

LIMITES MATERIALES A LA REFORMA CONSTITUCIONAL SEGÚN LA CORTE
CONSTITUCIONAL DESDE 1991

GUILLERMO EDUARDO LEGARDA RAMOS
ANGELA MARIA NAVARRETE JURADO

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
PROGRAMA DE DERECHO
SAN JUAN DE PASTO
2012

LIMITES MATERIALES A LA REFORMA CONSTITUCIONAL SEGÚN LA CORTE
CONSTITUCIONAL DESDE 1991

GUILLERMO EDUARDO LEGARDA RAMOS
ANGELA MARIA NAVARRETE JURADO

Trabajo de grado modalidad monografía presentado como requisito parcial para
optar al título de Abogado

Asesor:
Dr. JUAN ANDRES VILLOTA
Docente Académico

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
PROGRAMA DE DERECHO
SAN JUAN DE PASTO
2012

NOTA DE RESPONSABILIDAD

Las ideas y conclusiones aportadas en el siguiente trabajo son responsabilidad exclusiva del autor.

Artículo 1^{ro} del Acuerdo No. 324 de octubre 11 de 1966 emanado del Honorable Consejo Directivo de la Universidad de Nariño.

Nota de aceptación

Firma del Presidente del Jurado

Firma del Jurado

Firma del Jurado

Pasto, 12 de marzo de 2012

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a Dios por la oportunidad, acompañamiento y bendiciones que se hicieron presentes en este trabajo, también a mis padres, mi hermana y mi abuelito por estar incondicionalmente en cada paso de evolución. Los agradecimientos sobran comparados con la gratitud que guardo en mi corazón hacia ustedes.

ANGELA MARIA NAVARRETE J.

Agradezco a Dios y a las personas que siempre me apoyaron y motivaron a seguir adelante y a conseguir mis objetivos tanto personales como profesionales.

GUILLERMO EDUARDO LEGARDA RAMOS.

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	12
1. EL PODER CONSTITUYENTE Y EL PRINCIPIO DEMOCRATICO	13
1.1 PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO	14
1.2 PODER CONSTITUYENTE DERIVADO	15
2. QUE SE ENTIENDE POR LIMITES A LA REFORMA CONSTITUCIONAL	17
2.1 CLASIFICACIÓN DE LOS LÍMITES A LA REFORMA CONSTITUCIONAL	18
2.1.1 Límites formales.	18
2.1.2 Límites materiales.	19
2.1.3 Otras clasificaciones de límites	20
2.1.4 Los derechos fundamentales.....	26
2.1.5 Límites del poder constituyente originario.	26
2.1.6 Límites del poder constituyente derivado	28
2.2 CONCLUSIONES SOBRE LOS LÍMITES.	29
3. LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA.....	32
3.1 REGLAMENTO DEL CONGRESO.....	32
3.2 LEY ESTATUTARIA DE MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN	34
3.3 MECANISMOS DE REFORMA CONSTITUCIONAL.....	36
3.3.1 El acto legislativo	36
3.1.2 El referendo	36
3.1.3 La asamblea nacional constituyente.....	37
4. HISTORIA DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES EN COLOMBIA	39
5. LINEA JURISPRUDENCIAL.....	44
5.1 SUSTITUCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN.....	47
5.2 SEPARACION DE PODERES.....	53
5.3 UNIDAD DE MATERIA Y VULNERACION DE LA RESERVA DE LA LEY ORGANICA	54
5.4 IUS COGENS	55

5.5	CARGA DE LA PRUEBA.....	57
5.6	TRAMITE COMPLEJO	57
5.7	TIEMPO HISTORICO.....	58
6.	CONCLUSIONES.....	63
7.	RECOMENDACIONES	67
	BIBLIOGRAFIA	68
	NETGRAFIA	72

LISTA DE TABLAS

	Pág.
Tabla 1. ¿Puede la corte constitucional de Colombia fijar límites materiales para reformar la constitución?	61
Tabla 2. Nicho citacional sentencias de constitucionalidad.....	62

RESUMEN

La capacidad y fuerza de la Reforma Constitucional es inmensa, ya que con esta se pueden afectar la estructura misma del estado, poderes constituidos, los principios y derechos fundamentales que protegen a los ciudadanos de un país y del cual dependen y surgen todas las garantías de estos yendo inclusive en contra del principio democrático.

Estos temas han sido de gran estudio doctrinal por diversos tratadistas sin que haya aun un consenso sobre el tema; salvo que para la mayoría si existen unos límites para evitar las reformas arbitrarias y lesivas que afecten al pueblo, siendo de este de donde se desprenden todos estos poderes y facultades y que estas reformas deben perseguir un bien general.

Estos límites además determinan el grado de “flexibilidad” o “rigidez” de una Constitución, refiriéndose con esto a la dificultad para reformar la misma.

ABSTRACT

The ability and force of the constitutional reform is immense, since this can affect the structure of the state powers that be, the fundamental principles and rights that protect the citizens of a country and they depend on and emerge all the guarantees of including those going against the democratic principle.

These issues have been of great doctrinal study by various writers with no consensus yet on the subject, except that for most if there are limits to avoid arbitrary and damaging reforms affecting the people, being of this from which emerge all these powers and faculties, and that these reforms should pursue a common good.

These limits also determine the degree of "flexibility" or "rigidity" of a constitution, meaning by that the difficulty of reforming it.

GLOSARIO

CONSTITUCIÓN: latín *constitutio*, “institución, etc.”, derivado del verbo *constituere*, “establecer”, de donde el sentido francés. Conjunto de las normas fundamentales que identifican un ordenamiento jurídico. Se refiere al ordenamiento estatal que protege los derechos de los individuos a través de la división del Poder Político. Algunos autores la definen como la norma fundamental y suprema de un Estado que determina el régimen básico de los derechos y libertades de los ciudadanos y los poderes e institucionales de la organización política.

CONSTITUCIÓN del Estado: es el establecimiento y el ordenamiento de las jerarquías del Estado.

ESTADO: un Estado es el conjunto de individuos establecidos sobre un territorio determinado, con instituciones que poseen la autoridad para establecer las normas que los regulen, teniendo soberanía interna y externa sobre dicho territorio. Se le atribuye personalidad jurídica

INSTITUCIÓN: conjunto de reglas creadas por el legislador o los particulares para la satisfacción de intereses colectivos o privados. La institución puede presentarse bajo la forma de una persona moral de derecho público (Ej.: Estado, Parlamento), o de derecho privado (Ej.: asociación), o de una agrupación sin personalidad, o de una fundación, o de un régimen legal como la tutela, la prescripción, la quiebra o la expropiación por causa de utilidad pública.

SOBERANÍA: se refiere al conjunto de instituciones que, con el nombre de Estado, representa en toda la actividad jurídica al cuerpo social. La soberanía se nos presenta como la base en que se funda el régimen representativo o de representación y delegación.

INTRODUCCIÓN

Desde la Constitución Colombiana de 1991, con la implantación de la Corte Constitucional, la introducción del concepto de derechos fundamentales y en palabras del profesor Mario Muñoz, la “moda” de la argumentación jurídica en Colombia por parte de la Corte Constitucional, los juicios de ponderación y el paso de un estado legislativo a un estado constitucional, se incrementó el desarrollo Jurisprudencial en diversos temas, a excepción del tema de la Reforma Constitucional en Colombia el cual había sido un poco desarrollo jurisprudencialmente por parte de la Corte Constitucional. Desde su creación había tenido escasas intervenciones sobre el mismo, hasta el año 2003 cuando que se presentó una reforma constitucional a través de referendo, impulsada por el ex presidente Álvaro Uribe Vélez que de igual manera en el año 2005, buscaba con la reforma constitucional a través de un acto legislativo la reelección presidencial en Colombia; y nuevamente a través de un referendo Álvaro Uribe buscaba la reelección presidencial inmediata por segunda ocasión en el año 2009; algo que no se había presentado en nuestro país desde que Simón Bolívar fue Presidente, o sea desde el nacimiento de la Republica Colombiana, hechos que llevaron a la Corte Constitucional a tratar el tema de reforma constitucional de manera mas amplia.

Esta tesis no entra a definir la pugna entre poder constitucional y el principio democrático, pero si toca en parte estos temas, además de clarificar doctrinalmente que son los límites a la reforma constitucional, cuales son, y la importancia de los mismos, temas a establecerse en el capítulo primero.

En el segundo capítulo se establecerá el origen y sustento del poder constituyente y por ende la capacidad para reformarse.

En el tercer capítulo se establecerán que órganos son los encargados de defender y/o establecer estos límites y que tipos de mecanismos existen para realizar la reforma constitucional en Colombia.

En el cuarto capítulo se realizará un breve recuento de las reformas constitucionales que se han realizado en nuestro país enfocándose en las reformas constitucionales desde la Constitución de 1991, cuando “nace” la Corte Constitucional y de esta manera llegar a la tesis a defender que es la posición de que la Corte Constitucional de manera jurisprudencial si establece límites materiales a la Reforma Constitucional en Colombia, y de igual manera determinar el grado de “petrificación” de la Constitución Nacional de Colombia y se finalizará con una línea jurisprudencial sobre el tema en el capítulo V.

1. EL PODER CONSTITUYENTE Y EL PRINCIPIO DEMOCRATICO

La doctrina lleva varios siglos tratando de “ensamblar” estas dos teorías fundamentales para la creación del estado moderno democrático el cual está fundamentado en la soberanía popular y determinado y contenido dentro de la Constitución Nacional.

El poder constituyente surge de la voluntad colectiva del pueblo y le da la capacidad a un pueblo para auto determinarse y darse una Constitución la cual determine los aspectos y estructura del estado que este pueblo piensa formar, surgiendo el problema de la forma en que se ejerce la democracia por parte del pueblo y con la idea de que se realice una democracia directa y no representativa¹ transformándose de poder constituyente primario a derivado como veremos más adelante. “Esta teoría sería luego complementada por el francés SIEYES quien en búsqueda de justificar la democracia representativa como poder originario, establece el poder constituyente democrático que a pesar de ser representativo y no directo tiene la calidad de originario y por lo tanto puede realizar una Constitución nueva e independiente de las anteriores que hayan existido, inclusive sin la necesidad de formar un nuevo estado”².

El poder constituyente es legitimación y el principio democrático es legalidad.

Es el principio democrático es mediante el cual el poder que emana del pueblo, por el cual se auto determina, es de todos en su pluralidad, cada uno elige sin delegaciones y de manera libre y espontanea. El problema surge al tratar y justificar que la democracia representativa se convierta en poder originario y en concordancia con el principio democrático.

“Por la misma razón tiene el poder constitucional la calidad de superior a cualquier otro poder, porque de lo contrario estaría al mismo nivel o inferior que los demás poderes constituidos. El principio de supremacía constitucional sobre las leyes fue introducido por el Juez Marshall en 1803, además del *judicial review*.”³

¹ Que por cuestiones prácticas y de logísticas es la que en realidad se presenta en casi todo el mundo.

² Para el caso de los países europeos que ya estaban constituidos como estados y no eran colonias como las americanas.

³ RAMIREZ CLEVES, Gonzalo. Los límites a la reforma constitucional y las garantías.-límites del poder constituyente; los derechos fundamentales como paradigma. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita. Bogotá: Universidad externado de Colombia, 2003. p. 23.

“Según varios tratadistas el poder constituyente se divide en dos, poder constituyente originario y poder constituyente derivado, aunque algunos plantean que el poder constituyente originario no existe”⁴.

El poder constituyente primario u originario tiene un carácter anterior y previo al ordenamiento jurídico mientras que la Reforma Constitucional es posterior y se encuentra delimitada por este convirtiéndose en poder constituyente derivado el cual tiene carácter posterior y como todo poder debe estar sujeto a unas medidas de control que eviten el desborde del mismo en contra de los ciudadanos por parte de los que detentan el poder, algo que no es completamente cierto como veremos más adelante.

1.1 PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO

“Es la voluntad originaria, soberana, suprema y directa que tiene un pueblo, para constituir un Estado dándole una personalidad al mismo y darse la organización jurídica y política que más le convenga”⁵. Así pues, el poder constituyente es de absoluta pertenencia del pueblo y no está sujeto a ataduras jurídicas, por lo cual los actos del constituyente primario no son revisables por ninguna corte. Es un poder extraordinario que configura los poderes del Estado.

“Cuando se habla de originario, no siempre se trata de que se dé al comienzo del estado que el pueblo espera formar; si no que el estado ya se encuentra conformado y se presenta una revolución o golpe de estado, o se reforma la Constitución sin tener en cuenta lo dispuesto dentro de la misma”.⁶

Para realizar esta reforma de manera directa o persona a persona en la actualidad es casi imposible; sería muy difícil con estados en los que la población supera los millones de habitantes. Por lo tanto se hace por medio de una Asamblea Nacional Constituyente, que aunque es representativa del pueblo, siendo los designados escogidos con el único objetivo de modificar, reformar o sustituir la Constitución y legitimados por el poder constituyente originario.

⁴ Afirmando que al no darse una democracia directa no se puede hablar de poder constituyente originario.

⁵ Como la Constitución de Estados Unidos de América, que aun se encuentra vigente. y que al momento de constituirse como estado no lo era previamente si no que era una colonia de Inglaterra.

⁶ O sustitución de la Constitución

1.2 PODER CONSTITUYENTE DERIVADO

Cuando el poder constituyente originario se normativiza dentro de la Constitución, lo define y lo limita, estableciéndose límites para su ejercicio, se transforma en poder constituyente derivado, el cual puede realizar reformas constitucionales pero siempre determinadas por la misma Constitución con límites para la reforma como la sustitución de la misma.

Por lo tanto cuando se realiza una reforma de acuerdo con lo establecido en la Constitución se trataría de un poder constituyente derivado o cuando el pueblo no realiza la reforma de manera directa⁷ si no por medio de sus representantes, como es el Congreso por medio de actos legislativos. En palabras de Palombella “las decisiones de los parlamentos claudican y ceden el paso ante la Constitución simplemente porque los representantes electos no son el pueblo. La legalidad constitucional se basa en la premisa de que la voluntad del pueblo soberano posee mayor autoridad de los que actúan en su nombre”⁸.

De esa forma el pueblo, que es el único soberano, se auto limita por medio de la Constitución. En palabras de Rubén Hernández:

Las Constituciones modernas pretenden garantizar jurídicamente la soberanía popular, es decir, el poder del pueblo para auto determinarse, lo que implica, en última instancia, regular jurídicamente los cambios de consenso que constituyen la raíz misma de las sociedades democráticas. De esa manera la normativización de la soberanía popular implica no su limitación, sino más bien su garantía de supervivencia.⁹

Habiendo establecido los poderes constituyentes primario y derivado, surge el problema de que la democracia directa no es posible aún¹⁰ y siglos de democracia representativa nos hayan llevado a pensar que no se puede lograr. Además como Palombella afirma que los representantes del pueblo no son el pueblo, estos pueden tomar intereses personales y no los de quienes representan como generalmente sucede, yendo en contravía del principio democrático que da fuerza y sustenta el poder constituyente. De todas formas las decisiones no las toma el pueblo si no que se le da esta atribución a unos pocos en nombre de este. En palabras de Pedro de Vega citado por Gonzalo Ramírez Cleves:

⁷ Quedaría exenta la Asamblea Nacional Constituyente.

⁸ PALOMBELLA. Constitución y soberanía: el sentido de la democracia constitucional. p. 137.

⁹ HERNANDEZ, Valle Rubén. El poder constituyente derivado y los límites jurídicos del poder de reforma constitucional. En: Revista Española de Derecho Constitucional Año 13. Núm. 37. Bogotá. (Enero-Abril 1993); p. 146.

¹⁰ Tal vez con el desarrollo continuo de la tecnología sea posible ejercer una democracia directa a través de un voto electrónico en un futuro no muy lejano.

Ante la imposibilidad fáctica de ejercitar dicha forma de democracia y presentándose en la práctica la forma representativa de democracia ejercitada por parlamentos o asambleas, ROSSEAU no tendría más remedio que aceptar los hechos y concluir que la democracia representativa es un mal necesario y como tal hay que aceptarla bajo dos condiciones (cita a Pedro de Vega): "en primer lugar que los elegidos no tengan un poder propio, de suerte solo puedan hacer lo que el pueblo les permita (mandato imperativo) [...] En segundo término que lo que los elegidos decidan debe ser siempre ratificado por el pueblo..." (PEDRO DE VEGA. Legitimidad y representación en la crisis de la democracia actual, Bogotá, Universidad externado de Colombia, pp.16 y 17)¹¹

Como se intenta realizar hoy en día con el referendo, tema que se tratará más adelante.

