

Los elementos esenciales de la Constitución

Un análisis desde el control judicial de la Corte Constitucional

Jhon Fredy Ríos Agudelo



**UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA**

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Colección mejores trabajos de grado | Pregado

Los elementos esenciales de la Constitución

Un análisis desde el control judicial de la Corte Constitucional

Los elementos esenciales de la Constitución

Un análisis desde el control judicial de la Corte Constitucional

Jhon Fredy Ríos Agudelo



**UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA**

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Colección *Mejores Trabajos de Grado*

Los elementos esenciales de la Constitución. Un análisis desde el control judicial de la Corte Constitucional

© Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

© Jhon Fredy Ríos Agudelo

Edición: 2019

ISBNe: 978-958-5596-32-0

Carátula: *La balsa de la Medusa*

Théodore Géricault, 1818–1819

(*Le Radeau de la Méduse*)

Museo del Louvre

Diseño y diagramación: Imprenta Universidad de Antioquia

Hecho en Colombia / Made in Colombia

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Teléfono (57-4) 219 88 54

Correo electrónico: publicacionesderechoypolitica@udea.edu.co

Página web: <http://derecho.udea.edu.co>

A.A. 1226. Medellín – Colombia

El contenido de la obra corresponde al derecho de expresión del autor y no desata responsabilidad institucional frente a terceros. El autor asume la responsabilidad por los derechos de autor y conexos contenidos en la obra, así como por la eventual información sensible publicada en ella.

Prohibida la reproducción parcial o total de este libro, por cualquier medio o con cualquier propósito, sin la autorización escrita de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

Este libro está disponible en texto completo en la Biblioteca digital de la Universidad de Antioquia: <http://bibliotecadigital.udea.edu.co>

Ríos Agudelo, Jhon Fredy

Los elementos esenciales de la Constitución. Un análisis desde el control judicial de la Corte Constitucional / Jhon Fredy Ríos Agudelo; prólogo de John Jaime Posada Orrego. -- 1. edición. -- Medellín: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia; 2019.

xiv, 164 páginas. -- (Colección: Mejores Trabajos de Grado, No. 39)
ISBNe: 978-958-5596-32-0

1. Control judicial – Colombia. 2. Corte Constitucional – Colombia. 3. Reformas constitucionales – Colombia. 4. Control de constitucionalidad – Colombia. 5. Constituciones – Colombia.
I. Posada Orrego, John Jaime, prólogo. II. Título. III. Serie

LC KHH2914 1991

342.861/023-dc23

Catalogación en publicación de la Biblioteca Carlos Gaviria Díaz

Agradecimientos

La construcción de un texto no es una mera conjetura de unión de sílabas, y frases, es el resultado de un largo recorrido en el devenir de la vida, en el cual se ha sido influenciado por personas, instituciones, libros y experiencias. El libro que tiene en sus manos ha sido el resultado de seis años de educación universitaria en la Alma Mater de Antioquia. Por ello, lo dedico con orgullo y con inmensa gratitud a la Universidad de Antioquia.

Expreso también mi gratitud a mi profesora de español y literatura Luz Meri Otálvaro y al profesor John Jaime Posada Orrego, por las invaluable enseñanzas, consejos y conocimientos que me han compartido a lo largo de los años.

Igualmente, agradezco a mi familia por el apoyo incondicional durante todo mi proceso formativo como profesional y como persona.

Finalmente, doy las gracias a mis compañeros y amigos por su compañía y comprensión a lo largo de estos procesos de crecimiento.

Hay bajo el edificio social la complicada maravilla de los sótanos de todo edificio grande, excavaciones de todas las clases. Allí están la mina religiosa, la mina filosófica, la mina política, la mina económica y la mina revolucionaria. Unos cavan con la pica de la idea, otros con el número, otros con la cólera. Se llaman y se responden desde una catacumba a la otra. Las utopías caminan por bajo de tierra en las galerías, y se ramifican en todos los sentidos. Encuéntrense a veces y fraternizan. Juan Jacobo le presta su pico a Diógenes, que a su vez le presta su linterna. Algunas veces combaten entre sí. Calvino anda a la greña con Socino. Pero nada detiene ni interrumpe la tensión de todas estas energías hacia su fin, ni la vasta actividad simultánea que va y viene, sube, baja, y vuelve a subir, en aquellas oscuridades, y que transforma lentamente lo superior por lo inferior, el exterior por el interior: inmenso hormiguero desconocido. La sociedad apenas sospecha esta excavación, que, dejándoles la superficie, le cambia las entrañas. Tantos pisos subterráneos suponen otros tantos trabajos diferentes, otras tantas extracciones diversas. ¿Qué sale de todas estas profundas simas? El porvenir.

Los miserables, *Victor Hugo.*

Contenido

Prólogo	15
Introducción	19
1. De lo mítico a lo político-jurídico: el poder constituyente	23
1.1. El proceso de independencia en los Estados Unidos de América: ¿la soberanía popular?	25
1.2. La oscura noche de la monarquía absoluta: la Revolución francesa y la consolidación del poder constituyente	27
1.3. La decisión política fundamental: el poder constituyente desde la óptica de Carl Schmitt.	31
1.4. La <i>Grundnorm</i> de Hans Kelsen: ¿una discusión sin poder constituyente?	35
1.5. Una visión del poder constituyente desde la alternatividad moderna de Negri.	36
1.6. El poder constituyente en Colombia: una discusión desde la jurisprudencia	39
2. Poder de reforma constitucional	51
2.1. Funciones de la reforma constitucional	52
2.1.1. <i>Acoplamiento de la Constitución</i> <i>a la realidad política</i>	53
2.1.2. <i>Colmar las lagunas constitucionales</i>	53
2.2. Rigidez constitucional	54

2.3. Límites al poder de reforma	57
2.3.1. Límites heterónomos	58
2.3.2. Límites autónomos	58
2.3.3. Límites temporales	58
2.3.4. Límites circunstanciales	59
2.3.5. Límites lógicos	59
2.3.6. Límites explícitos o cláusulas pétreas	59
2.3.7. Límites implícitos o elementos esenciales inmanentes	60
2.4. La reforma constitucional en el plexo normativo colombiano	61
2.4.1. Acto legislativo	62
2.4.2. Referendo constitucional	65
2.4.2.1.1. Referendo por iniciativa del Gobierno	68
2.4.2.1.2. Referendo por iniciativa popular	71
2.4.3. Asamblea Nacional Constituyente	73
2.4.4. Procedimientos de reforma vía fast track	74
3. Teoría de los límites implícitos: la búsqueda de la identidad constitucional	81
3.1. La decisión política fundamental	83
3.2. La Constitución material: los elementos esenciales de la Constitución según Costantino Mortati	85
3.3. Los precompromisos constitucionales: ¿atar el poder de reforma?	90
4. Los elementos esenciales en la Constitución Política de 1991	97
4.1. Vicios de competencias como premisa del control constitucional de la reforma	98
4.2. Una herramienta hermenéutica controversial: el test de sustitución de la Constitución	103
4.3. Los elementos esenciales de la Constitución definidos por la Corte Constitucional	112
4.3.1. Estado social y democrático de derecho	113

4.3.2. <i>Alternancia presidencial</i>	119
4.3.3. <i>Rigidez constitucional</i>	122
4.3.4. <i>Separación de poderes</i>	125
4.3.5. <i>Autogobierno judicial</i>	132
4.3.6. <i>Deliberación legislativa</i>	150
Conclusiones	155
Referencias	159

Prólogo

Este libro, *Los elementos esenciales de la Constitución. Un análisis desde el control judicial de la Corte Constitucional*, tiene como eje fundamental el estudio del control del poder de reforma de la Constitución, a partir del cual se estructura el discurso de todos los componentes teóricos que hoy sirven de soporte al mismo, y que pretenden racionalizar el ejercicio de la revisión constitucional.

En momentos en que la alternativa a la solución de los conflictos se encuentra *prima facie* en la modificación de las normas jurídicas, los adalides del cataclismo hallan en las reformas constitucionales una vía expedita para la satisfacción de sus intereses. Por ello, la obra que se pone a disposición de la comunidad jurídica resulta trascendental, por cuanto allí se encuentran los fundamentos teóricos que permiten advertir que en materia de reforma constitucional no es aplicable la práctica del “todo vale”, sino que, por el contrario, existen barreras infranqueables, “elementos esenciales de la Constitución”, que actúan como límites e impiden tales desquicios.

De la mano de doctrina autorizada, Jhon Fredy Ríos Agudelo sigue un itinerario por las principales teorías que permiten el estudio del problema del poder constituyente, con lo cual nos lleva al análisis de la noción de soberanía popular plasmada en la Constitución estadounidense de 1787; la elaboración del concepto de Nación, que impulsó el movimiento revolucionario francés; y el poder constituyente desde la óptica de Carl Schmitt, Hans Kelsen y Antonio Negri.

La importancia de tales ideas permite observar de qué manera estas teorías han influido en nuestro desarrollo jurisprudencial, a partir de acoger la distinción entre el poder constituyente y el poder constituido y de adentrarnos en la problemática central del libro, sobre los límites a las reformas constitucionales, que tienen como fuente la posterior distinción jurisprudencial entre el poder constituyente y el poder de reforma.

En el campo del poder de reforma constitucional, resulta importante rescatar el estudio de sus limitaciones jurídicas, entre ellas los límites heterónomos, autónomos, temporales, circunstanciales, lógicos, explícitos o cláusulas pétreas, e implícitos o elementos esenciales inmanentes, pues esto permite el análisis en una segunda parte de la reforma constitucional en el plexo normativo colombiano.

El estudio teórico de los elementos esenciales en torno a los cuales gira la identidad constitucional, o elementos identitarios de la Constitución, es analizado a partir de los postulados de la decisión política fundamental y la distinción entre el poder constituyente y el poder de reforma, desarrollados por Carl Schmitt; sumado a ello, se encuentra el concepto de constitución material de Costantino Mortari y la teoría de los precompromisos de Jon Elster.

Al respecto, sostiene el autor que la descripción de “las teorías en mención son útiles para poner de presente el análisis y la construcción jurisprudencial realizado por la Corte Constitucional Colombiana para la elaboración del control judicial en aras de determinar la inconstitucionalidad de una determinada reforma constitucional”, ya que se puede definir, así, “un pilar fundamental de la Constitución que le sirva de sustento para delimitar la competencia del poder de revisión, el cual no podrá destruir ni sustituir la Constitución”.

Podemos afirmar con Ríos Agudelo que la discusión frente a los elementos esenciales está directamente relacionada con la identidad constitucional, la cual solo podrá ser modificada por el poder constituyente en un momento fundacional; en cambio, el poder de reforma que opera por el poder constituido está sometido a los límites identitarios o a los elementos esenciales de la Constitución, los cuales obran como mecanismos de contención de la irracionalidad, o como bloques infranqueables en el proceso de reforma constitucional.

En tal desarrollo, el texto muestra cómo esta idea, sumada al estudio de la vinculación de dichas teorías a las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso de control de constitucionalidad de los actos reformativos de la Constitución, ha llevado a definir por parte de nuestra jurisprudencia los pilares fundamentales de la Carta Política y a controlar así las apetencias revisionistas en las particulares coyunturas de nuestra vida política.

Especial mención merece el capítulo dedicado a los elementos esenciales de la Constitución de 1991, en el cual se estudian puntos centrales de la misma, a saber: los vicios competenciales, los cuales permiten el análisis judicial no solo de los aspectos procedimentales, sino también del órgano que ha expedido la reforma; el test de sustitución, que parte de diferenciar entre reforma y sustitución de la Constitución, y hace posible definir los límites del poder constituido; y los elementos esenciales establecidos por la Corte Constitucional.

Estos elementos esenciales son un límite al poder de reforma y, por lo tanto, poseen un valor jurídico prevalente en el proceso de control¹ que realiza la Corte Constitucional. Están edificados como salvaguarda de los ciudadanos y se erigen como baluartes que impiden cambios permanentes en la Constitución, que podrían ser generados por situaciones de orden coyuntural.

Así, en una bien documentada jurisprudencia, el autor expone los elementos esenciales de nuestra Constitución. En primer lugar, el Estado social y democrático del derecho,² compuesto por una forma republicana de organización, basado en la soberanía popular, con democracia representativa y participativa, con respeto al pluralismo e igualdad, separación de poderes

1 Tal como lo afirma el tratadista Aragón Reyes: “La Constitución no podría sobrevivir sin los controles sociales y políticos, sin duda alguna, pero sencillamente, la Constitución no podría ‘ser’, sin el control jurídico que es, por esencia, el control jurisdiccional”. (En *Constitución y control del Poder. Introducción a una teoría constitucional del control*, Madrid: Ciudad Argentina, 1995, p.141).

2 Sobre el tema y en torno al Estado social y democrático de derecho en la Constitución Española, ha afirmado García Pelayo:

2.2. En segundo lugar, y dejando de lado la perspectiva formal para entrar en la de la significación, nuestro precepto forma parte de lo que la doctrina ha denominado ‘normas fundamentales del Estado’, definidas por Maunz como declaraciones de contenido sobre el carácter y finalidad del Estado establecido por la constitución, y por lo tanto, sobre los principios estructurales y funcionales. O, dicho de otro modo, se trata de normas constitutivas del tipo concreto de Estado desarrollado por la Constitución. (En *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid: Alianza Editorial, 1993, p.93).

y con un sistema de gobierno presidencial. Posteriormente, se suman a los elementos esenciales de la Constitución derivados por la Corte Constitucional, la alternancia presidencial, la rigidez constitucional, la separación de poderes, el autogobierno judicial y la deliberación legislativa. Estos se constituyen igualmente en bloques solo removibles por el constituyente, pero no por el poder constituido a través de la reforma constitucional.

Entre estos elementos, especial interés merecen el autogobierno judicial y su relación con los valores de la imparcialidad, la independencia, la autonomía, la objetividad, la neutralidad y la justicia material propios de los órganos encargados de las decisiones judiciales.³ Ahora que continuamente se pone en tela de juicio a la Corte Constitucional, cada vez que los intereses de turno no son satisfechos, e incluso se convocan marchas contra la misma corporación, es necesario rescatar este conjunto de condiciones y presupuestos de la administración de justicia, y velar por su integridad constitucional.

No cabe duda de que este libro es en su desarrollo teórico y analítico un ejemplo de disciplina, de consulta seria y documentada, y que con plena seguridad enriquece las discusiones en el ámbito del derecho constitucional, siempre fundamentales, en un medio ocupado por la filigrana jurídica del inciso.

Finalmente, agradezco la deferencia que el autor ha tenido al pedirme escribir el prólogo del libro. Conociendo su espíritu académico, dedicación y compromiso con los problemas jurídicos fundamentales, y en general con las distintas áreas del conocimiento,⁴ estoy seguro que este es solo el primero de una prolífica producción doctrinaria.

John Jaime Posada O.

3 Debe tenerse en cuenta que, tal y como lo manifiesta la doctrina, “Sea cual sea la concepción que se tenga de la amplitud del conjunto orgánico al que se denomina poder judicial [...], lo cierto es que la titularidad de la función jurisdiccional corresponde a los jueces y magistrados considerados *uti singuli*, y no al conjunto orgánico”. (En De Otto, I., *Estudios sobre el poder judicial*, Madrid: Ministerio de Justicia, 1989, p.54).

4 El autor pertenece a la generación de jóvenes abogados que tempranamente entendieron la necesidad de, como lo expresa Ordine, “reivindicar el carácter fundamental de las *inversiones* que generan retornos no inmediatos y, sobre todo, no monetizables”. (En *La utilidad de lo inútil. Manifiesto*, trad. Jordi Bayod Brau, Barcelona: Acantilado, p.15).

Introducción

Los alcances del *poder de reforma* y el control judicial de los actos reformativos encarnan el debate en torno a la difusa separación entre lo político y lo jurídico, dado que allí se concentran múltiples elementos que llevan consigo la transformación política, social y cultural de un determinado país.

Este debate se encuentra en auge en el ordenamiento jurídico colombiano, gracias al papel que ha jugado la Corte Constitucional como guardiana y protectora de la Constitución Política de 1991; la cual, a la vez, en cumplimiento de sus funciones ha recurrido a múltiples herramientas hermenéuticas para el control de constitucionalidad de los actos reformativos en pro de la continuidad de las características identitarias de la Carta Política.

Este panorama se ha venido construyendo en la jurisprudencia constitucional desde el año 2003 con la aparición de la Sentencia C-551, donde se abordó el control judicial de la ley que convocaba a la ciudadanía a votar el referendo aprobatorio presentado, por iniciativa gubernamental, por el entonces presidente Álvaro Uribe Vélez, con la finalidad de modificar la Constitución Política para que esta se acomodara a las necesidades de su plan de gobierno.

En la citada jurisprudencia, la Corte Constitucional introdujo los denominados límites competenciales (de la mano de los pilares identitarios de la Constitución) como presupuestos analíticos en el procedimiento reformativo superior, lo que conllevaría a la distinción del ámbito competencial del poder de reforma y el poder constituyente, de cara a limitar al primero en el ejercicio de sus funciones.

La introducción de estas categorías de análisis implicó un viraje en la postura jurisprudencial atinente al control judicial de las reformas constitucionales, pues dejó atrás el examen meramente formal del procedimiento adoptado por los órganos constituidos y abrió paso a un estudio detallado de la competencia y de los presupuestos de la reforma constitucional.

En este escenario analítico planteado por el Alto Tribunal Constitucional se hace necesario delimitar el ámbito de competencia de producción normativa del poder de reforma, para ello se adopta la propuesta teórica de los elementos esenciales de la Constitución, lo cual implica aceptar la existencia de límites implícitos en la Carta Política que la dotan de identidad al trazar los derroteros ideológicos y axiológicos que alcanzan el ordenamiento jurídico.

Para desarrollar esta propuesta de control judicial a las reformas constitucionales, la Corte Constitucional creó una herramienta hermenéutica, de constante construcción, denominada “test de sustitución de la Constitución”, que implica una amplia argumentación para identificar un elemento esencial que dote de identidad a la Constitución. En este ejercicio hermenéutico, la Corte Constitucional evanece la distinción entre vicios formales y vicios materiales en el ejercicio reformativo, y los condensa en una propuesta metodológica que amplía sus competencias al definir los elementos que pueden o no ser sustituidos o derogados en eventuales revisiones constitucionales.

Para abarcar lo expuesto hay que realizar un viaje teórico en cuatro bloques fundamentales, los cuales operan como instrumentos necesarios para comprender la aparición y consolidación de la teoría en la jurisprudencia constitucional vernácula.

En un primer momento, se presentan las notables discusiones en torno a la definición y concreción del poder constituyente como ficción política-jurídica que dota de bases discursivas en el establecimiento de un Estado que cuenta con una Constitución como norma superior. Para ello se propone la observación de la discusión sobre la soberanía popular planteada durante el proceso de independencia estadounidense, la asunción de la Revolución francesa, la rigidez teórica alemana en las vertientes schmittiana y kelseniana así como las propuestas modernas de Negri.

En un segundo momento, siguiendo la construcción del poder constituyente, es necesario definir los alcances de los poderes constituidos; por ello, el estudio del poder de reforma se orienta a la descripción de las funciones que este debe cumplir dentro de un Estado democrático y constitucional, como poder derivado que está limitado por lo impuesto en el punto fundacional y contenido en la Carta Política.

En un tercer momento, tras el esclarecimiento de la diversidad de conceptos que emergen acerca del poder constituyente y la descripción sobre el alcance del poder de reforma, prosigue el análisis sobre los límites implícitos en este último, dentro del cual se describe la teoría de los elementos esenciales de la Constitución, los que son definidos por medio de una amplia construcción argumentativa a partir de la axiología de la Carta Política y de los elementos estructurales de la teoría política sobre el Estado y la noción de Estado constitucional. El planteamiento de los pilares fundamentales de la Constitución hace relevante un estudio interdisciplinar que permita una descripción amplia de los mismos. Por ello, se adopta la teoría de la decisión política fundamental de Carl Schmitt para ilustrar el alcance de la determinación arrogada por el constituyente, la cual sirve para definir la identidad de la Carta Política. Asimismo, los planteamientos del italiano Costantino Mortati sobre la definición del elemento esencial de la Constitución con base en la ideología política que hay detrás de ella, ayudan al entendimiento del problema que recae en tal definición y su interpretación.

De igual forma, es útil para este libro la observancia de la teoría de los precompromisos constitucionales; propuesta debatida por teóricos como Jon Elster y Stephen Holmes, que redundan sobre los límites del poder de reforma sobre puntos particulares de la Constitución. Un elemento esencial de la Constitución afina su perdurabilidad en la Carta por medio de precompromisos diseñados por el poder constituyente, en aras de evitar el suicidio del sistema.

Finalmente, se abordará el estudio de cómo estas teorías descritas han influido en el control judicial de las reformas constitucionales realizado por la Corte Constitucional, al establecer una serie de elementos esenciales que el poder de reforma no podrá sustituir ni derogar, en donde el Alto Tribunal es quien define la identidad constitucional.

De lo mítico a lo político-jurídico: el poder constituyente

La discusión sobre el poder constituyente se fundamenta en una serie de líneas argumentativas que tienen como base los elementos históricos, políticos y jurídicos en la configuración de la Constitución de cada Estado. Es bajo las ideas de la Ilustración y las revoluciones burguesas donde la noción del poder constituyente emerge como respuesta a las monarquías; en dicho contexto, reluce la propuesta que la soberanía sea ejercida por la Nación.

Estas ideas se plasmaron en los momentos culmen de la historia occidental. El primer acercamiento a la noción de soberanía popular ocurre en el proceso de independencia de Estados Unidos, bajo la denominada fórmula *We the people*; si bien no se usa allí la expresión “poder constituyente”, sí sirve este escenario como caldo de cultivo intelectual para el pensamiento revolucionario francés.

Posteriormente, en el contexto galo aparece por primera vez el concepto de poder constituyente, introducido como una construcción teórica del abate Emmanuel Sieyès. Este concepto surge en momentos de alta tensión en Francia, y se utiliza allí para impulsar el levantamiento revolucionario, que concluye con la victoria burguesa y deriva en la creación de las constituciones liberales en Europa.

De los planteamientos teóricos basados en el desarrollo del pensamiento de Sieyès, se permite comprender al poder constituyente como una acti-

vidad democrática y omnipotente que se convierte en la fuente de producción constitucional que organiza los poderes del Estado construyendo nuevas relaciones sociales. Poder que surge en un momento particular de la historia, de carácter extraordinario que define un nuevo ordenamiento jurídico y lo reviste de validez (Negri, 2014, p.28).

Los progresos teóricos que giran alrededor de la noción de poder constituyente han logrado dar pistas sobre la configuración constitucional de los ordenamientos jurídicos, en el entendido de una Constitución normativa, como *norma nomarum* que irradia de validez al plexo normativo, garantiza la protección de derechos y la separación de poderes. Adelanto teórico plasmado en la prescripción del artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

La Constitución Política entendida como un orden fundamental, que cuenta con rango especial de supremacía frente a las demás fuentes normativas, y con un efecto de irradiación sobre las ramas del ordenamiento jurídico, emerge en un momento histórico preciso, en el que no obtiene su validez de una norma superior o de una sanción especial, sino que responde a una magnitud política (Böckenförde, 2000, pp.159-161). En otras palabras, el surgimiento de una Constitución reconoce unos acontecimientos precisos en un determinado punto de la historia, en donde su emergencia no parte de un examen de validez jurídico, sino de una situación política.

En consecuencia, plantea Böckenförde (2000), el problema del pueblo como el titular para la creación del poder constituyente no debe enmarcarse solo en una discusión de validez jurídica, sino que debe pensarse en clave de un concepto democrático y revolucionario, que abarca la voluntad política del pueblo, sin limitación alguna, como un acto de creación orientado a dar un nuevo orden jurídico. (p.162).

Para el estudio del problema del poder constituyente es propicio realizar un recorrido por las principales teorías que han servido para su entendimiento; se debe iniciar con los conceptos vertidos en la filosofía-política, encaminados a vislumbrar el alcance de tal poder. Por lo tanto, en este texto se parte del análisis de la soberanía popular en el entendimiento estadounidense, y la teoría del poder constituyente del abate francés Sieyès en el marco de la Revolución francesa; se sigue con el poder constituyen-

te, desde la facticidad y la excepción en la decisión política fundamental del germano Carl Schmitt; luego con el planteamiento positivista de la *Grundnorm* del austriaco Hans Kelsen; y, finalmente, se concluye con la concepción postmoderna del italiano Antonio Negri.

1.1. El proceso de independencia en los Estados Unidos de América: ¿la soberanía popular?

En el contexto de la independencia de Estados Unidos de la Corona británica a finales del siglo XVIII marcó un paradigma la consolidación de la concepción de la Constitución como norma superior, bajo la fórmula de la soberanía popular, con la expresión *We the people* (Ramírez Cleves, 2005, p.200). Fue esto un preámbulo al concepto de Constitución en sentidos semántico, político y jurídico, basado en la prevalencia práctica de su aplicación dentro del Estado (p.75).

El surgimiento de la noción de soberanía popular, bajo la fórmula *We the people*, quedó plasmada en la Constitución de 1787. La decisión adoptada en dicho documento se fundamenta en el derecho de los pueblos a una organización política autónoma y en el derecho de los hombres (iguales por nacimiento y titulares de derechos individuales) a instituir gobiernos para su protección. El pueblo como soberano decide sobre lo que cree conveniente para la sociedad, siendo este el llamado a abolir o cambiar el Gobierno cuando se encuentren amenazados sus derechos.

