicho argumento implicaría que el Juez constitucional se convirtiese en actor, papel reservado por la Carta Política al ciudadano. Por ello, debe acudirse al contenido de la demanda respectiva. Si la misma fórmula cargos de sustitución y los desarrolla en determinado sentido, consideramos que como la competencia del poder derivado es presupuesto condición del ejercicio del poder de reforma, la Corte tendría competencia para advertir y declarar sustituciones o sentidos de la sustitución no formulados en la demanda. Por el contrario, si la demanda no incluye ningún cargo de sustitución, la Corte Constitucional, así lo advirtiese, estaría limitado para declararlo; porque se cae en el peligro de que la Administración de Justicia ejerza una especie de control automático sobre actos provenientes de la Rama Legislativa.

SENTENCIA C-387 DE 1997

En este orden de ideas, es oportuno recordar como la sentencia **C-387 de 1.997**¹⁷³, pareció sentar un control integral sobre los asuntos relacionados con vicios de forma. Aunque siguiendo la ratio, reitera los límites al momento de examinar reformas a la Carta por vía de actos legislativos. En efecto, sostiene la Corte:

‘...Ahora bien, una vez despachados los cargos formulados por los demandantes, resulta indispensable dilucidar si el examen que le corresponde a la Corte Constitucional se limita a las acusaciones plasmadas en el libelo demandatorio o si, por el contrario, la Corporación puede extender su análisis a la consideración de vicios diferentes a los alegados.

Acerca de este tópico es importante recordar que el control constitucional confiado a la Corte es integral, por cuanto corresponde a esta Corporación estudiar las normas impugnadas frente a la totalidad de los preceptos de la Constitución, y no únicamente en relación con las disposiciones constitucionales señaladas por el actor. Por ello, si la Corte encuentra que el acto impugnado adolece de vicios de constitucionalidad materiales o procedimentales distintos a los señalados por el demandante, debe entrar a estudiarlos, aun cuando el actor no los haya considerado¹⁷⁴. En efecto, el artículo 22 del decreto 2067 de 1991 señala con claridad:

“La Corte Constitucional deberá confrontar las disposiciones sometidas a control con la totalidad de los preceptos de la

¹⁷³ Agost. 9/97. Dr. Fabio Morón Díaz.

¹⁷⁴ Al respecto ver, entre otras, la sentencia C-531/95, Fundamento Jurídico No 2º.

Constitución, especialmente los del Título II, salvo cuando para garantizar la supremacía de la Constitución considere necesario aplicar el último inciso del artículo 21.

“La Corte Constitucional podrá fundar una declaración de inconstitucionalidad en la violación de cualquiera norma constitucional, así ésta no hubiere sido invocada en el curso del proceso”.

Podría sostenerse que la regla de revisión integral no se aplica para las demandas contra los actos legislativos, por cuanto en este caso, la Constitución limita el examen de la Corte a los vicios de procedimiento (CP 241 ord 1º), y establece una caducidad de un año a las acciones por vicios de forma (CP art. 242 ord. 3º). Según este argumento, debe entenderse que en relación con los actos legislativos la revisión de la Corte no es integral por las siguientes dos razones. De un lado, desde el punto de vista literal, la propia Carta parece confiar el examen de la Corte al estudio de los cargos de los actores, pues expresamente señala que esta Corporación debe “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.”. Sin embargo, este argumento literal no es de recibo, por cuanto los numerales 4º y 5º, que regulan las acciones contra las leyes y los decretos leyes, frente a las cuáles claramente se ha reconocido el carácter integral de la revisión de la Corte, tienen exactamente la misma redacción, ya que también establecen que la Corte decide sobre las demandas de los ciudadanos. La única diferencia es que, en

relación con los actos legislativos, el examen de la Corporación se limita a los vicios de procedimiento...’

El argumento diferencia entre los vicios de procedimiento, haciendo énfasis en que con relación a los actos legislativos, el control solo corresponde a los vicios de procedimiento. Aunque aclara que en este referente el control puede ser oficioso. Esta regla de revisión integral llama ahora nuestra atención, pues como veremos en la próxima sentencia tiene impactos importantes en la vigencia del principio democrático y las competencias propias de la Corte.