Los que ejercen el poder constituyente son representantes del pueblo y deben velar por los intereses de este, ya que de suceder lo contrario este poder estaría viciado y parcializado de acuerdo a intereses diferentes al encomendado en razón del pueblo afectando la legitimidad de este poder y el principio democrático.

"De igual manera, al provenir este poder del único legitimado que es el pueblo, los legisladores constitucionales y jueces constitucionales se encuentran subordinados a este, y no pueden realizar modificaciones al mismo por la delegación que ostentan y debe limitarse a proteger ese poder constituyente y lo instituido por este mediante la Asamblea Nacional Constituyente"¹².

¹¹ RAMIREZ CLEVES, Op. Cit., Pp. 10 y 11.

¹² Ya que hoy en día en la mayoría de estados democráticos del mundo sería la única manera de ejercer un poder constituyente primario, claro está que mediante representación.

2. QUE SE ENTIENDE POR LIMITES A LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Toda Constitución Política contiene principalmente los fines del estado, los principios fundamentales que garantizan el respeto y la efectividad de los derechos, lo relativo a la definición de sus habitantes, su comunidad y sus nacionales, la determinación de su territorio y los principios y reglas para defender su integridad, estos principios y reglas garantizan el ejercicio de estos derechos individuales, colectivos y de su soberanía y su defensa frente a la comunidad internacional.¹³

Todo este poder ya sea primario o derivado debe tener un fundamento y un límite, ya se estableció que el fundamento es el pueblo, (aunque a veces en realidad no lo sea si no las clases que detentan el poder en nombre del pueblo) pero en vista de la actitud autodestructiva del ser humano a lo largo del tiempo; estos límites al poder que van a determinar a una nación y a todos sus integrantes deben impedir la propia destrucción del hombre, o en palabras de Palombella “Situación al constitucionalismo mas allá de las inciertas y procelosas de la democracia, mas aun, al margen de la voluntad popular es solución expuesta en cualquier caso, de hecho a los peligros que ilusoriamente pretende conjurar...” refiriéndose a peligros entre otros mencionados anteriormente como diría Ramírez Cleves a un régimen constitucional inmóvil, dejando las decisiones solo a los jueces de que es bueno o no, sin demeritar la labor de los jueces en la interpretación del derecho si no a que el derecho debe estar legitimado en la democracia o sea el pueblo y Ramírez Cleves a su vez citando a Sabine quien cita a Platón en La Republica “la existencia de un bien objetivo que es posible conocer y que en realidad puede ser conocido mediante la investigación racional o lógica más bien que por intuición, adivinación o suerte. El bien es objetivamente real, piense lo que se quiera acerca de él y debe realizarse no porque los hombres lo quieran, si no porque es bien. En otras palabras la voluntad desempeña aquí un papel secundario, lo que el hombre quiere depende de lo que ve del bien, pero nada es bueno por el mero hecho de que se desee” por lo tanto estos límites están determinados por la vulneración que se dé o se pueda dar a la vivencia y supervivencia del pueblo como libertad, autodeterminación, y condiciones dignas para este.

Cuando el poder constituyente primario no crea, modifica o sustituye una Constitución Política, se establece en la Constitución un mecanismo de reforma a la misma para el constituyente derivado, (como en la Constitución de Colombia); por lo que la reforma constitucional resulta ser parte de la estructura del sistema jurídico que pretende auto controlar su positividad; además el mecanismo de reforma constitucional tiene una importancia vital al

¹³ IBAÑEZ NAJAR. Jorge Enrique. Alcance y límites de las potestades reguladora y reglamentaria, la división de competencias existente entre la ley y el acto administrativo normativo, sea regulador o reglamentario Universitas, diciembre, número 106. Bogotá Colombia: Pontificia Universidad Javeriana, 2003. Pp. 10 – 93.

permitir al sistema jurídico disfrutar del dinamismo necesario para su existencia positiva diferenciada,¹⁴ esto quiere decir que cada constitución debe tener la posibilidad de modificarse y adaptarse de manera cuántica, de acuerdo a la situación y el momento que cruzan los habitantes que protege¹⁵.

Así como la reforma puede ser positiva permitiendo cambios y modificaciones benéficas adecuando las normas a la realidad que vive el pueblo, también tiene sus consecuencias negativas, debilitando la seguridad jurídica que se establece a través del positivismo y que permite el derecho, por lo que se deben imponer límites a la reforma.

“El derecho no es una ciencia exacta, en la cual toda la práctica (o experimentos) tienen el mismo resultado, si no que existe siempre la adecuación de lo que se encuentra escrito a la realidad, que busca controlar y asimilar el derecho”¹⁶, “pero que no siempre es posible y en ese momento es cuando se hace necesario una reforma”¹⁷. Por lo tanto es tan importante el positivismo como la reforma, ya que el primero da *herramientas* y el segundo permite mejorarlas (o empeorarlas) según sea el caso, por lo tanto la reforma constitucional y los límites a la misma en palabras de Ramírez Cleves tiene el carácter de barreras pero también de garantías al poder constituyente.

2.1 CLASIFICACIÓN DE LOS LÍMITES A LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Usualmente se clasifican los límites de la reforma constitucional en formales y materiales, los primeros enunciados como aquellos fijados para el procedimiento, y los segundos, refiriendo a los de contenido.

2.1.1 Límites formales. Los límites formales se refieren a los trámites y procedimientos a seguir por el ente y la capacidad del mismo que espera realizar

¹⁴ CONTRERAS CASADO, Manuel. Un nuevo enfoque de la reforma constitucional y sus límites materiales. En: Revista española de derecho constitucional, ISSN 0211-5743, Año nº 22, Nº 65, Bogotá: (2002); p. 383.

¹⁵ THOMAS, Jefferson planteo que “la tierra pertenece a los vivos”, idea tomada por la Constitución francesa de 1973 estipulándose que “un pueblo siempre tiene el derecho a revisar, reformar y cambiar su Constitución. Una generación no puede someter a las generaciones futuras...”. RAMIREZ CLEVES, Gonzalo. Los límites a la reforma constitucional y las garantías.-límites del poder constituyente; los derechos fundamentales como paradigma. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita. Bogotá: Universidad externado de Colombia, 2003. p. 44.

¹⁶ Siendo clave la argumentación jurídica, con el fin de establecer de la mejor manera ley y resultado o decisión judicial.

¹⁷ RAMIREZ CLEVES, Op. Cit., p. 54.

la reforma constitucional o el poder de revisión constitucional y que deben ser examinados por la Corte Constitucional. Estos límites formales pueden ser más o menos estrictos o rígidos o flexibles, determinando el grado de complejidad al procedimiento para realizar la reforma.

De manera equívoca se ha tomado a los límites formales en el sentido de trabas que impiden o dificultan el curso del procedimiento de revisión por determinadas razones, en lugar de tomarlos como determinadores del procedimiento para reformar la constitución. En palabras de Manuel Contreras Casado: “los límites formales no tienen más función que articular la positividad del ordenamiento jurídico”¹⁸

Según Aragón “el soberano se auto limita procedimentalmente, solo para que su voluntad, cuando se exprese a través del procedimiento, sea una voluntad jurídicamente válida y legal; en cambio la legitimidad del orden que produzca dependerá, por el contrario, del contenido de ese mismo orden. Si a través del artículo 168 se transformase la democracia en dictadura, ese nuevo orden sería democráticamente válido, pero no democráticamente legítimo”¹⁹ estableciendo según Ramírez Cleves una relación directa entre democracia y constitución.

2.1.2 Límites materiales. Según Benito Alaez los límites materiales “son un tipo de operación comunicativa cuya función es, inversamente, restringir la capacidad del sistema jurídico para normativizar expectativas en el más alto nivel normativo, el constitucional”; se trata de normas “que restringen la apertura cognitiva y la clausura operativa del sistema jurídico, pues seleccionan negativamente las expectativas que no pueden ser objeto de normativización”²⁰. Los límites materiales buscan proteger y son constituidos por los principios supremos del ordenamiento constitucional, los derechos fundamentales y la Constitución material formando un núcleo²¹, los que no pueden ser tocados por el poder reformador de la Constitución, como por ejemplo, los principios referidos a la dignidad del hombre, la soberanía del pueblo, el Estado democrático de derecho, la forma republicana de gobierno, separación de poderes y, en general, el régimen político y la forma de Estado.

¹⁸ Ibíd., p. 383.

¹⁹ ARAGON, Manuel. Constitución y democracia. Madrid: Tecnos, 1989. p. 51.

²⁰ BENITO ALÁEZ CORRAL: LDS límites materiales a la reforma de la Constitución Española de 1975, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2000, Pág. 405

²¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 426. 1992

“En consecuencia, desde esta perspectiva no es función de los límites materiales cerrar la entrada por la puerta de la legalidad a la reforma constitucional si no buscando siempre que no surjan sentimientos monárquicos, xenófobos, antidemocráticos, centralistas o cualesquiera otros en una sociedad determinada”²².

Según Gonzales Encinar “ en la medida en que nuestra Constitución no establece límites materiales “específicos” del poder de reforma (como en el caso colombiano), en la medida de que los límites materiales del poder de reforma son los mismos que los del poder constituyente, lo único que diferencia en realidad a uno de otro es que mientras el poder constituyente puede hacerlo todo menos dejar de hacer una Constitución, el poder de reforma puede hacerlo todo menos lo que ya está hecho: constituir un estado. Poder constituyente y poder de reforma no son en realidad dos poderes diferentes, si no el mismo poder en momentos distintos”. Aclarando que el poder de reforma habla tanto del poder constituyente originario como del derivado.

2.1.3 Otras clasificaciones de límites. Además de los límites formales y materiales la doctrina moderna establece otro tipo de límites, como son los autónomos y heterónomos.

- Los límites autónomos son internos del ordenamiento jurídico de un estado, son propios del sistema jurídico de éste.
- Los límites heterónomos son normas foráneas, originadas en un orden normativo distinto al estatal que debería tener un valor relativo; sin embargo se debe tener en cuenta el principio de que en derecho internacional cuando entra a formar parte del sistema interno o bloque de constitucionalidad, tiene prelación jerárquica sobre el derecho interno.

Dentro de los límites autónomos, se encuentran los límites expresos y los tácitos.

- Límites expresos.

Los límites expresos son los que establecen de manera clara y directa un lineamiento dentro del ordenamiento jurídico. Por lo general estos tienen fundamento en la dignidad del hombre o en ciertos temas de gran relevancia para la sociedad, por lo que eliminarlos resulta casi imposible debido al arraigo que estos tienen.

²² CONTRERAS CASADO, Op. Cit., p. 383.

Los límites expresos o explícitos pueden ser: *temporales*, cuando el texto constitucional prevé que las reformas pueden hacerse cada cierto tiempo; *circunstanciales*, si se prohíbe la reforma en determinadas situaciones; o *cláusulas de intangibilidad* si ciertas materias se sustraen a futuras reformas.

Para que sean considerados como tales, estos deben manifestar explícitamente el impedimento a la reforma, no es suficiente que se haga una declaración de manera general, formando una constitución más rígida. Por lo tanto entre mas límites expresos a la reforma de si misma tenga una Constitución mas rígida o pétrea será esta y por lo tanto más difícil será su alteración.

Según el Dr. Néstor Sagüés estas clausulas pétreas no son legítimas, ya que "una generación no puede imponer a las posteriores, negándole la posibilidad de cambio, un tipo de régimen o una manera de regularse"²³ pero hay ciertos parámetros respecto a derechos fundamentales que se establecen debido al tiempo histórico que vive una generación implicando un reconocimiento y estabilidad de derechos como los derechos del hombre.

A pesar de que estos limites expresos, tienen una función de garante, no deben tener el carácter de irreformables, ya que puede que sean necesarios en el momento dado, pero debido al cambio continuo de las situaciones por las cuales el derecho también debe ir cambiando y adaptándose a estas, puede que en otro momento de la historia, estos limites obstaculicen un cambio favorable para esta sociedad y ya no sean tan necesarios como lo fueron en su tiempo.

- Límites tácitos.

Los límites tácitos o implícitos son " aquellos impedimentos a la reforma constitucional que se extraen del texto o del orden normativo constitucional a través de una interpretación doctrinal o jurisprudencial."²⁴.

Estos límites son generales, están en todas las constituciones escritas del mundo, ampliando el alcance que poseen los límites expresos.

"Según el Doctor Ricardo Guastini estos límites son inherentes a la sociedad, por lo tanto no pueden ser modificados, debido a que se acoplan y mutan de acuerdo a las necesidades y cambios que la sociedad presenta a través del tiempo"²⁵.

²³ SAGÜÉS, Néstor P. Elementos del Derecho Constitucional. Bogotá: Astrea, 1993. p. 71.

²⁴ DÍAZ RICCI, Sergio M. Teoría de la Reforma Constitucional: Bogotá: Ediar, 2004. Parte 2. p. 655.

²⁵ GUASTINI, Ricardo. Estudios de teoría constitucional, colección doctrina jurídica contemporánea, Fontamara. México: s.n. 2001. p. 195.

Los límites implícitos se refieren a materias como los valores, principios, fines, derechos o instituciones, etc. que se consideran sustanciales y por tanto no pueden ser afectados por el constituyente derivado. Humberto Sierra Porto considera que el ordenamiento constitucional colombiano no prevé ni cláusulas de intangibilidad, ni límites implícitos que restrinjan el poder de reforma de la Constitución en cuanto prevén a favor del constituyente derivado “un poder capaz de modificar, ampliar o suprimir la misma Constitución, y al igual que el poder constituyente originario puede, en este sentido, crear Constitución”²⁶

Varios de los tratadistas concuerdan que los límites tácitos no pueden existir en una sociedad que acepta la reforma total de la Constitución, Bidart Campos cuando explica el alcance de la posibilidad de que la constitución pueda reformarse afirma que “todo o en cualquiera de sus partes” significa que “cuantitativamente se puede revisar en forma integral y total. Pero cualitativamente no, porque hay algunas partes que si bien pueden reformarse, no pueden alterarse, destruirse, ni suprimirse”²⁷. El fundamento de los límites tácitos es supra-legal, puesto que se deriva del derecho natural, o de la interpretación de las normas en concordancia con la realidad social en que se encuentra.

Existe el riesgo de que la Constitución escrita sin límites expresos y tácitos , pase a quedar en un segundo plano subrogada a la interpretación que le den los entes de poder dentro de la sociedad perdiendo de esta manera la invulnerabilidad que debería tener toda Constitución.

- Límites temporales.

“Son normas o lineamientos que se encuentran de manera expresa dentro de la Constitución, con una vigencia de un tiempo determinado las cuales pueden prohibir una reforma en ese determinado tiempo o exigirla de manera obligatoria”²⁸.

²⁶ SIERRA PORTO, Humberto. Temas de Derecho Público No. 51, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita. Bogotá: Universidad externado de Colombia, 1998, Pp. 31 y 32.

²⁷ BIDART CAMPOS, Germán. Manual de la Constitución Reformada: Bogotá: Ediar, 1997 Cap. I, p. 379.

²⁸ Estos límites fueron comunes en constituciones *antiguas* y en algunas modernas buscando en unos casos evitar las continuas reformas y dar seguridad jurídica y en otros mantener privilegios para los que detentan el poder.

- Límites circunstanciales.

Son impedimentos a la reforma constitucional en tiempos en los que la democracia se encuentra en entredicho o épocas de gran tensión como una invasión extranjera, estados de excepción o de guerra, golpe de estado.

- Límites lógicos.