El presupuesto de la noción de soberanía popular estadounidense se encasilla en una idea iusnaturalista-racionalista que pretende la protección de principios éticos y de justicia natural; toma como base la formulación consistente en la naturaleza de las cosas, lo que permite su comprensión desde un método racionalista de índole matemático y la configuración de los derechos naturales del hombre como la libertad, la vida, la justa defensa, el honor y la igualdad, todo lo cual es el sustrato ideológico al servicio de los proyectos políticos de las revoluciones burguesas (Londoño Agudelo, 2015, p.84). Rudimentos que permiten la construcción de los argumentos que encaminaron la independencia estadounidense.

En esta línea, para comprender la formulación teórica, es necesario echar un vistazo al contexto político y jurídico que vivían las colonias británicas

en Nueva Inglaterra. Para finales del siglo XVIII, el panorama político previo a la independencia estadounidense refleja la existencia de colonias y compañías que poseían documentos jurídicos, de orden contractual otorgado por la Corona, que permitían el autogobierno y la limitación de los poderes de la monarquía en espacios de libertad (Ramírez Cleves, 2005, p.81). Con este antecedente, la revolución independentista pretendió la salvaguarda de la libertad y el establecimiento de instituciones duraderas, con el objetivo de defender los derechos del pueblo, en la lógica de la limitación de los poderes.

En tal tradición colonial de monarquía limitada, donde los habitantes de las colonias británicas no padecían, de manera alarmante, los estragos de la pobreza extrema, el proceso independentista se orientó a la estructuración de una Constitución de naturaleza liberal, inspirada en los valores burgueses como la vida, la propiedad y los derechos de libertad (Arendt, 1963, p.136).

Con el surgimiento de la Constitución estadounidense, se robustece la protección de los derechos y las libertades del pueblo. Además, se establece un mecanismo de separación de poderes —*Check and balance*—, que propugna por aplicar herramientas de frenos y contrapesos entre las ramas del poder público, por medio de la configuración de relaciones para evitar excesos de poder. Se erige, pues, una Constitución que propugna por el control de los poderes (Blanco Valdés, 1994, p.103).

En esta línea, gracias a la idea de la soberanía popular como fuente suprema de donde deriva la validez del derecho se reafirma la supremacía de la Constitución en tanto norma fundadora del ordenamiento jurídico (Arendt, 1963, p.173).

A manera de colofón, la noción de soberanía popular se considera la fuente de poder del Estado, la cual implicaba para el pueblo —en correspondencia con las ideas del iusnaturalismo racionalista— darse su propia Constitución. De dicha fuente, se consagraron el sistema de derechos de corte liberal y la edificación de un sistema de frenos y contrapesos como límite al ejercicio del poder. Son estas ideas que inspirarán más adelante los movimientos revolucionarios burgueses europeos en su lucha por la consagración de un Estado liberal.

1.2. La oscura noche de la monarquía absoluta: la Revolución francesa y la consolidación del poder constituyente

Los tambores suenan al ritmo de la revolución en la Francia de 1789, el pueblo está sumido en la miseria, bajo el yugo de una monarquía absoluta en cabeza del rey Luis XVI y María Antonieta, el llamado “Tercer Estado” se encuentra relegado por los nobles y el clero; y, en este contexto, el desarrollo intelectual de la Ilustración que permea el pensamiento revolucionario, en cabeza de autores como Diderot, Montesquieu, Rousseau y Sieyès. Se caldeaban, pues, los ánimos para un momento estelar de la humanidad: la Revolución francesa.

Para Hannah Arendt (1963), el punto de partida de la Revolución francesa es disímil con respecto a la independencia estadounidense; pues si bien, la primera buscaba la fundación de un nuevo orden, y contenía el impulso de la miseria en la cual se encontraba sumida la Francia de finales del siglo XVIII; la segunda, la independencia norteamericana, surgía de la búsqueda de la libertad y el establecimiento de instituciones duraderas en el contexto de una monarquía limitada (p.72). Los contextos dispares explican el alcance de las luchas revolucionarias en cada situación particular, en donde, por una parte, los galos pretenden una ruptura con la monarquía absoluta que asegure el surgimiento y la relevancia política para la burguesía como clase dominante bajo los postulados teóricos de la Ilustración; y por otra, los estadounidenses pretenden la consolidación de instituciones duraderas y libertades que han sido heredadas de la monarquía limitada, así como las concesiones económicas que se han desarrollado a lo largo de la colonia.

Es así como de la mano de las condiciones de miseria y olvido en las que se encontraba la mayoría de la población francesa y el surgimiento de la burguesía, se concatenaba un rico desarrollo teórico que pretendió superar la situación de sometimiento al poder del monarca y virar hacia la voluntad general —en términos de Rousseau— y a una potencia creadora del Estado y el ordenamiento jurídico en cabeza de la Nación —desde la óptica de Sieyès—. Es este último el sustrato teórico para la edificación del concepto de la Nación como titular del poder constituyente, al considerarse como la expresión pura de la voluntad común (Londoño Agudelo, 2015, pp.49-50). En consecuencia, quien detenta el poder ya no es el monarca sino la Nación (Arendt, 1963, p.173).

Ahora bien, para el entendimiento de la noción de poder constituyente es menester remitirse al panfleto revolucionario escrito por el abate Emmanuel Sieyès (1989, pp.92-94), quien parte de una crítica sobre los privilegios que detentaban la nobleza y el clero en Francia; para ello, el abate se formula la pregunta de: ¿qué es y qué ha sido el Tercer Estado? Y su respuesta es una afirmación: el Tercer Estado es todo, el cual no es libre por privilegio sino por derecho. Un Tercer Estado se funda con ciudadanos del orden común, con voluntad y representación común, sin ninguna clase de privilegios.

La fórmula de Sieyès implicaba poner de relieve al olvidado Tercer Estado, quien aparece en defensa de sus derechos, deseos e intereses frente a los demás poderes; el Tercer Estado quiere llegar a ser algo. Por ello, en el marco de los Estados generales solicita que la influencia y votación de las decisiones sea por cabeza y no por órdenes, esto con la finalidad de tener un influjo igual a los privilegiados. (Sieyès, 1989, p.101).

Sieyès, entonces, propone como fuente de legitimidad para la creación de la Constitución a la Nación, compuesta por ciudadanos del orden común lo que excluye el orden privilegiado dominante, es decir, la consolidación de la burguesía como una clase social visible en la que radica el poder constituyente y, por ende, la competencia de darse una Constitución.

Ahora bien, ¿qué se entiende por poder constituyente en la óptica de Sieyès? Desde la idea en la cual la Nación es libre y está llamada a resolver sus litigios con la configuración de una Constitución sin la necesidad de recurrir a los notables del Estado (Sieyès, 1989, p.40), tiene poder pleno e ilimitado para darse su propia Constitución.

Por consiguiente, para la construcción de una voluntad propia del poder constituyente, el clérigo francés señala la evolución por etapas de la configuración de la voluntad, la cual, primero, se reviste de la reunión de individuos singulares con voluntades individuales, en donde surge la asociación, y se forma la Nación como origen de todo poder; en segundo lugar, nace una voluntad común, en la cual los asociados quieren dar consistencia a su unión al configurar un fin por cumplir y acordar las necesidades públicas y los medios para satisfacer dichas necesidades; por lo tanto, la unidad es esencial para el querer y actuar de esta asociación de voluntades individuales (p.142).

No obstante, el número de asociados hace fácticamente imposible la intervención de todos en la dirección de la voluntad común; por ello, se propone la ascensión de una voluntad común representativa, que origina un ejercicio de poder por procuración, en donde los delegados no tienen la plenitud del ejercicio de la voluntad común, sino que se ciñen a lo expresado por la voluntad común general, lo cual les imposibilita alterar los límites de su delegación, dado que ejercen en nombre de otros (Sieyès, 1989, p.143). Se puede observar que tal propuesta acepta como fuente de voluntad general a la Nación, que es origen de todo por partir de la asociación de voluntades individuales, que, a su vez, por ser numerosas no pueden ejercerse por sí solas para llegar a fines comunes, de modo que en este planteamiento, se recurre a la configuración de una voluntad representativa común que ejercerá el poder, de forma limitada, y se ceñirá a las restricciones que la voluntad común le imponga.

En estas relaciones de detentación y ejercicio de poder, cabe señalar que el origen de todo está en la Nación, y por la necesidad de darle consistencia a la unión de voluntades se da una Constitución para ella misma, habilitada para regular la organización del cuerpo emergente, las formas y las leyes propias en el cumplimiento de la voluntad común que le ha dado nacimiento.

La teoría de Sieyès sirvió de sustrato intelectual para impulsar el movimiento revolucionario francés, en la afirmación de un programa político al servicio de la burguesía, cuyos miembros tomaron como bandera su existencia como Nación para sustituir el poder absoluto del monarca por el poder creador de la burguesía (Arendt, 1963, p.173). Esta idea es un punto determinante en la evolución del concepto de poder constituyente como un ideal de creación absoluto, fundador de nuevos órdenes; de allí se deriva una conexión importante y vistosa para el momento histórico de Francia, consistente en ligar el poder constituyente a la revolución, esto vertido en la fórmula: “donde está el poder constituyente está la revolución” como movimiento fundador de un nuevo orden, por medio de un proceso de racionalidad y con un procedimiento absoluto e ilimitado que configura el derecho (Negri, 2014, p.54).

La propuesta de Sieyès de la idea de Nación permitió la adopción de dicho concepto como un absoluto, que puede usarse como un elemento genérico, solo real en la imaginación; una noción que es manipulable en cualquier momento, que se puede concretar en un intrincado juego de determinismo étnico, de valoraciones históricas, de necesidades políticas, de urgencias jurídicas, pero, especialmente de una fuerte sobredeterminación naturalista, hipótesis que fue usada en el proceso revolucionario francés, cuando la burguesía tomó las banderas del concepto Nación para hacerse con la idea de poder constituyente y así sustituir al monarca (Negri, 2014, p.58).

También se puede observar una segunda formulación o entendimiento de la Nación como detentador del poder constituyente en tanto concepto históricamente determinado para cada momento, frecuentemente con una función de rotura del proceso constituyente, que apunta a su hipóstasis y a su limitación, concepción que se afina en un proceso dinámico constitucional que no se reabre a una discusión del sujeto-estructura constitucional, sino que más bien bloquea el procedimiento, al ceñirse a un determinado cuerpo político, en este caso la Nación. (Negri, 2014, p.58).

A pesar de la crítica que pueda hacerse frente a la noción de poder constituyente que habita en el concepto de Nación, lo cierto es que con su particular desarrollo teórico permitió dar un paso —al dejar a un lado la estructuración política de la monarquía absoluta— hacia la construcción del Estado liberal inspirado en los valores burgueses y perfeccionado por el movimiento de la Ilustración francesa, que sustituyó al monarca por una soberanía de la Nación, esto con la finalidad de eliminar los privilegios que ostentaban la nobleza y el clero y permitir con ello la entrada de una nueva fuerza social, como lo es la burguesía, bajo la argumentación de la prevalencia del interés general, en la búsqueda del equilibrio y la igualdad entre los hombres.

En consecuencia, el poder constituyente, desde la óptica de Sieyès, es una potencia política creadora y originada en la construcción de un orden que se da así mismo una Constitución (Londoño Agudelo, 2015, p.49); con un procedimiento absoluto e ilimitado, ya que el poder constituyente está por encima de cualquier orden (Negri, 2014, p.56), el cual, al ser entendido como acto inaugural de soberanía, decide darse una Constitución para determinar las formas racionales de organización de poder con la asignación de competencias funcionales en un entramado normativo, cercano todo esto a la noción de una Constitución racional normativa (García,

1984, p.35, citado en Londoño Agudelo, 2015, p.54). En confluencia con la estricta separación de funciones se llega a una noción de Constitución contenida en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, donde se indica: “Una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene Constitución”.

Por lo tanto, la elaboración de la noción de poder constituyente ha llevado a la consolidación de la ideología liberal, en la cual se garantizan tanto la separación de poderes como un instrumento de organización estatal como el reconocimiento de derechos para los ciudadanos; además de que se mantiene una separación tajante entre el poder constituyente y el poder constituido y, de esta forma, se da una Constitución de naturaleza rígida para el contexto francés (Blanco Valdés, 1994, pp.190-192).

La teoría expuesta es fundamental en este aspecto, debido a la configuración y el encauzamiento del poder creador en cabeza de la Nación, para darse a sí misma una Constitución política, en la cual se estructuran los derechos y la organización política de un determinado Estado. No obstante, la noción de titularidad basada en la Nación lleva a dudas por no cobijar la pluralidad que conforma al pueblo, esto es, entrega a un orden determinado el poder de crear la Constitución, de manera que convierte el concepto en un engranaje útil para la justificación de la derogación de la Constitución vigente y para la implementación de ciertas ideologías en la Constitución emergente.

1.3. La decisión política fundamental: el poder constituyente desde la óptica de Carl Schmitt

Los tambores ya no redoblan al ritmo de la revolución ni con los versos de la libertad, del sueño de derrocar la monarquía absoluta y el ascenso de la Nación. Ahora, aparece el estribillo de las botas militares en el resonar del continente europeo, mientras se erigen los más temibles regímenes totalitarios que con el pasar del tiempo llevarían a la Segunda Guerra Mundial. El surgimiento de la teoría de la Constitución de Carl Schmitt nace en los albores más temibles del siglo xx.

El planteamiento teórico formulado por Schmitt tuvo como influencia las posturas francesas del fenómeno analizado, esto es, la idea de soberanía

contenida en Bodino y la propuesta del poder constituyente desde la óptica de Sieyès. La formulación de poder constituyente reposaba en el poder soberano, el cual debía ser ilimitado, absoluto e indivisible. De la misma forma, la teoría de Schmitt sustrae elementos del poder constituyente de Sieyès, cuando elogia la aparición de la Nación como su titular, por su practicidad política y organización de ideas que llevan a la formulación de una Constitución (Ramírez Cleves, 2005, p.245). Schmitt, entonces, conjuga estas teorías y defiende la noción de poder constituyente como voluntad del pueblo en democracia que detenta la decisión de la unidad política, la decisión del soberano.

La teoría de Carl Schmitt se basa, pues, en la noción positiva de Constitución, la cual se entiende como una decisión de conjunto sobre el modo y la forma de la unidad política; Constitución que, a su vez, emerge de un acto del poder constituyente, el cual contiene, como finalidad la elaboración de normativas conforme a la decisión política fundamental considerada como la totalidad de la unidad política. Dicho acto del poder constituyente es la forma y el modo de la unidad política, su existencia es anterior a cualquier legalidad, de tal suerte que su obrar es ilimitado, absoluto y omnipotente (Schmitt, 2006, p.46).

Así, la Constitución como unidad política sugiere su preservación en los aspectos fundamentales de las decisiones que denotan un cariz particular de la forma y el modo de existencia política; ergo, el poder de reforma constitucional no podrá reformar en su totalidad la Constitución dado que existen elementos esenciales que son intangibles puesto que denotan la identidad de la decisión política fundamental (p.47).

Con lo anterior, cabe preguntarse: ¿Quién es el titular del poder constituyente? Si bien en la Revolución francesa, siguiendo la línea de Sieyès, el titular del poder constituyente era la Nación; en el planteamiento de Schmitt este viene de una genealogía del poder constituyente, al proyectar como punto de partida al poder divino, pasando por la monarquía, hasta llegar al pueblo o Nación en la Revolución francesa. Para este teórico alemán, el poder constituyente puede ser detentado por una monarquía hereditaria, aunque es esto criticable, dado que no se parte de la unidad política sino de un derecho sucesorio, en donde el rey otorga una Constitución de forma unilateral, mas no significa la existencia de una unidad política. La segunda fuerza que puede detentar el poder constituyente

corresponde a las minorías partidistas, quienes eran entonces una nueva fuente de poder, aunque no contaban con un desarrollo teórico claro que les permitiera llevar a cabo la decisión política fundamental. El tercer titular es el pueblo en democracia, quien sí tiene la posibilidad de poner en marcha una decisión política fundamental que denote una verdadera unidad total de la política en el establecimiento de formas y modos de existencia política (Ramírez Cleves, 2005, pp.246-247).

No obstante lo que plantea, el mismo Schmitt señala los inconvenientes que surgen del pueblo como titular del poder constituyente, ya que el pueblo no es una instancia firme ni organizada; así que reclamar dichas caracterizaciones para que se erigiera como tal en un normal funcionamiento diario sobre sus asuntos, desconoce la naturaleza de dicha noción. El pueblo no es magistratura ni autoridad permanente, y, a pesar de ello, el pueblo en democracia debe ser capaz de adoptar decisiones y actuaciones políticas, mediante delegación, aunque solo sea en pocos momentos políticos cuando se permita el veredicto de la afirmación o negación sobre su existencia política (Schmitt, 2006, p.97).

Cuando el pueblo ha decidido sobre su existencia política, esta voluntad se constituye por encima de cualquier regulación preexistente; y, señala Schmitt (2006), el pueblo tampoco está formado para ello, debido a su desorganización, lo que genera una debilidad frente a la posible tergiversación de su voluntad política, con lo cual surge la necesidad de delegar su decisión en el soberano. Para evitar esta situación, la voluntad del pueblo debe ser inmediata en su exteriorización al prescindir de cualquier método prescrito normativamente, lo que convierte esta exteriorización en una expresión de facto. Así las cosas, no debe existir límite alguno a la voluntad del pueblo, expresada en hechos concretos, necesariamente, en la aclamación del pueblo como la voz de asentimiento o de repulsa de la multitud reunida (pp.99-100).

En seguida de la aclamación de la expresión de la voluntad del pueblo, en el marco de una democracia, en donde se da el accionar del pueblo, según Schmitt, es necesario adoptar mecanismos que lleven a la construcción de la Constitución (Ramírez Cleves, 2005, p.250). Para ello, en la práctica de la democracia moderna se desarrolla la llamada Asamblea Nacional Constituyente, en la cual, al ser elegida bajo los postulados democráticos, se encuentra comisionada para formular las determinaciones legales-constitucionales,

las cuales se aprueban en el seno de la Asamblea sin la confirmación de los ciudadanos (Schmitt, 2006, p.101)

Igualmente, se plantea una suerte de asamblea (convención), que proyecta una determinada formulación de normativas legales-constitucionales, la cual deberá ser aprobada por el pueblo, directa o indirectamente, mediante su derecho al voto en mecanismos como el referendo u otra práctica. Si es el caso de una convención constitucional federada, se somete a la aprobación de los Estados-miembros; asimismo, es posible formular tales normativas mediante un plebiscito general sobre una propuesta de una nueva ordenación y regulación a introducirse (p.102). La teoría planteada por Schmitt tiene una fuerte influencia de la doctrina francesa desarrollada por Sieyès, pues tanto la voluntad común (Sieyès) como el criterio decisionista (Schmitt) gravitan en una idea de poder constituyente en la cual se expresa la existencia y la unidad de un Estado-Nación como organización política suprema, generada y justificada por la teoría de la soberanía, en donde confluye un proceso de integración y homogenización de un pueblo-Nación que asegure un modelo de vida colectiva (Sáchica, 1985, pp.1-2). Esta idea de homogenización, voluntad común y decisionismo permite el uso de las teorías tanto del abate francés como del teórico alemán, y se presta al establecimiento de dictaduras, como la escalonada por Napoleón en Francia, quien usó la noción de poder constituyente para suplantarse a su antojo por medio de plebiscitos. Y en el caso alemán, sirvió para la asunción del Partido Nacionalsocialista y la instauración del Tercer Reich.

También cabe apuntar, acerca de la teoría de Schmitt del poder constituyente —dada la particularidad del pensamiento del tratadista alemán—, la construcción de una teoría al servicio de la excepción, al dejar a un lado el ideario de un poder constituyente emancipador, fundado en un ordenamiento sobre la libertad y la igualdad. Schmitt ha planteado una fórmula teórica de la voluntad absoluta, en donde la soberanía de hecho, por medio de la decisión política funda el ordenamiento jurídico, en su constante hacer, se presta para la creación y exclusión de enemigos, al entender el poder constituyente como un acto de guerra, una acción de facticidad con inmanencia absoluta en el plexo normativo (Negri, 2014, p.12). Esta propuesta se robustece en la idea de homogenización y unidad política total, donde se señala un conjunto de necesidades, deseos y determinaciones singulares excluyentes.

1.4. La *Grundnorm* de Hans Kelsen: ¿una discusión sin poder constituyente?

Los postulados de Kelsen se construyen alrededor de un sistema teórico puro que pretende la eliminación de categorías no pertenecientes al mundo jurídico; esto es, la proposición teórica de la exclusión de conceptos políticos, filosóficos y sociológicos del ámbito del derecho, para realizar así un estudio del derecho de corte científico sobre el derecho como pretensión del positivismo jurídico.

Para Kelsen, el estudio del derecho debe partir de la existencia de la Constitución, no de sus hechos históricos previos, dado que el ordenamiento jurídico se funda en la Constitución. Los hechos previos a la conformación de la Constitución no revisten importancia alguna, y solo se tendrán en cuenta cuando, en el marco de una revolución, se anule un plexo normativo dado, y, como consecuencia de ello, surja un nuevo orden que derogue al anterior; es decir, los hechos previos a la Constitución solo interesan cuando la eficacia de estos lleva a un nuevo orden conducente a condiciones de validez, y se deja de lado la legitimidad del orden anterior (Ramírez Cleves, 2005, p.232).

Según Kelsen, la discusión del poder constituyente no es de relevancia para el análisis del derecho a partir de una teoría positivista con pretensiones de pureza. El autor vienés (Kelsen, 1958) sostiene que el único efecto de una discusión sobre la revolución en un ordenamiento jurídico versa sobre la anulación de un orden vigente, de forma ilegítima, y la conformación de un nuevo orden, y es dependiendo de la eficacia de este orden impuesto que se desprende la validez de todo el sistema normativo (p.138).

No obstante, la importancia de la *Grundnorm* en los postulados de Kelsen es hallar un cierre al sistema, desde una óptica dinámica,¹ sobre la fuente de validez del ordenamiento jurídico, para solucionar el problema relativo a la pertenencia de normas en un determinado sistema jurídico, esto en razón de que la norma fundamental no deriva su validez de ninguna norma

1 Debe entenderse un sistema dinámico, en la terminología de Hans Kelsen, como un orden donde la validez de las disposiciones normativas depende de su correlación con normas de producción y de la correspondencia con la regla suprema, esto es, con la norma fundamental del sistema jurídico.

jurídica productora, y, a su vez, la norma fundamental emana la validez de todo orden o sistema jurídico (p.131).

En consecuencia, la teoría positivista de Kelsen parte de un análisis meramente jurídico, para evitar cualquier intromisión de conceptos propios de la sociología, la política, la economía o la filosofía. Este autor ha formulado una solución hipotética a la cadena de producción que reviste validez, la cual, al señalar la norma fundamental hipotética que cierra el sistema normativo, procura las condiciones de validez del complejo normativo. En resumen, para Kelsen la discusión del poder constituyente sale de la esfera del debate jurídico, pues aquel solo es un elemento fáctico que no encierra importancia en el sistema normativo.

1.5. Una visión del poder constituyente desde la alternativa moderna de Negri

Ahora bien, se ha realizado, hasta el momento, un análisis sobre el poder constituyente desde las concepciones jurídicas-políticas más relevantes a partir de los conceptos de autores como Sieyès, Schmitt y Kelsen; y se ha prestado, atención al proceso de la Independencia estadounidense en la fórmula *We the people*. No obstante, en tiempos posteriores a la Segunda Guerra Mundial, la asunción de teorías posmodernas en el ámbito filosófico y político, la escalada de la influencia económica en los ordenamientos jurídicos en aras de la expansión del neoliberalismo, así como los valores universales en las normativas internacionales; nos implica el observar, con la lente de Negri, la situación actual del poder constituyente.

La formulación teórica del poder constituyente desde Schmitt se entiende como la posibilidad de creación de un ordenamiento jurídico, no desde la libertad ni desde la emancipación, sino partiendo de la excepcionalidad para la configuración de la lucha contra un enemigo, basado en lo fáctico. O en la postura de Kelsen de la prescindencia del análisis político para darle paso a un análisis sistemático en la óptica de la norma fundamental. Pero, actualmente, cabe preguntarse: ¿Se puede realizar el análisis completo de la situación del poder constituyente a partir de estos dos autores de habla alemana? Hoy hay que partir de la inserción del discurso en una sociedad capitalista y de mercado, de una sociedad en la que se erosiona la

soberanía por los bloques económicos, y en donde la sociedad de control, de la mano de la biopolítica, juega un rol importante (Negri, 2014, p.18).

Negri (2014) sugiere que el poder constituyente, en el marco revolucionario y democrático, es libertad. De allí se deriva una relación comunicativa de condiciones de posibilidad y potencia de una comunidad que se enaltece por encima del derecho; es la representación de la multiplicidad, del deseo; es una potencia en expansión (p.46). El poder constituyente es, pues, la expresión del deseo de una comunidad que quiere ser (potencia), y que demanda ser; por ello, resulta en la búsqueda de la construcción de un ser ético y social en una comunidad determinada. De forma metafórica, es una constelación creadora de la máquina comunitaria.

En este sentido, el poder constituyente es la matriz de la práctica democrática que surge de la dinámica política, es un accionar constitutivo que pretende materializar un deseo de la comunidad que pretende ser. El poder constituyente es motor de acción progresiva de transformación, en un proceso de ruptura política, en aras de la constitucionalización de lo plural, que se irradia de deseo y resistencia de una comunidad, que cobija una pasión constructiva de una voluntad que ha cuestionado como insuficiente lo existente. Todo lo cual se ve desarrollado con una voluntad absoluta en un espacio temporal que cuantifica y cualifica la capacidad productiva del ser humano para darse un nuevo orden (Negri, 2014, p.54).