SINTESIS ARGUMENTAL DE LA RATIO SOBRE SUSTITUCION DE LA CARTA

Como síntesis puede decirse que la hipótesis fáctica común corresponde a la demanda contra un acto legislativo reformativo de la Carta Política. Frente a la cual la jurisprudencia pacífica ha sido que por regla general el control constitucional está limitado a los vicios de procedimiento; excepción hecha de los llamados vicios de competencia, que en modo alguno pueden confundirse con el examen material de los actos demandados. Podemos, en consecuencia extraer las siguientes reglas:

1- Existe una diferencia deontológica entre el poder Constituyente Primario y Derivado. El primero, en cabeza del pueblo en quien radica la soberanía, no tiene límites al momento de definir reformas a la Carta Política. El poder de reforma, en cambio, es limitado y condicionado a la que emana del poder constituyente primario.

2- La diferencia lógica entre estos dos poderes, representa la existencia de diferentes niveles de competencia entre los mismos, y en consecuencia, distintos ámbitos de la competencia del juez constitucional al momento de ejercer control sobre los actos reformativos de la Carta.

3- Cualquier procedimiento está precondicionado por la competencia de la autoridad que lo desarrolla. Por lo tanto, para examinar la regularidad de un acto reformativo de la Carta es menester realizar un análisis inicial de la competencia del órgano reformador.

4- El examen de competencia reformativa por un lado y del procedimiento de reforma por otro, no involucra el del contenido material del acto de reforma, que es materia vedada al control constitucional. Pues, en el control de un acto legislativo no está incluida la comparación de dos normas, la preexistente y la reformada, pues por esencia, todo acto de reforma contradice la disposición anterior reformada.

5- La sustitución de la Carta va más allá de la modificación o la alteración de textos y principios constitucionales. Incluye transformaciones de magnitud y trascendencia que hacen el espíritu original de la Carta diametralmente opuesto a la que se obtiene con el acto reformativo. Esta sustitución puede ser total o parcial.

6- La prohibición de sustitución implícita en el respeto de la competencia por el órgano reformador, no implica la consagración de contenidos intangibles en la Carta o la postulación de criterios de simple afectación de principios, pues cada acto de reforma representa una alteración o afectación y no existen normas inmodificables. No existen cláusulas pétreas o inmodificables.

7- Para evitar un margen de subjetivismo la Corte ha diseñado los componentes de un juicio de sustitución. Conformado en general por criterios para identificar la sustitución por vía de la identificación de

elementos esenciales definatorios de la identidad de la Carta, la vulneración de los mismos, la magnitud intolerable de la sustitución y la incompatibilidad de la misma con el restante texto de la Carta.

8- En consecuencia, existen elementos esenciales definatorios de la identidad de la Carta Política, que la determinan como una unidad y manifestación del Poder Constituyente Primario. Constituyen su identidad y la definen en su esencia, precisamente porque corresponden a la forma original que el Constituyente Primario les ha dado. Sin embargo, la sustitución va más allá de su modificación.

CONCLUSIONES.

La Carta Política colombiana por definición no contiene cláusulas pétreas que la hagan inmodificable, no sobra por tanto, insistir en que toda la misma puede ser modificada. Exigencia necesaria en una democracia moderna en la cual las normas jurídicas deben amoldarse en lo posible, a las realidades sociales, de lo contrario, las mismas se convertirían en un discurso lejano a la realidad y por lo tanto abandonarían a su aspiración de propender por un orden justo y democrático.

Por tanto, la propia Constitución contiene fórmulas para su reforma, como muestra de certeza y seguridad jurídica y de puerta democrática a la estructuración de la realidad constitucional. Las mismas dan seguridad y certeza por cuanto contienen procedimientos que definen competencias, trámites y en cierto modo contenidos. Condición fundamental para el respeto de la Carta Superior como norma de normas.