“En palabras del profesor Mario Muñoz, la lógica entraría a establecer una estructura en la cual la conclusión sería verdadera si las premisas son verdaderas, sin mirar el contenido de tales premisas”.²⁹

Se pueden explicar de mejor manera, tomando como ejemplo la paradoja propuesta por Alf Ross³⁰, la cual nos plantea que al existir una norma o artículo dentro de la Constitución que permitiera y regulara la reforma constitucional, esta misma estaría sujeta a dicha reforma, por lo tanto se autorreferenciaría o sea que en palabras de Ross “ me parece que es una hipótesis razonable la de que el vicio de la autorreferencia se da cuando uno trata de expresar en una oración un significado que se refiere al significado de la misma oración”³¹ por lo tanto la norma no puede sustentar y regular una reforma que incluiría a la misma norma para ser reformada, creando un círculo vicioso que es explicado por la teoría de los tipos de Russell, citado por el mismo Alf Ross³², “cualquier cosa que implique el todo de un conjunto, no puede ser (un objeto) del conjunto”³³. Por lo tanto si la norma de reforma es superior no puede ser de procedimiento. Pero si la norma de reforma es de procedimiento no puede ser superior. Por lo que se caería en un dilema, el cual nuevamente citando al profesor Mario Muñoz se presentaría el siguiente silogismo:

*Dado p o c
Si p entonces e
Si c entonces e
Por lo tanto e*³⁴

²⁹ Ya sea por el Modus Ponens, Modus Tollens, argumento hipotético, silogismos disyuntivos, dilema o argumento a contrario. MUÑOZ AGREDO, Mario Fernando. Argumentación Jurídica y neoconstitucionalismo en Colombia. 2007. p. 27.

³⁰ Profesor Austriaco, seguidor de las ideas de Hans Kelsen y su teoría pura del Derecho

³¹ ROSS, Alf. El concepto de validez y otros ensayos. México: Fontamara, 1991. Pp. 51 a 53.

³² Ibíd., Pp. 75 y 76

³³ Ibíd., Pp. 57 y 58.

³⁴ MUÑOZ AGREDO, Op. Cit., p. 37.

Pero el mismo Ross da dos soluciones a esta paradoja (o dilema) de las cuales se tomará la solución en la cual la norma que regula la reforma es una *norma básica* la cual adquiere su delegación de una *norma superior*³⁵; por lo tanto esta norma de reforma se convierte en la norma más importante del ordenamiento jurídico siendo inmodificable y solo sujeta a la *norma superior*. Convirtiéndose de esta manera en un límite lógico de reforma constitucional.

Adolf Merkl establece una idea similar a la de Alf Ross, en el aspecto de que toda norma tiene su validez en una norma superior, y que según lo interpreta De Vega, cada norma debe tener una norma específica de derogación, la cual sería la norma que permite la reforma constitucional y que tiene dos características, la primera es que se trata de una norma superior y la segunda que a su vez es una norma de procedimiento que regula la reforma a la Constitución, por lo tanto la lógica jurídica impone que las normas de procedimiento sean inmodificables e intangibles, ya que esta norma mantiene la coherencia e identidad jurídica. Y al ser una norma superior emanada del poder constituyente no puede ser reformada o modificada por el poder constituido y modificar esta norma sería sustituir el poder constituyente por el constituido.

- Límites axiológicos.

En primer lugar entraríamos a definir la axiología, como la rama de la filosofía que tiene como objeto la reflexión de valores y juicios valorativos³⁶. Y en palabras del Profesor Luigi Ferrajoli los límites axiológicos se definen como "límite" o "garantía" del concepto de bien jurídico.

Por lo tanto, los límites axiológicos son los límites que buscan proteger o garantizar al pueblo con base a valores y principios establecidos.

"Según Ramírez Cleves los límites axiológicos se dividen en dos tipos: los axiológicos textuales o cláusulas de intangibilidad y los límites implícitos o materiales. Ambos tipos requieren acudir a métodos interpretativos como el sistemático y el finalista"³⁷.

- Límites axiológicos textuales o cláusulas de intangibilidad.

Los límites axiológicos textuales, o cláusulas de intangibilidad, son límites o prohibiciones expresas, redactadas dentro del texto constitucional. Cleves pone

³⁵ O el poder constituyente primario que delega en esta norma parte de su poder superior.

³⁶ Sitio web slideshare donde se comparten documentos, videos y presentaciones. <http://www.slideshare.net/pioneros/axiologia-277606>

³⁷ RAMÍREZ CLEVES. Op. Cit., Pp.71,72,73

ejemplos como el artículo 16 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano (1789) cuando caracterizan una constitución como aquella que existe cuando hay garantía de los derechos y separación de poderes.

Otro ejemplo de cláusula expresa de intangibilidad, Ramírez Cleves propone el artículo 164 de la Constitución de Colombia de 1830, que disponía:

“el poder que tiene el Congreso para reformar la Constitución no se extiende a la forma de Gobierno, que será siempre republicano, popular, representativo, alternativo y responsable”, presentándose estos límites en varias constituciones de Colombia que veremos mas adelante.

De igual manera las clausulas de intangibilidad han estado presentes desde las primeras constituciones en estados monárquicos influenciadas por quien detenta el poder y “pactadas” con el pueblo hasta las republicanas que buscaban en primer lugar proteger el tipo de gobierno y con las ultimas además de proteger la forma de estado republicana y constitucional de manera expresa impidiendo la reforma del tipo de estado y separación de poderes. Que se hizo común luego de la segunda guerra mundial.

Los derechos humanos como clausulas de intangibilidad son la base del estado social de derecho, en búsqueda de proteger de la reforma por motivos antidemocráticos o lesivos al pueblo estos derechos.

Entre otras clausulas de intangibilidad ha sido acogida por múltiples constituciones el tipo de estado, democrático, socialista, o cualquier otro.

- Límites axiológicos implícitos.

Según Ramírez Cleves son limitaciones a la reforma, o clausulas de intangibilidad no expresas, que deben ser deducibles a través de una interpretación a veces extensiva, otras veces por algún adjetivo sinónimo de la intangibilidad o inmutabilidad prevista y positivizada, y otras veces tomando en cuenta la interpretación que se hace de los preámbulos o de normas esenciales dentro de la estructura política – normativa³⁸.

Estos límites pueden estar dentro del preámbulo de las constituciones, palabras claves, declaraciones de inviolabilidad de artículos, dependiendo de la interpretación que se dé.

³⁸ RAMIREZ CLEVES., Op. Cit., p. 54.

- Limites materiales implícitos.

Según Ramírez Cleves *son elaboraciones doctrinarias que partiendo de un análisis de la teoría constitucional en su conjunto, deducen zonas exentas del poder de revisión*. Y se clasifican en dos, límites implícitos e inmanentes, los primeros son límites que la norma no debe mencionarlos expresamente, y los segundos son límites que hacen parte de la esencia de la Constitución, son meta constitucionales mas en el sentido del estado de derecho que de la Constitución.

No siempre la Doctrina y la Jurisprudencia van de la mano, y definen límites materiales implícitos como en el caso suizo, que se permite la reforma constitucional total, sin límites, así la doctrina establecía que toda norma constitucional debe ser general y abstracta, a lo que el consejo federal suizo estableció jurisprudencialmente que no existían límites materiales ni expresa ni tácitamente dentro de la Constitución. Pero según interpretación doctrinal esta libertad o permisibilidad es un límite material ya que limita a que se introduzcan cláusulas o normas expresas a la reforma dentro de la Constitución³⁹.

La clave es la interpretación que se de ya sea de manera Doctrinal o Jurisprudencial, estableciendo así límites materiales.

2.1.4 Los derechos fundamentales. Como se mencionó anteriormente estos se constituyen en límites materiales a la reforma constitucional, siendo determinados en algunos ordenamientos jurídicos como cláusulas de intangibilidad expresas, en otros no, pero no se estableció el porqué son límites materiales.

Estos derechos fundamentales fueron ganados y surgen de luchas, revoluciones como la francesa en 1789 y los derechos del hombre y el ciudadano, la independencia americana con el bill of rights (carta de derechos) en las cuales se establecieron derechos para todos los seres humanos en términos de libertad e igualdad, algo nunca sucedido en la historia del hombre, convirtiéndose en ese bien superior que menciona Platón y que citamos anteriormente, dándole garantías de supervivencia como pueblo y que por lo tanto están por encima dotados de fuerza supranormativa.

Según Ramírez Cleves los derechos fundamentales se constituyen en límite-garantía

2.1.5 Límites del poder constituyente originario. Existen varias posiciones entre diferentes tratadistas al respecto, para unos el poder constituyente originario es

³⁹ Interpretación lógica para establecer límites.

ilimitado y sus únicos límites están en su fundamento democrático, como expresión de la soberanía popular, y en los derechos inalienables de la persona humana.

La tesis de que el constituyente es un poder absoluto y total. “En palabras del mismo Sieyès: “El poder constituyente todo lo puede... No se encuentra de antemano sometido a ninguna Constitución... Por ello, para ejercer su función ha de verse libre de toda forma y todo control, salvo los que a él mismo le plugiera adoptar”⁴⁰. En otros términos, el poder constituyente es inicial, autónomo e ilimitado y se caracteriza por su libertad total y por lo tanto ninguna norma anterior, ni de fondo ni de forma, puede limitarlo. “El poder constituyente encuentra su fundamento en sí mismo. Sin embargo la doctrina no afirma lo mismo, no descartamos a priori los límites: del valor justicia (derecho natural), los que pueden derivar del derecho internacional público, y el condicionamiento de la realidad social”⁴¹.

“Es de aclarar que el hombre al nacer recibe de las instituciones anteriores una constitución y no elige discrecionalmente su constitución”⁴².

De esta manera se empieza a limitar el poder constituyente originario que se ve demarcado por el derecho natural y el derecho internacional por lo que no es libre e ilimitado tomando como ejemplo de anular todo tipo de derecho fundamental y establecer un sistema anárquico en contraposición al orden y garantía de derechos que se busca al crear una constitución y volver a un estado antiguo en el que la soberanía no recae en el pueblo si no en otro tipo de legitimantes como dios, la iglesia entre otros,

Por lo tanto se puede manifestar que la constitución debe ser adecuada al país que la recibe para que funcione de manera más eficiente y no quede como un ente vacío.

El poder constituyente solo se auto limita de manera formal, pero no la autolimitación material, solo se establecen reglas para el procedimiento de la reforma pero no sobre el contenido de esa voluntad, porque como lo dijo Manuel

⁴⁰ CARDENAS GRACIA, Jaime. El significado del poder constituyente. en cuyo texto cita a SIEYES, Emmanuel. ¿Que es el tercer estado?. Madrid, Alianza Editorial, 1994. Citado en la pagina web de la Fundación por la Socialdemocracia de las Américas <http://www.fusda.org/Revista17%20y18/EL%20SIGNIFICADO%20DEL%20PODER%20CONSTITUYENTE.pdf>.

⁴¹ BIDART CAMPOS., Op. Cit., p. 57.

⁴² ALBERDI, Juan B. Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina: Estrada Bs.As, 1952. p. 113.

Aragón: “el pueblo tiene que conservar la libertad de decidir, jurídicamente, su propio destino”.⁴³

El pueblo y la soberanía que pertenece al pueblo, es limitada por la misma Constitución, siempre y cuando no suceda algo extraordinario en el cual la Constitución vigente afecte de manera directa los intereses y la supervivencia del pueblo, por lo que este y su capacidad de autodeterminarse terminaría por tomar las medidas necesarias y seguir el camino mas conveniente, inclusive sustituyendo la Constitución. Indicando no que el pueblo vaya a desaparecer, si no la capacidad que tiene este para auto determinarse, para seguir subsistiendo como pueblo, garantizando la igualdad entre sus integrantes, de derechos fundamentales, de elección, entre otros.

2.1.6 Límites del poder constituyente derivado. Los límites del poder constituyente derivado están establecidos dentro de la misma Constitución escrita.

Al realizarse un control de constitucionalidad de una reforma constitucional es necesario distinguir entre las materias de procedimiento de la reforma y las materias de contenido. Aquí nuevamente se vuelve a retomar a los límites formales y materiales, los cuales se aplican para el poder constituyente derivado.

Estos límites valga la redundancia limitan el poder constituyente de modo que cualquier tipo de reforma a la Constitución Nacional debe encontrarse permitida en la misma de manera expresa o tácita.

Los limites formales se encuentran de manera expresa en la Constitución Nacional, y la importancia de estos es que determinan el procedimiento que se debe seguir para reformar la Constitución, por los mecanismos permitidos para reformarla, generando nulidades si no se siguen al pie de la letra los mismos.

Según Pedro de Vega⁴⁴ el poder constituido no puede igualarse al poder constituyente originario y por lo tanto no puede ejercer reformas totales.

Mientras que los límites materiales como anteriormente se expreso, por lo general hay que deducirlos de la jurisprudencia y métodos establecidos de manera doctrinal, en el caso colombiano es la Corte Constitucional quien tiene la última palabra. De esta manera así la reforma constitucional cumpla con todos los procedimientos y parámetros establecidos en la carta, si no es conveniente para el

⁴³ ARAGÓN Manuel. Constitución, Democracia y control. México: Universidad Autónoma de México, 2002. p. 17.

⁴⁴ DE VEGA, Pedro. La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente. Madrid: Tecnos, 1985, Pp. 235.

pueblo o sustituyendo a este como poder originario, no es permitida por la corte constitucional la reforma.

Según Díaz Ricci para poder llevar a cabo el control de constitucionalidad de una reforma constitucional:

1. Debe haber tenido lugar una reforma constitucional, es decir que el pueblo, en ejercicio de su soberanía, debe haber realizado por medio de sus representantes, la función correspondiente al poder constituyente derivado que le corresponde, con la resultante del dictado de normas investidas con el valor de constitucionales. (Por lo tanto dejamos de lado en el análisis a las mutaciones constitucionales, ya que ellas para ser válidas no deben vulnerar a la constitución; sin perjuicio de que en un futuro las normas positivas, se adecuen a la sociedad a la cual están dirigidas)
2. Se debe encontrar habilitada la vía para poder efectuar el control de constitucionalidad, en otros términos, cotejar las normas constitucionales nuevas y su concordancia con las viejas, entendiendo al control en sentido lógico-jurídico.
3. Se requiere la existencia de un conjunto de normas constitucionales que sirvan de base para efectuar el juicio de constitucionalidad de las nuevas normas constitucionales. Éstas son las referidas al procedimiento de revisión y las normas que establecen cláusulas de intangibilidad.
4. Que el órgano de control no haya sido afectado por dicha revisión⁴⁵

Los límites materiales indican que la Constitución tiene un núcleo que define su identidad y su sentido y que en muchos casos no existe determinación expresa de los mismos, por lo tanto se establece que los límites materiales son los valores y principios del constitucionalismo que toda constitución debe respetar y son, la soberanía popular, el tipo de estado, la separación de poderes, el respeto a los derechos fundamentales y a la dignidad de la persona.

En el art. 209 de la Constitución Colombiana de 1886 solo planteaba el acto legislativo como único mecanismo para reformar la Constitución. La Constitución colombiana de 1991 plantea varios mecanismos para reformar la misma, el acto legislativo, la Asamblea Nacional Constituyente y el Referendo. Estos dos últimos fueron introducidos por la Constitución Nacional de 1991 reinventando la figura del constituyente primario, ya que se da de manera representativa del poder constituyente originario (el pueblo).

2.2 CONCLUSIONES SOBRE LOS LÍMITES.

- Los límites materiales a la reforma constitucional afectan tanto al constituyente primario como al constituyente derivado.

⁴⁵ DÍAZ RICCI., Op. Cit., Pp. 716.