Pero, ¿quién es el sujeto titular de la voluntad primaria? Se pone de presente la configuración de tres sujetos según el recorrido y la construcción doctrinal de Negri, quien señala, en primer lugar, a la Nación, recogiendo la idea de Sieyès, como un concepto genérico creado en la imaginación que puede ser manipulado en cualquier momento histórico para la concreción de determinismos étnicos, de valoraciones históricas, de necesidades políticas y de urgencias jurídicas. También podría entenderse, a la Nación como una noción histórica determinada en cada momento, con la función de un proceso de rotura del proceso constituyente que pretende exclusiones de sujetos en un proceso dinámico constitucional, acá como proceso de supresión de sujetos políticos no homogeneizados (Negri, 2014, p.58).

En segundo lugar, se sitúa al pueblo como sujeto que tiene la voluntad constituyente, es decir, como titular del poder constituyente. Sin embar-

go, este sujeto peca por ser, también, una formulación genérica y, por ello, queda aprisionado en enunciados jurídicos que establecen los mecanismos del ejercicio del poder constituyente ostentado por el pueblo. Señala Negri (2014):

Sobre la esencia genérica del concepto se aplica la lectura constitucional: si el pueblo es el sujeto del poder constituyente, solo puede serlo en la medida en que se someta a una organización preliminar que sepa expresar su esencia. De hecho, supondría una contradicción en los términos imaginar y, sobre todo, asumir como sujeto científico «una fuerza ordenadora que puede ser ordenada por una multitud sin orden». Aquí los límites y los recelos naturalistas y organicistas que revela la concepción del poder constituyente como atributo de la nación quedan superados: la voluntad teórica de romper con las ambigüedades de la nación es nítida. Pero es igualmente nítida la voluntad de romper la fuerza expansiva del concepto de poder constituyente. No es algo azaroso, sino que representa una necesidad, el hecho de que toda definición del sujeto constituyente en términos de pueblo acabe en una concepción normativista, en una exaltación del derecho constituido. Confunde el poder constituyente con una de las fuentes internas del derecho, con las dinámicas de su revisión, de su renovación constitucional. Para decirlo en pocas palabras, el poder constituyente es pueblo en las dimensiones de la representación, y solo en estas. (p.58).

Finalmente, una tercera hipótesis de Negri, se afina en la multiplicidad de poderes jurídicos que son puestos en una relación singular, la cual presupone una suerte de elementos de mediación jurídica, alejados de una idea de procedimiento absoluto, al existir una autolimitación material determinada. Señala Negri (2014):

La teoría jurídica se ha hecho inteligente: de hecho, no niega la potencia constituyente, afirma su singularidad, pero no hace de esta última un procedimiento y una insistencia ontológica precaria, sino un límite. La limitación es puesta, hegelianamente, como determinación. La mediación y el compromiso son asumidos en el interior del poder constituyente como sujeto de fundación de la Constitución material; no en el exterior, sino en el interior: en ello reside la eficacia de la mistificación. Porque, en cualquier caso, se trata de una mistificación. En efecto, el problema del poder constituyente no puede ser resuelto haciendo de la singularidad el límite de su carácter absoluto: límite temporal, espacial y procedimental. Que el carácter absoluto del poder constituyente consista en su singularidad no tiene nada de especial: pero este, y no otro, es el problema. (p.59)

En consecuencia, los postulados de Negri llevan a afirmar que a pesar de que el sujeto del poder constituyente debe partir de una noción de potencia/producción, este sujeto termina siendo reducido al implementarse el mecanismo para su expresión representado en modelos teóricos del derecho internacional o de los bloques económicos y la cesión de la soberanía a la comunidad internacional. No obstante, la discusión sobre el poder constituyente debe estar por encima de cualquier atadura de índole institucional.

1.6. El poder constituyente en Colombia: una discusión desde la jurisprudencia

El debate en torno al poder constituyente ha sido acogido en el escenario nacional, en el cual, tanto la Corte Suprema de Justicia (CSJ) como la Corte Constitucional (CC) han tenido la oportunidad de plasmar sus posturas. Las disparidades de concepciones, usos, justificaciones y limitaciones, han estado al servicio de enriquecer —y a veces empobrecer— la discusión.

En primer lugar, se analiza la Sentencia del 9 de diciembre de 1990 de la CSJ, providencia versada sobre el control constitucional del Decreto Legislativo 1926 de 1990, por medio del cual se convoca a la Asamblea Nacional; episodio histórico que lleva al nacimiento de la Constitución Política de 1991.

Según las consideraciones del Decreto 1926 de 1990, la convocatoria a la Asamblea Nacional se debe a la búsqueda de reincorporar a la vida civil a diversos actores del conflicto armado, en aras de lograr la estabilidad institucional del país, lo que se ve traducido en el clamor popular que reclama el fortalecimiento del orden público. Apunta la mencionada disposición normativa:

[...] es evidente que la convocación de una Asamblea Constitucional facilita la reincorporación de grupos alzados en armas a la vida civil, puesto que antiguos grupos guerrilleros, como el M-19, manifestaron como elemento trascendental para ese significativo paso, la posibilidad de participar en el seno de una Asamblea Constitucional y que otros grupos alzados en armas han manifestado formalmente su intención

de acogerse al régimen civil por medio de su integración al proceso de cambio institucional a cargo de la Asamblea Constitucional, entre ellos el EPL, el Quintín Lame y el PRT. (Presidencia de la República, Decreto Ley 1926, 1990).

De conformidad con lo referido en las consideraciones del Decreto 1926 de 1990, el clamor popular legítimamente expresado, se tradujo en el conteo de la “séptima papeleta” ordenado por el Decreto 927 del 3 de mayo de 1990. En mención del Decreto 1926 de 1990, se expuso:

Que desde el pasado 11 de marzo, ante la grave situación de perturbación del orden público, se registró legítimamente un clamor popular para que las instituciones fueran fortalecidas, para que el Estado pudiera disponer de instrumentos suficientes para restablecer el orden público turbado y para que las instituciones recobraran su plena legitimidad y eficacia indispensables para alcanzar la paz;

Que posteriormente, el Gobierno Nacional dictó el Decreto Legislativo número 927 del 3 de mayo de 1990, por medio del cual se facultó [sic] a la Organización Electoral para contabilizar los votos depositados el 27 de mayo en favor de la convocación de una Asamblea Constitucional. (Presidencia de la República, Decreto Ley 1926, 1990)

La anterior descripción evidencia una situación de clamor popular que reclamaba una reestructuración de las instituciones sociales y políticas con el objetivo de acoplar la Constitución a las necesidades del país en la década de los noventa. En esta situación surge la convocatoria a la Asamblea Nacional que pretendía reformar la decimonónica Constitución de 1886.

A lo anterior, se le debe sumar el contexto de violencia, que incluía las masacres perpetrada por grupos al margen de la ley, el asesinato de candidatos presidenciales en la campaña electoral de 1990, la toma del Palacio de Justicia ocurrida en 1985, la escalada de la guerra contra el narcotráfico, el genocidio de los militantes de la Unión Patriótica, las marchas estudiantiles y el clamor vertido en la contabilización de la séptima papeleta. Todo esto, llevó a que la Asamblea Nacional Constituyente se erigiera como expresión del poder constituyente (Palacio Palacio, 2013, p.444).

En medio de la situación de excepción y la coyuntura que vivió Colombia en la década de 1990, y con un papel protagónico de la CSJ, se logra la manifestación del poder constituyente. De esta forma, la CSJ, en Sentencia

del 9 de diciembre de 1990, entiende este entramado de hechos como un llamado de la Nación para reformar o derogar la Carta Política de 1886.

En el desarrollo del control constitucional sobre el Decreto Legislativo 1926 de 1990, la CSJ realiza el análisis de la situación fáctica por la cual atravesaba Colombia, y siguiendo el clamor popular, adelantó el estudio sobre el alcance del concepto de poder constituyente, según el cual:

Siendo la nación el constituyente primario y teniendo ella un carácter soberano, del cual emanan los demás poderes, no puede tener otros límites que los que él mismo se imponga, ni los poderes constituidos pueden revisar sus actos.

[...] Cuando la Nación, en ejercicio de su poder soberano e inalienable, decide pronunciarse sobre el estatuto constitucional que habrá de regir sus destinos, no esta [sic] ni puede estar sometida a la normatividad jurídica que antecede a su decisión. El acto constituyente primario es en tal sentido, la expresión de la máxima voluntad política, cuyo ámbito de acción por su misma naturaleza, escapa a cualquier delimitación establecida por el orden jurídico anterior y, por ende, se sustrae también a todo tipo de juicio que pretenda compararlo con los preceptor [sic] de ese orden. (Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sent. 138, 1990)

En la argumentación presentada por la CSJ se observa la predilección por la teoría de Sieyès, esto basado en la naturaleza ilimitada del acto constituyente primario. Acto que es representativo de la condensación de la voluntad política de regir sus relaciones de poder por medio de una normatividad, sin que la anterior normativa sujete su construcción. Aduce, pues, la CSJ:

No escapa a la Corte la trascendencia y alcance de la decisión que ahora profiere y los riesgos que algunos señalan en forma premonitoria; pero también considera que dentro de la tradición política y jurídica de la República que arranca desde los albores de la Independencia, existe un plexo de convicciones y principios que legitiman la validez del sistema democrático y que de seguro obligaran a los ciudadanos a proceder con la mas [sic] elevada responsabilidad, y a la Asamblea Nacional Constitucional a interpretar las necesidades y esperanzas de la Nación que tiene derecho a buscar nuevos caminos que garanticen un mejor proyecto de vida de normal convivencia, paz, libertad y justicia social. (Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sent. 138, 1990, oct. 9)

Asimismo, la CSJ arguye la estelaridad del acto constituyente de donde emana la legitimidad del orden constitucional, expresado en un ejercicio democrático. Es este, pues, un proceso en el cual los ciudadanos deciden el camino a tomar respecto a su proyecto de vida como sociedad, orientado en los valores esenciales que el pueblo ha conservado para su devenir político.

En conexión con los argumentos de la CSJ, se deduce el contenido del poder constituyente al calificarse como una ficción racional que define su futuro jurídico con base en la decisión adoptada por la voluntad política de la Nación. De acuerdo con Jorge Iván Palacio (2013), el pronunciamiento de la CSJ fue vital para la consolidación de la Carta Política de 1991, dado que, por medio de una amplia argumentación basada en los desarrollos de Alexander Hamilton y Emmanuel Sieyès, consolida un momento de coyuntura nacional para entender la situación como momento fundacional de un orden jurídico. Según los derroteros adoptados por el órgano judicial, la Nación en ejercicio de su poder soberano e inalienable, decide sobre el estatuto constitucional que debe regir sus destinos, por lo cual no está sometida a ninguna normatividad jurídica (p.444).

No obstante lo expuesto, la riqueza argumentativa de la sentencia de la Corte Suprema no se queda solo en la decisión mayoritaria, sino que también en el salvamento de voto se dilucida un fuerte debate sobre la quimera del entendimiento francés de la noción de poder constituyente. En el razonamiento de los magistrados que se han apartado de la decisión mayoritaria, la noción de poder constituyente no es universal y se encuentra al servicio de intereses políticos particulares. Citando *in extenso* el salvamento de voto, se aduce:

El problema por resolver que dio origen al trajinado concepto del “constituyente primario” y que aparece resuelto en el artículo [sic] 3° de la famosa Declaración y en la aplicación dada por la Constitución de 1791 fue planteado en el seno de la Asamblea por el abate J.E. Sieyès [sic], quien advirtió el peligro de adoptar la tesis de la soberanía popular, sumamente conocida, comprendida y aceptada por la parte mas [sic] conspicua de la filosofía política francesa. La soberanía popular significaba entregar a todos y a cada uno de los ciudadanos la capacidad de elegir y ser elegidos y, al mismo tiempo, de reconocer para las clases desposeídas un inmenso e incontrolable poder que ponía en verdadero peligro la subsistencia del orden burgués recién conquista-

do. De ahí que manifestara, para sentar las bases de su propuesta, que la mayor parte de los ciudadanos carecían de la instrucción, la disponibilidad y el interés necesario para decidir sobre los asuntos públicos. Semejante realidad obligaba, en primer lugar, a diseñar un régimen representativo para ejercer el poder de la Nación mediante la elección de voceros por ciudadanos activos reunidos en asamblea primaria, que reunieran ciertas calidades, tuvieran rentas, no fueran domésticos ni servidores, etc.; es decir, no pertenecieran a las clases populares de Francia.

Para llegar a esta solución Sieyes [sic] desechó la soberanía popular y opto [sic] por la antitética “soberanía nacional”, que es “una indivisible, inalienable e imprescriptible. Ella pertenece a la Nación, ninguna sección del pueblo, ni individuo alguno, puede atribuirse su ejercicio”. La propuesta implicó crear un concepto distinto de los mismos individuos, porque en el caso de la soberanía popular o fraccionada, el poder pertenece al con junto de ciudadanos, cada uno de ellos titular de una “fracción de la soberanía”. J.J. Rousseau decía que en esta teoría “si una sociedad esta [sic] formada por 10.000 ciudadanos, cada uno de ellos posee la diezmilésima parte de la soberanía”. Ese singular concepto es el de “Nación”. A la pregunta de que es la Nación, Sieyes contestó indicando que es un cuerpo de asociados que viven bajo una ley común, formado por el derecho natural y representado por una misma legislatura. Ella existe antes que todo, es el origen de todo, su voluntad es siempre legal y ella es la ley misma. Sobre ella no hay más que el derecho natural. “Una asociación política, escribió, es la obra de la voluntad unánime de los asociados; su establecimiento es el resultado de la voluntad de la pluralidad...”.

En tales términos la Nación es un cuerpo separado de los individuos mismos que la componen. Es un epifenómeno extraído de la mente de los políticos para atribuirles el poder de definir, a su arbitrio, como [sic] y en cuales circunstancias se ejerce la soberanía. Por ello nadie, individualmente considerado, puede atribuirse su ejercicio, y por ello mismo sus voceros tienen la potestad de señalar quienes participan en el cuerpo electoral, quienes son ciudadanos activos, por tener compromisos ciertos con el régimen, y quienes no lo tienen por carecer de rentas, cultura, etc. De esta manera el razonamiento condujo a una distinción genial del abate: el poder constituyente y el poder constituido. Allí triunfó la solución que discriminó al pueblo francés y le entregó el control de la revolución a la burguesía. La diferencia permitió acordar un cuerpo constituido con poderes excepcionales y dictatoriales.

Fue la legalización revolucionaria de la Asamblea. La Constitución de 1791 es el documento que prueba para la historia estos hechos. (Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sent. 138, 1990, oct. 9).

Los magistrados que han suscrito el salvamento de voto denuncian la ambigüedad y vaguedad del concepto “poder constituyente”, el cual se convierte en una fórmula amplia para legitimar los cambios sociales, políticos y económicos de la sociedad, y ponerse al servicio de intereses particulares, bajo el argumento de la voluntad ilimitada y absoluta de la Nación. Al final, el viraje conceptual resulta frívolo, dado que la voluntad primaria termina en cabeza de un sector privilegiado, cuando se invoca como titular a la Nación, por ejemplo, en el proceso revolucionario, los burgueses tomaron la bandera de la Nación para hacerse con el poder del país galo.

A pesar de los puntos de vista disímiles sobre el entendimiento y la titularidad del poder constituyente, lo cierto ha sido que con la jurisprudencia citada de la CSJ se abrió el camino para el nacimiento de la Asamblea Nacional Constituyente.

En el marco de la vigencia de la Constitución Política de 1991, y con la aparición en escena de la CC como guardiana y suprema intérprete de la Carta, la discusión sobre el alcance del poder constituyente y el poder de reforma ha servido para determinar los procedimientos de reforma constitucional y además, con el avance jurisprudencial, para establecer una serie de límites y competencias que el reformador no debe sobrepasar, so pena de desconocer la esencia de la Carta Política.

El primer acercamiento a la discusión se planteó en la Sentencia C-544 de 1992, providencia que alude a la competencia de la CC para realizar control judicial a la recién promulgada Constitución. El problema jurídico por resolver se basa en la posibilidad que tiene la CC para realizar control judicial a los actos del poder constituyente.

En la providencia en mención, se arguye la imposibilidad del Alto Tribunal Constitucional para llevar a cabo dicho examen. Si bien el artículo 241 de la recién nacida Constitución le otorga la competencia para realizar control constitucional, también genera una incompetencia para conocer los actos fundacionales que le han dado vida a la Carta Política. En otras palabras, el acto constituyente no tiene control, ya que es un momento de ruptura en el que predomina la eficacia del momento político, por ende,

el control por parte de un órgano constituido con referencia al accionar constituyente resulta improcedente por tratarse de una competencia de facto. Señala la cc en la Sentencia C-544 de 1992:

La Corte Constitucional, a partir de un análisis razonable del caso a la luz de los métodos de interpretación literal, subjetivo, sistemático e histórico, concluye que en este negocio concreto carece de competencia para pronunciarse sobre el fondo del mismo. La competencia de la Corte para estudiar actos reformatorios aprobados mediante asamblea nacional constituyente se refiere solamente a futuras reformas que se realicen a partir de la vigencia de esta Constitución, no a la reforma anterior que terminó con la expedición de la Carta de 1991. A la Corte le corresponde cumplir todas las funciones que la propia Constitución le fija, pero nada más que éstas, es decir se interpreta en forma restrictiva. Surge para la Corte, como órgano constituido [sic], una competencia y una incompetencia. La Corte Constitucional no es competente para conocer de las demandas acumuladas de la referencia. De hacerlo incurriría en un abuso del poder, ya que ejercería funciones que el constituyente primario no le ha atribuido [sic]. Es por ello que proferirá sentencia inhibitoria. No es posible, pues, atacar judicialmente la Constitución Política de Colombia, ora per se, ora el acto de su promulgación. (Corte Constitucional, Sala Plena, sent. C-544, 1992).

El análisis jurisdiccional concluye que el accionar de la Asamblea Constituyente es un ejercicio democrático en el cual el poder soberano, en cabeza del pueblo, se ha pronunciado respecto a la creación de un orden constitucional con determinados valores y principios que rigen el sistema jurídico emergente. La aparición del poder constituyente es la reafirmación del poder absoluto que este ejerce, y es ilimitado. La validez de su producción no depende de un presupuesto normativo, sino de la voluntad política emanada de las circunstancias concretas de ruptura con el orden anterior.

En consecuencia, en desarrollo del ejercicio democrático en momentos de ruptura constitucional, emerge el poder constituyente, así, con base en el clamor popular y la autoconformación del pueblo, se presentan los elementos propicios para el nacimiento de la Constitución de 1991. Entiende la cc, en un primer acercamiento a la problemática, que el acto fundacional se orienta a la integración social para abarcar puntos de vista plurales que permitan la convivencia y la reestructuración del orden jurídico. Estas eventualidades son suprajurídicas y no existe sentido alguno en controlar el accionar del pueblo cuando se encuentra en dicha situación.

Posteriormente, se afianza la distinción jurisprudencial de las nociones de poder constituyente y poder de reforma con la finalidad de imponerle límites al segundo en mención. Es así, como mediante la aparición de la doctrina de la sustitución y la aceptación de la existencia de elementos esenciales que dotan de identidad a la Carta Política, la cc define el concepto de poder constituyente como ilimitado y el de poder de reforma como un poder restringido por la propia Constitución. En la Sentencia C-551 del 2003, el Alto Tribunal Constitucional afirma:

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 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. Así, varios ciudadanos demandaron en 1992 ciertos artículos de la Constitución de 1991. Esta Corte Constitucional, en la sentencia C-544 de 1992, MP Alejandro Martínez Caballero, recordó que *“el poder constituyente es el pueblo, el cual posee per se un poder soberano, absoluto, ilimitado, permanente, sin límites y sin control jurisdiccional, pues sus actos son político-fundacionales y no jurídicos, y cuya validez se deriva de la propia voluntad política de la sociedad”*. Y por ello la Corte concluyó que carecía de competencia para examinar esas demandas, pues la Constitución de 1991 había sido expresión del poder constituyente originario, en la medida en que *“la Asamblea Nacional Constituyente que expidió la nueva Constitución Política de Colombia fue un poder comisionado del pueblo soberano”*. (Corte Constitucional, Sala Plena, sent. C-551, 2003, julio 9).

La noción de poder constituyente, adoptada en esta oportunidad, parte de la noción desarrolla por Carl Schmitt y, posteriormente, complementada por Ernst Böckenförde, quienes han depositado en el acto constituyente un poder fáctico e ilimitado, de orden prejurídico, que lleva a la consolidación de la decisión política fundamental en la que se funda el ordenamiento jurídico (Böckenförde, 2000, p.162). Si bien el planteamiento de los teóricos alemanes se inspira en las ideas de Sieyès, estos dejan de lado la

idea de Nación y plantean más bien como titular del poder constituyente al soberano, para el caso colombiano es este el pueblo en virtud del Preámbulo y del artículo 3 de la Constitución de 1991.

En esa misma línea, la teoría de Carl Schmitt toma más fuerza cuando la C.C. desarrolla las nociones de poder de reforma y límite competencial, esto debido a las fronteras de los poderes constituidos en el ejercicio de la revisión constitucional. En la Sentencia C-551 del 2003, la cc arguye:

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 Constitucional en dichos eventos se está frente al ejercicio de un poder derivado y, por lo mismo, limitado por la propia Constitución. (Corte Constitucional, Sala Plena, sent. C-551, 2003, julio 9).

La descripción hecha por la cc arroja como resultado la limitación del poder de reforma, el cual se debe ceñir a lo dispuesto por la Carta Política para llevar a cabo los determinados procedimientos de revisión constitucional. Sus límites se encuentran en la órbita competencial del órgano reformador, el cual no puede sustituir ni derogar la Carta Política, esto con base en la existencia de pilares fundamentales o elementos esenciales que dotan de identidad un determinado orden constitucional. En otras palabras, el órgano reformador no puede desconocer la decisión política fundamental que irradia de identidad a la Constitución. Postura plasmada en la Sentencia C-141 del 2010 del Alto Tribunal:

El poder constituyente originario tiene por objetivo el establecimiento de una Constitución, está radicado en el pueblo y comporta un ejercicio pleno del poder político, lo que explica que sus actos son fundacionales, pues por medio de ellos se establece el orden jurídico, por lo que dichos actos escapan al control jurisdiccional. A diferencia del poder constituyente originario, el poder constituyente derivado, secundario o de reforma se refiere a la capacidad que tienen ciertos órganos del Estado para modificar una Constitución existente, pero dentro de los cauces determinados por la Constitución misma, de donde se desprende que se trata de un poder establecido por la Constitución y que se ejerce bajo las condiciones fijadas por ella misma, de manera que, aunque es poder constituyente, se encuentra instituido por la Constitución, por lo que es derivado y limitado, así como sujeto a controles.

[...] El poder de reforma o poder constituyente derivado, por su parte, se refiere a la capacidad que tienen ciertos órganos del Estado de modificar una Constitución existente, pero dentro de los cauces determinados por la Constitución misma, por lo que se trata de un poder establecido por la Constitución, que se ejerce bajo las condiciones fijadas por la misma que comprenden competencia, procedimientos, etc., siendo en consecuencia derivado, limitado y sujeto a controles. (Corte Constitucional, Sala Plena, sent. C-141, 2010).

A manera de colofón, el cenit argumentativo de la cc se centra en las limitaciones del poder de reforma y la competencia que tiene el Alto tribunal para controlar judicialmente las reformas constitucionales por vicios competenciales. Para ello profundiza en la noción schmittiana de la decisión política fundamental y los elementos definitorios de la Constitución, siendo estos los ámbitos de competencia del poder constituyente; mientras que el poder de reforma solo puede introducir modificaciones que no desvirtúen la identidad de la Constitución.

No obstante, resultan particulares las nociones que adopta la cc para ejercer el control de constitucionalidad vía judicial sobre los actos reformativo. Esto debido a la argumentación a partir de Carl Schmitt, quien predicó oposición al control vía judicial, y se lo atribuía al soberano.

En consecuencia, el poder constituyente no tiene límite alguno pues este es el llamado a crear la Constitución en un momento cero o fundante (Aguiló, 2004, p.118) en el cual el pueblo en ejercicio de su soberanía,

en concordancia con el preámbulo constitucional, ha decidido darse una organización política y social.

La amplia descripción realizada sobre el poder constituyente orienta a mostrar las diversas posturas que existen sobre tal particular, lo cual lleva a la ambigüedad y a la vaguedad del concepto. De igual forma, para subsanar las deficiencias de la expresión del poder constituyente, se debe ceñir el estudio a la decisión adoptada por la CC para comprender el fenómeno de los elementos esenciales en el ordenamiento jurídico colombiano.

Para la Corte Constitucional colombiana, según la Sentencia C-544 de 1992, la Constitución Política de 1991 es el resultado de situaciones fácticas particulares que han funcionado de forma armónica en los procesos políticos y jurídicos en la expresión constituyente. Esto lleva a la manifestación del clamor popular en la toma de la decisión política fundamental emanada del pueblo, la cual es ilimitada y absoluta. La adopción doctrinaria de la CC respecto a lo planteado por Carl Schmitt delimita el entendimiento que debe jugar la protección constitucional en el examen de control judicial de la reforma.

Si bien la definición de poder constituyente por parte de la CC surge de la necesidad de defender la existencia de límites implícitos en la Constitución de 1991, con la finalidad de poner control al poder de reforma, su sustento argumentativo parece un oxímoron doctrinario, que funda la defensa judicial del ordenamiento jurídico en un autor como Schmitt, quien en sus planteamientos denotaba una férrea oposición al control judicial, cuando otorgaba esa función al soberano. Asimismo, el entendimiento de la CC sobre el poder constituyente con base en la postura schmittiana ha servido para defender la idea de un poder ilimitado, absoluto e indivisible que toma la decisión política fundamental que contiene la axiología de la Constitución, todo lo cual establece los pilares esenciales de la Carta Política, los cuales deben ser protegidos por el Alto Tribunal Constitucional colombiano.