Estas competencias de reforma, emanan según lo visto a lo largo de este trabajo de la distinción misma entre poderes constituyentes primario y derivado. Los cuales están fundamentalmente diferenciados por el concepto de soberanía, pues bien es sabido que la misma radica institucionalmente en uno de ellos, en el Pueblo como representante del primero.

De tal modo, si la soberanía es el acto máximo de poder y el otorgamiento de constituciones es la manifestación máxima de soberanía popular, es el poder constituyente primario quien ostenta sin límites el poder de reforma. Cuestión diferente a la competencia de los poderes que emanan del mismo,

como es el caso del poder de reforma de la Carta, que ostenta el Congreso de la República.

Como existen diferentes niveles de poder, diferenciados por el concepto de soberanía, las facultades de reformar la Constitución están condicionadas por distintos niveles de competencia. La competencia del pueblo soberano proviene, según se vio, de los hechos, aunque con ciertos condicionamientos de las normas que él mismo se ha dado; es una facultad en esas condiciones sin límites, como lo es su soberanía. Es por tanto, poder de sustitución, porque incluye darse una Carta diametralmente distinta. No así el poder que emana del poder constituyente derivado, como quiera que lo ejerce no a título originario, sino que es representante de la voluntad soberana y en consecuencia está atado a los límites que la misma le impone. De lo contrario, no existiría ninguna diferencia entre ambos poderes y por tanto, ninguna diferencia tampoco, entre dar una Constitución y reformarla.

Si existen por tanto diferentes ámbitos de competencia en el poder de reforma, es apenas lógico que la revisión de los actos reformativos de la Carta lleve explícito el control de los límites de competencia. No por nada es que la competencia de la Corte Constitucional se ejerce el nombre del Pueblo, esto es, de su voluntad soberana. De tal modo, el criterio de límites de competencia es fundamental para la guarda de la integridad de la Carta Política, pues la conserva en sus elementos esenciales definitorios, de la forma como la perfiló el Poder Constituyente Primario.

Para tal ejercicio las pautas trazadas por el juicio de sustitución que emana del alcance que la Corte Constitucional le ha dado a las normas pertinentes,

es fundamental, pues permite diferenciar simples actos de reforma, de contracción o de modificación, de aquellos que en verdad sustituyen la Carta.

Existen verdaderos contradictores de la posibilidad de examinar actos legislativos por circunstancias diferentes a los vicios de procedimiento, como es el caso de los vicios de competencia; ejemplo de esta postura de los Magistrados NILSON PINILLA y HUMBERTO SIERRA PORTO. En la sentencia **C-588/09**, el primero de ellos sostuvo una tesis en este sentido: **‘...advirtió que el ámbito de competencia de la Corte Constitucional en la guarda de la integridad y supremacía de la Carta Política, se circunscribe a las atribuciones previstas en los “estrictos y precisos términos” del artículo 241 superior. Es así como, el numeral 1º del artículo 241 de la Constitución le asigna a esta Corporación el control de constitucionalidad de los actos reformativos de la Carta Política “sólo por vicios de procedimiento en su formación”. En su criterio, la Corte Constitucional carece de competencia para ejercer un control de lo que denomina “vicios de competencia” en cuanto implican una pretendida sustitución de la Constitución, que en la práctica se acerca a un control de orden material de las reformas constitucionales realizadas por el Congreso de la República, que no está contemplado por la normatividad constitucional. Por tal motivo, en su concepto, la Corte debería haberse inhibido de proferir una decisión de fondo sobre esta demanda, en razón de no tener competencia para ello...’.** Y, el doctor SIERRA: **‘...observó que la decisión mayoritaria parte del supuesto que la Corte Constitucional puede ejercer control de constitucionalidad respecto del contenido de las reformas a la Constitución, cuando ésta no establece en ninguno de sus preceptos la**