- Existe gran cantidad de doctrina sobre el tema de límites materiales a la reforma Constitucional por tratadistas que proponen desde que no hay límites a la reforma hasta otros que los establecen siempre primando los derechos fundamentales del hombre, la supremacía de la soberanía, el tipo de estado, la separación de poderes, la dignidad de la persona y la relación directa entre constitución y democracia.
- Las cláusulas de intangibilidad aunque pueden ser tácitas por lo general son expresas o se deducen de cláusulas expresas.
- Los límites lógicos son por lo general tácitos que se deducen de cláusulas expresas.
- Los límites materiales a la reforma constitucional pueden surgir de la definición de límites axiológicos, lógicos, circunstanciales o temporales, expresos o tácitos o un conjunto de estos estableciendo un procedimiento para delimitarlos o encontrarlos. Pero es clave la argumentación que se da a los mismos para que se conviertan en límites materiales a la reforma constitucional y se obtenga una adecuada paridad entre la realidad y las decisiones judiciales siendo el caso de la Corte Constitucional.
- De igual manera la reforma a cualquier norma constitucional que impida o lesione al pueblo o soberano ya sea de manera directa o en conexidad colocándolo en situación de peligro como pueblo, sería impedida por un límite material y de igual manera constituyéndolo como límite.
- La *línea* entre el poder constituyente primario y constituido es muy delgada, a pesar de que en teoría están muy claros, en la práctica no tanto, en palabras de Ramírez Cleves “el problema no consiste solo en diferenciar un órgano del otro, si no en distinguir cuando se está realizando la función constituyente y cuando la de revisión, ya que el mismo poder (constituyente y constituido) puede a veces radicarse en el mismo órgano, cumpliendo sin embargo distinta función”⁴⁶
- Así una constitución permita la reforma total de la misma, la realizaría el poder constituyente primario y no se debe confundir con poder constituyente derivado porque solo el constituyente primario puede modificar, sustituir o reformar totalmente una constitución.
- En palabras del Manuel Atienza,

⁴⁶ Como cuando el pueblo tiene calidad de constituyente constituido en el referendo y constituyente primario al escoger una asamblea nacional constituyente. Permitiendo el reconocimiento del poder constituyente mediante la voluntad con la cual se realiza la reforma citado por RAMÍREZ CLEVES, Gonzalo. Op. Cit., p. 54.

Así entonces, el Estado constitucional no puede simplemente ser entendido como aquel en el que hay una constitución vigente y una distribución de poderes, pues de ser así, todos los estados, o casi todos lo serían, sino que debe ser entendido como aquel en el cual el texto mismo de la constitución y su aplicación, determinan la forma en que ha de interpretarse y aplicarse el Derecho, dada la existencia y reconocimiento de unos derechos fundamentales.⁴⁷

Ya que de esta argumentación surgen los límites materiales a la reforma constitucional.

Luego de conocer los límites a la reforma constitucional, es necesario establecer quién es el competente para ejercer este poder de reforma constitucional.

⁴⁷ Citado por: profesor. MUÑOZ AGREDO, Mario Fernando. Argumentación Jurídica y neo constitucionalismo en Colombia. Bogotá: s.n. 2007. p. 50.

3. LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA

La reforma constitucional en Colombia se encuentra regulada en la Constitución Nacional en el Título XIII, artículo 374 y siguientes, en los cuales se establecen tres mecanismos para reformar la Constitución Nacional que son el acto legislativo, el referendo y la Asamblea Nacional Constituyente.

La reforma puede ser adelantada por el pueblo en su calidad de constituyente primario y por el Congreso de la República (constituyente derivado), a través de procedimientos, competencias, definiciones, entre otros regulados por la Constitución Nacional, el reglamento del Congreso y en la ley estatutaria de mecanismos de participación.

3.1 REGLAMENTO DEL CONGRESO

En el reglamento del Congreso se establece además del funcionamiento y organización de este, la supremacía de la Constitución como norma de normas para cualquier procedimiento que se adelante, además la función del mismo para reformar la constitución mediante actos legislativos para la cual se establecen comisiones constitucionales.

También se establece quien puede presentar proyectos de ley, en los cuales se preceptúa que se puede dar por iniciativa legislativa o iniciativa popular de un número de ciudadanos igual o superior al 5% del censo electoral existente en la fecha respectiva o un 30% de los Concejales del país o un 30% de los Diputados del país y por iniciativa privativa del gobierno para adelantar un referendo sobre un proyecto de reforma constitucional que el mismo Congreso incorpore a la ley⁴⁸.

El congreso debe dar un trámite preferencial a los proyectos aprobatorios de tratados sobre derechos humanos que sean sometidos a su consideración por el Gobierno, y a los de iniciativa popular. Puestos en consideración, no se dará curso a otras iniciativas hasta tanto no se haya decidido sobre ellos.

En el capítulo VII, se establece el proceso legislativo constituyente, en el que se prescribe que la Constitución Política puede ser reformada por el Congreso de la República por medio de una Asamblea Constituyente o el pueblo mediante referendo.

⁴⁸ COLOMBIA. CONGRESO DE COLOMBIA. Reglamento del Congreso, Ley 5 de 1992. Art. 141, junio 17 de 1992.

El congreso es el encargado de velar que las disposiciones y lineamientos de las instituciones políticas vayan de acuerdo con la constitución nacional, la cual solo se interrumpiría si se elige una asamblea constituyente.

El reglamento establece que las reformas, modificaciones, adiciones o derogaciones a realizarse en la constitución se denominarán acto legislativo¹ que deben cumplir el trámite establecido en la constitución y en este, y pueden presentarse en la Secretaría General de las Cámaras o en sus plenarias.

Fija que el Gobierno Nacional, diez miembros del Congreso, un número de ciudadanos igual o superior al cinco por ciento (5%) del censo electoral existente en la fecha respectiva, veinte por ciento (20%) de los Concejales del país o un veinte por ciento (20%) de los Diputados del país pueden presentar proyectos de acto legislativo, y este tendrá lugar en dos (2) períodos ordinarios y consecutivos, los cuales comprenden una legislatura, el primero, que comienza el 20 de julio y termina el 16 de diciembre; y el segundo, desde el 16 de marzo hasta el 20 de junio⁴⁹, aunque ambos periodos pueden no coincidir en la misma legislatura. El proyecto de acto legislativo debe ser aprobado en cada una de las Cámaras por la mayoría simple, en la primera vuelta; publicado por el Gobierno, requerirá de la mayoría absoluta en la segunda vuelta.⁵⁰

Entrando ya en los temas a debatirse, sólo podrán tratarse iniciativas presentadas en la primera vuelta. Las negadas en este período, no podrán ser consideradas nuevamente. Para el cambio o modificación del contenido de las disposiciones, en la segunda vuelta, siempre que no altere la esencia de lo aprobado inicialmente sobre la institución política que se reforma, podrán ser consideradas y debatidas.⁵¹

“En el reglamento también se establece el trámite para la realización de reformas por una asamblea constituyente”⁵². Es el Congreso quien puede disponer si el pueblo, por medio del voto popular, decida si se convoca una Asamblea Constituyente, siempre y cuando se elija por una tercera parte de los integrantes del censo electoral. Igualmente se establece que asuntos pueden ser sometidos a referendo, por la reforma constitucional aprobada por el Congreso, dentro de los seis (6) meses siguientes a la promulgación del acto legislativo.

⁴⁹ Ibid., Art.223.

⁵⁰ Ibid., Art.225.

⁵¹ Ibid.

⁵² Ibid., Art.228

Estas reformas deberán estar referidas:

- 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.

2o. Los proyectos de reforma constitucional que el mismo Congreso incorpore a la ley. Esta ley deberá ser por 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.

El referendo será presentado de manera que los sectores puedan escoger libremente, en el temario o articulado, entre votar positiva o negativamente⁵³.

3.2 LEY ESTATUTARIA DE MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN

El principal objetivo de la Ley estatutaria de los mecanismos de participación del pueblo regula: *“la iniciativa popular legislativa y normativa; el referendo; la consulta popular, del orden nacional, departamental, distrital, municipal y local; la revocatoria del mandato; el plebiscito y el cabildo abierto”*⁵⁴, estableciendo las normas por las que se regirá la participación democrática de las organizaciones civiles, sin que esta impida el desarrollo de otras formas de participación ciudadana.

En esta ley se define claramente los tipos de mecanismos de participación pero para el tema del presente trabajo de tesis se tomaron los mecanismos por medio de los cuales se puede reformar la constitución; haciéndose énfasis en el referendo.

Es claro el derecho político que tienen los ciudadanos de presentar un Proyecto de Acto Legislativo y de ley ante el Congreso de la República, el cual puede ser presentado por cualquier ciudadano en ejercicio y/o una organización de cualquier tipo⁵⁵, y que cuente con el respaldo del cinco por ciento (5%) de los ciudadanos inscritos en el último censo electoral.

⁵³ Ibíd., Art.229

⁵⁴ CONGRESO DE COLOMBIA. Mecanismos de Participación ciudadana. Ley 134 de 1994. Art. 1 mayo 31 de 1994.

⁵⁵ Ibíd., Art. 2

“Además esta iniciativa legislativa o normativa deberá ser aprobada en asamblea, congreso o convención por la mayoría de los asistentes con derecho a voto, y será la misma asamblea la que los elija”⁵⁶.

“En el caso del referendo aprobatorio el apoyo por parte de la ciudadanía debe ser no menor al 10% el censo electoral y si es un referendo constitucional debe ser no menor al 5% del censo electoral y puede ser solicitado por iniciativa del Gobierno mediante el Congreso o de un grupo de ciudadanos no menor al 5% del censo electoral”⁵⁷. El Congreso lo hace mediante ley que requiere la aprobación de la mayoría de los miembros de ambas Cámaras, sometiendo de esta manera un proyecto de reforma constitucional al referendo, que el mismo Congreso incorporará a la ley. Este referendo será presentado de manera que los electores puedan votar positiva o negativamente. El referendo se realizará dentro de los seis meses siguientes a la solicitud.

Son competentes para realizar un control previo de constitucionalidad del texto que se somete a referendo, a efectos de evitar un pronunciamiento popular sobre iniciativas inconstitucionales, el tribunal de la jurisdicción contencioso-administrativa competente, en el caso de referendos normativos departamentales, distritales, municipales o locales y la Corte Constitucional en iniciativas de carácter nacional. Estos se pronunciarán después de un período de fijación en lista de diez (10) días, para que cualquier ciudadano impugne o coadyuve la constitucionalidad de la iniciativa y el Ministerio Público rinda su concepto.

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

⁵⁶ Ibíd., Art. 10 inciso 2 “los cuales deben constituirse en un comité integrado por nueve ciudadanos y se elige un vocero e inscribirse como tales ante la Registraduría del Estado Civil de la correspondiente circunscripción electoral. Este comité estará integrado por nueve ciudadanos, y elegirá el vocero, quien lo presidirá y representará. Si el promotor es la misma organización, partido o movimiento, el comité podrá estar integrado por sus directivas o por las personas que éstas designen para tal efecto. Si es presentada por concejales o diputados el comité será de 5 de ellos los cuales elegirán un vocero.

Luego de pasar por la Registraduría y ser revisado por parte de esta, luego de quince días entrega los formularios a los promotores para la recolección de firmas, para la cual tienen seis meses que puede ser prorrogado en caso de fuerza mayor por el consejo nacional electoral.”

⁵⁷ Ibíd., Art. 32.

3.3 MECANISMOS DE REFORMA CONSTITUCIONAL

3.3.1 El acto legislativo. El acto legislativo es la reforma constitucional que realiza el Congreso de la República que es un órgano constituido, derivado y por lo tanto limitado por lo estipulado en la Constitución Nacional. Y se define su procedimiento en el Art. 375:

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

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

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

Claro que el acto legislativo no puede reformar cualquier parte de la Constitución Nacional, cuando se refieran a los derechos reconocidos en el Capítulo 1 del Título II y a sus garantías, a los procedimientos de participación popular, o al Congreso, se debe realizar un referendo dentro de los seis meses siguientes a la promulgación del Acto Legislativo, por un cinco por ciento de los ciudadanos que integren el censo electoral. La reforma se entenderá derogada por el voto negativo de la mayoría de los sufragantes, siempre que en la votación hubiere participado al menos la cuarta parte del censo electoral.⁵⁸

3.1.2 El referendo. El referendo es un mecanismo de participación ciudadana que se utiliza para aprobar un proyecto de ley, de ordenanza o de resolución local de iniciativa popular que haya sido negado por la entidad competente para hacerlo cumplir, o cuando el plazo otorgado por la Constitución de Colombia para que dicho proyecto se cumpla haya vencido.

El objetivo principal del referendo es dar participación directa a la comunidad para que esta alcance los proyectos de mayor conveniencia para la misma, incluso facultando al pueblo para aprobar una ley que no haya sido aceptada o se haya vencido el plazo para su aprobación por el órgano legislativo competente.

⁵⁸ COLOMBIA. CONSTITUCIÓN NACIONAL DE COLOMBIA. Art. 377. 1991

De acuerdo a la ley estatutaria de mecanismo de participación ciudadana el referendo puede ser:

El referendo puede ser nacional, regional, departamental, distrital, municipal o local.

ARTÍCULO 4o. REFERENDO DEROGATORIO. Un referendo derogatorio es el sometimiento de un acto legislativo de una ley, de una ordenanza, de un acuerdo o de una resolución local en alguna de sus partes o en su integridad, a consideración del pueblo para que éste decida si lo deroga o no.

ARTÍCULO 5o. REFERENDO APROBATORIO. Un referendo aprobatorio es el sometimiento de un proyecto de acto legislativo, de una ley, de una ordenanza, de acuerdo o de una resolución local, de iniciativa popular que no haya sido adoptado por la corporación pública correspondiente, a consideración del pueblo para que éste decida si lo aprueba o lo rechaza, total o parcialmente.⁵⁹

Para hacer uso del referendo En Colombia se necesita el respaldo de por lo menos el 10% de los ciudadanos del censo electoral, el cual es actualizado constantemente por la Registraduría Nacional debido a que todos los días fallece alguien o hay nuevos ciudadanos con capacidad de voto o sea mayores de dieciocho (18) años.

El referendo debe ser inscrito ante la Registraduría Nacional y esta da un término de seis (6) meses para la recolección de firmas de ciudadanos en ejercicio que lo apoyen.

El día de la votación de un referendo no puede coincidir con otras votaciones; además, la fecha para llevarlo a cabo debe estar entre los primeros seis (6) meses posteriores a la solicitud del referendo.

La pregunta que se realiza a los ciudadanos debe ser clara, sin ambigüedades y de elección “Sí” o “No” y otra para elegir voto en blanco.

El referendo sólo se aprobará cuando el pueblo haya respondido de manera positiva en un 50% más uno de los votantes, de lo contrario, la norma que se planteó se derogará.

3.1.3 La asamblea nacional constituyente. La asamblea constituyente es una forma de manifestación que emana del poder constituyente originario, pero también puede presentarse del poder constituyente derivado. Proviene del poder constituyente originario cuando se redacta una nueva Constitución, de manera representativa a través de un organismo colegiado escogido por el pueblo; generalmente surge cuando se presenta una situación de hecho, o del rompimiento de un orden político, como una revolución o golpe de Estado

⁵⁹ COLOMBIA. CONGRESO DE COLOMBIA. Mecanismos de Participación ciudadana. Op. Cit.,

trionfante, o como en el caso de Colombia en el que el grave estado de gobernabilidad origino una Asamblea Nacional Constituyente en el año de 1991.

La asamblea constituyente proviene del poder constituyente derivado cuando esta se encuentra establecida y delimitada en el texto constitucional, y obviamente se realiza dentro de esas estipulaciones y cauces constitucionales preservando la integridad y el orden constitucional vigente.

La asamblea constituyente si se presenta por el poder constituyente derivado tiene como limites los que se encuentran dentro de la constitución vigente o formales, más los limites materiales (ya sea de manera explícita o implícita).

Cuando se presente netamente por el poder constituyente originario únicamente se limita por los límites materiales. Fuera de estos límites, la asamblea tiene amplias facultades como son la de aprobar una nueva Constitución, someter los poderes ejecutivo, legislativo y judicial a lo que establezca la Asamblea Nacional Constituyente, y reformarlos total o parcialmente.

La Asamblea Nacional Constituyente, puede ser convocada de diferentes maneras según sea su origen primario o derivada.

Si es originaria, generalmente la iniciativa corresponde al que detenta en ese momento el poder en caso de un golpe de estado o revolución; pero si es derivada puede ser iniciativa del jefe de Estado, el Congreso, por iniciativa popular a través de los mecanismos establecidos en la misma Constitución.

Se busca que la asamblea constituyente sea una asamblea que represente completamente la nación, es decir, a todos sus habitantes, razas y culturas incluyendo a las minorías en búsqueda de la mejor expresión de la participación popular.

De igual manera debe existir suficiente información al pueblo de la necesidad de la Asamblea Constituyente, al igual que la elección de los integrantes o representantes de esta y la igualdad de oportunidades para que estos sean elegidos por voto popular; así mismo se debe garantizar la participación del pueblo y el conocimiento de este por los medios de comunicación.