Poder de reforma constitucional

El debate suscitado alrededor del alcance político-jurídico del poder constituyente y del poder de reforma es uno de los problemas fundamentales de la teoría constitucional, dada su relación con la fina línea que separa el derecho de la política.

La aparición del poder constituyente se presenta en situaciones extraordinarios, igual que sus condiciones de preexistencia y supervivencia (Carbonell, 2005, p.373), lo que lleva a considerar su aparición en momentos de revolución, de forma fáctica, en búsqueda de la consolidación de proyectos de creación de Estados por medio del nacimiento de una Constitución. El surgimiento del poder constituyente responde, entonces, a acontecimientos desprendidos de momentos políticos propicios para la ruptura del orden constitucional.

En este sentido, el poder constituyente se agota en el acto constituyente identificado en la situación colectiva de soberanía popular, el cual sirve como norma de autorreconocimiento de lo vertido en la Constitución y su posterior desarrollo legal (Ferrajoli, 2011, p.158). En el acto constituyente se dicta una Constitución en la cual se plasman deseos y decisiones políticas, lo que refleja la prescripción de una serie de deberes que surgen de la relación del pueblo constituyente y las instituciones políticas implementadas, las relaciones orgánicas entre instituciones, las relaciones jurídicas entre el pueblo y los órganos instituidos, las relaciones políticamente representativas entre las funciones de gobierno y las personas gobernadas, y las relaciones entre funciones públicas y terceros (p.163). En pocas palabras,

el acto constituyente por medio del cual se dicta la Constitución instaura en ella competencias, deberes, facultades y derechos de los poderes constituidos en una entramada red de relaciones que limita el poder y garantiza los derechos fundamentales en el marco de la unidad política evidenciada en el corpus normativo superior.

No obstante, los mandatos constitucionales, a pesar de predicar una vocación de permanencia, pueden no concordar con las necesidades políticas y sociales de un momento determinado, por lo que se hace menester la modificación, por medio del poder de reforma, para lograr la correspondencia entre la estructura legal y la estructura social (Loewenstein, 1976, p.164). Con esto se evita la separación completa entre lo jurídico y lo real. Tal ejercicio reformativo es llevado a cabo por órganos constituidos que se encuentran sujetos a lo que establece la Constitución Política, y, por ende, su accionar se basa en un procedimiento reglado y limitado (Carré de Malberg, 2001, p.1173). Por lo cual, su ejercicio se encuentra reglado y ordenado por la Constitución, debido a que la naturaleza de sus actos se desprende de un acto jurídico y no político —*res facti non juris*— (De Vega, 1985, p.65).

En virtud de la distinción planteada, realizamos un acercamiento teórico de las funciones y limitaciones jurídicas del poder de reforma, las cuales han sido impuestas por la Constitución por medio de procedimientos y mecanismos rígidos para la modificación de la Carta Política.

2.1. Funciones de la reforma constitucional

Bajo la afirmación de que el poder constituyente de hoy no puede sujetar al poder constituyente del mañana, contenida en el artículo 28¹ de la Constitución francesa de 1793, se entrevén las funciones de actualización constitucional que implica el poder de reforma, toda vez que resulta inconveniente la petrificación constitucional al desconocer los procesos políticos, económicos y culturales por los cuales transita una sociedad, y se genera así un divorcio entre la realidad y el derecho. Por ello, el poder

1 Artículo 28 de la Constitución francesa de 1793: “Un pueblo siempre tiene el derecho a revisar, reformar y cambiar su Constitución. No puede una generación sujetar a sus leyes a las generaciones futuras”. (Cámara de Diputados de México, s. f., en línea).

de reforma está llamado a hacer conversar la realidad política con lo regulado por la Constitución y, a su vez, a llenar los vacíos que el constituyente dejó.

2.1.1. Acoplamiento de la Constitución a la realidad política

Como se ha mencionado, una de las principales funciones de la reforma constitucional es evitar el divorcio entre los procesos políticos y la Constitución.

A pesar de la vocación de permanencia que contiene las regulaciones constitucionales, estas no pueden desconocer la variabilidad de las situaciones fácticas y políticas en el acontecer social (Carbonell, 2005, p.373). Sin embargo, esto no debe significar que en cada cambio político se haga necesaria una modificación constitucional, sino que esta debe proceder cuando el divorcio entre la dinámica política y el texto constitucional se haga evidente; es decir, cuando la realidad ya no responde a las normativas. La asunción de las contingencias históricas de la separación planteada es la que desemboca en la reforma constitucional, pero esto no quiere decir que por medio del poder de revisión constitucional se pueda distorsionar la esencia de la Carta Política (Colombo Murúa, 2011, p.154).

La reforma constitucional es una garantía de continuidad cuya función es el acoplamiento de las normativas superiores con la realidad; esto evita que la Constitución se convierta en un mero proyecto histórico. La revisión constitucional vía reforma procura la supervivencia de la estructura básica de la sociedad (De Vega, 1985, p.67).

2.1.2. Colmar las lagunas constitucionales

La elaboración del poder constituyente no escapa de los problemas racionales y de las incertidumbres que debe afrontar la Carta Política en el futuro; por lo tanto, al poder soberano no le ha sido dado, gracias a la limitación humana, regular todos los casos que se pudiesen presentar. Así, el poder de revisión constitucional está llamado a colmar las lagunas dejadas por el constituyente cuando representan un entorpecimiento del normal funcionamiento del proceso político (Loewenstein, 1976, p.172).

Las lagunas que se presentan en el texto constitucional pueden ser de dos tipos: las lagunas descubiertas son aquellas en las que el poder constituyente era consciente de la necesidad de la regulación jurídico-constitucional de determinado tema, pero que por diversas razones omitió hacerlo por considerarlo inoportuno; y, las lagunas ocultas son aquellas que parten de la imposibilidad de prever cierta circunstancia en el momento de la creación constitucional, las cuales serán colmadas a futuro por el poder de reforma (Carbonell, 2005, p.374).

Las lagunas constitucionales, entonces, solo son visibles con el paso del tiempo. A pesar de que la formulación del texto superior devenga de supuestos fácticos particulares que pretenden continuidad, el poder constituyente no puede prever todos los cambios sociales que se suscitan en un Estado particular; son situaciones que no se pueden colmar con una simple analogía o con una interpretación extensiva. De ello se desprende la función de la reforma constitucional como mecanismo idóneo para colmar las lagunas que aparezcan en la estructura constitucional, toda vez que el poder de reforma tiene la capacidad de evaluar política y jurídicamente el elemento que haga comulgar la afinidad entre la realidad y la normatividad (Jellinek, 2006, p.73).

2.2. Rigidez constitucional

El problema de la rigidez constitucional se conecta con la pretensión de estabilidad y continuidad de la Carta Política frente a los embates del devenir histórico (Bryce, 1988, p.85). Asimismo, se intenta sustraer la Constitución a la manipulación de intereses particulares de los gobiernos de turno que puedan afectar lo esencial de su contenido (De Otto, 2015, p.59).

Esta discusión de antaño trae consigo la distinción entre las constituciones flexibles y las constituciones rígidas. Las primeras hacen alusión a las que tienen un procedimiento de reforma ordinario, esto es, igual a la modalidad de reforma de las leyes, además de ser normativas dotadas de elasticidad que permiten adaptarse a las necesidades sociales (Bryce, 1988, p.26). Por su parte, las rígidas denotan la existencia de una Constitución como ley fundamental o suprema, que dada su posición jerárquica cuenta con un procedimiento diferenciado de reforma, habilitado para garantizar su perdurabilidad (p.64).

Con base en estas distinciones, para Riccardo Guastini (2001) existen cuatro tipos de Constitución en referencia a su procedimiento de reforma: (i) la Constitución petrificada, en la cual se expresa la exclusión de la modificación o reforma; (ii) la Constitución ambigua, donde no se dispone nada sobre la reforma; (iii) la Constitución rígida, que prevé un procedimiento agravado para la reforma; y, finalmente, la Constitución flexible en que la reforma constitucional tiene un procedimiento legislativo ordinario (pp.179-180).

Según estas clasificaciones, se predica rigidez constitucional cuando se cuenta con un régimen jurídico especial para la reforma de la Carta Política, diferenciado del procedimiento ordinario de las leyes (Guastini, 2001, p.179), con la finalidad de mantener la permanencia constitucional. Igualmente, la garantía que brinda la rigidez constitucional se centra en la necesidad de acoplar la Constitución a la realidad política dentro de la continuidad de la Carta, evitando con esto que la Constitución sea objeto de intereses partidistas o se encuentre al servicio de mayorías políticas en determinados momentos históricos (De Vega, 1985, p.88). Por ello, es necesaria la existencia de un procedimiento agravado que limite el uso de la reforma constitucional, para blindar así la esencia constitucional.

La Constitución cuenta con rigidez diferenciada con respecto a otras normativas del ordenamiento jurídico, dada la naturaleza del hecho que le ha dado nacimiento, esto es, su conexión directa con un momento de ruptura que ha llevado a la configuración de un nuevo orden. La perdurabilidad de una Constitución depende de las garantías que la rodean, mecanismos que aseguren su condición de inquebrantable, al protegerla de modificaciones precipitadas (Jellinek, 2006, p.25).

En busca de asegurar la continuidad de las prácticas constitucionales y la perdurabilidad de los precompromisos racionales adoptados por el poder constituyente, las constituciones de carácter rígido han adoptado mecanismos de protección (Aguiló, 2004, p.114), como lo es un sistema de procedimiento agravado para permitir su continuidad.

De conformidad con un procedimiento agravado de reforma, la Constitución Política y las normativas reglamentarias del ejercicio de la reforma constitucional optan por mecanismos que dificultan la modificación de la normativa superior, de tal suerte que diseñan el cómo, el cuándo, el quién

y el porqué de la reforma (De Vega, 1985, pp.87-88). Como resultado de lo anterior, los diversos plexos normativos adoptan en la regulación de las reformas constitucionales que estas deben ser aprobadas por mayorías cualificadas, con unos procedimientos más lentos y con mayor número de debates, al igual que —en algunos casos— una ratificación vía voto popular, además de limitar la presentación de proyectos de reformas a entes colegiados como el Congreso, a un determinado porcentaje del censo electoral o a un órgano asambleario especial que tenga como única misión llevar a cabo la reforma constitucional. Todo esto implica una serie de barreras para dificultar el ejercicio de reforma, de manera que se garantice la continuidad de la Carta Política (Jaramillo Giraldo, 2013, p.323).

Cabe precisar que la existencia de límites y del procedimiento agravado de reforma son la manifestación de la rigidez constitucional; no obstante, en la actualidad, gracias a la materialización de las constituciones y su posicionamiento como la norma de mayor jerarquía en los ordenamientos jurídicos, la distinción entre constitución flexible y constitución rígida no tiene lugar; por su particularidad, lo pertinente es afirmar que una constitución contiene un mayor o menor grado de rigidez, esto según la complejidad presente en el procedimiento de reforma (Guastini, 2001, p.187).

Finalmente, cabe anotar la objeción democrática que recae sobre la rigidez constitucional. Gloria Patricia Lopera Mesa (2004) explica, que la existencia de mecanismos que hacen imposible la reforma o dificulten en extremo el ejercicio de los pueblos del presente de reformar las decisiones fundamentales de un sistema con el fin de adaptarse a las exigencias de la actualidad conlleva a la dificultad del ejercicio de la democracia y puede imponer la tiranía del pasado (p.40). No obstante, la existencia de una rigidez gradual en los procedimientos de reforma y la introducción de una redacción ambigua permiten la adaptación de la Carta Política a las necesidades actuales, sin que ello afecte la continuidad constitucional y la participación democrática (Aguiló, 2004, p.126).

En síntesis, las constituciones en un Estado social y democrático de derecho cuentan con diversos grados de rigidez que permiten asegurar la continuidad de la decisión política fundamental, y para ello introducen una serie de procedimientos agravados o de límites al ejercicio del poder de reforma, que constituyen una serie de obstáculos al poder de reforma, de manera que se evita la manipulación del ejercicio de la reforma para

intereses particulares, además de significar un bloqueo al constitucionalismo abusivo² (Landau, 2015, p.22)

2.3. Límites al poder de reforma

La teoría de los límites, según Jaramillo Giraldo (2013), puede rastrearse desde los planteamientos liberales de la división de poderes definida por Montesquieu, quien esgrimía la necesidad de diseñar un sistema de frenos y contrapesos que garantizara la libertad y evitara la arbitrariedad del poder (p.319). Ideas estas que llevan a la comprensión de la bifurcación entre poder constituyente y poder constituido, propuesta por Sieyès en aras de la limitación de las reformas constitucionales al servicio de la protección de los derechos básicos de los particulares (Carré de Malberg, 2001, p.1192).

Así, el poder de reforma como poder constituido solo puede actuar dentro de su órbita de competencia definida por la Constitución Política, por lo tanto, solo puede proceder dentro de lo que se le confiere, en un proceso que no permite la destrucción de sus propios presupuestos, lo que lo convierte en un ejercicio de legalización y no de transformación revolucionaria (De Vega, 1985, pp.236-237).

Los límites al ejercicio de poder de reforma revisten, pues, unos obstáculos que restringen la constante utilización de la competencia reformativa de la Constitución (Colombo Murúa, 2011, p.29). Los límites se circunscriben, desde una óptica formal, a observar el cómo y el quién desarrolla la reforma; también se puede adoptar una posición material, cuando también se pregunta por el qué se reforma (Jaramillo Giraldo, 2013, p.313).

La teoría de los límites a la Constitución toma aliento a partir de los postulados de Carl Schmitt, con los cuales es preciso distinguir las leyes fundamentales de las leyes constitucionales para definir la órbita de competencia de los poderes constituidos en el ejercicio de la reforma constitucional, dado que ningún órgano constituido podría destruir los pilares fundamentales de la Constitución (Colón-Ríos, 2013a, pp.115-116).

2 Concepto utilizado por el autor David Landau (2015) para describir la situación en la que se realiza un uso desmedido de la reforma y la sustitución constitucional para deformar su naturaleza y estructura básica, con el fin de socavar la democracia, y colmar intereses particulares (p. 17).

De acuerdo con esta descripción, el poder de reforma tiene múltiples límites en su ejercicio de configuración normativa, los cuales se desarrollan a continuación.

2.3.1. Límites heterónomos

Se entienden como los límites impuestos desde afuera de la Constitución, esto es, asignados desde el ordenamiento internacional (Colombo Murúa, 2011, p.30). En el ámbito del continente americano, se predica como límite heterónimo del poder de reforma lo dispuesto por la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José) y demás tratados que versen sobre derechos humanos. Los países miembros de dichos tratados deben respetar, en el marco de la reforma constitucional, el parámetro de convencionalidad o de armonización de la Constitución, que se convierten en una barrera infranqueable para los poderes constituidos (Jinesta, 2012, p.16).

2.3.2. Límites autónomos

Se trata de los límites que son impuestos desde el mismo ordenamiento constitucional interno, los cuales pueden ser expresos o tácitos (Colombo Murúa, 2011, p.30). El entendimiento de estos límites no reviste mayor grado de complejidad, dado que son los que la misma Constitución le impone a su reforma.

2.3.3. Límites temporales

El objetivo de este tipo de límites radica en darle una duración determinada a la obra erigida por el poder constituyente, sin que ello signifique que estos límites sean cláusulas pétreas (Ramírez Cleves, 2003, p.57). Para Karl Loewenstein (1976), este periodo de espera para realizar una modificación constitucional tiene como finalidad darle a la Carta Política la posibilidad de aclimatarse, y a la Nación de familiarizarse con ella (p.188). Como ejemplo de estos límites se encuentran las restricciones de reforma a las constituciones que emergieron a partir de la Revolución francesa, para lograr el tránsito entre monarquía y liberalismo. En el caso estadounidense se prohibió que el artículo quinto de su Constitución fuera some-

tido a enmienda hasta el año 1808, tal enmienda versaba sobre el tráfico de esclavos entre Estados y la proporcionalidad de los impuestos directos (Colombo Murúa, 2011, p.33).

2.3.4. Límites circunstanciales

Estos límites buscan restringir el ejercicio de la reforma constitucional cuando se encuentra perturbada la discusión democrática (Ramírez Cleves, 2003, p.61), es decir, en momentos de excepción, de regencia o de guerra, cuando las circunstancias no son propicias para adelantar un debate democrático que lleve a un consenso en la reforma constitucional. La aparición de dichos límites solo responde en las circunstancias e instrumentos de que disponga cada Constitución, en los cuales queda vetado todo ejercicio de reforma constitucional, para resguardar así la totalidad del régimen constitucional y no solo un contenido determinado.

2.3.5. Límites lógicos

En la estructuración sistemática de la Constitución se puede hallar una paradoja o el problema de la autorreferencia con la reforma constitucional de las disposiciones que versan sobre el procedimiento de revisión, en donde inicialmente, se predica que dicha normativa es presupuesta y no sujeta a ninguna modificación, por entenderse esta instancia como una competencia de norma superior (De Vega, 1985, p.281). En otros términos, para la reforma de cualquier asunto es necesario que una disposición normativa superior disponga de los elementos y procedimientos que lleven a la modificación de los preceptos. En el caso del procedimiento de reforma constitucional, en el que las constituciones tienen los mecanismos y procedimientos para dicho ejercicio, no podría haber modificación de las disposiciones constitucionales de reforma toda vez que no existe una norma superior que autorice su reforma, lo que llevaría a una paradoja de autorreferencia (Ramírez Cleves, 2003, pp.62-63).

2.3.6. Límites explícitos o cláusulas pétreas

Son los límites que se encuentran incorporados textualmente en el corpus constitucional (Guastini, 2001, p.188), los cuales están sujetos a la inter-

pretación textual de la disposición; de modo que estos límites son prohibiciones instituidas que condicionan el ejercicio del poder de revisión respecto a una materia determinada (De Vega, 1985, p.244). Un ejemplo de ello se encuentra en el artículo 79 de la Ley Fundamental de Bonn, la cual consagra la cláusula de intangibilidad poniendo por encima la carta de derechos que responden a la protección de la dignidad humana, además de que establece la intangibilidad del régimen federal alemán.

El objetivo de los límites explícitos radica en la positivización de ciertos valores que el poder constituyente ha determinado como fundamentales e inmodificables para los poderes constituidos. Para Loewenstein (1976), estas medidas adoptadas en la Constitución se orientan a proteger una serie de instituciones constitucionales (intangibilidad articulada), al sustraerlas del ejercicio de revisión por medio de una prohibición jurídico constitucional (p.189).

El alcance de estos límites puede ser absoluto, cuando en ninguna circunstancia de tiempo, modo o lugar puede ser modificada en su contenido ni la cláusula en sí, esto en aras de mantener la estabilidad del orden constitucional. También tiene un alcance relativo, cuando por vía de un doble procedimiento constitucional, se permite la modificación material o textual de la cláusula según el deseo o la necesidad de cambio constitucional (Colombo Murúa, 2011, pp.36-43).

La importancia de los límites explícitos o cláusulas de intangibilidad reside en la protección de los valores definitorios de la Constitución, esto es, en integrar una serie de valores materiales que son el objeto de protección por parte del sistema constitucional, en respuesta al compromiso político vertido en la Constitución (De Vega, 1985, p.250). Asimismo, estos límites logran atar el poder de revisión al garantizar la supremacía constitucional de ciertas normas, y permitir así la inconstitucionalidad de reformas constitucionales.

2.3.7. Límites implícitos o elementos esenciales inmanentes

Como su nombre lo señala, estos límites no son deducibles por medio de la interpretación textual de la Carta Política, sino que son el resultado de una deducción o inferencia de los presupuestos constitucionales (De Vega, 1985, p.242).

Los límites implícitos son elaboraciones doctrinarias que por medio de la interpretación constitucional, indican zonas excluidas de revisión, ya que estas construcciones contienen la esencia misma de la Constitución y del Estado (Ramírez Cleves, 2003, p.85).

2.4. La reforma constitucional en el plexo normativo colombiano

El poder constituyente colombiano contempló un sistema de reforma constitucional que incluye mecanismos de participación popular y asegura la participación de diversos órganos en el ejercicio de la revisión constitucional. Esto se encuentra visible en la redacción del título XIII de la Carta Política colombiana y en su artículo 241, normativas que recogen los mecanismos de reforma constitucionales como el control judicial realizado por la Corte Constitucional (cc) por vicios de procedimiento en la formación de la revisión constitucional.

En el plexo normativo vernáculo se establecen tres mecanismos de reforma constitucional: el acto legislativo, el referendo (aprobatario o derogatorio) y la Asamblea Nacional Constituyente. En los procedimientos de reforma, el constituyente no previó cláusulas pétreas en el ordenamiento; no obstante, sí le confiere a la cc la competencia para realizar control judicial por vicio de procedimientos de formación en el acto reformatorio (Palacio Palacio, 2013, p.445). Resume la cc en la Sentencia C- 699 del 2016:

La Constitución, sin incluir en ella el Acto Legislativo 1 de 2016, prevé tres mecanismos de reforma: acto legislativo aprobado por el Congreso, referendo constitucional y asamblea nacional constituyente. Los actos legislativos se tramitan por iniciativa que puede provenir del Congreso, la ciudadanía, el Gobierno o los organismos representativos del orden territorial, deben tener ocho debates y dos vueltas, solo pueden discutirse y aprobarse en periodos ordinarios y consecutivos, en la segunda vuelta los cuatro debates deben contar con mayoría absoluta y tienen control constitucional por acción posterior a su promulgación (cp, arts 241-1, 374 y 375). El referendo constitucional debe estar precedido de una ley convocatoria, cuya iniciativa tienen los ciudadanos o el Gobierno, que debe ser aprobada por mayoría absoluta de ambas Cámaras, susceptible de tramitarse por regla en cuatro debates, surtir un control de constitucionalidad automático por vicios de procedimiento, si lo supera

someter una consulta al pueblo, que en la consulta participe más de la cuarta parte del censo electoral y que la mayoría de sufragantes apoye la reforma, caso en el cual podrá haber control constitucional posterior por demanda (CP, arts 241- y 2, y 378). La asamblea nacional constituyente requiere asimismo una ley, con iniciativa ciudadana o institucional, aprobada por la mayoría absoluta de ambas cámaras que consulte al pueblo si quiere convocarla con o sin la competencia, el periodo y la composición que ella determine; ley que debe someterse a control constitucional automático por vicios de procedimiento; si lo supera se realiza la consulta, para la aprobación de la cual se exige un apoyo a la convocatoria de “cuando menos, una tercera parte de los integrantes del censo electoral”; si esto se logra vendría la elección de los delegatarios; y si la asamblea tenía competencia limitada, sus actos se pueden sujetar a control constitucional mediante acción pública (CP, arts. 155, 241-1 y 2, y 376). (Corte Constitucional, Sala Plena, sent. C-699, 2016, dic.3).

Igualmente, a los tres mecanismos existentes, se les debe agregar la existencia transitoria de un mecanismo especial de reforma constitucional denominado *fast track*, el cual fue introducido por el Acto Legislativo 1 del 2016, cuya finalidad era la implementación del Acuerdo de Paz entre el Gobierno nacional y las FARC-EP.

El diseño constitucional de los mecanismos de reforma pretende regular un sistema de cambio constitucional de corte semirrígido, al abandonar la fórmula rígida establecida en el artículo 218 de la Constitución de 1886 y abrir así la posibilidad del debate democrático en el proceso de reforma constitucional. Igualmente, los mecanismos de reforma estipulados en la Constitución de 1991 deben estar en consonancia con los principios del Estado social y democrático de derecho (artículo 1), la soberanía popular (artículo 3) y la supremacía constitucional por medio de la protección judicial y la garantía de reforma constitucional (artículo 4) (Ramírez Cleves, 2005, pp.442-443).

2.4.1. Acto legislativo

La Constitución establece al acto legislativo como mecanismo de reforma constitucional en el artículo 375. Dicha modalidad de revisión se encuentra en cabeza del Congreso de República, que cuenta con un procedimiento especial de creación más complejo que el que requiere una ley ordinaria (Ramírez Cleves, 2005, p.466).

El trámite de reforma constitucional vía acto legislativo presupone una competencia especial al Congreso de la República, el cual adopta funciones de órgano de revisión constitucional, lo que conlleva a un ejercicio diferenciado de sus competencias tradicionales (Ramírez Cleves, 2005, p.447). Por lo tanto, en el ejercicio de sus competencias, se limita a acoplar los contenidos de la Carta Política a lo que exige la realidad política, social y económica por la que atraviese el país en un determinado momento. Mas esto no significa que las competencias dadas al Congreso en este caso sean de índole fundacional.

El acto legislativo, como instrumento de reforma constitucional, se desarrolla bajo los presupuestos de deliberación, pluralismo y participación democrática, con ocasión de la competencia de reforma que el constituyente le ha otorgado al Legislativo debido a la expresión de la voluntad general, al ser este el centro de la deliberación de un Estado democrático. Sin embargo, esta figura de reforma constitucional puede ser utilizada por los gobiernos de turno que cuentan, eventualmente, con partidos de coalición y una mayoría cualificada, para permitir que las reformas constitucionales se encuentren al servicio de los intereses de las alianzas políticas, más que a las necesidades que exige el país.