posibilidad de ejercer dicho control con el mencionado alcance; y por el contrario, determina en sus artículos 241-1 y 379 la limitación expresa relativa a que el control sobre estos actos se lleve a cabo únicamente por vicios en el procedimiento de su formación. Ello quiere decir que las limitaciones constitucionales referidas se han interpretado de manera contra-evidente pues una prohibición se asume como una permisión...’. Posición que consideramos no solo apartada de la línea jurisprudencial, sino sobre todo de la realidad social y constitucional, toda vez que desconoce la diferencia que inclusive la Carta Política contiene entre el poder constituyente primario y derivado. La Constitución Política, no es una Carta pétrea, pero si rígida, esto es, que ha de modificarse de manera distinta a una ley ordinaria; razón por la cual existirán diferencias en los ámbitos de competencia. La Constitución no emana del Congreso, porque este no es titular de la soberanía, y por ende, como poder derivado el Congreso estará sometido a la voluntad de la cual emana su competencia. Este último presupuesto limita la competencia del Congreso al instrumento que el poder Constituyente Primario ha dado para que su voluntad se exprese, esto es, la Carta Política. Por lo tanto, no reconocer límites de competencia en el poder derivado, hace desaparecer la diferencia que éste tiene con el Poder Constituyente Primario.

En este orden de ideas, la teoría de los límites de competencia conserva el principio democrático y garantiza la guarda de la Constitución como norma de normas. Por otra parte, garantiza que la Carta Política sea expresión de un juego democrático complejo, en el cual como lo quiso la Asamblea Constituyente, unos actos de condición ordinaria, inclusive las reformas a la Carta, se repartan entre los ciudadanos y el propio Congreso; pero, otros, que implican la existencia misma del Estado y la filosofía que lo define, se

reserven al poder creador de Constituciones, esto es, el Constituyente Primario, como titular de soberanía.

Estas previsiones son importantes, no solo en Constituciones jóvenes como la de 1991, sino en democracias en las cuales es usual la concentración del poder en diversos grupos y, donde además también es frecuente que se pretenda que sean las normas jurídicas, incluidos los textos constitucionales, herramienta o instrumento de esas pretensiones. Y, por otro lado, donde toda realidad que quiera modificarse se persiga a través de la producción de normas jurídicas, entre ellas la Carta Política. De tal modo, la Carta Política pierde su condición de vocación estructuradora de realidades sociales a largo plazo, y se convierte en simple instrumento de coyunturas o necesidades temporales o particulares. Es un juego paradójico que como sucedió con el acto legislativo 01 de 2008, como los diversos intentos legislativos ordinarios de implementar una inscripción extraordinaria en carrera, encontraron como impedimento el artículo 125 constitucional, la solución entonces, fuese en contravía del querer de la Asamblea Nacional Constituyente, modificar el que se identificaba como cortapiza a dicho interés. Es ejemplo de que la Carta Política se ve en algunos casos como simple elemento disuasor o limitador y no como una carta de democracia, justicia y equidad. Una razón más para que se fijen límites de competencia a todos aquellos que pueden intervenir en la producción y control de textos constitucionales superiores.

La Constitución es norma de normas, pero es frecuente que este sea un postulado que la realidad legislativa y social, intente dejar solo como declaración formal. Es un deber de la ciudadanía y del Control Constitucional, garantizar que la misma guarde su integridad en las