4. HISTORIA DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES EN COLOMBIA

Las Constituciones nacionales a lo largo de la historia generalmente han confiado su reforma al Congreso de la República; pero no siempre, ya que en varias ocasiones se ha recurrido a mecanismos diferentes a los dispuestos por las mismas constituciones y se han producido reformas por el constituyente derivado, o bien acudiendo al “constituyente primario” o a estados de excepción, que directa o indirectamente han permitido las enmiendas a pesar de existir cláusulas de intangibilidad las cuales iban y venían de acuerdo a quien detentaba el poder.

En la Constitución de 1821 establece que las dos terceras partes de cada una de las Cámaras podrán proponer la reforma de algunos artículos de la misma Constitución para que esta reforma se considere cuando se renueven al menos la mitad de los miembros de las Cámaras pero establece como cláusulas de intangibilidad expresa, la constitución de la nación colombiana libre y soberana, la soberanía nacional y el deber del Estado de proteger la libertad, seguridad, propiedad e igualdad de los colombianos; notándose la preocupación frente a la Reforma Constitucional en tiempos difíciles, que llegaran a afectar principios básicos de la formación del estado colombiano vislumbrándose ya un límite material.

Pocos años después en la Constitución de 1830 también se dispone la Reforma Constitucional a cargo del Congreso de la República y le impone como cláusula de intangibilidad la forma republicana popular, representativa, alternativa y responsable de gobierno, imponiendo un límite material enfocado más al tipo de gobierno en nuestro País, en búsqueda de la protección de la naciente República de Colombia.

Las Constituciones de 1832 y de 1843 establecen que la reforma constitucional nuevamente es facultad del Congreso, conservan la cláusula pétrea establecida en 1830 y tampoco consagran el control constitucional de la reforma.

Mediante el acto legislativo 5 del 7 de mayo de 1849 se reformó la Constitución de 1843 y se estableció la reforma en cualquier tiempo, eliminando la cláusula pétrea de reforma de la forma de gobierno.

El acto legislativo del 24 de mayo de 1851 no entró en vigencia por falta de una ley que así debía determinarlo. Su artículo 44 disponía que la Constitución pudiera reformarse por medio de una ley, que curiosamente, tenía la posibilidad de convertirse dentro del trámite, en un acto legislativo, por una asamblea constituyente o por un acto legislativo con formalidades plenas.

En la Constitución de 1853 se dispuso los mismos mecanismos de reforma que la Constitución de 1851.

La Constitución Política de 1858 vuelve al esquema anterior de permitir la reforma únicamente por el Congreso pero adiciona que deberá ser a solicitud de la mayoría de las legislaturas de los Estados, por tratarse de una Constitución propia de un régimen federal.

La Constitución de 1863, también federal, determinó que se podía reformar por la mayoría de las legislaturas de los Estados, aprobación por ambas cámaras de la Unión y ratificación unánime del Senado de Plenipotenciarios, con un voto por cada Estado, o reformada por la Convención convocada para ese efecto por el Congreso, por solicitud de todas las legislaturas de los estados y compuestas por igual número de Diputados de cada Estado.

Llegando a la Constitución de 1886 que fue expedida por una Asamblea Constituyente y no como ordenaba la Constitución de 1853. La nueva Carta determinó que su reforma podría surtirse por un acto legislativo y por primera vez se atribuye a la Corte Suprema de Justicia la competencia para decidir la inconstitucionalidad de los actos legislativos que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales.

Más adelante, el acto legislativo 3 de 1910 enmendó la Constitución y de nuevo estableció que la Constitución se reformaría únicamente por el Congreso, pero la novedad consiste en que el artículo 40 consagra la supremacía normativa de la Constitución y el artículo 41 la acción pública de inconstitucionalidad. La reforma también dispuso que la Corte Suprema de Justicia decidiera sobre los actos legislativos objetados por el Gobierno (antes de su sanción presidencial) y las demandas de leyes y decretos, pero no incluyó a los actos reformativos de la Constitución.

También es de resaltar que en la reforma constitucional de 1910, se confía la guarda de la Constitución a la Corte Suprema de Justicia, que la ejerció hasta 1991 cuando se creó la Corte Constitucional.

La reforma de 1945 consagró que la Constitución solo podría ser reformada por un acto legislativo. Poco tiempo después, el Congreso de la República, mediante el acto legislativo No. 1 del 9 de diciembre de 1952, convocó a una Asamblea Nacional Constituyente para reformar la Constitución.

El acto legislativo 01 del 18 de junio de 1953 determinó que esa misma asamblea constituyente asumiría las funciones atribuidas al Senado de la República por el artículo 125 de la Constitución Nacional.

Al año siguiente, mediante el acto legislativo 01 de 1954 se amplió la asamblea constituyente a un mayor número de integrantes incluyéndose 2 por las fuerzas armadas y dos por la iglesia católica—. Se trata de una época de profunda crisis, marcada por la violencia bipartidista en la lucha por la hegemonía política de los partidos liberal y conservador, que desencadenaría en una salida militar, con la toma del poder por el General Gustavo Rojas Pinilla mediante un golpe de Estado.

Mediante los decretos 0247 y 0251 de 1957, después de la dejación del cargo por el general Rojas Pinilla, la Junta Militar de Gobierno que asumió el poder en su reemplazo, convocó a un plebiscito que reformó la Constitución. En su artículo 13 determinó que en adelante las reformas constitucionales únicamente podrían hacerse por la forma establecida en la Constitución en su artículo 218, es decir por el Congreso y mediante un acto legislativo.

El acto legislativo 01 de 1968 conservó la misma competencia de reforma en el Congreso, creó la sala constitucional de la Corte Suprema de Justicia, encargada de llevar los proyectos de fallo, en los juicios de constitucionalidad, para decisión de la Sala Plena. No se dispuso control constitucional de la reforma pero sí de las leyes.

La reforma de 1977 convocó a una Asamblea Constituyente para reformar algunos temas de la Constitución. Por primera vez se determina que la Corte Suprema conocería, a solicitud de demanda ciudadana, de la constitucionalidad de los actos reformativos de la Constitución posteriores a ese acto, por vicios de procedimiento en su formación. La Corte Suprema de Justicia declaró la inconstitucionalidad de la reforma en el año 1978.

El acto legislativo 01 de 1979, en su artículo 58, de nuevo atribuyó a la Corte Suprema de Justicia la decisión sobre las demandas de inconstitucionalidad contra actos legislativos por vicios de forma los cuales se señalaron expresamente. Esta reforma también fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia en 1981.

La Constitución de 1991 fue expedida por una Asamblea Nacional Constituyente y no por medio de un acto legislativo, como la Constitución vigente ordenaba. Es así como el Gobierno Nacional expidió los decretos 927 y 1926 de 1990, (de estado de sitio o medidas de excepción) que recogían una amplia iniciativa ciudadana, con gran respaldo social que reclamaba una urgente reforma constitucional y de ésta manera convocó a una Asamblea Nacional Constituyente. La Corte Suprema de Justicia, en dos polémicos fallos, declaró la constitucionalidad de los decretos del Presidente y de esta manera permitió la convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente, que luego expediría la Constitución Política hoy vigente.

La Asamblea Nacional Constituyente (1990-1991) estuvo conformada por representantes de los partidos tradicionales como el conservador y el liberal, pero también fueron elegidos delegatarios por el grupo guerrillero M-19, recién reinsertado a la vida civil, que logró la cuarta parte de los escaños a través de una alianza con otros sectores políticos; también hubo una representación de las comunidades indígenas y minorías étnicas⁶⁰.

⁶⁰ CAJAS SARRIA, Mario Alberto. Acerca del control judicial de la reforma constitucional en Colombia. Tomado de la pagina web del instituto iberoamericano de derecho procesal constitucional. http://www.iidpc.org/revistas/7/pdf/35_56.pdf.

La Constitución de 1991, en su pocos años de vigencia, ha tendido 23 enmiendas, 17 de ellas por vía de reformas expedidas por el Congreso llegando inclusive el congreso ha aprobar 9 reformas constitucionales en tres años y medio, y una de ellas mediante convocatoria al pueblo en un referendo constitucional en el pasado periodo presidencial (2002-2006), por iniciativa del ejecutivo alcanzando una amplia mayoría de votos; así mismo, el Presidente promovió el mencionado referendo que intentaba modificar de manera profunda la Constitución, pero que solo logró una aprobación parcial de su articulado por parte de los ciudadanos.

En la Constitución de 1991 se fortalece el papel de los jueces, en especial de la Corte Constitucional, la defensa judicial de la Constitución y los mecanismos de protección de los derechos. En el poco tiempo de funcionamiento institucional la Corte Constitucional ha realizado una labor esencial, consolidando una jurisdicción constitucional contemporánea y garantizando los derechos fundamentales.⁶¹ Desde el año 2003 se viene generando un gran debate en torno a la labor de la Corte Constitucional y el control constitucional, que se ha extendido a las reformas constitucionales, no solo por vicios de trámite en su forma, sino también por vicios de competencia.

Este debate se torna más interesante cuando el papel del control constitucional que ejerce la Corte en defensa de la Constitución entra en disputa cuando el Congreso reforma la Carta Política. Se abre esta discusión con motivo de la sentencia C-551 de 2003, en donde la Corte decidió acerca de la constitucionalidad de la ley 796 de 2003⁶²; por lo tanto en los últimos años en Colombia es considerable y claramente visible el incremento del reformismo constitucional, así como también una creciente extensión del ámbito del control que la Corte Constitucional ha construido a través de su jurisprudencia.

Así al surgir en Colombia el llamado derecho de los jueces, encabezando los jueces constitucionales quienes son los encargados de adecuar el ordenamiento normativo del País con la Constitución Nacional, pasando como se expreso anteriormente de un estado legislativo al constitucional y la inclusión de principios y derechos fundamentales en palabras del Profesor Mario Muñoz quedando rezagados el derecho legislado y el derecho consuetudinario sin que este sea debidamente argumentado con estos “nuevos” preceptos en la realidad Colombiana.

“Entrando al tema de la argumentación judicial, se tomará el modelo del juez “Dworkiniano” quien tome las decisiones en aplicación directa con la realidad,

⁶¹ CONSTITUCIÓN NACIONAL DE COLOMBIA. Título I, Título II capítulo I.1991.

⁶² Por la cual se convoca un referendo y se somete a consideración del pueblo un proyecto de Reforma Constitucional en el cual se trataban temas políticos, administrativos, de gasto publico entre otros.

integrando los principios constitucionales, de justicia y morales *no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad*".⁶³ Un juez que en realidad sea motivado y justificado por principios superiores para realizar justicia y no por el ordenamiento jurídico.⁶⁴

⁶³ MUÑOZ AGREDO, Op. Cit., p. 61.

⁶⁴ Según nuestro punto de vista, se cae en un valor subjetivo de un deber ser, ya que no sabríamos con seguridad si el juez tiene o no esos valores morales. Pero debería todo juez y sobre todo el constitucional estar "empapado" de esos principios y valores y así ser un excelente juez.

5. LINEA JURISPRUDENCIAL

Sin lugar a dudas, las reformas constitucionales se presentan de manera continua en Colombia, ya sea a través del Congreso o por iniciativa Popular año tras año, o como es muy común en estos días por el poder ejecutivo; unas veces para mejorar las condiciones del pueblo y otras no tanto. Es un tema crucial que afecta a la población de manera directa, y el cual no es muy claro para la mayoría de los sectores del país, generando discusiones sobre cuáles son los límites a la Reforma Constitucional y cuál es el pronunciamiento del órgano encargado de velar por la integridad de la Constitución.

Partimos desde la sentencia C - 141 de 2010, (la cual se toma como punto arquimédico de la presente línea jurisprudencial), por medio de la cual no se generó una nueva postura constitucional, más si unifica gran parte de las posiciones asumidas por la corte constitucional referente a la competencia y alcance de dicha corporación respecto al análisis de las leyes que reforman la carta, principalmente aquellas que tienen que ver con el régimen presidencial o con el manejo de proyectos de Ley tendientes a modificaciones estructurales frente al sistema de principios constitucionales; este último tema se ha ligado debido a la confrontación fáctica de la división de poderes que implica el control judicial, y la limitación del constitucionalismo a las ideas de un régimen de carácter autocrático o presidencialista.

La Corte Constitucional en su función de garante de la Constitución Nacional de Colombia, debe velar por su integridad y cumplimiento de sus principios y preceptos, como se establece en el artículo 241 de la misma, centrando su objetivo en los procesos de modificación o reforma constitucional de acuerdo a la misma autorregulación que se establece en la misma Constitución. Uno de los preceptos jurisprudenciales iniciales frente a la competencia del control constitucional respecto a leyes de reforma de la constitución, es el referido por la sentencia C-543 de 1998, momento en el cual la corte Constitucional, tenía claro su papel como salvaguarda de la Carta Nacional, más realizaba una análisis medido y legalista de su función, al tenor se expresó:

El Juez Constitucional tiene, como su primer deber, que inclusive justifica su existencia y da soporte a la necesidad de los poderes que se le otorgan, la preservación del Ordenamiento en que se funda el Estado, y mediante su actividad garantiza los valores, principios y normas que configuran el Estatuto supremo, resultado de la voluntad política del Constituyente, prenda insustituible de los derechos de los gobernados y límite esencial de las atribuciones de los gobernantes. En principio, debe ese Juez entrar en el análisis integral de las normas proferidas por los poderes constituidos para verificar que, en sus aspectos exteriores, procedimentales o formales, como en su contenido, respeten las disposiciones y los postulados de la

Constitución. A menos que, como acontece en Colombia con los actos reformativos de la Carta Política, se le asigne únicamente una parte del control, la puramente formal, obligándolo a circunscribir su examen a la determinación de si, en el momento de enmendar parcialmente el articulado de aquella, el Constituyente derivado se atuvo exactamente o no a las perentorias exigencias señaladas en el mismo texto del Estatuto Fundamental. Por tanto, la modificación de la constitución prevé un mecanismo de reforma, y cuando se modifica o reforma de manera no prevista dentro del mismo ordenamiento, da lugar a que la Corte Constitucional se fundamente para realizar el control constitucional; ya que si se permitiera una solución distinta a la establecida, sería atentar contra la integridad de la misma.⁶⁵

De igual manera la Corte mantenía una posición restrictiva respecto al análisis constitucional en cuanto se le permitiera al constituyente derivado como institución ponente de las posiciones del pueblo, realizar reformas constitucionales, por lo tanto la mencionada sentencia establecía que:

“La Constitución no debe ser extremadamente rígida, sobre todo en los mecanismos de participación ciudadana, “al disponer que la soberanía radica en el pueblo de Colombia. Así las cosas, lo que se consagra como un principio esencial de la democracia y un derecho fundamental de los ciudadanos, para las autoridades pasa a ser un deber y un mandato de sus actuaciones”, por lo que limitar de manera radical el acceso del pueblo a la Constitución y a las reformas que más le convengan sería ir en contra de la misma constitución.”

La Corte Constitucional debe ceñirse a lo que se estipula en la Constitución, y esta faculta a la corte solo para conocer de límites procedimentales o formales como se establece en la sentencia C – 543 de 1998:

“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.” Estableciendo que solo se ocupa de los límites formales de la reforma constitucional.

Por lo que de igual manera, el poder de reforma, esto es, el acto legislativo, el referendo e inclusive una asamblea nacional constituyente deben estar realizados de acuerdo a los procedimientos establecidos en la Carta.⁶⁶

⁶⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-1122 de 2001

⁶⁶ Ibíd., Ssentencia C 551 de 2003

Por lo tanto en la Constitución solo se fijan límites de carácter formal no material:

“la Constitución no señala límites materiales expresos, ni especiales ni específicos”⁶⁷

Sin que esto nos lleve a deducir de que no existen límites materiales a la Reforma Constitucional en Colombia tal y como se establece en la Sentencia C-387 de 1997,

“la frase “sólo podrán ser declarados inconstitucionales cuando se violen los requisitos establecidos en este título” contenida en el artículo 379 (18) de la Constitución Política, no puede ser tomada en un sentido literal, pues como lo expresó este Tribunal hace que otras normas de la Carta y el reglamento del Congreso resulten aplicables al trámite complejo que se cumple con ocasión de los proyectos conducentes a la modificación de la Carta.”