Ahora bien, el acto legislativo como mecanismo constituido, cuenta con regulación sobre su trámite y regulación, desarrollado en el artículo 375 superior. Según tal disposición normativa la iniciativa para la presentación de un proyecto de acto legislativo se encuentra en cabeza del Gobierno nacional, diez miembros del Congreso, el treinta por ciento³ de los con-

3 Cabe advertir que, si bien la redacción del artículo 375 de la Constitución establece el veinte por ciento de los concejales o diputados para la presentación de proyectos de acto legislativo, existe una incongruencia con respecto a la exigencia de presentación de proyectos de ley, regulados por el artículo 155 superior, en el cual se les exige a las corporaciones mencionadas el apoyo de un treinta por ciento de sus miembros. La Corte Constitucional en Sentencia C-180 de 1994 ha resuelto la incoherencia en favor del treinta por ciento del apoyo de los concejales o diputados para la presentación de proyectos de acto legislativo, decisión basada en la jerarquía normativa que ostentan los proyectos de acto legislativo ante una eventual reforma constitucional, reza la providencia en mención:

Se declarará inexecutable la parte final en cuanto señala que, tratándose de iniciativa de acto legislativo el respaldo de concejales o diputados deberá ser del veinte por ciento (20%), toda vez que el conflicto planteado por la incongruencia sobre el monto del apoyo previsto en el artículo 155 (30%) y 375 (20%) CP., debe resolverse en favor de la observancia del 30%, pues pese a preverse en norma anterior, sin lugar a dudas, es el congruente con la jerarquía superior que ostentan los actos legislativos o reformatorios de la Constitución Política que, en razón al carácter estricto y rígido de la Constitución Colombiana, están sometidos a

cejales o diputados y/o el cinco por ciento del censo electoral, el Consejo de Estado (artículo 237-4) y el Consejo Nacional Electoral (artículo 265-4). Igualmente, dentro de sus prescripciones se regula el trámite que debe seguirse en el Congreso, el cual es comprendido en el interregno de dos periodos legislativos ordinarios. Frente a lo que se necesita en la discusión de aprobación o rechazo del acto legislativo, la cc en la Sentencia C-373 del 2016 arguye:

[...] Asimismo, prevé que el trámite de reforma en estos casos debe llevarse a cabo en dos periodos ordinarios y consecutivos. En el primero de los periodos se requiere, en cuatro debates, la aprobación de la mayoría simple de la Cámara y del Senado, al paso que en el segundo y en el mismo número de debates, se exige la aprobación por la mayoría absoluta. En adición a ello, se prescribe que una vez surtida la primera vuelta, el proyecto debe ser publicado por el Gobierno. Igualmente se establece que, en el segundo período, solo será posible debatir iniciativas presentadas en el primero. (Corte Constitucional, Sala Plena, sent. C-373, 2016, jul 13).

Asimismo, además de la regulación constitucional citada, el poder de reforma cuando se manifiesta vía acto legislativo, debe observar el Reglamento del Congreso de la República (Ley 5 de 1992), normativa que sistematiza el trámite, las sesiones y los principios que deben seguir los legisladores a la hora de producir un Acto Legislativo. Indica la cc en la Sentencia C-373 del 2016:

180. La Ley 5 de 1992 –Orgánica del Reglamento del Congreso– contiene entre los artículos 219 y 227 un grupo de reglas relativas al trámite de aprobación de las reformas constitucionales aprobadas por el Congreso. Así y entre otras (i) el artículo 221 prevé que los actos legislativos deberán cumplir el trámite señalado en la Constitución y en el Reglamento del Congreso; (ii) el artículo 224 dispone que dos periodos ordinarios y consecutivos comprenden una legislatura, el primero iniciando el 20 de julio y terminando el 16 de diciembre, al paso que el segundo empieza el 16 de marzo y concluye el 20 de junio; y (iii) el artículo 226 prescribe que en la segunda vuelta solo será posible el debate de iniciativas presentadas en la primera, prohíbe considerar las negadas en dicha vuelta y, adicionalmente, determina que podrán ser consideradas y debatidas

requisitos indudablemente más rigurosos y exigentes para su adopción que los requeridos por el ordenamiento constitucional para las leyes. (Corte Constitucional, Sala Plena, sent. C-180, 1994).

modificaciones o cambios a la institución política reformada, siempre y cuando ello no altere la esencia de lo aprobado. Finalmente, (iv) el artículo 227 prevé que las disposiciones previstas en el Reglamento del Congreso relativas al proceso legislativo ordinario serán aplicables al proceso de reforma constitucional adoptada por el Congreso, siempre y cuando no sean incompatibles con las regulaciones constitucionales. (Corte Constitucional, Sala Plena, sent. C-373, 2016).

En este orden de ideas, la producción normativa de un acto legislativo exige la aplicación sistemática de diversas normas, de índole constitucional y legal, contempladas en el título XIII de la Constitución, además de remitirse al artículo 157 superior y al artículo 144 de la Ley 5 de 1992 (respecto a la publicación del proyecto de acto legislativo); igualmente, debe prestar atención a las disposiciones que refieren a la preparación de la ponencia en proyecto en las respectivas cámaras en cada una de las vueltas legislativas y los términos aplicables entre cada debate (artículo 160 superior), el respeto a la unidad de materia, la consecutividad y la identidad flexible (artículo 158 de la Constitución y artículos 221 a 227 de la Ley 5 de 1992).

2.4.2. Referendo constitucional

Entre los diversos mecanismos de reforma constitucional planteados por el constituyente en la Carta Política de 1991, se encuentra el referendo constitucional regulado en los artículos 374, 377, 378 y 379 superiores. Dicho mecanismo de participación popular pretende poner en consideración de los ciudadanos una serie de reformas propuestas, quienes pueden aprobar o no la reforma. Asimismo, la regulación sobre el referendo constitucional tiene un desarrollo legal, que se encuentra regulado por la Ley Estatutaria de Mecanismo de Participación Ciudadana (1757 del 2015), en el Reglamento del Congreso de la República y en la Ley 134 de 1994.

La regulación constitucional contenida en el título XIII señala una diversa clasificación de referendos procedentes para la reforma constitucional. Así, la Carta Política contiene el referendo aprobatorio, el cual puede ser por iniciativa gubernamental o iniciativa popular, y el referendo facultativo cuando por medio de acto legislativo se reformen los derechos reconocidos en el capítulo 1 del título II de la Carta Política y sus garantías, los mecanismos de participación ciudadana y el Congreso.

2.4.2.1. Referendo aprobatorio de reformas constitucionales

El mecanismo de referendo aprobatorio se circunscribe como un mecanismo democrático, en el cual, el pueblo realiza control político con referencia a la posibilidad de la reforma constitucional (Ramírez Cleves, 2005, p.461). Se puede realizar de dos formas: la primera, por iniciativa gubernamental en que el electorado decide si rechaza o aprueba la propuesta presentada por el Ejecutivo; y la segunda vía que es un mecanismo de democracia participativa cuando la propuesta proviene de la iniciativa popular (p.461).

Entre los aspectos generales del referendo se encuentra que este se considera un acto complejo, el cual, desde el inicio del procedimiento hasta la aprobación de la ley que convoca al referendo, tiene vocación legal. En un segundo momento, cuando este es aprobado y tramitado por el control automático de constitucionalidad que lleva a cabo la cc, se convierte en un proyecto propiamente referendario cuya finalidad es ser aprobado o rechazado por el electorado (Ramírez Cleves, 2005, p.462). Igualmente, la cc señala la complejidad del acto del referendo aprobatorio en los siguientes términos:

La reforma constitucional por vía de referendo está conformada por **diversas etapas** que deben ser agotadas de manera sucesiva, en las cuales interviene no solo el Congreso de la república, expidiendo la ley que convoca al referendo, sobre la cual debe surtirse automáticamente el control de constitucionalidad, sino además, las **autoridades que conforman la Organización Electoral**; los ciudadanos que se pronuncian mediante el voto afirmativo, en número exigido por la Constitución; y finalmente, el Presidente de la República a quien le corresponde sancionar⁴ y publicar el acto legislativo respectivo. Se tra-

4 A raíz de la discusión legislativa del Proyecto de Acto Legislativo 07 de 2011 en el Senado y 143 de 2011 en la Cámara, la cual versaba sobre la denominada “Reforma a la Administración de Justicia”, se abrió el debate concerniente al alcance de las competencias del Presidente de la República para objetar por razones de inconstitucionalidad un proyecto de acto legislativo. La Corte Constitucional, en Sentencia C-524 del 2013 (citando la Sentencia C-474 del 2013), ha indicado, que en virtud de una interpretación extensiva de las competencias del Presidente y de la aplicabilidad de disposiciones normativas del trámite ordinario legislativo con respecto al trámite de proyectos de actos legislativos, que efectivamente el Presidente puede sancionar y objetar un proyecto de acto legislativo; arguye la cc en la citada sentencia:

Ahora bien, verificadas las reglas procedimentales señaladas en la Carta Política y el Reglamento del Congreso en el marco del proceso de formación de los proyectos de acto legislativo (arts. 375 CP y 218 a 227 de la Ley 5ª de 1992), se advierte que este requisito (la sanción) no está previsto expresamente para dicho trámite, ni tampoco fue considerado

ta por tanto de un acto jurídico complejo, en cuanto a su formación, por cuanto requiere de la intervención de diversas autoridades públicas. Todas estas actuaciones concurren a la conformación final del acto reformatorio de la constitución y constituyen pasos necesarios del trámite

en los debates que se dieron en el interior de la Asamblea Constituyente. En tal escenario surge la siguiente pregunta: ¿es posible considerar que existe la sanción gubernamental a los proyectos de acto legislativo?

Para este tribunal la respuesta es afirmativa.

En primer lugar, porque para el trámite de formación de los actos legislativos es el propio reglamento del Congreso (ley 5 de 1992) el que remite a las reglas del proceso de formación de la ley, en cuanto no sean incompatibles con las reglas constitucionales (art. 227), lo que no excluye dicha posibilidad sino que la autoriza al menos de manera implícita.

En segundo lugar, porque no se advierte incompatibilidad en que esa figura, propia del trámite ordinario, sea aplicable también para los actos legislativos, en la medida en que permite la intervención de otra autoridad diferente del Congreso en el proceso de formación de la voluntad reformatoria de enmienda constitucional; por el contrario, armoniza con el carácter deliberativo y participativo propio del Estado social de derecho, en tanto expresión de la soberanía popular.

En tercer lugar, porque la sanción no puede ser vista como un requisito de naturaleza formal en sentido estricto, sino como una manifestación del sistema de frenos y de contrapesos, toda vez que habilita al Presidente de la República para formular objeciones por razones de inconstitucionalidad e inconveniencia, sin que en modo alguno se entienda como un poder de veto.

Finalmente, porque si el artículo 48 de la Ley Estatutaria de mecanismos de participación ciudadana (ley 134 de 1994), declarada exequible en la Sentencia C-180 de 1994, contempla la sanción presidencial para los actos legislativos aprobados mediante referendo, mecanismo de reforma de la Carta en el que en su confección participa la triada Congreso-Corte Constitucional-Pueblo, a fortiori (en su modalidad *a maiori ad minus* -quien puede lo más puede lo menos-), ha de ser aplicable para las enmiendas constitucionales tramitadas por el órgano de representación popular.

En definitiva, para la Corte los actos legislativos son susceptibles de sanción gubernamental, por tratarse de una figura que no plantea incompatibilidad alguna con el proceso legislativo constituyente, lo que da cabida a la posibilidad de que el Presidente de la República formule objeciones. (Corte Constitucional, Sala Plena, sent. C-524, 2013).

Ahora bien, esta posición que toma la cc resulta desafortunada, toda vez que hace una interpretación extensiva de las competencias del Presidente de la República (las cuales exigen una interpretación restrictiva) con respecto a la posibilidad de objetar y sancionar los proyectos de acto legislativo. Lo anterior no es del todo aceptable, ya que el argumento *a simili* utilizado para extender la competencia no tiene una semejanza plausible derivada de la jerarquía que presupone el trámite de un acto legislativo. En otras palabras, no se puede predicar la competencia de sancionar y objetar un proyecto de acto legislativo por parte del Presidente, toda vez que el trámite es disímil con referencia a un proyecto de Ley, dadas las condiciones de deliberación, quórum y función de poder de reforma que exige el trámite de un acto reformatorio de la Constitución. La extensión de competencias de sanción y objeción a favor del Presidente genera más dudas que certezas.

de reforma constitucional vía referendo, sobre los cuales corresponde a la Corte Constitucional ejercer el control de constitucionalidad. (Corte Constitucional, Sala Plena, sent. C-141, 2010).

Definido el referendo aprobatorio como un acto complejo, se analiza el referendo por iniciativa gubernamental y el referendo por iniciativa popular. Como metodología de comprensión, en el apartado en el cual se examina el referendo por iniciativa gubernamental, se observa tanto la particularidad de la iniciativa gubernamental como la generalidad del trámite que se realiza para la aprobación de la ley de convocatoria de referendo. En el apartado que versa sobre la iniciativa popular, solo se analiza la particularidad de este, debido a que las generalidades del trámite legislativo ya han sido desarrolladas en el acápite del referendo aprobatorio con iniciativa gubernamental.

2.4.2.1.1. Referendo por iniciativa del Gobierno

Esta modalidad de referendo se encuentra regulada en el artículo 378 de la Constitución Política. El primer acercamiento realizado por la cc se desarrolla en la Sentencia C-551 del 2003, providencia que hace un análisis extenso de la Ley 796 del 2003, regulación presentada por el gobierno de Álvaro Uribe Vélez con la finalidad de introducir una notoria reforma política y económica en el orden constitucional.

En el primer acercamiento de la jurisprudencia constitucional al tema del referendo constitucional por iniciativa del Gobierno, la cc señaló una serie de reglas que se desprende de un análisis integral de la normativa reguladora del mecanismo de reforma en mención. Es así como desde el título XIII, la Ley 134 de 1994⁵ y el Reglamento del Congreso de la República, se concluye que el Ejecutivo no puede convocar de forma directa al referendo constitucional, dado que este debe ser citado mediante una ley que debe ser aprobada por la mayoría absoluta de ambas cámaras del Congreso de la República. Posterior a ello, el pueblo debe decidir libérrimamente si aprueba lo contenido en el referendo. De esta manera, el Alto Tribunal Constitucional, en Sentencia C-551 del 2003, puntualiza:

5 Cabe anotar que en el momento del análisis de constitucionalidad de la Ley 796 del 2003, la ley vigente que versaba sobre los mecanismos de participación ciudadana era la Ley 134 de 1994.

El artículo 378 de la Carta prevé entonces reglas precisas, que están encaminadas a evitar esos riesgos: de un lado, establece que el presidente no podrá convocar directamente a un referendo constitucional, pues éste debe ser convocado mediante una ley, que debe ser aprobada por la mayoría absoluta de los miembros de ambas cámaras. De otro lado, la Carta ordena que las preguntas sean presentadas de tal manera que la libertad del elector sea protegida, y éste pueda escoger libremente qué vota positivamente y qué vota negativamente. En tercer término, la Carta señala un umbral mínimo de participación para que las reformas propuestas sean aprobadas. Y, finalmente, la Constitución ordena que la Corte Constitucional, a quien corresponde la guarda de la integridad y garantía de la Carta (CP, art. 241), controle el acto de convocatoria (CP, art. 241 ord. 2 y art. 379). (Corte Constitucional, Sala Plena, sent. C-551, 2003).

La interpretación desarrollada por la CC permite asegurar la participación conjunta de las diversas ramas del poder público en la configuración de una reforma constitucional vía referendo por iniciativa gubernamental; es así como a partir de un proyecto de ley de convocatoria de referendo constitucional por parte del ejecutivo, se pone en movimiento el debate en el Congreso de la República, quien por medio de una ley especial formulará una serie de preguntas sobre las propuestas presentadas en el proyecto de ley para que sea el pueblo mediante el voto quien apruebe la reforma constitucional que ha sido puesta a su consideración; asimismo, la CC en sus funciones de guardiana de la Carta Política debe realizar un control previo a la votación del referendo en aras de proteger la supremacía de la Carta y la libertad del elector. En consecuencia, el ejercicio de la revisión constitucional por medio del referendo pone en relación las diversas ramas del poder, en aras de materializar la democracia.

Asimismo, la CC, en la Sentencia C-551 del 2003, enfatiza que la ley de convocatoria de referendo es una ley de carácter especial, lo que conlleva a la existencia de trámites diferenciados en el Legislativo para su producción normativa. Las exigencias particulares relatan en primer lugar la reserva de la iniciativa a favor del Gobierno; en segundo lugar, la iniciativa debe ser aprobada por la mayoría absoluta de los miembros de ambas cámaras del Congreso; en tercer lugar, se debe presentar el texto para garantizar la libertad del elector; en cuarto lugar, la presentación del texto de la convocatoria no significa *per se* la reforma constitucional, sino que la efectiva reforma se lleva a cabo cuando la ciudadanía aprueba el referendo en las

urnas; esto también es aplicable, en los tres últimos presupuestos, para el caso de referendo por iniciativa popular.

Con referencia a la posibilidad de hacer adiciones o modificaciones por parte del Gobierno a la ley de convocatoria de referendo, la CC indica que es viable que el Gobierno como impulsor del proyecto pueda adicionar o modificar las preguntas y el contenido de la propuesta de reforma constitucional, siempre y cuando respete ciertos límites de unidad de materia e identidad frente al contenido inicialmente presentado a consideración del Legislativo. En Sentencia C-551 del 2003, se precisa:

[...] Por todo lo anterior, esta Corporación reitera su doctrina, según la cual el Gobierno puede proponer modificaciones y adiciones a un proyecto que ya radicó, siempre y cuando éstas respeten la regla de unidad de materia y sean presentadas antes del cierre de la discusión en la comisión respectiva. Con todo, la Corte considera que la tesis del Procurador acierta en señalar que en las leyes de referendo existe un límite suplementario, que deriva de una interpretación que armonice la iniciativa reservada del gobierno, la necesaria publicidad que debe tener todo proyecto de ley con la regla de unidad de materia y los límites que tiene el Congreso para introducir modificaciones a la propuesta gubernamental. Este límite consiste en lo siguiente: después de presentado el proyecto, sólo se puede introducir modificaciones o adiciones que guarden una relación o conexidad razonable con los temas propuestos. El proyecto fija el marco definitivo dentro del cual pueden moverse el Gobierno y el Congreso y todo tema que lo desborde es inconstitucional. (Corte Constitucional, Sala Plena, sent. C-551, 2003).

En esta misma línea, el Congreso de la República durante el trámite respectivo de la ley especial de referendo también puede adicionar o modificar los artículos que se pondrán a consideración de la ciudadanía. En virtud del artículo 154 de la Carta Política, el Congreso de la República puede introducir modificaciones a los proyectos de ley presentados por el Ejecutivo, a ello se suma la cláusula de competencia general del Legislativo contenida en el artículo 150 de la Constitución, donde se prevé la libertad de configuración normativa. Además, no existe prohibición expresa que no permita la introducción de cambios por parte del Legislativo a un proyecto de referendo.

No obstante, la posibilidad de introducir cambios, por parte del Legislativo, en las preguntas o en los artículos propuestos en el referendo, cuenta

con límites que versan en torno a la materia del proyecto originario presentado por el Gobierno. En consecuencia, el Congreso de la República no puede introducir ningún tema que rompa con la unidad de materia inicialmente propuesta por el Ejecutivo. En la Sentencia C-551 del 2003, se predica:

Así, puede considerarse que la introducción de un tema sustancialmente distinto al del proyecto de reforma constitucional genera la violación del trámite o procedimiento establecido en el artículo 378 de la Constitución, pues en este evento se estaría desconociendo el querer del Gobierno, considerado titular legítimo de la atribución relativa a que el Congreso de la República se ocupe de debatir su propuesta y no aquella que, con temas diferentes, pueda aparecer durante el tránsito del proyecto por las Cámaras Legislativas. En este orden de ideas, toda propuesta presentada y aprobada durante el trámite del proyecto en el Congreso de la República, deberá corresponder a los temas que llevaron al Gobierno a formular la correspondiente iniciativa, pues de otra manera se desconoce el texto del artículo 378. (Corte Constitucional, Sala Plena, sent. C-551 del 2003).

Para culminar, el umbral de votos necesarios en el ejercicio del referendo constitucional debe superar el veinticinco por ciento del censo electoral. Por consiguiente, para la aprobación de las propuestas sometidas a votación, estas deben superar el cincuenta por ciento de los votos del total de sufragantes que acudieron a las urnas en la actividad electoral del referendo.

2.4.2.1.2. Referendo por iniciativa popular

En el segundo supuesto de la posibilidad de presentación de un referendo aprobatorio se encuentra la iniciativa popular de reforma constitucional, la cual cuenta con particularidades en el proceso inicial de convocatoria.

Cabe resaltar que, a pesar de la iniciativa popular para reformar la Constitución, este mecanismo sigue siendo parte del poder de reforma y no un llamado del pueblo en funciones del poder constituyente. Esto debido a que este mecanismo se encuentra sujeto a las particularidades de la regulación constitucional, según lo dispuesto en la Ley 134 de 1994⁶ y en la Ley 1757 del 2015, por lo tanto, esta disposición cuenta con límites constitucionales y legales.

6 Artículos 24, 27, 30, 38 y 42 de la Ley 134 de 1994.

Como se adujo, el mecanismo de reforma constitucional de referendo por iniciativa popular se caracteriza por tener una etapa inicial distinta a la convocatoria hecha por el ejecutivo. Primero, se debe cumplir con los requisitos de acreditación que contienen las normas específicas presentes en los artículos 103 y 155 de la Constitución, la Ley 134 de 1994 y la Ley 1757 del 2015⁷ para poder inscribir la iniciativa de referendo y con ello comenzar la recolección de apoyos financieros y de firmas correspondientes al cinco por ciento del censo electoral. Aduce la CC:

La **iniciativa popular** comprende, a su vez, el agotamiento de las siguientes etapas, las cuales serán descritas de manera detallada más adelante: (i) conformación de un Comité de Promotores; (ii) inscripción del Comité, previo respaldo del cinco por mil de los ciudadanos inscritos en el respectivo censo electoral, y de la solicitud de referendo; (iii) verificación de los anteriores requisitos; (iv) entrega al vocero del Comité, por parte de la Registraduría, del formulario de suscripción de apoyos; (v) recolección de apoyos equivalentes al 5% del censo electoral vigente; (vi) verificación del cumplimiento de los referidos apoyos ciudadanos; y (vii) expedición, por parte del Registrador Nacional, de las certificaciones de que tratan los artículos 24 y 27 de la LEMP. En este orden de ideas, sólo después de haberse agotado todas y cada una de las anteriores fases podrá presentarse la iniciativa legislativa ante la secretaría de una de las Cámaras del Congreso, como señala el artículo 30 de la LEMP.

En este orden de ideas, siendo la fase de la iniciativa (i) la primera que debe surtir en el tiempo; (ii) una de las más importantes por cuanto los ciudadanos avalan la conformación de un Comité de Promotores; (iii) manifiestan su apoyo a un texto de articulado específico y concreto de reforma constitucional; y (iv) al mismo tiempo configura una más entre las diversas y sucesivas etapas que debe agotar el trámite de una reforma constitucional vía referendo, le corresponde al juez constitucional verificar si aquella se encuentra afectada por algún vicio, en los términos del artículo 241.2. Para tales efectos, la competencia de la Corte se extiende a revisar si, en el trámite de la iniciativa popular se preservaron los principios constitucionales orientadores de los mecanismos de participación ciudadana, al igual que el texto de las leyes estatutarias que los desarrollan. (Corte Constitucional, Sala Plena, sent. C-141, 2010).

Como se observa, el trámite inicial de convocatoria a referendo aprobatorio por iniciativa popular tiene una serie de requisitos extras con referen-

7 Artículos 4 a 7, 9, 10 y 18 a 21 de la Ley 1757 del 2015.

cia a la iniciativa gubernativa. No obstante, el diseño presentado por el constituyente responde a las necesidades de democracia participativa y de respeto al pluralismo político que encarna la iniciativa popular.

2.4.2.2. Referendo derogatorio

La Constitución Política en el artículo 377 prevé la figura del referendo derogatorio cuando una reforma constitucional afecte los derechos reconocidos en el capítulo 1, título II y sus garantías, los mecanismos de participación popular (artículo 103) y el Congreso (título IV). Este referendo es de orden facultativo y solo puede ser solicitado dentro de los seis meses siguientes a la promulgación del acto legislativo que reforma dichos supuestos, por el cinco por ciento de los ciudadanos que integran el censo electoral nacional.

Para Sierra Porto, citado por Ramírez Cleves (2005), este tipo de referendo tiene como finalidad la protección de minorías parlamentarias y de mayorías sociales que no se ven reflejadas en la reforma constitucional, además de exigir un mayor consenso en unas materias determinadas. Asimismo, el deseo del constituyente de erigir este referendo parece indicar la aspiración de proteger ciertos contenidos de la Constitución considerados de suma importancia (pp.477-478).

2.4.3. Asamblea Nacional Constituyente

El mecanismo de la Asamblea Nacional Constituyente se encuentra previsto en el artículo 376 de la Constitución Política. La particularidad de este es la delegación de competencia de reforma constitucional que realiza el Congreso de la República, por medio de una ley, a una corporación *ad-hoc* (Ramírez Cleves, 2005, p.453).

Las competencias de la Asamblea Nacional Constituyente, dada su particularidad de corporación *ad-hoc*, solo pueden ser ejercitadas por un lapso transitorio y circunstancial (Naranjo Mesa, 1995, p.341). Asimismo, por el tiempo en el cual sean conferidas sus funciones reformativas, se suspende el ejercicio de revisión constitucional del Congreso de la República (Ladino Giraldo, 2010, p.16).

Cabe indicar que la iniciativa para la presentación de la ley que convoca a la Asamblea Nacional Constituyente, por medio de una lectura exegética del artículo 376 de la Constitución, recae en el Congreso de la República. Igualmente, esta ley debe ser aprobada por la mayoría de los miembros de las cámaras del Congreso, y en su contenido se debe estipular el periodo de funcionamiento, además de contemplar las materias en las cuales tendrá competencia (Ramírez Cleves, 2005, p.457).

Luego de la expedición de la ley que convoca a la Asamblea Nacional Constituyente, esta debe ser aprobada vía consulta popular, consulta que se debe llevar a cabo de forma independiente a cualquier acto electoral que perturbe su normal funcionamiento. Además, el umbral de aprobación se encuentra con el voto afirmativo como mínimo de un tercio del censo electoral, siempre y cuando este voto represente la mayoría de los sufragantes (Ramírez Cleves, 2005, p.458).