condiciones que las variantes condiciones sociales reclaman, pero con apego a las identidades trazadas por el Constituyente Primario. Pero, en una democracia el compromiso obliga también a todos los involucrados en su dialéctica. Lo cual incluye a los miembros del poder legislativo, quienes no solo por los límites constitucionales y legales, sino por una condición ético democrática, deberían participar en la producción de normas de todo orden con el compromiso de implantar y respetar un orden democrático, participativo, equitativo y justo. Produciendo normas jurídicas con técnica y ciencia, y sobre todo pensando en el bienestar general definido y perfilado por el Poder Constituyente Primario.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. Derecho Constitucional: Perspectivas críticas. Universidad de los Andes / Siglo del Hombre, Bogotá, 1999.
- AA.VV. Observatorio de Justicia constitucional 1996. Universidad de los Andes/Siglo del Hombre, Bogotá, 1998.
- Alexy, Robert, Teoría de los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
- Aponte, Alejandro, “La tutela contra sentencias: El juez como garante de los derechos humanos fundamentales”, Revista de Derecho Público Universidad de los Andes, Sept. 1993.
- Arango, Rodolfo, “El valor de los principios fundamentales en la interpretación constitucional”, Revista de Derecho Público, vol. 5, 1994, p. 51.
- Arango, Rodolfo, “Hay respuestas correctas en el Derecho?”, Siglo del Hombre editores, Bogotá, 1999.
- Arango, Rodolfo, “Jurisdicción e interpretación constitucional”, Revista de Derecho Público, vol. IV, 1993, p. 31.
- Cepeda, Manuel José, “Derecho constitucional jurisprudencial: Las grandes decisiones de la Corte Constitucional”, Legis, Bogotá, 2001.
- Cepeda, Manuel José, “Introducción a la constitución de 1991: Hacia un nuevo constitucionalismo”, Consejería para el derecho de la constitución, Bogotá, 1993.
- Cepeda, Manuel José, “Los derechos fundamentales en la constitución de 1991”, Temis, Bogotá, 1992.
- Cepeda, Manuel José, “Los derechos y la interpretación de la constitución”. Revista de Derecho Público, Universidad de los Andes, Sept. 1993.

- Chinchilla, Tulio Elí, “¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?”, Temis, Bogotá, 1999.
- Dueñas, Oscar, “Control Constitucional: Análisis de un siglo de jurisprudencia”. Librería del Profesional, Bogotá, 2000.
- Dworkin, Ronald, Los derechos en serio, Ariel, Barcelona, 1984, en especial los capítulos titulados “Los Casos Difíciles” y “Los Casos Constitucionales”.
- García, Mauricio y Rodríguez César, “La acción de tutela”, En “El Caleidoscopio de las justicias en Colombia”, Colciencias, Bogotá, 2001.
- García, Mauricio, “Constitucionalismo perverso. Normalidad y anormalidad constitucional en Colombia: 1957-1997”. En “El Caleidoscopio de las justicias en Colombia”, Colciencias, Bogotá, 2001.
- García, Mauricio, “Derechos sociales y necesidades políticas. La eficacia judicial de los derechos sociales en el constitucionalismo colombiano”. En “El Caleidoscopio de la justicia en Colombia”, Colciencias, Bogotá, 2001.
- Kennedy, Duncan, “Libertad y restricción en la decisión judicial”, Siglo del Hombre/Ediciones Uniandes, Bogotá, 1999.
- López Medina, Diego, “El Derecho de los Jueces”, Editorial Legis, Bogotá, 2001.
- Monroy C. Marco G., “La interpretación constitucional”, Librería del Profesional, Bogotá, 2002.
- Morelli, Sandra, “La corte constitucional: Un papel institucional por definir”, Academia Colombiana de Jurisprudencia, Bogotá, 2001.
- Orozco, Iván y Gómez, Juan Gabriel, “Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia penal”, Ministerio de Justicia, Bogotá, 1997.
- Osuna, Néstor Iván, “Apuntes sobre el concepto de derechos fundamentales”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995.

- Osuna, Néstor Iván, “Tutela y amparo: derechos protegidos”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.
- Rodríguez, César, “La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin”, Siglo del Hombre/Ediciones Uniandes, Bogotá, 1997.
- Rodríguez, César, “Nueva interpretación constitucional”, Editorial Diké, Medellín, 1998.
- SÁCHICA, Luís Carlos, “Nuevo constitucionalismo colombiano”, Temis, Bogotá, 2000.
- Uprimny, Rodrigo, “El ‘laboratorio’ colombiano: narcotráfico, poder y administración de justicia”. En “El Caleidoscopio de las justicias en Colombia”, Colciencias, Bogotá, 2001.
- Uprimny, Rodrigo, “Estado social de derecho y decisión judicial: Un intento de recapitulación de los grandes modelos de interpretación jurídica”. En “Hermenéutica Jurídica”, Universidad del Rosario, Bogotá, 1997.

Uprimny, Rodrigo, “Las transformaciones de la administración de justicia en Colombia”. En “El Caleidoscopio de las justicias en Colombia”, Colciencias, Bogotá, 2001.