Estos límites materiales a pesar de no encontrarse de manera expresa dentro de la Constitución si son mencionados por la Corte Constitucional en su jurisprudencia que inclusive los define cuando estos son viciados:

LEY-Vicio material

Una ley incurre en vicios materiales cuando entre el contenido de las disposiciones en ella contempladas y la Carta surge una relación de contradicción, esto es, cuando los ámbitos de ejercicio de la capacidad configuradora del Congreso vulneran la materialidad del Texto Fundamental.

LEY-Vicios de forma

Vicios de forma son aquellas irregularidades en que se incurre en el trámite que antecede a la promulgación de la ley y que ha sido establecido por el constituyente.⁶⁸

La Corte Constitucional ha sido “tímida” en fijar límites materiales a la reforma constitucional debido a que se puede dar la “petrificación” de la Constitución siendo inaccesible una reforma por parte del constituyente derivado que puede ser beneficiosa si no como lo establece la sentencia C-543 de 1998

“la Corte debía interesarse en este caso en la forma, y sólo en la forma, y despreocuparse del fondo de la modificación constitucional, que no era de su incumbencia. De lo contrario, sobraría la función de guarda de la integridad de la Carta Política, reservada en esta materia a los posibles vicios de forma del acto modificadorio, pues, por no “sacrificar el fondo a la forma”, toda violación del procedimiento de cambio constitucional sería admisible y cualquier vicio saneable, según la sustancia de lo aprobado, o de acuerdo con la visión política de los magistrados acerca del contenido objeto de la decisión del Constituyente Secundario.”

⁶⁷ Ibíd., Sentencia C 262 de 1995

⁶⁸ Ibíd., Sentencia C-501 de 2001

Simplemente reconocía que si existían límites materiales pero no los definía hasta la sentencia C-551 de 2003 donde se plantea de manera más amplia el tema de los límites materiales, siendo esta muy extensa y en la que se presentan muchas intervenciones por parte de autoridades estatales y del público en general y que establece que aunque no hayan límites materiales explícitos en nuestra Constitución, si están de manera implícita para el poder de reforma constitucional derivado, como manifiesta en el siguiente aparte:

“Esa objeción sobre la irrelevancia del examen de eventuales vicios de competencia en el procedimiento de aprobación de las reformas constitucionales tendría sentido si efectivamente el poder de reforma en el constitucionalismo colombiano careciera de límites materiales pues, de ser así, los vicios en la formación de una reforma constitucional se reducirían exclusivamente a los vicios de trámite o de procedimiento en sentido estricto. Sin embargo, importantes sectores de la doctrina y la jurisprudencia, tanto nacionales como comparadas, sostienen que toda Constitución democrática, aunque no contenga expresamente cláusulas pétreas, impone límites materiales al poder de reforma del constituyente derivado, por ser éste un poder constituido y no el poder constituyente originario”.

5.1 SUSTITUCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

Es el límite material más amplio, el cual puede incluso “cobijar” a los demás límites como la separación de poderes, los derechos fundamentales, dignidad de la persona y demás, ya que esta directamente relacionado con el sentido de la Constitución Nacional que por lo general se define en el preámbulo de la misma, que en sí es proteger a cada uno de sus habitantes, la soberanía del pueblo, y demás valores principios que están en conexidad con las garantías individuales y colectivas a los habitantes. Por lo que si se infringe o lesiona uno de estos derechos en conexidad con principios y valores se sustituiría la Constitución.

La citada sentencia C-551 de 2003 dio inicio a la Corte Constitucional para examinar los así denominados vicios de competencia en el marco de una reforma a la Constitución. Esta tesis ha sido posteriormente desarrollada por las sentencias C-1200 de 2003; C-572, C-970 de 2004 y C-971 de 2004; C-1040 de 2005; y en fecha más reciente en la sentencia C-588 de 2009, entre otras decisiones relevantes sobre la materia. Es preciso hacer una primera distinción, puesto que en la sentencia C-551 de 2003 se examinó una ley convocatoria a un referendo constitucional ⁶⁹ y por lo tanto se discutía el alcance de la competencia prevista en el numeral segundo del artículo 241 de la Carta Política.

⁶⁹ El Presidente de la República remitió a la Corte la Ley 796 de 2003.

En las restantes providencias esta Corporación se pronunció sobre actos reformativos a la Constitución, específicamente sobre Actos Legislativos proferidos por el Congreso de la República⁷⁰; esta diferenciación en cuanto al objeto de control fue indicada en la sentencia C-551 de 2003, en esa oportunidad sostuvo la Corte Constitucional que no le correspondía “entrar a analizar los límites del poder de reforma cuando éste es ejercido por vía de acto legislativo o de asamblea constituyente”, puesto que el proceso que ocupaba su atención estaba referido exclusivamente a una ley que convoca a un referendo, de iniciativa gubernamental, y posteriormente esta afirmación fue reiterada en la sentencia C-1040 de 2005. En esta última oportunidad al examinar el conjunto de decisiones proferidas hasta ese momento se sostuvo, por una parte, que la jurisprudencia había adoptado una posición más restrictiva del poder de reforma cuando éste se materializa mediante un acto legislativo expedido por el Congreso, no mediante referendo aprobado por el pueblo.

Si bien las anteriores citas son relevantes para entender que la tesis sobre los vicios de competencia puede tener distinto alcance según cual sea el objeto de control de constitucionalidad, o lo que es lo mismo, según cual sea la vía de reforma constitucional adoptada, en esta oportunidad resulta necesario detenerse en el alcance de la competencia de la Corte Constitucional para examinar los vicios de competencia cuando se trata de una ley convocatoria a un referendo constitucional de iniciativa popular. Se precisó en la C-551 de 2003 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”, planteamiento que según la misma providencia “remite a uno de los problemas más complejos de la teoría y la práctica constitucionales”, porque implica la necesidad de definir “cual 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”.

Entonces, el punto de partida de la tesis defendida por la Corte en la providencia en comento es la clásica distinción entre el papel del pueblo como poder constituyente originario y que poder es (¿primario o derivado?) cuando realiza la reforma de la Constitución, y por tanto si es poder constituido, deriva su competencia de la propia Constitución. Tal diferenciación queda plenamente ilustrada en diferentes apartes de esta decisión:

“En el mundo contemporáneo, en desarrollo de los principios democráticos y de la soberanía popular, el poder constituyente está radicado en el pueblo, quien tiene y conserva la potestad de darse una Constitución. Este poder constituyente originario no está entonces sujeto a límites jurídicos, y comporta, por encima de todo, un ejercicio pleno del poder

⁷⁰ Así en la sentencia C-1200 de 2003 se estudió una demanda interpuesta contra el Acto Legislativo 03 de 2002, en las sentencias C-572 de 2004, C-970 de 2004 y 971 de 2004 el objeto de control fue el Acto Legislativo 01 de 2003, en la sentencia C-1040 de 2005 se examinó el Acto Legislativo 02 de 2004 y en la sentencia C-588 de 2009 el Acto Legislativo 01 de 2008.

político de los asociados. Por ello, tanto esta Corte Constitucional, como la Corte Suprema de Justicia durante la vigencia de la Constitución de 1886, han sostenido invariablemente que los actos del poder constituyente originario son fundacionales, pues por medio de ellos se establece el orden jurídico, y por ello dichos actos escapan al control jurisdiccional...

... Por su parte, el poder de reforma, o poder constituyente derivado, se refiere a la capacidad que tienen ciertos órganos del Estado, en ocasiones con la consulta a la ciudadanía, de modificar una Constitución existente, pero dentro de los cauces determinados por la Constitución misma. Ello implica que se trata de un poder establecido por la Constitución, y que se ejerce bajo las condiciones fijadas por ella misma. Tales condiciones comprenden asuntos de competencia, procedimientos, etc. Se trata por lo tanto, de un poder de reforma de la propia Constitución, y en ese sentido es constituyente; pero se encuentra instituido por la Constitución existente, y es por ello derivado y limitado."

Por ser un poder instituido, el poder de reforma tiene límites y está sujeto a controles. Así, en el caso colombiano, los artículos 374 y siguientes de la Constitución establecen e instituyen ese poder de reforma, pues regulan los modos de reforma de la Carta, que son: acto legislativo, referendo y Asamblea Constituyente. Esas normas fijan además las reglas y los procedimientos a los cuales están sometidos tales mecanismos de reforma constitucional. Así las cosas, no duda la Corte que en tales eventos se está frente al ejercicio de un poder derivado y, por lo mismo, limitado por la propia Constitución.

De esta manera, los límites al poder de reforma no sólo son los formales derivados de las reglas procedimentales establecidas por la Constitución y por las normas legales que regulan la materia, sino también los que se derivan del alcance de su competencia, la cual es reformar la Constitución, al respecto se sostuvo:

...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 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.⁷¹

Agregó la Corte 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

⁷¹ Sentencia C 551 de 2003

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.⁷²

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.

Más adelante, la Corte Constitucional sentó los siguientes criterios en relación con la sustitución de la Constitución:

- a) El poder de reforma definido por la Constitución colombiana está sujeto a límites competenciales.
- b) En virtud de esos límites competenciales el poder de reforma puede reformar la Constitución, pero no puede sustituirla por otra integralmente distinta u opuesta.
- c) Para establecer si una determinada reforma a la Constitución es, en realidad, una sustitución de la misma, es preciso tener en cuenta los principios y valores del ordenamiento constitucional que le dan su identidad.
- d) La Constitución no contiene cláusulas pétreas ni principios intangibles, por consiguiente, todos sus preceptos son susceptibles de reforma por el procedimiento previsto para ello.
- e) El poder de reforma no puede, sin embargo, derogar, subvertir o sustituir en su integridad la Constitución.
- f) Sólo el constituyente primario tendría la posibilidad de producir una tal sustitución.⁷³

En el caso de la sentencia C-551 de 2003 se examinaba una ley convocatoria a un referendo constitucional, se trataba de una ley de iniciativa gubernamental. En la sentencia C- 141 de 2010 el control de constitucionalidad recae sobre una ley de convocatoria a un referendo la cual tuvo origen en una iniciativa ciudadana, razón por la cual algunos intervinientes y el Ministerio Público sostuvieron que no resulta aplicable la tesis de la sustitución de la Constitución y de los vicios de competencia debido a la participación popular en la iniciativa legislativa, de lo que

⁷² Ibíd.

⁷³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. C- 1040 de 2005

deducen que el origen de la reforma constitucional es popular y en esa medida el pueblo actúa como poder constituyente originario, sin límites en el ejercicio de su competencia. Sin embargo, a juicio de la Corte Constitucional la tesis no fue acogida por las siguientes razones:

En primer lugar, cabe señalar que a pesar de tratarse de una ley de iniciativa ciudadana, en todo caso se trata de un cuerpo normativo promulgado dentro de un procedimiento de reforma a la Constitución, según el tenor del artículo 374 de la Carta. Por lo tanto el referendo constitucional de iniciativa ciudadana no sólo está sujeto a requerimientos procedimentales, sino también a los límites competenciales a los que previamente se hizo alusión. Esta apreciación resulta también del tenor del artículo 3º constitucional según el cual *“la soberanía reside en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece”*, de este enunciado se desprende que a pesar de ser el depositario de la soberanía el pueblo cuando ejerce el poder de reforma constitucional también debe actuar dentro del marco procedimental y de competencia fijado por la propia Constitución.⁷⁴

Parafraseando a Elster⁷⁵ el pueblo también está atado a la Constitución de 1991 y por lo tanto no puede modificar sus elementos definitorios cuando actúa en el ejercicio del poder de reforma. Máxime si se tiene en cuenta que a pesar de provenir de una iniciativa ciudadana, como ocurre en el presente caso, el texto sometido a referendo debe ser aprobado mediante una ley del Congreso, trámite en el cual puede estar expuesto a distintas vicisitudes que terminen por modificar la propuesta inicial que contó con el apoyo ciudadano, de manera tal que la voluntad popular inicialmente manifestada no necesariamente ha de coincidir con el texto finalmente sometido a votación, circunstancia que quita todo peso al argumento de que la reforma surgiría exclusivamente de la actuación del pueblo como constituyente primario y por lo tanto carece de límites de competencia.

Sin embargo, la Corte estimó que “la Constitución de 1991 intenta superar este dilema y la tensión entre la soberanía popular y la supremacía constitucional por medio de una apertura al poder constituyente originario, previendo un procedimiento agravado de reforma” y en la Sentencia C-1040 de 2005 indicó que

⁷⁴ Para reformar la Constitución es necesario en primer lugar ser competente, esta competencia tiene su fundamento en el poder del cual proviene, en el caso en particular se divide en poder constituyente originario o primario y poder constituyente derivado o secundario. El poder constituyente originario es el pueblo soberano, quien es competente no solo para reformarla sino inclusive sustituirla, como reza la sentencia C - 970 de 2004:

“la sustitución de la Constitución, en principio, solo puede producirse como consecuencia de la actuación del poder constituyente primario, y por lo mismo, está sustraída del ámbito competencial del poder de reforma constitucional...”

⁷⁵ ELSTER, Jon. Ulises desatado: estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones, Barcelona: Gedisa, 2002. p. 50.

“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” y que “sólo por medio de este mecanismo puede ser sustituida la Constitución vigente por una opuesta o integralmente diferente”.

En las sentencias C-970 y C-971 de 2004 se delineó el método para efectuar este particular examen de juicio de sustitución de la Constitución, el cual fue precisado en la sentencia C-1040 de 2005, en los siguientes términos:

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 anterior⁷⁶.

En conclusión el resultado del juicio de sustitución:

*“...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”.*⁷⁷

En la sentencia C- 1200 de 2003, se estableció que solo la oposición total de una sustitución que devengue en un cambio de régimen, o la base de organización política o principios constitucionales en su totalidad implicaría una reforma de la constitución actual, enfocado a una reforma de tipo material, en consecuencia el

⁷⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-1040 de 2005 f. j. 7.9.

⁷⁷ Ibíd.

control judicial estaría supeditado a lo que la otra Constitución contemple. En la sentencia C-588 de 2009, de un talante un poco más concluyente y conceptualista al referirse sobre la destrucción, supresión, quebrantamiento y suspensión de la Constitución, expresó respecto a la destrucción de la Constitución:

Se trata de un fenómeno distinto del de reforma, pero que tampoco encaja dentro del concepto de sustitución acuñado por nuestra jurisprudencia, por la sencilla razón de que la destrucción de la Carta implica también la del poder constituyente que le dio origen, mientras que la sustitución se refiere, fundamentalmente, a un cambio constitucional de gran magnitud, pero realizado por el Constituyente derivado y que no necesariamente desconoce el origen de la Carta sustituida emanada del Constituyente originario que la estableció, aún cuando lo usurpa⁷⁸.

5.2 SEPARACION DE PODERES

Otro de los límites materiales, y que se encuentra también muy ligado a la sustitución de la Constitución, pero que la corte amplía dentro de su jurisprudencia, ya que existen muchas demandas por este tema en los casos de modificación de entidades estatales por lo que la Corte Constitucional ha sentado un precedente.

La sentencia C- 546 de 1993 hace alusión claramente al tema de separación de poderes:

“separación de las ramas del poder y la órbita restrictiva de competencia, son instituciones ajenas al Estado de Derecho, pues constituyen instrumentos imprescindibles para el logro de la finalidad inmediata que esa forma de organización política se propone, a saber: la sujeción al derecho de quienes ejercen el poder. Eso significa que cada una de las ramas tiene funciones asignadas de acuerdo con el fin que se le atribuye, y que cada funcionario tiene un ámbito delimitado dentro del cual debe circunscribir el ejercicio de sus funciones. La actividad cumplida por fuera de esos ámbitos es ilegítima, es decir, constituye un supuesto de anulabilidad, pues sólo de esa manera se consigue que cada rama y cada funcionario despliegue su acción dentro de precisos límites normativos.”

El principio de separación de poderes es crucial dentro de la Constitución: *“los principios de separación de poderes y reserva legal en asuntos relativos a la regulación de la libertad personal, advirtiendo la manera como éstos orientan la estructura del Estado Social de Derecho, la forma de gobierno y en general, todo el contenido de la Carta Política.”*⁷⁹

⁷⁸ Ibíd., Sentencia C-588 de 2009 f. j. 5.5.1.