El paso a seguir en la aprobación de la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente vía consulta popular consta de la elección de los miembros que conformarán la asamblea. El procedimiento de elección de los miembros se realiza con base en lo dispuesto en el artículo 263 de la Constitución Política, que adopta el sistema de cociente electoral. Asimismo, una vez electos los miembros, la asamblea deberá darse su propio reglamento, el cual debe ser estructurado con base en los principios democráticos y el respeto a las minorías (Ramírez Cleves, 2005, p.458).

Finalmente, este mecanismo de reforma constitucional cuenta con control automático ejercido por la CC, según lo dispuesto en los artículos 241-2 y 379 de la Constitución Política.

2.4.4. Procedimientos de reforma vía fast track

Durante la administración del presidente Juan Manuel Santos Calderón (2010-2018), se llevó a cabo la negociación de paz con la guerrilla de las FARC-EP, para lograr la terminación del conflicto armado con ese grupo insurgente. Este proceso de paz tuvo como resultado los puntos de acuerdo de La Habana y, con su posterior modificación, el acuerdo de Bogotá, firmado el 24 de noviembre del 2016.

Como resultado, se pactaron una serie de condiciones políticas que deben transformarse en garantías consignadas en la Constitución Política; para

alcanzar la materialización de lo establecido, además de garantizar la reincorporación de los miembros de la guerrilla de las FARC-EP a la población civil. Para ello se introdujo una reforma constitucional, el Acto Legislativo 1 del 2016, con la intención de tener un procedimiento legislativo más ágil y expedito para la plasmación jurídica de los acuerdos alcanzados en el proceso de paz; este mecanismo se denominó *fast track*.

El Acto Legislativo 1 del 2016 introduce un procedimiento especial de reforma constitucional, que busca agilizar el trámite de la revisión constitucional cuando se tiene como finalidad la implementación del Acuerdo de Paz. Según lo prescrito en el artículo 1 transitorio de dicha reforma constitucional, la iniciativa para la presentación de actos legislativos de temas referentes a la integración de lo pactado en el proceso de paz será de competencia exclusiva del Ejecutivo.

Dada su naturaleza jurídica, los proyectos de ley o de acto legislativo que sean tramitados por medio del procedimiento especial serán de orden prevalente frente a los demás asuntos debatidos por el Congreso de la República. El primer debate se surtirá en sesión conjunta de las comisiones constitucionales permanentes respectivas; el segundo debate se realizará en la plenaria de las cámaras, como lo señala el artículo 1 del Acto Legislativo 1 del 2016.

Asimismo, tal acto legislativo prescribe que la aprobación de los actos legislativos será por mayoría absoluta; el trámite de los proyectos de estos será de una sola vuelta de cuatro debates y con un tránsito de ocho días entre una y otra cámara. Con ello se reduce a la mitad el tiempo de trámite de la reforma constitucional vía acto legislativo. También se podrá tramitar en sesiones extraordinarias.

Se reguló, inicialmente, que las reformas de los proyectos de ley y de acto legislativo deben tener el aval del Ejecutivo, además de ser aprobados en su totalidad por votación en bloque. Supuestos que han sido declarados inexecutable por la cc en la Sentencia C-332 del 2017, providencia en la cual se arguye que para garantizar la deliberación democrática y el pluralismo del Congreso de la República, el Poder Legislativo debe contar con la competencia suficiente para modificar los proyectos de acto legislativo bajo las condiciones prescritas constitucionalmente, además de garantizar la expresión del voto individual de los congresistas con respecto a las reformas constitucionales que giren en torno a la implementación de los

Acuerdos de Paz suscitados con las FARC-EP; con ello se pretende evitar que el Congreso de la República se convierta en un mero notario de lo acordado y que no haya una concentración de poder en el órgano Ejecutivo.

Aunado a lo anterior, la razón para declarar la inconstitucionalidad de la votación en bloque y la autorización de la modificación solo mediante aval del Ejecutivo, se afianza en la invasión de las funciones del Legislativo por parte del Ejecutivo, al impedir llevar a cabo un debate suficiente en donde exista el consenso adecuado para la producción normativa. Para sostener la afirmación anterior, la CC realiza un razonamiento orientado a desentrañar la amplitud temática que contienen los Acuerdos de Paz, y, por ende, se deduce allí que el Gobierno cuenta con una extensa iniciativa legislativa para lograr la implementación de lo acordado, lo que lleva a una concentración de poder que rompe con el equilibrio de la separación de poderes. En aras de salvaguardar las funciones del Legislativo, el Alto Tribunal Constitucional, en la Sentencia C-332 del 2017, contempla:

En cuanto al primer aspecto, se observa que en las hipótesis en que la Constitución prevé la reserva de iniciativa gubernamental, se trata de asuntos precisos y circunscritos, que por lo mismo tienen una incidencia también específica en el amplio margen de configuración legislativa de que es titular el Congreso. En cambio, el Acuerdo Final es un documento amplio, que cubre los ejes de (i) el desarrollo agrario integral; (ii) la participación en política, en particular de los integrantes de los grupos armados en armas; (iii) el fin del conflicto armado; (iv) el problema de las drogas ilícitas; (v) los derechos de las víctimas; y (vi) la implementación, verificación y refrendación de los acuerdos. En este sentido, dicho acuerdo político cubre una multiplicidad de materias, todas ellas tendientes a la fijación de acciones dirigidas a la superación del conflicto armado, lo cual es un asunto que va mucho más allá que el cese de la actividad armada, sino que pasa necesariamente por la regulación de variados ámbitos del orden jurídico. (Corte Constitucional, Sala Plena, sent. C-332, 2017).

En cuanto a la amplia competencia de iniciativa gubernamental en temáticas propias del Acuerdo de Paz pactado con las FARC-EP, cabe precisar que se trata de múltiples materias a regular, tanto en el plano constitucional como en el legal, para lograr implementar lo convenido. Debido a ello, el poder de reforma ha optado por realizar un proceso rápido que facilite la materialización de lo pactado y garantice la consolidación de la paz. No

obstante, al introducir el procedimiento de creación normativa la condición de iniciativa gubernamental, la votación en bloque y la modificación con aval gubernamental, según la cc, se produce un exceso de competencia que cercena la libertad de debate en el Congreso, al desconocer el ejercicio dialéctico y la confrontación de ideas. En consecuencia, para proteger la separación de poderes, se ha optado por declarar inconstitucional el voto en bloque y la modificación con el solo aval del Ejecutivo, sin que ello afecte la eficacia del procedimiento de reforma por vía *fast track*. Arguye el Alto Tribunal en la Sentencia C-332 del 2017:

Por último, la Corte señala que aceptar la posibilidad que el Congreso introduzca modificaciones a las iniciativas planteadas por el Gobierno, incluso sin contar con su aval, no modifica las previsiones que ordenan el debate legislativo y le otorgan racionalidad y eficiencia. Por lo tanto, amparado en el ejercicio de su competencia deliberativa, el legislativo no puede actuar de manera tal que la discusión de las iniciativas opere como un mecanismo para el bloqueo institucional. Ello conforme con las consideraciones anteriormente planteadas, las cuales demuestran que la deliberación del poder legislativo debe tender necesariamente a la debida conformación de la voluntad democrática de las cámaras y no a obstaculizar la expresión de la misma, a través de mecanismos fundados en el abuso de dicha competencia deliberativa. En este contexto, si bien queda a salvo la competencia del Congreso para determinar los medios que permitan alcanzar los fines del acuerdo, en todo caso, como ya se advirtió, es preciso insistir en que la salvaguarda del debate parlamentario no puede incluir prácticas que se consideren abusivas o irrazonables conocidas como filibusterismo.

En consecuencia, el Congreso debe ser respetuoso de las diferentes previsiones que regulan el ejercicio de la función legislativa, como son (i) la definición de términos y condiciones para la deliberación y las votaciones; (ii) el requisito de conexidad entre el Acuerdo y las fórmulas jurídicas que se derivan del proceso de implementación normativa; y (iii) las reglas sobre validez constitucional, las cuales prohíben al Congreso de la República introducir modificaciones que contraríen la Carta Política. (Corte Constitucional, Sala Plena, sent. C-332, 2017).

No obstante, la decisión de la cc no resulta pertinente, dado que el efecto que trae la imposibilidad de la votación en bloque y la posibilidad de variación de los proyectos legislativos sin aval gubernamental, es el desconocimiento de lo acordado en el proceso de paz y la lentitud en la deliberación

que conlleva el debatir artículo por artículo, temática por temática. En consecuencia, el *fast track* pierde gran parte de su virtud, la eficacia y la prontitud de la implementación del Acuerdo de Paz.

De igual manera, la reforma constitucional señala que el control judicial de los actos legislativos se realizará de forma automática por parte de la cc. En suma, el término para su revisión se reduce a un tercio del término ordinario y con imposibilidad de ser prorrogado.

Para la cc, la implementación de un mecanismo expedito para la producción de actos legislativos en la creación normativa que permita la concreción de lo acordado en el proceso de paz no representa un reemplazo de la resistencia variable de la reforma constitucional; toda vez que este procedimiento especial solo rige a partir de una condición excepcional que no repercute en la identidad de la Carta Política. Señala el Alto Tribunal Constitucional, en la Sentencia C-699 del 2016:

Si bien el Acto legislativo 1 de 2016 autoriza al Congreso para producir actos legislativos en una sola vuelta con cuatro debates, esta es una pieza funcional dentro de un procedimiento especial de reforma con otros engranajes. Cuando todas las piezas del mecanismo se articulan puede observarse que: (i) su objetivo es lograr la paz, fin imperioso del orden constitucional a la vez que un modo de conservar su integridad, lo cual es a su turno lo que busca garantizarse con el principio específico de rigidez contemplado en la Carta de 1991; (ii) constituye un mecanismo especial, excepcional y transitorio de reforma, que adiciona un procedimiento a los previstos en las cláusulas de enmienda constitucional, que no son intangibles; (iii) dentro del marco de la reforma, los procedimientos de expedición de actos legislativos y de leyes se diferencian entre sí por sus distintos niveles de dificultad; y (iv) fuera del Acto Legislativo, el mecanismo especial de enmienda constitucional mantiene el nivel de resistencia al cambio de las normas constitucionales por encima del de las leyes, no petrifica las cláusulas de reforma de la Constitución, no suprime ni reduce la diversidad en los mecanismos de enmienda o sus formas de activación, ni tampoco equipara el poder constituyente a la competencia de revisión constitucional. Estas variaciones en modo alguno reemplazan por uno distinto el principio de resistencia constitucional relativa, variable, diversa y funcionalmente diferenciada. Por el contrario, se ajustan al marco constitucional preexistente. De manera que no encuentra la Corte un vicio de competencia por sustitución. (Corte Constitucional, Sala Plena, sent. C-699, 2016).

En consecuencia, la introducción de un procedimiento especial para la reforma constitucional vía acto legislativo tiene como base un hecho y una finalidad excepcional como lo es la materialización jurídica de lo acordado. Así, gracias a la finalidad de alcanzar la paz, se limita el objeto de los proyectos de acto legislativo que se pretenda tramitar por este tipo de procedimiento, sujetándolo solo a temas que tengan conexión con lo convenido.

A manera de colofón, la introducción de un procedimiento especial de reforma constitucional como el pretendido por el *fast track* resulta innovador en el ordenamiento jurídico colombiano. Primero, porque se encuentra en el quebranto de la paradoja de autorreferencia (límite lógico), dado que se han superado los límites lógicos de la reforma constitucional, al modificar los presupuestos del procedimiento de revisión constitucional; esto se ha logrado al introducir una variable en la ecuación lógica, esto es, al contemplar la variable de la transición y la obtención de la paz que permite la posibilidad de reformar las normas procedimentales de revisión constitucional en aras de la obtención de valores superiores.

Y, segundo, porque constituye la implementación de un proceso raudo que acorta los términos de aprobación y los debates de la reforma, al solo contemplar una vuelta para su trámite. Asimismo, el control automático por parte de la CC dota de cierta garantía de respeto hacia lo acordado en el proceso de paz. Además implica la existencia de un blindaje a lo acordado, al proscribir la posibilidad de reformar los acuerdos por un lapso de tres periodos presidenciales.

Teoría de los límites implícitos: la búsqueda de la identidad constitucional

Para comprender la teoría de los límites implícitos, se hace necesario distinguir los ámbitos de competencia de producción normativa del poder constituyente y del poder de reforma. Para ello, es atinente tener presente lo expresado por Joel Colón Ríos (2013a): “la idea poder de reforma, como poder constituido, no incluye el poder de producir cambios de una naturaleza tan fundamental que requieran el ejercicio del poder constituyente” (p.124). Por lo tanto, la discusión sobre los elementos esenciales gira en torno a la identidad constitucional, la cual solo podrá ser modificada por el poder constituyente en un momento fundacional.

El ámbito competencial de producción normativa del poder de reforma lleva consigo una limitación de orden axiológico que impone el poder constituyente. Esta limitación radica en la identificación de los denominados elementos esenciales de la Constitución, los cuales dotan de identidad a la Carta Política al ser el reflejo de las decisiones políticas fundamentales y los valores que inspiraron al poder constituyente.

Los elementos esenciales que contienen rasgos identitarios de la Constitución se pueden encontrar descritos de forma explícita en el corpus normativo. Cuando ello ocurre, nos encontramos ante una denominada cláusula de intangibilidad o pétrea, que prohíbe su modificación vía reforma constitucional.

Ahora bien, los elementos esenciales también se encuentran definidos de forma implícita, y allí el intérprete autorizado de la Constitución juega un

rol fundamental, al ser este el llamado a definir, describir y limitar los rasgos definitorios de la norma superior. Para cumplir con la función descrita, según Guastini (2001), el intérprete autorizado debe acudir a diversas técnicas hermenéuticas para deducir qué elementos configuran un rasgo identitario de la Carta excluido al ámbito de competencia de producción normativa del poder de reforma (p.188).

En esta línea expositiva, para Gonzalo Ramírez Cleves (2003), la teoría de los límites implícitos lleva consigo el deseo de la continuidad constitucional que —a pesar de la existencia de modificaciones que se puedan dar en pro de una regeneración normativa según las necesidades actuales de la comunidad— se apreste para la perduración de la identidad de la Carta Política; por ello, la elaboración de los límites implícitos conduce a un trabajo doctrinario el cual, por medio de la interpretación, arroja cláusulas que contienen la esencia misma de la Constitución y, como consecuencia, se encuentran vedadas del ejercicio de reforma constitucional (pp.83-85).

De igual forma, como lo pone de relieve Karl Loewenstein (1976), los límites implícitos al poder de reforma responden a una prohibición que se basa en el *telos* o la finalidad de la Constitución, sin que para ello haya una definición textual en el corpus normativo (p.189); la sujeción al *telos* de la norma corresponde a la inminente inmunidad de valores ideológicos fundamentales e inherentes de la Constitución, que están allí tácitamente (p.192). Por ello, toda enmienda constitucional debe acoplarse a dichos presupuestos ideológicos y axiológicos so pena de inconstitucionalidad.

En el mismo sentido, Pedro de Vega (1985) conecta la idea de los límites implícitos materiales con el principio de soberanía popular, ya que a partir de dicho principio se establecen los valores que enmarcan la columna vertebral del sistema jurídico, además de concurrir con la ideología política que ha legitimado la Constitución (pp.283-285). Es así como el poder de reforma no puede desconocer los límites implícitos, toda vez que, la reforma constitucional busca la continuidad de la identidad de la Carta definida por el poder constituyente, de donde se deduce el resto de los supuestos y contenidos del ordenamiento jurídico.

Con la finalidad de la comprensión del problema de los límites implícitos y la definición de los elementos esenciales o pilares fundamentales que otorgan identidad a una determinada Constitución política, en el presente

capítulo se realiza un análisis tomando como punto de partida los postulados de la decisión política fundamental planteada por Carl Schmitt, en razón de elaboración presentada por el autor alemán encaminada a la distinción sobre las decisiones adoptadas por el poder constituyente y por el poder de reforma.

Para complementar los postulados de Schmitt, el estudio de los elementos esenciales de la Constitución debe ir de la mano por lo que desarrolla el italiano Costantino Mortati, quien, por medio de la elaboración del concepto de Constitución material, determina los elementos esenciales de la Constitución al partir del fin político de la Constitución originaria.

Asimismo, Jon Elster pone de presente la teoría de los precompromisos que nacen de las constituciones políticas como mecanismos de contención de la irracionalidad y de las pasiones que irradian los procesos políticos a la hora de las enmiendas constitucionales. Frenos que serán introducidos a la Carta Fundamental por medio de cláusulas que determinan su identidad.

Finalmente, las teorías en mención son útiles para poner de presente el análisis y la construcción jurisprudencial realizado por la Corte Constitucional Colombiana para la elaboración del control judicial en aras de determinar la inconstitucionalidad de una determinada reforma constitucional; esto, al definir un pilar fundamental de la Constitución que le sirva de sustento para delimitar la competencia del poder de revisión, el cual no podrá destruir ni sustituir la Constitución.

3.1. La decisión política fundamental

La teoría presentada por Carl Schmitt gira en torno a la separación de la Constitución material de la Constitución formal, distinción que parte de la concepción de la decisión política fundamental adoptada por el poder constituyente. Esto es una expresión que lleva implícita la voluntad política que ha sido adoptada para significar la unidad de forma y contenido de la vida política y jurídica de un determinado Estado.

Para Schmitt, existe una bifurcación competencial entre el poder constituyente y el poder de reforma, siendo este último limitado por las decisiones del primero, al excluir de su ámbito de competencia la modificación de as-

pectos fundamentales que afecten la organización política de la sociedad (Agudelo Ibáñez, 2015, p.131).

Para definir lo esencial de una Constitución, y por ende lo excluido de modificaciones propuestas por el poder de reforma, Schmitt recurre a la decisión política fundamental, entendida como el eje transversal del sistema normativo, que expresa así la voluntad del poder constituyente.

Reafirma Schmitt (2000), la decisión política fundamental es de exclusiva competencia del poder constituyente, una voluntad que está por encima y al lado de la Constitución, y que no puede ser desconocida por el poder de reforma (p.120). Como se ha reiterado, el efecto útil de la distinción se halla en la limitación competencial del poder constituido, quien no puede derogar, suprimir o quebrantar dicha decisión.

Ahora bien, el contenido de la decisión política fundamental es definido por los presupuestos ideológicos y axiológicos que rodean al soberano en el momento en el cual se condensa la voluntad que ha fijado la unidad de forma y modo de la existencia política. En el caso de la teoría constitucional de Schmitt, al estudiar la Constitución de Weimar, la decisión política fundamental recae en los presupuestos del Estado liberal burgués. Ergo, la identidad constitucional se definía en un sistema de libertades, reconocimiento de derechos y separación de poderes (Slagstad, 2001, p.132).

La decisión política fundamental supone una limitación a las competencias reformativas de la Constitución, la cual se puede expresar por medio de cláusulas de intangibilidad expresas o por medio de la existencia de elementos esenciales formulados implícitamente; límites orientados a la protección de la voluntad de unidad y forma política dada por el poder constituyente, en aras de la continuidad del espíritu y la ideología de la normativa superior.

Esta teoría ha sido adoptada en diversos ordenamientos jurídicos, por medio de decisiones judiciales, para controlar las reformas constitucionales con la finalidad de proteger la identidad de la Constitución. Uno de los países que adoptó esta propuesta teórica fue la India, por medio del Tribunal Supremo en las sentencias *Golaknath vs. Punjab* (1967) y *Kesavananda vs. Kerala* (1973). Allí, el órgano jurisdiccional de la India adopta la noción de la decisión política fundamental como fundamento de la estructura básica del Estado para determinar la posibilidad de declarar

la inconstitucionalidad de enmiendas a la Carta Política, a pesar de la inexistencia de cláusulas pétreas, ya que el Parlamento como órgano constituido no tiene la facultad de destruir la estructura básica otorgada por el poder constituyente, ni la de suplantarse los principios básicos instituidos en el preámbulo de la Constitución de la India como son la separación de poderes, el Estado benefactor y la libertad individual, los cuales representan la identidad suprema de la Carta Política (Colón-Ríos, 2013a, p.220).

Igualmente, la doctrina alemana, a pesar de la existencia de cláusulas pétreas en el artículo 79 de la Ley Fundamental de Bonn, también ha aceptado la existencia de límites implícitos que surgen de la interpretación que hace el Tribunal Constitucional alemán de esta ley fundamental, al ampliar la protección de los valores fundamentales y del espíritu constitucional que no pueden ser derogados por el poder de reforma (Colón-Ríos, 2013a, pp.202-203).

En el caso colombiano, la Corte Constitucional (cc) ha adoptado lineamientos de la teoría de la decisión política fundamental, a partir de la Sentencia C-551 del 2003, para limitar el poder de reforma en el ámbito de su competencia en lo atinente a los elementos identitarios de la Constitución Política de 1991. (Colón-Ríos, 2013a, p.272).

Se puede concluir que, a pesar de la corriente ideológica de Carl Schmitt, la teoría de la decisión política fundamental ha jugado un papel importante para limitar el poder de reforma, pues ha dotado de herramientas hermenéuticas y de análisis jurídico-político para definir la identidad constitucional por medio de los elementos esenciales que la caracterizan tanto en la unidad de forma y modo político como en sus ejes axiales, los cuales no pueden ser sustituidos ni derogados por los poderes constituidos a su arbitrio.

3.2. La Constitución material: los elementos esenciales de la Constitución según Costantino Mortati

La teoría planteada por Mortati, a modo de contextualización, se encuentra permeada por la ideología política imperante en Italia durante los años treinta y cuarenta del siglo pasado, cuando el país estaba gobernado por el modelo autoritario del fascismo de Benito Mussolini.

Mortati, en su obra *La Constitución en sentido material*, se plantea el problema de la definición de la Constitución y los alcances de sus disposiciones normativas, una indagación que tiene como sustento la diferenciación entre las diversas doctrinas de la reforma constitucional desde el positivismo jurídico hasta la sociología jurídica, en aras de encontrar el eje definitorio de la norma superior.

La teoría constitucional que propone Mortati, según Ramírez Cleves (2005), tiene como punto de partida la justificación de la juridificación del fin político en la Constitución, esto expresado en una serie de procedimientos que garantizan la participación del pueblo en la elaboración y determinación del fin político (p.253). Asimismo, frente al poder de reforma, para Mortati, según Ramírez Cleves (2005), existe un límite absoluto e infranqueable que reposa en la función de la Constitución material o del fin político esencial, el cual se debe mantener intacto para que la Constitución pueda cumplir sus funciones y actuar, cuando garantiza la continuidad del ordenamiento (p.396).

La labor teórica planteada por el autor italiano se origina en la necesidad de conocer las peculiaridades de la Constitución material que la llevan a diferenciarse de otros estamentos en el ordenamiento jurídico, por ello apunta la insuficiencia de las teorías precedentes para resolver el problema de lo esencial de la Constitución, tanto así que la limitación doctrinara del positivismo y la sociología jurídica solo tocaban tangencialmente el problema. Su teoría, pues, explica:

El conocimiento de la peculiaridad de la posición de la Constitución respecto a los otros actos estatales en el sentido indicado, ha llevado a deducir su contenido esencial basándose en los elementos intrínsecos de diferenciación, que se derivan de esta posición de la Constitución. En efecto, si la Constitución contiene las condiciones esenciales, hay que preguntarse cuáles pueden considerarse tales y, si esas condiciones son las supremas, qué es lo que las hace tales y cómo se expresa su supremacía. (Mortati, 2000, p.26).

Si bien el problema se arraiga en la definición de los elementos esenciales, Burckhardt, citado por Mortati (2000), señala que es necesario observar el cimiento de la legitimidad de lo fundamental de la Constitución dado que estas reglas o principios no tienen un parámetro de validez jurídico preexistente; en segundo lugar, la diferencia de grado de estabilidad que contienen los elementos esenciales, los convierte en inmodificables (p.26).

Por lo tanto, los cambios que recaigan sobre dichos pilares no podrán acaecer en los órganos constituidos, dado que llevarían a la consecuencia de contradicción lógica; por ende, será una fuerza no provista por el ordenamiento jurídico la que llevará a la modificación de los ejes esenciales, por medio de una alteración de hecho o revolucionaria.

Frente a las cuestiones alrededor de la definición de lo esencial en la Carta Política, el autor italiano asume el análisis de las mismas por medio de la figura del fin político; y al definir la Constitución material, la reviste como fuente jurídica primigenia que determina el surgir y la unidad del ordenamiento jurídico (Mortati, 2000, p.61). Lo esencial radica, pues, en el fin político, el *telos* que no podrá desconocer la estructura estatal.

De esta forma, el fin político se determina por medio de la comunidad mínimamente organizada que sea capaz de desarrollar actividades sociales básicas que orienten los caracteres irreductibles de juridicidad traducidos en la emanación de la Constitución (Mortati, 2000, p.70); en consecuencia, la fuerza política emanada por la comunidad será la condición para el surgimiento del Estado.

La fuerza que se traduce en el fin político puede ser utilizada en una doble vía cualificada que permita la adhesión de los poderes constituidos para su obtención. En primer lugar, como forma constante en ejercicio de la fuerza política capaz de obtener obediencia no accidental sino habitual, siendo un fin prevalente en el ordenamiento; en segundo lugar, en el contenido del fin político, de la especie de orden que se pretende alcanzar en la comunidad, con el *telos* de lograr la unidad de los diversos intereses. En pocas palabras, se logra autoridad y el fin del establecimiento de esa autoridad (Mortati, 2000, p.71).