⁷⁹ Ibíd., Sentencia C- 970/04

Toda reforma al sistema de gobierno no se constituye en una afectación a la separación de poderes como establece la corte en la sentencia C- 757 de 2008:

“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.”

Por lo tanto, es permitido por la Constitución⁸⁰ que se modifiquen entidades u organismos administrativos nacionales, siempre y cuando se respete el sistema de pesos y contrapesos entre las ramas del poder y los principios y reglas generales que rigen la Carta Política que se encuentran en la misma.

5.3 UNIDAD DE MATERIA Y VULNERACION DE LA RESERVA DE LA LEY ORGANICA

La unidad de materia⁸¹ es otro de los principios que deben respetarse y se configura como limite material en la jurisprudencia de la Corte, buscando racionalizar el proceso legislativo al igual que depurar el producto del mismo, buscándose que exista un eje y que exista mayor transparencia en la aprobación de las leyes, y en su cumplimiento,

La coherencia interna de las leyes es un elemento esencial de seguridad jurídica, que protege la libertad de las personas y facilita el cumplimiento de las normas. Es un mecanismo para la sistematización y depuración de la

⁸⁰ Títulos VI, VII Y VIII de la Constitución Nacional de Colombia

⁸¹ Art. 158 de la Constitución Nacional de Colombia

legislación, por razones sustanciales de seguridad jurídica. La violación de esta regla no es pues un vicio puramente formal pues recae sobre la materia y busca proteger valores fundamentales del ordenamiento, como la seguridad jurídica. Por ello, su desconocimiento "tiene carácter sustancial y, por tanto, no es subsanable. Por la vía de la acción de inconstitucionalidad, la vulneración del indicado principio puede ser un motivo para declarar la inexecutable de la ley."⁸²

La unidad de materia junto con la reserva de ley orgánica son formalmente inatacables, por lo que desconocer cualquiera de estos principios se convierte en un vicio material no formal ya que la forma o procedimiento puede estar conforme a lo establecido en la Carta pero el vicio deriva de que el congreso no es competente para cambiar el tipo de regulación de la ley orgánica u ordinaria e introducir en estas otro tipo de temas y menos aprobar un tipo de ley con el procedimiento de la otra incurriendo el Congreso en irregularidades de trámite.

La vulneración de la reserva de ley orgánica es una situación totalmente diferente, pues en esos casos el problema no está en la forma -que puede ser perfecta- sino en el hecho de que el Congreso está incorporando en una forma -la ley ordinaria- ciertos contenidos que la Constitución ha reservado para otra forma -la ley orgánica-. Esto configura un verdadero vicio material de competencia pues, como ya lo ha dicho esta Corporación, la competencia es el "presupuesto esencial que da, al funcionario o a la Corporación, legitimidad para acceder a la forma". Ahora bien, la violación de la reserva de ley orgánica implica precisamente que el Congreso no tiene la autorización constitucional -esto es, carece de competencia y de legitimidad- para utilizar la forma de la ley ordinaria para materias que la Carta ha atribuido a la forma de la ley orgánica. Estamos pues en presencia de un vicio de competencia que, como esta Corporación ya lo ha señalado en anteriores decisiones, no es de forma sino material.⁸³

5.4 IUS COGENS

Las normas del derecho internacional humanitario con el carácter de ius cogens son "incorporadas automáticamente"⁸⁴ a nuestro ordenamiento jurídico. Siendo normas imperativas deben ser acatadas de manera obligatoria e ineludible por todos los habitantes del estado, inclusive en un estado como Colombia en el cual se presenta un conflicto armado permanente "la obligatoriedad del derecho internacional humanitario se impone a todas las partes que participen en un

⁸² Sentencia C- 531 de 1995.

⁸³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C- 600/95

⁸⁴ Ibíd., Sentencia C-368/00

conflicto armado y no solo a las fuerzas armadas de aquellos estados que hayan ratificado los respectivos tratados”⁸⁵ por lo tanto en caso de un golpe de estado estas no pudieran ser desconocidas convirtiéndose en un límite material incluso si Colombia fuera un estado que no reconociera la vinculatoriedad del ius cogens como se afirma por la Corte Constitucional “el derecho internacional humanitario ni se agota ni depende de que los tratados acojan sus reglas y principios, pues al hacerlo simplemente adquieren tales instrumentos valor declarativo y no constitutivo”⁸⁶

Los tratados internacionales que forman parte del bloque constitucional, se constituyen en límite material y determina la Corte Constitucional que si al reformar la Constitución se trata de una obligación prevista en un instrumento internacional del cual hace parte el Estado colombiano, este debe retirarse del instrumento, siguiendo las reglas previstas en el mismo o las del derecho internacional general, para no incurrir en incumplimiento de sus obligaciones; pero

Si se trata de una obligación de derecho internacional imperativo o de ius cogens, el Estado colombiano no puede desconocerla. Lo anterior, por cuanto tanto el principio pacta sunt servanda como las normas imperativas de ius cogens son obligatorias para Colombia en virtud de lo establecido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.”⁸⁷ y por lo tanto el estado colombiano “debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores”⁸⁸

Al tratarse de Ius Cogens, la Corte Constitucional tiene competencia solo a definir si existieron vicios de procedimiento, pero no a revisar la presunta vulneración material del tratado internacional a la Carta Política que escapa a la competencia de la Corte que aunque existiera una denuncia previa al tratado correspondiente, esta debería ser revisada en primera instancia por el Congreso y no por la Corte.

De conformidad con las normas que de manera expresa definen el proceso de formación de la voluntad del Congreso. Estos procedimientos tienen esencialmente la finalidad de garantizar que el trámite de formación de la voluntad constituyente sea democrático, deliberativo y transparente. Gracias a estos procedimientos, las mayorías se ven sometidas a unos cauces de acción y deben respetar los derechos de las minorías y los principios de transparencia y deliberación. Sin embargo, no puede exigirse al Congreso el

⁸⁵ Ibíd., Sentencia C-225/95

⁸⁶ Ibíd., Sentencia C-578/95

⁸⁷ Ibíd., Sentencia C- 816/04

⁸⁸ Ibíd., Sentencia C-225/95

cumplimiento de normas que no están directamente relacionadas con el trámite legislativo o que no tienden a satisfacer directamente los principios sustanciales mencionados: el principio democrático o de mayorías, el principio deliberativo, la transparencia y los derechos de las minorías. Si se respetaron los trámites conducentes a la defensa de estos principios y la voluntad constituyente expresada en el acto legislativo fue el fruto de una deliberación democrática y transparente que no sustituye la Constitución, nada puede objetar el juez constitucional.⁸⁹

5.5 CARGA DE LA PRUEBA

Aunque no es un límite material, es de relevancia la manifestación de la Corte Constitucional que reitera la importancia a la presentación de las demandas de inconstitucionalidad por parte de los actores, ya que en gran parte de estas demandas se exige a la Corte de manera expresa o tácita que realice un estudio material de la norma demandada, ya sea por sustitución de la Constitución, separación de poderes o cualquier otro, en los que no es suficiente con argumentar que se violó una cláusula constitucional ni que se exceptuó una norma superior, limitándola o restringiéndola (sentencia C - 1102/03) sino que se debe justificar *“con argumentos suficientes, que tal cambio implica la abrogación de la Constitución vigente”* (sentencia C- 1124) .

Esta carga se incrementa cuando se trata de descalificar una reforma constitucional de sustitución constitucional, , 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.

5.6 TRAMITE COMPLEJO

En búsqueda de mantener la eficacia y vigencia de la Constitución la Corte reitera que la Constitución no puede someterse a continuos cambios, suspensiones y transformaciones de manera constante llegando inclusive a que la Constitución como tal deje de regir. Por lo que se establece un trámite más complejo que los previstos para la modificación de las leyes en los casos de reforma constitucional.

Con independencia del procedimiento que se utilice, lo cierto es que la Constitución, al establecer requisitos y trámites más complejos que los previstos para la modificación de las leyes, preserva una estabilidad constitucional mínima, que resulta incompatible con los cambios improvisados o meramente coyunturales que generan constante incertidumbre en la

⁸⁹ Ibíd., Sentencia C- 153/07

vigencia del ordenamiento básico del Estado.... En el caso específico de los actos legislativos, mediante los cuales el Congreso de la República ejerce su poder de reforma constitucional, la propia Carta ha señalado los requisitos que deben cumplirse, los cuales son esenciales para la validez de la decisión y que, por corresponder cualitativamente a una función distinta de la legislativa, son también más difíciles y exigentes.⁹⁰

A su vez este trámite complejo a pesar de ser un límite forma, podría transformarse en límite material ya que aunque no se establece cada cuando debe hacerse una reforma, la Corte Constitucional podría establecer un límite ante las continuas reformas constitucionales anuales que se presentan en nuestro país, con el fin de cómo dice anteriormente *“una estabilidad constitucional mínima, que resulta incompatible con los cambios improvisados o meramente coyunturales”* como los que generalmente suceden en Colombia”.⁹¹

5.7 TIEMPO HISTORICO

Aunque no es un límite material, sino más bien un permiso, justificación o excusa, tomando el significado de excusa como razón verdadera por la cual se realiza un hecho o se toma una decisión, el cual daría pie para realizar una reforma constitucional; justificándose en el momento histórico que esta pasando el pueblo el cual determina la voluntad del pueblo a través de los mecanismos de participación democrática establecidos en el ordenamiento jurídico.

Como lo plantea Francisco Zúñiga Urbina⁹²

Con todo la reforma en ciertos casos, bajo la influencia del contractualismo, es planteada como fruto del pacto político en el tiempo y por ello la Constitución debe ser revisada por cada generación. Así en América del Norte Th. Jefferson tributario del pensamiento de rousseauiano, sostiene en el momento fundacional de la federación, que el mundo pertenece a los vivos y que por eso, no puede haber una legislación perpetua ni sobrepasar en duración a la generación que le dio vida. Asimismo, la Asamblea Nacional francesa en 1791 declaró "la nación tiene el derecho imprescriptible de cambiar su Constitución"(Título VII, Art. 1º) y la Constitución de 1793 disponía: "una generación no puede sujetar con sus leyes a las generaciones futuras."⁹³

⁹⁰ Ibíd., Sentencia C-588/09

⁹¹ A modo de ver de los autores entrarían el favoritismo y popularidad de un presidente como Álvaro Uribe, que sería un cambio improvisado y coyuntural.

⁹² ZÚÑIGA URBINA, Francisco. Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Central.

⁹³ Ibíd., Ponencia a Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Sevilla 3-5 de diciembre de 2003; Mesa “Momentos Constitucionales y Cambio Político”

Por lo tanto la Corte Constitucional toma el tiempo histórico de dos maneras, la primera para aprobar una reforma y la segunda para negarla, dependiendo de la interpretación que le de la Corte.

Así como este sirvió para la creación de la Constitución Nacional de Colombia de 1991 en la sentencia C-544 de 1992:

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

Este proceso de expresión del Poder Constituyente primario, en concepto de la Corte, es emanación especial del atributo incuestionable de las comunidades políticas democráticas que, en el Estado contemporáneo, pueden acudir de modo eventual y transitorio al ejercicio de sus potestades originarias para autoconformarse, o para revisar y modificar las decisiones políticas funda mentales y para darle a sus instituciones jurídicas, formas y contenidos nuevos con el fin de reordenar el marco de la regulación básica con una nueva orientación pluralista.”

De igual manera la Corte Constitucional lo toma para determinar el aspecto forma y el material de una reforma.

En ejercicio del control que a la Corte le compete cumplir como guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución, es claro que éste no se realiza confrontando las intenciones del legislador con los cánones superiores, ni la concordancia de dichas intenciones con el texto que finalmente queda plasmado en la ley, sino el precepto legal tal como fue aprobado por el Congreso, con las normas constitucionales presuntamente violadas, para determinar si se adecua o no al Estatuto Superior, tanto por su aspecto formal como por el material. Sin embargo, el denominado "espíritu" del legislador, que está constituido por todos aquellos argumentos que se exponen durante el trámite de expedición de la norma respectiva, esto es, "la historia fidedigna de su establecimiento", constituye un instrumento idóneo y eficaz para fijar el alcance y significado de una disposición cuando su contenido no es lo suficientemente claro...

Pues bien: en ejercicio del control que a la Corte le compete cumplir como guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución, es claro que éste no se realiza confrontando las intenciones del legislador con los cánones superiores, ni la concordancia de dichas intenciones con el texto que finalmente queda plasmado en la ley, sino el precepto legal tal como fue aprobado por el Congreso, con las normas constitucionales presuntamente violadas, para determinar si se adecua o no al Estatuto Superior, tanto por su aspecto formal como por el material. Sin embargo, el denominado "espíritu"

del legislador, que está constituido por todos aquellos argumentos que se exponen durante el trámite de expedición de la norma respectiva, esto es, "la historia fidedigna de su establecimiento", constituye un instrumento idóneo y eficaz para fijar el alcance y significado de una disposición cuando su contenido no es lo suficientemente claro; de allí que en el artículo 27 del Código Civil se establezca: "Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente determinados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento". Es este el denominado criterio histórico de interpretación de las leyes.⁹⁴

Su determinación y oportunidad, resultan ser entonces indispensables para que los mecanismos de participación democrática establecidos en la Constitución cumplan la misión de expresar la verdadera voluntad popular; por lo tanto, esta figura permite darle cabal cumplimiento a los mandatos constitucionales que consagran un umbral mínimo de participación ciudadana para efectos de darle viabilidad a una iniciativa popular para presentar proyectos de ley o de reforma constitucional, la solicitud ciudadana para la convocatoria de un referendo para la derogatoria de una ley, la convocatoria por el pueblo a una Asamblea Constituyente, la solicitud para someter a referendo las reformas constitucionales aprobadas por el Congreso, cuando se refieran a los derechos reconocidos en el Capítulo 1 del Título II y a sus garantías, a los procedimientos de participación popular, o al Congreso, y la aprobación de reformas a la Constitución por la vía del referendo.⁹⁵

⁹⁴ Ibíd., Sentencia C-388 de 1996

⁹⁵ Ibíd., Sentencia C-1121 de 2004

Tabla 1. ¿Puede la corte constitucional de Colombia fijar límites materiales para reformar la constitución?

Tesis de reconocimiento de los límites materiales a la reforma constitucional	Distribución espacial de las sentencias según la tesis que sustenta	Tesis que niega la capacidad de la Corte para fijar límites materiales a la corte constitucional.
La Corte Constitucional en su función de garante de la Constitución Nacional de Colombia La Corte Constitucional reconoce diferencias entre vicios de tipo material y vicios de procedimiento. La Corte Constitucional reconoce la existencia de los límites materiales en la Constitución Colombiana pero no los define. La Corte Constitucional define límites materiales a la Reforma Constitucional. La Corte Constitucional define como límite material la sustitución de la Constitución La Corte Constitucional define como límite material la sustitución de la Constitución La Corte Constitucional define como límite material la unidad de materia y vulneración de la reserva de la ley orgánica La Corte Constitucional define como límite material el <i>ius Cogens</i>. La Corte Constitucional define como límite material el tiempo histórico	C- 144 de 1992 C- 180 de 1994 C – 543 de 1998 C-1122 de 2001 C 262 de 1995 C-501 de 2001 C-543 de 1998 C – 551 de 2003 C – 551 de 2003; C-1200 de 2003; C-572, C-970 de 2004; C-971 de 2004; C-1040 de 2005; C-740 de 2006 y C-986 de 2006, C-153 de 2007; C-427 de 2008; C-588 de 2009; C-303 de 2010; C-397-10. C- 546 de 1993; C-970/04; C-757 de 2008 C- 531 de 1995 C-368/00; C-225/95; C-578/95; C- 816/04; C-225/95 C-1121 de 2004	La corte constitucional esta supeditada al análisis por vicios de procedimiento en la formación de la ley (Art. 241 de la Constitución Nacional de Colombia) La Constitución no señala límites materiales expresos, ni especiales ni específicos

Fuente. Este estudio

Tabla 2. Nicho citacional sentencias de constitucionalidad

1992	C- 144
1993	C- 546 de 1993
1994	
1995	262, 531
1996	
1997	
1998	543
1999	
2000	
2001	501; 1122
2002	
2003	551; 1200
2004	572, 668, 817, 888, 970, 971
2005	242, 1040
2006	740, 986
2007	153
2008	427, 757
2009	588
2010	141, 303, 397

Fuente. Este estudio

SENTENCIAS HITO

Se tendrá como sentencias hito la sentencia C-551 de 2003 que establece los límites materiales a la reforma constitucional en Colombia. Y la 1040 de 2005 que aparte de los límites materiales establece el *test* o método de juicio de sustitución por parte de la Corte Constitucional.

SENTENCIA FUNDADORA

Se tendrá como sentencias fundadoras la sentencia la C-543 de 1998 en la cual se reconoce por parte de la Corte Constitucional que si existen límites materiales aunque no los define.

6. CONCLUSIONES

El fin principal de la Constitución es mantener y contener la soberanía del pueblo, llevar ese principio democrático a algo real, tangible, así sea en el papel para luego aplicarse en la realidad, dirigir esa soberanía hacia un constituyente derivado, establecer un ordenamiento jurídico y de ahí descentralizarla en las distintas instituciones y obviamente colocar un “guardián” a esa soberanía que es la Corte Constitucional.

La función de la Corte Constitucional en su labor de velar por la integridad de la Constitución en teoría parece simple, limitándose únicamente a vicios de procedimiento, pero en la práctica no lo es tanto, ya que como se percibe en la jurisprudencia del mismo ente, su labor va mas allá, porque un análisis meramente formal no es suficiente para mantener la integridad de la Constitución, como se constata en la jurisprudencia de la misma, ya que aunque no hace un análisis o comparación de una norma en particular si lo hace en conjunto de la Carta la cual tiene un sentido u orientación y que dicha reforma no puede ir en contravía a ese sentido que se deduce del conjunto de normas, por lo que si realiza al deducir ese sentido de la carta un análisis formal a si sea en conjunto, que no puede ser catalogado como formal.

La Constitución colombiana es semirrígida, debido a que la reforma constitucional debe cumplir con requisitos que aunque ponen trabas u obstáculos y que según la corte no existen cláusulas pétreas e inmodificables, los requisitos son de fácil cumplimiento y sobre todo cuando el interés de la reforma viene de quien detenta el poder, como en la reelección presidencial llevada a cabo por el ex presidente Álvaro Uribe Vélez.

Es de resaltar dentro de la jurisprudencia de la Corte Constitucional hay un factor que se podría llamar un “comodín” ya que puede ser tomado de manera favorable para justificar la reforma y es el tiempo histórico, una herramienta que bien usada puede ser de gran ayuda para el pueblo, pero que también puede ser utilizada para realizar cualquier reforma constitucional con la excusa de que esa reforma se realiza debido a la situación que actualmente está viviendo el pueblo y por lo tanto es de absoluta relevancia.

Otro de los factores a tener en cuenta es la subjetividad que puede tener la Corte Constitucional que puede afectar la reforma constitucional, ya que una de las grandes fallas del derecho es que las decisiones tomadas por el juez en este caso el constitucional se ve afectada por el punto de vista que tiene este sobre determinado caso, la argumentación judicial y los valores y principios que mueven al juez a tomar la decisión.

Los límites materiales a la reforma constitucional existen, inclusive para los estados que son renuentes al *ius cogens*, por lo tanto el poder constituyente incluyendo el originario están sujetos a estos límites materiales. No es permitido aunque si posible la creación de una Constitución que afecte o vulnere los derechos mínimos del pueblo como son los derechos humanos, los que permiten la existencia y supervivencia de ese pueblo y los cuales se convierten en límites materiales para cualquier tipo de reforma constitucional. Pero queda la duda de que el hombre desde tiempos inmemorables a vivido como colonia y siempre ha escogido un dirigente, o podemos llamarlo líder, rey, emperador, jefe de tribu, el cual era el encaminado de decidir los destinos del pueblo que dirigía, por lo tanto es de preguntarnos si es natural al hombre el principio democrático o todo lo contrario que uno decida por todos.

En los estados modernos mas que la legitimidad que otorga el mismo pueblo, esta se encuentra demarcada por la comunidad internacional, tomo como caso hipotético en un isla alejada de la civilización o sin ningún contacto con ella, en la cual un grupo de personas podrían crear una Constitución en la cual se determine que una persona sea la que gobierne y no tenga ningún tipo de limitación para realizar lo que desee con la isla o con los habitantes, y ellos (los habitantes) lo hayan decidido así, seria legal y legitimo para ellos, los cuales se auto determinarían y no habría nadie al cual le parecería ilegítimo. Por lo que el pueblo en si puede escoger incluso la auto aniquilación o exterminio del mismo, pero no debería. Tomándose actualmente un nivel globalizado de democracia y autodeterminación, no siendo el pueblo x o y, si no como la raza humana en su conjunto.

Cada Constitución viene del pasado, con aspectos e impregnada de sueños y momentos de muchas generaciones anteriores a la presente, como lo esgrime Miguel Carbonell:

La Constitución de nuestro tiempo convive con el pasado, en ocasiones renunciando a su repetición, como lo demuestran las cláusulas de inmodificabilidad de la Constitución alemana, destinadas a decir “nunca más” a experiencias como la vivida bajo el régimen nazi, pero se constituye sobre todo como una aspiración de futuro, es decir, como una especie de “utopía concreta”⁹⁶.

Por lo que al existir nuevas generaciones y nuevas situaciones que vive cada generación la Constitución muta, con la esperanza de mejorar las condiciones mismas de cada generación.

Tales objetivos de la Constitución son la realización de una humanidad real en la convivencia social, el respeto de la dignidad humana, el logro de la justicia

⁹⁶ CARBONELL, Miguel. La constitución en el tiempo; una nota. Pagina de Internet Biblioteca Jurídica Virtual. <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1627/9.pdf>

social sobre la base de la solidaridad y en el marco de la igualdad y de la libertad, la creación de condiciones socioeconómicas para la libre autorrealización y emancipación humana, así como el desarrollo de una conciencia política general de responsabilidad democrática. Estos contenidos de la Constitución, la mayoría de las veces, no están presentes en la realidad, sino que siempre están pendientes de una futura configuración política... la Constitución... se produce activamente y se transforma en praxis autónomamente en virtud de la participación democrática en las decisiones estatales.⁹⁷

Por lo tanto, la función de la Corte Constitucional va mas allá de proteger la integridad de la Constitución Nacional, protege el futuro de la sociedad como sociedad en búsqueda de mejores condiciones para la generación presente y futura, por encima de los poderes que rigen en una u otra generación. Labor que a nuestro modo de ver se ha quedado corta, ya que la Corte Constitucional no tiene aun el carácter de Juez Hércules como lo define Dworkin, si no que se ha quedado tímidamente limitada por el positivismo, al ser garante de todo lo bueno que nos garantiza la constitución, quedan muchos vacíos en torno a diversos temas y sobre todo a la falta de acción por parte de la misma que se limita a recibir demandas por inconstitucionalidad, y jueces a veces constitucionales que reciben acciones de tutela, pero no a tomar acciones previas en muchos de los casos en los cuales la Constitución y el futuro del pueblo se encuentra en peligro. Como afirma Diego López “La Corte Constitucional comprendió que parte de su misión, por mandato constitucional expícito, consistía en canalizar reivindicaciones o reclamos que no podían ser tramitados adecuadamente a través del derecho legislado vigente”⁹⁸ pero que un le falta ampliar.

A pesar de que la Constitución sea escrita, no quiere decir que solo se limite a eso, si no que la Constitución se vive a diario por cada uno de los habitantes del pueblo, se respeta y se viola, en muchos lugares y casos se destruye y se sustituye y no solo en el papel si no en la realidad, solo tomando como ejemplo sin entrar a debatir, actualmente se presentan graves violaciones a los derechos humanos y al debido proceso, como en la justicia indígena, la cual tiene autodeterminación, y en búsqueda de ese “bien superior” se deberían hacer respetar estos derechos y en esa falsa autodeterminación que raya en la discriminación, los indígenas se convierten en colombianos a veces, y a veces no y a pesar de que son un pueblo dentro de otro, eso sin tener en cuenta el mestizaje que se dio en Colombia, porque la mayoría de la población tiene mestizaje indígena, siendo a la vez en parte indígenas, también sin tener en cuenta a la raza negra que también son un pueblo dentro de otro y por ende también deberían autodeterminarse.

⁹⁷ SCHNEIDER, Hans-Peter. Democracia y Constitución. Madrid: CEC, 1991, p. 49.

⁹⁸ MUÑOZ AGREDO, Op. Cit., p. 27.

Por lo tanto esos límites materiales expresos o no también se viven por los habitantes del estado, y en muchos casos se violan y se transgreden, ante una actitud pasiva de la Corte.

Tal vez la Corte Constitucional debería “*impregnarse*” de ese poder Constituyente Primario como lo hace el artículo o artículos que permiten la reforma Constitucional y pasar de un carácter pasivo a uno activo.

7. RECOMENDACIONES

Al abordar el tema de investigación sobre límites a la reforma constitucional es necesario definir que límite a tratar se va a investigar debido a la extensa jurisprudencia sobre reforma constitucional lo que lleva a divagar sobre el tema si no se concreta.

Al analizar una reforma constitucional en primer lugar es necesario verificar si el ente reformador siguió con el procedimiento establecido para realizar dicha reforma y luego si esta sustituye o viola en alguna manera el sentido de la constitución tal y como lo establece la corte constitucional a través de su jurisprudencia.

Cada generación tiene la libertad de autodeterminarse, por lo tanto la reforma constitucional permite esa autodeterminación la cual debe ser guiada por los límites formales y materiales con el fin de obtener legalidad y legitimidad.

La corte constitucional dentro de su labor debe asumir una conducta mas determinante a proteger la constitución y por ende al pueblo pasando de un papel mas forma uno mas real, mas activo ya que la constitución se vive a diario por el pueblo.

BIBLIOGRAFIA

ALBERDI, Juan B. Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina: Estrada Bs.As, 1952.

ARAGON, Manuel. Constitución y democracia, Madrid: Tecnos, 1989.

ARAGÓN Manuel. Constitución, Democracia y control. México: Universidad Autónoma de México, 2002.

BIDART CAMPOS, Germán. Manual de la Constitución Reformada: Bogotá: Ediar, 1997 Cap. I, p. 379.

CAJAS SARRIA, Mario Alberto. Acerca del control judicial de la reforma constitucional en Colombia.

CONTRERAS CASADO, Manuel. Un nuevo enfoque de la reforma constitucional y sus límites materiales. En: Revista española de derecho constitucional, ISSN 0211-5743, Año nº 22, Nº 65, Bogotá: (2002);

CORRAL, Benito Aláez. Los límites materiales a la reforma de la Constitución Española de 1975, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Boletín Oficial del Estado. Madrid: s.n. 2000

DE VEGA. Pedro. La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente, Madrid: Tecnos, 1985.

DÍAZ RICCI, Sergio M. Teoría de la Reforma Constitucional. Bogotá: Ediar, 2004. Parte 2.

GUASTINI, Ricardo. Estudios de teoría constitucional, colección doctrina jurídica contemporánea. México: Fontamara, 2001.

HERNANDEZ, Valle Rubén. El poder constituyente derivado y los límites jurídicos del poder de reforma constitucional. En: Revista Española de Derecho Constitucional Año 13. Núm. 37. Bogotá. (Enero-Abril 1993);

IBAÑEZ NAJAR. Jorge Enrique. Alcance y límites de las potestades reguladora y reglamentaria, la división de competencias existente entre la ley y el acto administrativo normativo, sea regulador o reglamentario Universitas, diciembre, número 106. Bogotá Colombia: Pontificia Universidad Javeriana, 2003.

LÓPEZ MEDINA. Diego Eduardo. El Derecho de los Jueces. Bogotá: Legis, 1997.

MUÑOZ AGREDO, Mario Fernando. Argumentación Jurídica y neo constitucionalismo en Colombia. 2007

PALOMBELLA. Constitución y soberanía: el sentido de la democracia constitucional.

RAMIREZ CLEVES, Gonzalo. Los límites a la reforma constitucional y las garantías.-límites del poder constituyente; los derechos fundamentales como paradigma. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Universidad externado de Colombia. Bogotá: s.n. 2003.

ROSS, Alf. El concepto de validez y otros ensayos. México: Fontamara, 1991.

SAGÜÉS, Néstor P. Elementos del Derecho Constitucional: Bogotá: Astrea, 1993.

SIERRA PORTO, Humberto. Temas de Derecho Público No. 51, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita. Bogotá: Universidad externado de Colombia, 1998.

SIEYES, Emmanuel. ¿Que es el tercer estado? Madrid: Alianza Editorial, 1994.

CONGRESO DE COLOMBIA. Mecanismos de Participación ciudadana. Ley 134 de 1994. mayo 31 de 1994.

CONGRESO DE COLOMBIA. Reglamento del Congreso, Ley 5 de 1992. Junio 17 de 1992.

CONSTITUCIÓN NACIONAL DE COLOMBIA 1991

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-144 de 1992. Mg. Ponente

_____. Sentencia C-546 de 1993. Mg. Ponente CARLOS GAVIRIA DIAZ.

_____. Sentencia C-262 de 1995. Mg. Ponente FABIO MORON DIAZ.

_____. Sentencia C-531 de 1995. Mg. Ponente ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO.

_____. Sentencia C-543 de 1998. Mg. Ponente CARLOS GAVIRIA DIAZ.

_____. Sentencia C-501 de 2001. Mg. Ponente JAIME CORDOBA TRIVIÑO.

_____. Sentencia SU-1122 de 2001. Mg. Ponente EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

_____. Sentencia C-551 de 2003. Mg. Ponente Dr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

_____. Sentencia C-1200 de 2003. Mg. Ponente MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA Y RODRIGO ESCOBAR GIL.

_____. Sentencia C-572 de 2004. Mg. Ponente RODRIGO UPRIMNY YEPES.

_____. Sentencia C-668 de 2004. Mg. Ponente ALFREDO BELTRAN SIERRA.

_____. Sentencia C-817 de 2004. Mg. Ponente JAIME CORDOBA TRIVIÑO.

_____. Sentencia C-888 de 2004. Mg. Ponente CLARA INES VARGAS HERNÁNDEZ.

_____. Sentencia C-970 de 2004. Mg. Ponente RODRIGO ESCOBAR GIL.

_____. Sentencia C-971 de 2004. Mg. Ponente MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA.

_____. Sentencia C-242 de 2005. Mg. Ponente ALVARO TAFUR GALVIS.

_____. Sentencia C-1040 de 2005. Mg. Ponentes MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA, RODRIGO ESCOBAR GILMARCO, GERARDO MONROY CABRA, HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO, ALVARO TAFUR GALVIS, CLARA INES VARGAS HERNANDEZ.

_____. Sentencia C-740 de 2006. Mg. Ponente MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA.

_____. Sentencia C-986 de 2006. Mg. Ponente MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA.

_____. Sentencia C-153 de 2007. Mg. Ponente JAIME CORDOBA TRIVIÑO.

_____. Sentencia C-427 de 2008. Mg. Ponente MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA.

_____. Sentencia C-757 de 2008. Mg. Ponente RODRIGO ESCOBAR GIL.

_____. Sentencia C-141 de 2010. Mg. Ponente HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

_____. Sentencia C-303 de 2010. Mg. Ponente LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.

_____. Sentencia C-397 de 2010. Mg. Ponente JUAN CARLOS HENAO PEREZ.

NETGRAFIA

CARDENAS GRACIA, Jaime. El significado del poder constituyente. en cuyo texto cita a SIEYES, Emmanuel. ¿Que es el tercer estado?. Madrid, Alianza Editorial, 1994. Citado en la pagina web de la Fundación por la Socialdemocracia de las Américas Disponible en: <http://www.fusda.org/Revista17%20y18/EL%20SIGNIFICADO%20DEL%20PODER%20CONSTITUYENTE.pdf>.

Fundación por la Socialdemocracia de las Américas. Disponible en: <http://www.fusda.org/Revista17%20y18/EL%20SIGNIFICADO%20DEL%20PODER%20CONSTITUYENTE.pdf>.

Instituto iberoamericano de derecho procesal constitucional. Disponible en: http://www.iidpc.org/revistas/7/pdf/35_56.pdf

Slideshare donde se comparten documentos, videos y presentaciones. Disponible en: <http://www.slideshare.net/pioneros/axiologia-277606>