En este punto, la teoría de Mortati (2000) señala la existencia de un fin político que irradia todo el accionar de la estructura estatal, fin que es plasmado en la Constitución material, ya sea deducible o explícito en el corpus normativo. No obstante, la organización de la fuerza política estará en cabeza de la organización de un grupo social que triunfe sobre los grupos portadores de ideologías disímiles. En otras palabras, la definición de grupo social predominante hace referencia al partido político triunfador, que porta una idea de unidad y ofrece el contenido de la Constitución originaria-fundamental (p.72)

El partido político, como portador del fin político, determina los elementos esenciales de la Constitución, al aducir los fines considerados como necesarios; establece la voluntad dirigida a la obtención de las metas políticas vertidas en la Constitución material. La voluntad del partido es obedecida por la comunidad en general, y da paso a la primera organización política del sustrato social (p.72).

Asimismo, señala Mortati (2000), el fin político busca la unidad política, pero esta unidad no solo es del orden preexistente, sino que tiende a su desarrollo progresivo, en donde la fuerza política se posiciona como anticipadora y precursora, respecto a la masa de los asociados (p.73). En consecuencia, el partido como portador del fin político no solo legitima lo existente, sino que busca proyectarse, al anticiparse a las necesidades sociales de la masa de asociados.

El fin político tiene, pues, una funcionalidad normativa, toda vez que informa el engranaje sistémico del ordenamiento jurídico, en busca de la unidad jurídica frente a la frecuencia de intereses disímiles particulares; de igual forma, informa el contenido del accionar jurídico en aras de alcanzar la realización del fin propuesto por el partido (Mortati, 2000, p.98). Afirma el autor (2000):

La intención, entendida en el primer sentido, puede asumir diversos aspectos según diversos grados, es decir, los varios intereses, inmediatos o mediatos, perseguidos (intereses incorporados en el acto, o sólo ulteriormente y extraños respecto a su contenido), cada uno de los cuales pueden aparecer como medio para el otro. El valor que se deba atribuir al fin desde el punto de vista del derecho, cuando sea asumido en este significable, según los varios ordenamientos y, para un mismo ordenamiento, según las diversas fases de su evolución, es decir, según la distinta correspondencia que pueda existir entre estructura y función de las instituciones individuales, y, además según las diversas categorías de los actos, según que falte o exista, y en grado mayor o menor, un vínculo para el autor del acto en torno a la elección del fin, según la posibilidad de la determinación objetiva de éste, según las diversas medidas de la incorporación del mismo en el acto, etc. (p.99)

A pesar de la existencia de diversos fines, los órganos estatales deben buscar el cumplimiento de estos a través del devenir histórico; por ende, las instituciones deben orientar sus funciones a la consolidación del fin político vertido en la Constitución. Este también construye una escala de valo-

res dentro del ordenamiento jurídico que se relacionará con todo el acontecer normativo, en el cual todas las disposiciones deben correlacionarse con la obtención del fin político, y, dado que este sirve de orientación político-jurídica general, vislumbra la jerarquía de valores de una sociedad (Mortati, 2000, p.110).

Ahora bien, la función del fin político, erigido como elemento esencial de la Constitución, orienta la garantía de validez de los contenidos constitucionales y legales, en tanto que las normas de inferior rango deben corresponderse con la ideología y lo mandado por la fuente originaria del ordenamiento normativo (Mortati, 2000, p.139). En consecuencia, la Constitución originaria o material contiene los rasgos esenciales del ordenamiento jurídico, al permear la configuración del fin político, fuente ideológica del plexo normativo.

Igualmente, la unidad del sistema jurídico responde a la coordinación existente entre las disposiciones normativas y el fin político. Como se ha afirmado, lo esencial de la Constitución, para Mortati, radica en su materialidad que es dada por el fin político determinado por el partido político predominante. A este tenor, el autor italiano (2000) sostiene que el fin político coordina todo el plexo normativo, dado que este es la fuente de pensamiento que reviste a todas las disposiciones, y por ende, lleva a la armonía del ordenamiento como tal (p.144).

Finalmente, para determinar el fin político y lo esencial de la Constitución, Mortati (2000) plantea que este no se deduce, necesariamente, de las disposiciones normativas, sino que se aprecia a partir de los fines señalados por el partido político dominante que coordina el pensamiento común de la vida social, de tal suerte que, es la primera fuente de cualificación la que determina lo que es esencial en el plexo normativo (p.151). En consecuencia, para señalar lo esencial de la Carta Política en el pensamiento de Mortati, es necesario conocer el punto de partida ideológico del partido dominante, ya que este, se manifiesta en el fin político que irradiará toda la actividad estatal y jurídica de determinado país.

A manera de conclusión, la teoría de Costantino Mortati es útil para determinar la identidad de la Constitución Política y para diseñar los elementos esenciales de una Constitución en particular. Su planteamiento teórico hace depender al derecho del fin político que ha sido diseñado por el poder constituyente con referencia a una respectiva ideología políti-

ca, la cual debe seguir proyectándose. Como consecuencia, los elementos esenciales presentan tanto un enfoque normativo como ideológico, porque estos son el resultado del fin político que se determina desde el momento fundacional del Estado; y, además pone de presente que la configuración de los elementos esenciales va más allá del simple estudio jurídico, pues este tiene un componente eminentemente político.

3.3. Los precompromisos constitucionales: ¿atar el poder de reforma?

En las discusiones sobre el alcance del poder de reforma, es recurrente centrar el debate en si las generaciones actuales pueden restringir a sus descendientes la reforma de la Constitución o de los valores imperantes de la configuración adoptada por los padres fundadores.

Para el estudio de los elementos esenciales de la Constitución es necesario incursionar en la indagación sobre los precompromisos constitucionales como limitantes del ejercicio del poder de reforma. La idea de la existencia de valores reafirmados en la constituyente para sujetar a las futuras generaciones tiene como objeto salvaguardar la identidad y la continuidad constitucional ante las inminentes tentaciones de reformas, allegadas por las pasiones momentáneas.

La necesidad de limitarse también es de vital importancia en el ámbito constitucional, esto debido a la protección de los valores que otorgan una identidad determinada a la obra del poder constituyente, el cual ha erigido un pensamiento específico en la organización estatal. En ese escenario, aparece la idea de los precompromisos como una barrera que se impone al pueblo para evitar la arbitrariedad y la desestabilización del orden constitucional (Holmes, 2001, p.237).

Jon Elster (1989), en su obra *Ulises y las sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*, señala que dentro la naturaleza humana se encuentra el constante deseo de expresar las pasiones y caprichos, y que estos podrían llevar a la autodestrucción de los sujetos, por lo que es de vital importancia que los individuos se aten a sí mismos como un ejercicio racional de autodeterminación (p.66). De lo anterior se desprende la necesidad de la autolimitación como garantía de la supervivencia del individuo, una

premisa que, según el autor nórdico, es posible aplicar en los órdenes de asociación colectiva.

Bajo la lógica de las autorrestricciones, Elster (1989) rotula la necesidad de la imposición de valores y jerarquías; límites que se impone el sujeto por comisión para protegerse de sus propias pasiones y cantos de sirenas (p.73); es así como el sujeto determina métodos que lo llevan a la modificación de la conducta dañina, neutralicen las pasiones y garanticen su bienestar.

Para confrontar lo anterior con la teoría constitucional, el autor nórdico realiza una analogía al llevar los supuestos de autorrestricción a la aplicación de la teoría de la democracia y el poder constituyente. En este caso, la teoría del precompromiso se inmiscuye en la política; por medio de los elementos democráticos que establecen una serie de mecanismos (frenos y contrapesos, deliberaciones, referendos, etc.) para garantizar la estabilidad y la eficacia de los principios democráticos, al expulsar los cantos de sirenas o las persuasiones políticas de las pasiones desencadenadas (Elster, 1989, p.153).

Frente a las decisiones de las asambleas constituyentes y la redacción de las constituciones, Elster (1989) considera que el accionar originario crea las reglas básicas que deben seguir las generaciones posteriores; en consecuencia, el acto constitucional primario opera como un precompromiso en el que la Nación se ata a sí misma (p.159). Señala el teórico escandinavo:

La estrategia de Ulises en comprometer a las generaciones futuras en comprometer a las generaciones posteriores estableciendo una Constitución que incluye cláusulas que impiden cambiarlas fácilmente. La asamblea constituyente tiene un carácter excepcional y privilegiado, no por derecho sino por accidente histórico. En situaciones históricas excepcionales e impredecibles, la representatividad de las personas y la legitimidad de los métodos de voto se deciden en el lugar; la drástica ruptura con el pasado deja a la asamblea libre de atar el futuro. (p.160).

La Nación como sujeto que decide autorrestringirse su accionar político y jurídico, opta por mecanismos que se orientan a fijar límites infranqueables por las generaciones futuras, mediante la formulación de cláusulas intangibles explícitas o de elementos esenciales fijados de forma implícita. No obstante, el argumento construido por Elster flaquea al caer en la paradoja de la democracia en la cual se expresa que cada generación desea ser

libre de atar a su sucesora, sin que ella quede atada a su predecesora. Esta discusión ya estaba presente en los debates norteamericanos y franceses, que se planteaban la posibilidad de la reforma constitucional para permitir que cada generación actualizara las prescripciones superiores según las necesidades sociales, y así evitar que los muertos gobernaran a los vivos.

Sin embargo, Elster en su obra posterior *Ulises desatado. Estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones*, plantea de nuevo el problema de los precompromisos constitucionales, no como una autorrestricción infranqueable, sino como mecanismo de protección ante la euforia momentánea, pero con la posibilidad de reconfigurar los precompromisos cuando estos son indeseables o inviables, ya que la atadura proviene del pasado y no del presente.

En un principio, el autor escandinavo entendía las constituciones como autorrestricciones de las sociedades para protegerse de las decisiones imprudentes del futuro (Elster, 2002, p.111). Sin embargo, sostenía también que no es posible calificar el acto constitucional como una autorrestricción, sino que se debe entender la Constitución como un catalizador que busca aumentar el costo de la reforma constitucional en el futuro (Elster, 2002, p.117).

El entendimiento del precompromiso, pues, ahora gravita en torno a su comprensión de los rasgos fundamentales de la vida política que es vertida por la asamblea constituyente en la Constitución escrita; la descripción de los elementos fundamentales de la Constitución es utilizada como marco para la acción política y, le confiere una identidad determinada (Elster, 2002, p.123).

Los rasgos fundamentales de la Constitución escrita no son, según esto, cadenas que sujetan para siempre a las generaciones futuras; sino que esas descripciones constitucionales introducen matices lógicos al procedimiento de reforma, al impedir que las pasiones fluctuantes de la sociedad destruyan la organización política (Elster, 2002, p.162) todo en aras de racionalizar el ejercicio de revisión constitucional.

No obstante, las configuraciones constitucionales dependen del momento histórico en el que aparece el relámpago fundacional, además de implicar los rasgos culturales, políticos y sociales que atraviesan al pueblo. Por ello, en las Constituciones se encuentran pasiones duraderas que incluyen ani-

mosidades nacionales, étnicas y religiosas; compromisos fuertes con ciertos valores que se encuentran arraigados en la comunidad (Elster, 2002, p.176); aunque sujetar a perpetuidad a las generaciones venideras llevaría a un grave error, por desconocer la cambiante naturaleza humana. Así las cosas, se debe dejar la puerta abierta a la reconfiguración de ciertos valores, para que la generación venidera no termine oprimiendo a minorías o concluya en un desentendimiento constitucional por la no correspondencia a sus necesidades.

Sin embargo, la teoría de los precompromisos sufre fuertes críticas en el ámbito del derecho norteamericano. Señala Holmes (2001), citando a Shapiro, el inconveniente que se suscita en el ámbito democrático al sujetar a las generaciones futuras a las decisiones tomadas por los padres fundadores. Entonces, los problemas que se originan de los precompromisos radican en la restricción de la libertad para las generaciones actuales, lo que lleva a desconocer la posibilidad de la actualización de las necesidades sociales que han devenido (p.219).

A pesar de la intención de perdurabilidad que tiene la Constitución, genera problemas de supervivencia en el presente, esto porque la existencia de precompromisos inmodificables imposibilita la corrección de los errores de las generaciones pasadas que afectan a las generaciones actuales. Según Paine, citado por Holmes (2001), los precompromisos son grilletes de arena que deben ceder ante el derecho ilimitable de la generación presente, toda vez que solo las decisiones son legítimas cuando son consentidas por los vivos (p.224), quienes son los únicos llamados a reformular el destino de una sociedad cuando las decisiones primigenias flaquean.

Thomas Jefferson, citado por Holmes (2001), indica que la idea de la perpetuidad de los precompromisos constitucionales resulta odiosa, al justificar una esclavitud y la manipulación de monopolios a perpetuidad al someter a las generaciones futuras a las decisiones del pasado (p.225), con lo cual se heredan sus problemas. Por lo tanto, Jefferson aduce que el pueblo es dueño de sus propias personas y decisiones, y, en consecuencia, tiene la posibilidad de decidir sobre su presente:

Los pueblos son amos de sus propias personas, y, por consiguiente, pueden gobernarlas como gusten. Por lo tanto, la Constitución y leyes de sus predecesores [se] extinguen en su curso natural, junto con quienes

les dieron el ser. La muerte física de los constitucionalistas entraña la muerte espiritual de la Constitución (Citado en Holmes, 2001, p.226).

Si bien las objeciones que presenta la teoría de los precompromisos son de índole democrático, lo cierto es que la teoría busca asegurar que la sociedad no se autodestruya; según Madison, citado por Holmes (2001), esto lleva a la estabilidad de los fundamentos del Estado (p.242). Asimismo, aduce el juez Robert Jackson en el Caso de la Bandera de 1943:

El propósito mismo de una Declaración de Derechos fue retirar ciertos temas de las vicisitudes de la controversia política para colocarlos fuera del alcance de mayorías y funcionarios y establecerlos como principios jurídicos que serían aplicados por los tribunales. El propio derecho a la vida, a la libertad y la propiedad, a la libertad de expresión, a la prensa libre, a la libertad de culto y de reunión y otros derechos fundamentales no deben someterse a votación: no dependen del resultado de elecciones. (Citado en Holmes, 2001, p.218).

Es así como la función de los precompromisos constitucionales tiene como objetivo básico excluir las decisiones fundamentales del proceso de decisión política, al impedirle a la comunidad la posibilidad de autodestruirse. Los precompromisos son una suerte de remedio frente a la miopía de las mayorías políticas (Holmes, 2001, p.218).

Finalmente, la teoría de los precompromisos constitucionales es de utilidad para el entendimiento y la elaboración de los elementos esenciales, dado que estos responden a la estructuración de la decisión originaria que ha dado paso al nacimiento de la Constitución. Asimismo, la existencia de precompromisos señala la esencia constitucional que se encuentra protegida tras excluir sus postulados de la decisión mayoritaria.

Como comentario final del presente capítulo, se anota la conexión que existe en las tres teorías expuestas para la construcción de los elementos esenciales de una Constitución. En primer lugar, el análisis político y jurídico inmerso en la decisión política fundamental, en la cual germina la identidad de la Constitución que debe ser respetada por los poderes constituidos. En segundo lugar, asociar los elementos esenciales con la ideología política que dio nacimiento a la Constitución, postulados de Mortati, lleva a identificar los elementos axiológicos y los fines que cumple la Carta Política en un determinado Estado. En último lugar, los precompromisos

constitucionales señalan las zonas vedadas al poder de reforma en aras de la protección de la estructura básica de la sociedad.

En el contexto colombiano, las teorías presentadas son útiles para comprender el operar interpretativo de la CC en la fijación de los elementos esenciales de la Constitución. Dice la CC en la Sentencia C-699 del 2016:

Para trazar la línea entre una reforma y una sustitución parcial o total de la Carta, la Corte ha apelado a la identidad de la Constitución, y esta se sustituye cuando integralmente o en uno de sus rasgos esenciales es remplazada por otra opuesta o integralmente diferente, o alguno de sus elementos es objeto de supresión o sustracción. La identidad de una Constitución se define con arreglo a su configuración jurídica, el sentido de la cual puede determinarse con fundamento en diversos criterios. La de la Carta de 1991 se ha definido por (i) el hecho de ser una Constitución con determinados caracteres generales, (ii) su contenido normativo específico, (iii) la historia de su establecimiento y (iv) sus diferencias con otras constituciones política y jurídicamente relevantes. Para que se sustituya la Constitución el rasgo de la identidad así definido debe ser “reemplazado por otro —no simplemente modificado, afectado, vulnerado o contrariado —” o suprimido, y en la hipótesis de reemplazo el nuevo elemento debe ser opuesto o integralmente diferente al anterior, al punto que resulte incompatible con la identidad de la Constitución de 1991 (C-1040 de 2005). (Corte Constitucional, Sala Plena, sent. C-699, 2016).

La interpretación que lleva a la determinación de un pilar esencial de la Constitución implica un análisis más profundo, que va más allá de la combinación de criterios interpretativos. Por eso para su definición se debe acudir a los argumentos de las teorías de Schmitt, Mortati y Elster, los cuales darán luces para determinar lo esencial de la Carta Política.

Los elementos esenciales en la Constitución Política de 1991

La teoría de los elementos esenciales de la Constitución ha sido adoptada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional (cc) a partir de la Sentencia C-551 del 2003, en la cual se afirma que toda constitución democrática cuenta con límites que significan una barrera a la arbitrariedad del poder de reforma.

En consonancia, la Corte Constitucional, en uso de su competencia de guardiana de la integridad constitucional y como intérprete autorizada de la misma, ha edificado múltiples elementos esenciales deducidos a partir de ejercicio hermenéutico, siendo esta institución la que define la identidad constitucional (Moreno Ortiz, 2011, p.43).

En el ejercicio hermenéutico de la cc se adoptaron terminologías que pretenden legitimar y justificar el control judicial que se realiza a las reformas constitucionales. Es así como se acoge la idea de los límites competenciales de los órganos de reforma como presupuesto del procedimiento de revisión constitucional. Para la determinación de la existencia de un límite competencial, la guardiana constitucional diseñó el test de sustitución con el que se permite definir los elementos esenciales y la magnitud de la afectación identitaria de la Constitución cuando esta es reformada.

El resultado de este complejo ejercicio hermenéutico y argumentativo adelantado por el Alto Tribunal Constitucional es el establecimiento de los límites implícitos y de la definición de la identidad de la Constitución Política de 1991.

4.1. Vicios de competencias como premisa del control constitucional de la reforma

En el plexo normativo colombiano, en lo atinente a la reforma constitucional, se ha diseñado un sistema que permite el control judicial del ejercicio de la revisión constitucional por parte de la cc, competencia que se encuentra consagrada en los artículos 241-1, 241-2, 378 y 379 de la Carta Política. Es este un examen que recae sobre los vicios de procedimiento en la producción normativa de una reforma constitucional.

Es de esta manera que la cc ejerce control judicial sobre los actos legislativos, cuando estos son demandados mediante acción pública de inconstitucionalidad dentro del año siguiente de la promulgación de la reforma. Asimismo, se realiza control previo sobre las leyes que convocan a referendo constitucional además de que se ejerce control posterior mediante acción pública de inconstitucionalidad promovida por los ciudadanos, cuando la reforma ya ha sido aprobada en las urnas por ellos mismos. Igualmente, se realiza control judicial previo a la ley que convoca a la Asamblea Nacional Constituyente, así como control previo a los actos legislativos que son producto del mecanismo de *fast track*, en un examen que se realiza asimilando la concordancia normativa con el contenido de los Acuerdos de Paz celebrados con la guerrilla de las FARC-EP.

Ahora bien, la competencia de la cc para realizar el control judicial sobre las reformas a la Constitución por vicios de procedimiento, se basaba, en un principio, en la verificación del cumplimiento a cabalidad del trámite para la producción normativa del acto reformativo de la Constitución. Igualmente, quedaba vedado cualquier análisis material, toda vez que la Carta Política de 1991 no contempla cláusulas pétreas (Zuluaga, 2006, p.299). Señala el Alto Tribunal Constitucional: “[...] se le ha asignado el control de los actos legislativos, pero únicamente por vicios de procedimiento en su formación (CP, art. 241-1), es decir, por violación del trámite exigido para su aprobación por la Constitución y el Reglamento del Congreso”. (Corte Constitucional, Sala Plena, sent. C-543,1998).

No obstante, posteriormente, la jurisprudencia constitucional amplió el marco de análisis con referencia a los vicios de procedimiento en la formación de los actos reformativos de la Constitución. A partir de la Sentencia C-551 del 2003 se plantea el análisis de la competencia del poder

de reforma como punto imprescindible para la comprensión del procedimiento de producción normativa (Zuluaga, 2006, p.301). Sin embargo, el nuevo elemento de examen no conlleva, según la Corte Constitucional, a la introducción de cláusulas pétreas o de una confrontación material entre la reforma y el contenido de la Constitución. Al respecto, señala el Alto Tribunal Constitucional:

[...] Esta proyección de los problemas de competencia, tanto sobre los vicios de procedimiento como sobre los vicios de contenido material, es clara, y por ello tanto la doctrina como la jurisprudencia han señalado, de manera reiterada, que la competencia es un presupuesto ineludible del procedimiento, a tal punto que el procedimiento está siempre viciado si el órgano que dicta un acto jurídico carece de competencia, por más de que su actuación, en lo que al trámite se refiere, haya sido impecable. En tales circunstancias, no tendría sentido que la Constitución atribuyera a la Corte el control de los vicios de procedimiento de las reformas constitucionales, pero la excluyera de verificar si los órganos que adelantaron esa reforma tenían o no competencia para hacerlo, pues esa regulación lleva a una situación inaceptable: así, ¿qué ocurriría si un órgano incompetente adelanta una reforma constitucional, pero con un trámite impecable? ¿Debería la Corte Constitucional limitarse a considerar los trámites de la reforma, a pesar de la absoluta invalidez de la reforma por carencia de competencia? ¿En qué quedaría su función de velar por “la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución” que le asignada el artículo 241 de la Carta? Esto muestra entonces que si esta Corte no verifica la competencia del órgano que adelanta la reforma, no estaría verdaderamente controlando que el procedimiento de aprobación de la reforma se hubiera hecho en debida forma. (Corte Constitucional, Sala Plena, sent. C-551 del 2003).

En consecuencia, según la argumentación de la cc, el análisis del control judicial de las reformas de la Carta Política solo es procedimental, pues, la introducción de los vicios competenciales no significa la ampliación del estudio jurisprudencial hacia el contenido de la reforma. Por lo tanto, el examen de constitucionalidad por vicio de competencia se basa en la observancia de los presupuestos de esta con el accionar del poder de reforma. Sobre esto, indica la cc en la Sentencia C-970 del 2004:

Reitera la Corte que no se trata, en tales eventos, de un examen de fondo en torno al contenido del acto reformativo de la Constitución, sino de

un juicio sobre la competencia del órgano encargado de adelantar la reforma. Se trata de un juicio autónomo en el ámbito de la competencia. Si el órgano que expidió la reforma era competente para hacerlo, nos encontraríamos frente a una verdadera reforma constitucional, susceptible de control sólo en relación con los vicios en el trámite de formación del correspondiente acto reformatorio. Si, por el contrario, hay un vicio de competencia, quiere decir que el órgano respectivo, por la vía del procedimiento de reforma, habría acometido una sustitución de la Constitución, para lo cual carecía de competencia, y su actuación habría de ser invalidada. (Corte Constitucional, Sala Plena, sent. C-970, 2004).

La doctrina elaborada por la Corte Constitucional sobre la competencia como presupuesto del procedimiento de reforma ha conllevado a la necesaria constatación de dicho supuesto en el examen de constitucionalidad de los actos reformatorios. Dice el Alto Tribunal en la Sentencia C-816 del 2004:

[...] la determinación del alcance de la competencia del órgano que reforma la Constitución es en principio un fundamento necesario y previo para el estudio de la legitimidad del procedimiento reformatorio, por cuanto, como ya se explicó, la competencia es un presupuesto del procedimiento. En tal contexto, es razonable suponer que si la demanda contra un acto legislativo ha planteado acusaciones por competencia y trámite -como sucede en el presente caso- entonces la Corte debería iniciar con el estudio de los cargos sobre los posibles desbordamientos de la competencia del órgano de reforma, pues solo resuelto este aspecto, podría el juez constitucional en el estudio de los vicios de procedimiento. (Corte Constitucional, Sala Plena, sent. C-816, 2004).

Es así como el lineamiento jurisprudencial iniciado en la providencia C-551 del 2003, configura una innovación discursiva en el tratamiento del control judicial de las reformas constitucionales en Latinoamérica, al introducir la discusión sobre los vicios de competencia basados en la identificación de un elemento esencial de la Constitución (Colón-Ríos, 2013b, p.392). La doctrina constitucional sobre los vicios de competencia del poder de reforma pone de presente la necesidad de un análisis más profundo acerca de la mera verificación de trámite de las reformas constitucionales, al sugerir un papel más participativo del juez constitucional en su definición.

Asimismo, la cc en la Sentencia C-579 del 2013 revela que el desarrollo de la existencia de los vicios competenciales surge de la diferenciación entre el poder constituyente y el poder de reforma; una distinción que es útil para predicar que el poder de revisión constitucional en el ordenamiento jurídico solo está llamado a reformar, mas no puede sustituir, suprimir o derogar la Constitución vigente, premisa sostenida a partir de la afirmación en la cual el poder de reforma es un poder constituido que tiene límites y controles en el plexo normativo vigente.

A partir del análisis diferenciado que propone la cc, cabe precisar lo que se entiende por competencia en los términos de producción normativa, según lo estipulado en la norma superior (artículo 241) con referencia al poder de reforma.

La creación de actos reformativos de la Constitución responde a la lógica de la producción normativa, esto quiere decir que, en términos de Riccardo Guastini (2011), es un acto institucional que representa una secuencia de tales actos que son gobernados por normas jurídicas constitutivas (p.307). La creación de reformas constitucionales no escapa a dicha lógica, toda vez que son producidas por órganos constituidos que responden a normativas constitutivas que los regulan en su competencia.

Las normas de competencia son de carácter constitutivo, toda vez que deben ser mencionadas en la definición de la actividad que regulan (Guastini, 2011, p.307). Por lo tanto, estas normativas condicionan la validez de la producción jurídica.

Bajo esta lógica, las normas sobre la producción jurídica, según el autor italiano, se pueden dividir en cinco tipos. El primero, son normas que confieren poderes (en sentido estricto) y hacen alusión a la adscripción de un poder normativo a un determinado sujeto; en otras palabras, al poder de crear un determinado tipo de fuente de derecho. El segundo, corresponde a las normas procedimentales, que hacen referencia a las modalidades de ejercicio del poder normativo conferido. El tercer tipo, atañe a las normas que circunscriben el ámbito del poder conferido, las cuales determinan qué materias se pueden regular con el poder en cuestión. El cuarto tipo de normas reservan una determinada materia a una determinada fuente, circunscribiendo una prohibición a otras, de regular dicha materia y de impedir el delegar la regulación de la materia a otras fuentes. Finalmente, el quinto tipo, son las normas relativas al propio contenido de la regula-

ción futura en particular, normas que prohíben u ordenan al legislador producir normativas provistas de un determinado contenido (Guastini, 2011, pp.309-310).

Para efectos ilustrativos, en el caso de los vicios competenciales planteados por la jurisprudencia constitucional, cabe precisar que la cc se ubica en las normas que confieren poderes en estricto sentido. El artículo 374¹ de la Constitución Política señala la competencia solo reformadora que tienen los órganos de revisión constitucional; en otras palabras, el poder conferido al poder de reforma no contempla ni la sustitución, ni la derogación, ni el quebrantamiento de la Constitución, solo otorga competencia para la reforma de la Carta Política. Asimismo, el título XIII de la Constitución ha contemplado los mecanismos por medio de los cuales se encauza el poder conferido a los órganos de revisión, esto es, se estipulan los mecanismos (acto legislativo, referendo, asamblea nacional constituyente) por los cuales se expresa el poder de reforma.

De las páginas precedentes se desprende como conclusión que, gracias a la introducción de los vicios de competencia desarrollada por la doctrina constitucional, es posible que una reforma constitucional tramitada con un respeto absoluto a las formas prescritas en el orden jurídico vigente, con el lleno de los requisitos procesales, pueda ser declarada inconstitucional cuando esta exceda la competencia del órgano reformador (Colón-Ríos, 2013b, p.387). Concluye la cc en la Sentencia C-332 del 2017:

El examen orientado a determinar si en ejercicio del poder de reforma el constituyente originario ha excedido el ámbito de su competencia no es un análisis material del acto reformatorio que, como lo ha sostenido la Corte, siempre comporta cambio e incluso contradicción con las cláusulas que son objeto de modificación, sino un examen que se realiza en función de la competencia y en atención a los términos en que está se encuentra reconocida, para establecer si el órgano reformador atendió los límites de su atribución, aunque haya cumplido a cabalidad los distintos pasos del procedimiento que permiten realizar la reforma constitucional. (Corte Constitucional, Sala Plena, sent. C-332, 2017).

No obstante, el esfuerzo argumentativo usado por la cc para demostrar que el vicio competencial es netamente procedimental, no es suficiente

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

a la hora de desvirtuar el contenido material que conlleva adoptar esta categoría de análisis, dado que, para determinar el ámbito de competencia del poder de reforma es necesario estudiar la magnitud de la reforma constitucional, que parte del presupuesto de identificar la esencia de la Constitución, la cual es dada por los contenidos axiológicos de esta. En consecuencia, la fijación de un vicio competencial recae sobre el alcance material del poder conferido.

Finalmente, la materialización de los vicios competenciales se refleja en el uso de la metodología del test de sustitución propuesta por el Alto Tribunal Constitucional colombiano. Esta herramienta hermenéutica construida en la jurisprudencia constitucional permite precisar la existencia de los elementos esenciales que configuran la identidad constitucional vertida por el constituyente en la Carta Política de 1991; además de definir los valores y principios que no pueden ser sustituidos por parte de los órganos de reforma.

4.2. Una herramienta hermenéutica controversial: el test de sustitución de la Constitución

La innovación en el alcance de las competencias de la C.C. para efectos del control judicial de las reformas constitucionales, ha significado una ampliación en el espectro del estudio a partir del análisis del cumplimiento de los parámetros competenciales del poder de reforma (Ortiz, 2011, p.79); asimismo, ello acarrea la aceptación de la existencia de límites implícitos que son introducidos como elementos esenciales, vía interpretación judicial, en la Carta Política colombiana. A partir de estas novedades argumentativas, la CC ha construido una herramienta hermenéutica para vislumbrar cuándo existe un exceso de competencia del poder de reforma.

La herramienta hermenéutica elaborada por la CC ha sido denominada “test de sustitución de la Constitución”, instrumento que cuenta con un mecanismo complejo que conforma un silogismo jurídico para estudiar la afectación de un pilar esencial de la Constitución con referencia a un acto reformatorio que tenga injerencia en la identidad constitucional (González Cuervo, 2015, p.49). No obstante, esta metodología de análisis se encuentra en constante construcción, por lo cual lleva a la incertidumbre

dada la inexistencia de parámetros fijos para su ejecución (Moreno Ortiz, 2011, p.45).

El estudio que implica el test de sustitución parte de la diferencia entre reforma (ejercicio de revisión) y sustitución (reemplazo de un eje definitorio por otro) (Téllez Rodríguez, 2011, p.54), por lo tanto, el control que ejerce la cc es de magnitud y no de confrontación entre una norma superior y una norma inferior, dado que el estudio es de sustitución y no de intangibilidad. Sostiene al respecto la cc en la Sentencia C-1200 del 2003:

Desfiguraría dicho control de sustitución (i) tratar la reforma constitucional como una ley de rango infraconstitucional que carece de fuerza jurídica para modificar la Constitución, (ii) elevar principios o reglas a normas intangibles que el órgano constituido titular del poder de revisión no puede tocar o reformar como si la prohibición de sustituir la Constitución equivaliera a la petrificación de una parte de la Constitución, (iii) anteponer al poder de revisión supuestos contenidos normativos supraconstitucionales intocables, (iv) efectuar una comparación entre contenidos específicos de la Constitución original y el contenido de la reforma como si el segundo no pudiera contradecir los primeros al reformarlos, (v) limitarse a señalar la inclusión de excepciones o restricciones introducidas por la reforma a la Constitución original sin analizar si las enmiendas en su conjunto constituyen una modificación de tal magnitud y trascendencia que resulta manifiesto que la Constitución original ha sido reemplazada por una completamente diferente dado que las enmiendas representan una sustitución total o parcial de la misma. Para apreciar lo anterior, el juez constitucional puede acudir a los diversos métodos de interpretación para basarse en referentes objetivos, como por ejemplo los antecedentes de la reforma. También puede acudir al bloque de constitucionalidad, en sentido estricto, para delinear el perfil definitorio de la Constitución original, así como a los principios constitucionales fundamentales y su concreción en toda la Constitución original, sin que ello autorice a esta Corte para comparar la reforma con el contenido de un principio o regla específica del bloque de constitucionalidad. (Corte Constitucional, Sala Plena, sent. C-1200, 2003).

Es esta una postura que ha sido constante en la elaboración jurisprudencial de la cc para determinar el objeto del control judicial al cual se someten los actos reformativos de la Constitución, al determinar así una técnica silogística que define los elementos esenciales de la Carta Política y pone de relieve la magnitud de la reforma constitucional para concluir la

existencia de una sustitución constitucional. Sostiene el Alto Tribunal en la Sentencia C-332 del 2017:

La sujeción a una técnica particular para adelantar el juicio de sustitución ha conducido al desarrollo de una metodología que, a manera de silogismo, se desenvuelve en tres etapas. Para comenzar, se debe proceder a la construcción de una premisa mayor compuesta por “los aspectos definitorios de la identidad de la Constitución que se supone han sido sustituidos por el acto reformativo”, paso al que sigue el examen del acto reformativo acusado de sustituir la Carta a fin de fijar cuál es su alcance, no en abstracto, sino en relación con los elementos que, de acuerdo con la construcción de la respectiva premisa mayor, identifican la Constitución o el eje definitorio que se estima sustituido (premis menor), para que, en un tercer momento, el contraste entre la premisa mayor y la menor, aportada por la concreta reforma analizada, brinde las condiciones necesarias para comprobar si se ha incurrido o no en un vicio de competencia, esto es, si la reforma es tal o se ha desbordado hacia la sustitución, caso en el cual ha de quedar claramente establecido que el texto constitucional, o alguno de sus elementos definitorios, ha sido reemplazado por otro opuesto o integralmente diferente. (Corte Constitucional, Sala Plena, sent. C-332, 2017).

Como se señaló antes, la utilización del test de sustitución tiene su origen en la Sentencia C-551 del 2003, con base en la distinción entre poder constituyente y poder constituido, providencia en la cual se afirma que el poder constituido no puede derogar ni sustituir la Carta Política; la sustitución se presenta cuando se alteran uno o varios principios, valores o elementos esenciales de la Constitución y son reemplazados por uno opuesto (Palacio Palacio, 2013, p.446), presupuestos que han venido evolucionando con la doctrina plasmada en la jurisprudencia de la cc.

En la Sentencia C-1200 del 2003, el Alto Tribunal Constitucional continúa con el desarrollo de la doctrina del test de sustitución. En dicha providencia busca precisar que la herramienta hermenéutica no intenta petrificar disposiciones, esto debido a la inexistencia de cláusulas de intangibilidad en el ordenamiento jurídico nacional. También expresa allí la bifurcación de la sustitución, la cual puede ser parcial o total, esto depende de la magnitud y trascendencia de lo realizado por el órgano reformador. Finalmente, en el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el demandante tiene la carga de indicar por qué la reforma se convierte

en una sustitución (Bernal Pulido, 2013, p.410). Señala la mencionada providencia:

El Constituyente derivado no tiene entonces competencia para destruir la Constitución. El acto constituyente establece el orden jurídico y por ello, cualquier poder de reforma que el constituyente reconozca únicamente se limita a una revisión. El poder de reforma, que es poder constituido, no está, por lo tanto, autorizado, para la derogación o sustitución de la Constitución de la cual deriva su competencia. El poder constituido no puede, en otras palabras, arrogarse funciones propias del poder constituyente, y por ello no puede llevar a cabo una sustitución de la Constitución, no sólo por cuanto se estaría erigiendo en poder constituyente originario sino además porque estaría minando las bases de su propia competencia. (Corte Constitucional, Sala Plena, sent. C-1200, 2003).²

Asimismo, la Sentencia C-1200 del 2003 señala que con el ejercicio del control judicial por vicios competenciales puede llevar a problemas como la petrificación constitucional y al subjetivismo del juez constitucional. En el primer caso, la problemática gira en torno de “que la misión del juez constitucional de defender la Constitución termine por impedir que ésta sea reformada inclusive en temas importantes y significativos para la vida cambiante de un país”. (Corte Constitucional, Sala Plena, sent. C-1200, 2003); en el segundo caso, por la vaguedad y ambigüedad de los elementos esenciales constitucionales, llevaría a la aplicación subjetiva que tiene el juez constitucional sobre la concepción de estos.

Posteriormente, en las Sentencias C-970 y C-971 del 2004, la cc señala la forma de la metodología del test de sustitución, que es la guía para determinar la existencia de una sustitución parcial de la Constitución. Para ello se construye un test con bases silogísticas, donde por medio de la confrontación de una premisa mayor (elemento definitorio de la Constitución) y una menor (reforma constitucional), se puede concluir que una reforma es una sustitución. Sin embargo, las sentencias referidas no logran precisar el entendimiento del elemento definitorio de la Constitución (Bernal Pulido, 2013, p.410).

2 Cabe aclarar que la Corte Constitucional, en la Sentencia C-1200 del 2003, reitera lo planteado en la Sentencia C-551 del 2003.

En la Sentencia C-1040 del 2005, el Alto Tribunal Constitucional precisa y desarrolla con más profundidad los elementos que componen el test de sustitución, y con ello eleva el nivel de complejidad, análisis y argumentación en la aplicación del control judicial por vicios competenciales en las reformas constitucionales. Para ello, introduce siete pasos para realizar el estudio de constitucionalidad, haciéndolo más rígido; al respecto, dice Carlos Bernal Pulido (2013):

En la Sentencia C-1040 del 2005, la Corte Constitucional desarrolló el test de sustitución, relevó el concepto de elemento definitorio de la Constitución por el de elemento esencial y transformó el test originario en un procedimiento argumentativo compuesto por siete pasos: 1. Identificar el elemento esencial de la Constitución que presuntamente ha sido reemplazado; 2. Demostrar que dicho elemento subyace varias disposiciones constitucionales; 3. Explicar por qué el elemento es esencial; 4. Probar el contenido de tal elemento no puede ser comprendido por una sola disposición constitucional; 5. Demostrar que catalogar al elemento *sub examine* como esencial no lleva consigo la petrificación de ninguna disposición constitucional; 6. Evidencia que el elemento esencial ha sido reemplazado por uno nuevo, y 7. Hacer patente que este nuevo elemento contradice el elemento esencial o guarda tantas diferencias con él que resulta incompatible con otros elementos esenciales de la Constitución de la Constitución. (p.411)

La base de los siete pasos introducidos en la Sentencia C-1040 del 2005 sigue siendo la guía para el entendimiento de los elementos esenciales de la Constitución de cara al examen de la sustitución constitucional. En la Sentencia C-579 del 2013, la cc arguye que el uso del test de sustitución tiene como finalidad deducir la magnitud de la reforma a la Carta Política, para concluir si existe una sustitución de sus ejes definitorios. Asimismo, la citada providencia aduce que la definición del elemento esencial debe hacerse con suma claridad, en un proceso argumentativo profundo que evite el subjetivismo judicial. Con ello, se pretende realizar un análisis sistemático de la normativa constitucional; empero, el análisis planteado por medio de la interpretación sistemática no significa una confrontación material de una cláusula pétrea con el contenido de una reforma; en otras palabras, el análisis constitucional propuesto por el Alto Tribunal Constitucional no conlleva a la estipulación de cláusulas pétreas ni a un análisis

material de la reforma, toda vez que el objeto de la discusión no es la confrontación de un precepto superior con uno inferior, sino un análisis de magnitud reformativa basado en la interpretación sistemática de las normas constitucionales que permita vislumbrar los elementos esenciales que definen el orden superior y limitan la competencia del poder de reforma.

Igualmente, la Sentencia C-579 del 2013 clarifica los cimientos a los cuales se debe acudir para tratar de definir el primer paso del test de sustitución, esto es, la expresión de la existencia de un elemento esencial de la Constitución. La providencia acota que, para llevar a cabo esta labor, la jurisprudencia de la Corte destaca la importancia de acudir (i) a los principios y valores constitucionales y los que se desprenden del bloque de constitucionalidad; (ii) la doctrina en materia constitucional y de teoría política; (iii) las experiencias de otros países con modelos constitucionales similares; y (iv) la jurisprudencia constitucional. En este punto cabe señalar que el estudio constitucional realizado por el juez va más allá del simple análisis normativo, pues este debe tener en cuenta aspectos doctrinarios, axiológicos e ideológicos para así determinar tanto el elemento esencial como la magnitud de la reforma constitucional, criterios que también presenta la Sentencia C-285 del 2016:

[...] Para este efecto, el juez constitucional puede apelar a las distintas herramientas interpretativas, mostrando, a partir de una lectura transversal del sistema jurídico, la forma en que a las instituciones básicas que integran la Constitución subyace el referido componente, la importancia que el propio constituyente le otorgó durante el proceso de aprobación del texto constitucional, y la función primordial que cumplen estos elementos dentro del ordenamiento superior en su conjunto. A partir de un ejercicio analítico como el descrito, esta Corporación ha llegado a concluir que son ejes axiales de la Constitución la supremacía constitucional, la obligación del Estado de respetar, garantizar y proteger los derechos humanos, la existencia de un marco democrático participativo, el Estado social de Derecho, la separación de poderes y la autonomía y la independencia judicial, la separación de poderes y el sistema de frenos y contrapesos, el sistema de carrera administrativa y la separación de poderes y la reserva de ley. (Corte Constitucional, Sala Plena, sent. C-285, 2016).

Asimismo, en la Sentencia C-332 del 2017, la cc justifica la existencia del test de sustitución como mecanismo que contiene los excesos del poder

de reforma constitucional. De igual forma, la configuración del test se encuentra basado en una construcción argumentativa amplia sustentada en la magnitud de la pretensión y la normativa atacada, y por ello, el proceso intelectual que lleva a la definición de los elementos esenciales y la sustitución constitucional responde a una elaboración racional, con principios lógicos; esto, además de tener afinidad con elementos de argumentación razonable que den cuenta de los argumentos de peso para deducir el elemento implícito que se sujeta a un eje definitorio de la Constitución.

De igual forma, en la Sentencia C-332 del 2017, el Alto Tribunal argumenta la correlación que existe entre el test de sustitución de la Constitución y el principio de autorrestricción, el cual busca amparar la identidad constitucional, la adaptación del orden superior a los cambios sociopolíticos y la definición de los límites competenciales del poder de reforma. En la citada providencia, la Corte arguye:

Esta metodología se guía por el principio de autorrestricción judicial, el cual, en el caso concreto, permite cumplir simultáneamente tres objetivos: (i) amparar la identidad de la Constitución de ejercicios arbitrarios del poder de reforma que transformen sus ejes definitorios; (ii) permitir que la Carta se adapte a los cambios sociopolíticos más trascendentales, mediante el uso de los mecanismos de reforma de la Constitución, con miras a mantener la vigencia del compromiso social que le sirve de fundamento; y (iii) evitar, de forma estricta, que el límite competencial derivado de la prohibición de sustitución se confunda con un control material de las reformas constitucionales, tarea que en modo alguno, como se deriva de lo expuesto, hace parte de las competencias de la Corte. (Corte Constitucional, Sala Plena, sent. C-332, 2017).

Además, bajo la lógica de la amplia y suficiente argumentación para la constatación de una sustitución de la Constitución, cabe señalar que la cc eleva los requisitos para la presentación de una acción de inconstitucionalidad contra un acto reformativo de la Constitución. El ciudadano que desee ejercitar la acción de inconstitucionalidad debe presentar una argumentación mucho más precisa y jurídicamente adecuada para poder observar la inconstitucionalidad por vicios de competencia. Acota la cc en la Sentencia C-285 del 2016:

[...] Con tal objetivo la argumentación debe reposar, en principio, en las líneas metodológicas del juicio de sustitución sin que ello implique

—destaca la Corte— un deber de desarrollarlo con el mismo grado de profundidad que le corresponde a este Tribunal. Así las cosas, la demanda deberá (i) mostrar el eje definitorio de la Constitución presuntamente reemplazado por el Congreso, requiriéndose para ello su enunciación y la indicación de los referentes constitucionales a partir de los cuales se desprende. Estima la Corte que de encontrarse reconocido en la jurisprudencia, bastará que los demandantes lo invoquen e indiquen el precedente respectivo. A continuación y en una tarea fundamentalmente descriptiva es necesario (ii) exponer de qué manera el acto legislativo impacta el eje definitorio, a fin de identificar, al menos *prima facie*, las diferencias entre el régimen anterior y el nuevo. Finalmente se requiere (iii) explicar por qué las modificaciones introducidas por la reforma pueden considerarse una transformación en la identidad de la Constitución de manera que ella, después de la reforma, es otra completamente distinta. (Corte Constitucional, Sala Plena, sent. C-285, 2016).

La implementación del test de sustitución tiene, entonces, como fin limitar el poder de reforma, por eso, representa un contrasentido que se eleven los requisitos argumentativos que debe presentar el ciudadano cuando este pretende cuestionar la constitucionalidad de un acto reformativo, lo que indica que solo un limitado número de expertos pueden presentar a cabalidad los requisitos de una demanda de inconstitucionalidad que tenga como objeto atacar una reforma por vicios competenciales.

Como se puede observar, el test de sustitución de la Constitución tiene un amplio desarrollo jurisprudencial. La construcción doctrinaria propuesta por la cc, por medio de una rica elaboración lógica y de la mano de una exigencia de razonabilidad argumentativa, busca contener el constitucionalismo abusivo, que, a través del constante ejercicio y abuso del poder de reforma ha tratado de desconocer la identidad constitucional. Aduce la cc, en la Sentencia C-285 del 2016, que la naturaleza de este tipo de análisis es:

3.4.1. Con respecto a los señalamientos acerca de la naturaleza sustancial del referido control, debe aclararse que aunque dentro de dicho examen se efectúa una confrontación entre dos contenidos, a saber, entre las normas que reforman la Constitución y los elementos definitorios del ordenamiento superior, la naturaleza, estructura y finalidad de ambos razonamientos es sustancialmente distinta en uno y otro caso: (i) primero, el objeto del denominado juicio de sustitución es la valoración del ejercicio del poder de reforma, de modo tal que el cotejo material que se

realiza entre el precepto objeto de control y el elemento fundamental de la Constitución es tan solo instrumental y funcional al objetivo general de determinar si el constituyente se excedió en el ejercicio de sus competencias; en el control material, por el contrario, este cotejo constituye el objeto mismo de la intervención judicial, porque de lo que se trata es de determinar si se presenta una incompatibilidad normativa entre normas jurídicas de distinto rango jerárquico; (ii) segundo, el estándar con respecto al cual se efectúa la confrontación normativa es distinto en uno y otro caso: en el primer caso este parámetro son los principios transversales y estructurales que subyacen al ordenamiento superior, de modo que las disposiciones constitucionales son únicamente la materialización o concreción particular de tales elementos, y su función no es la de servir como estándar del juicio de validez, sino la de permitir la identificación del elemento definitorio de la Carta Política; en el control material de la legislación, por el contrario, el estándar o parámetro de juicio sí son los preceptos constitucionales considerados en sí mismos; (iii) y finalmente, el tipo de cotejo que se efectúa en uno y otro escenario es distinto: en el control material se establece una relación de incompatibilidad normativa, de modo que la preceptiva legal se estima inconstitucional cuando se opone de algún modo a los mandatos constitucionales, mientras que en el otro caso se debe establecer no solo una incompatibilidad normativa entre el acto reformatorio de la Constitución y el principio axial del ordenamiento superior, sino si aquel suprime o sustituye uno de estos principios esenciales. Se trata, en definitiva, de ejercicios analíticos diferentes. (Corte Constitucional, Sala Plena, sent. C-285, 2016).

No obstante, esta metodología también lleva consigo el pecado del abuso de poder por parte de la CC, la cual por medio de una amplia argumentación ha llevado a la expansión de sus competencias, y no solo al análisis formal de los vicios procedimentales, sino que ha tocado las puertas del análisis material de la reforma bajo el ropaje del presupuesto de la competencia de órgano reformador. Esto la convierte en la última palabra sobre la viabilidad de una reforma constitucional en determinados supuestos.

Como crítica, desde la doctrina colombiana, el test de sustitución se fundamenta, según Carlos Bernal Pulido (2013), en el establecimiento de cuatro premisas, las cuales llevan a una ampliación de competencias en el control judicial de las reformas constitucionales, al adoptar un estudio material. La primera premisa señalada por el autor se refiere a la comprensión de los vicios procedimentales que contiene el análisis de la competencia del

órgano reformador como presupuesto del proceso reformativo de la Carta Política; la segunda premisa se ciñe a que la competencia de reformar la Constitución no lleva consigo la sustitución o la derogación de la misma; desprendida de las dos anteriores premisas, la tercera indica que la cc tiene la competencia para controlar el poder de reforma, al verificar que la revisión de la Carta sea una modificación y no una sustitución; finalmente, la cuarta premisa lleva a la necesidad de analizar materialmente la reforma para concluir la posible transgresión competencial del órgano reformador (p.405).

En consecuencia, a pesar de la amplia argumentación presentada en la jurisprudencia de la Alta Corte, el test de sustitución presenta problemas jurídicos a la hora de expandir el control judicial de las reformas constitucionales. Esto debido a que la definición de un elemento esencial requiere de un análisis material de la reforma constitucional, dado que la argumentación de la cc requiere un análisis extrajurídico para establecer un elemento esencial, y definir con ello la axiología de la carta, por lo cual, se debe consultar la decisión política fundamental del constituyente, y el fin que tal eje definitorio cumple en la Constitución.

A pesar de la rica y vasta argumentación de la cc para adoptar el test de sustitución, cabe anotar que esta herramienta metodológica ha expandido la competencia del Alto Tribunal Constitucional hacia un análisis material de la reforma constitucional. Por lo tanto, la cc es la que señala la identidad de la Constitución y la que tiene la última palabra en el ejercicio reformativo de la misma, limitando con ello el poder de reforma.

4.3. Los elementos esenciales de la Constitución definidos por la Corte Constitucional

La cc, en el ejercicio de sus competencias como guardiana e intérprete autorizada de la Constitución, ha definido la existencia de ciertos elementos esenciales que describen los valores y principios que llenan de identidad la Carta Política. Para ello, el Alto Tribunal ha recurrido, según Joel I. Colón Ríos (2013b), a la adopción de las teorías de Sieyès y Schmitt, las cuales permiten plantear una diferencia entre el poder constituyente y el poder constituido, en aras de justificar la existencia de límites implícitos a través de la noción de la decisión política fundamental (p.394).

A continuación, se describirán algunos de los elementos esenciales que ha definido la cc, a partir y exclusivamente desde su jurisprudencia, en ejercicio del control judicial de los actos reformativos de la Constitución y que representan un límite al ejercicio del poder de reforma en el plexo normativo vernáculo.

4.3.1. Estado social y democrático de derecho

Para la descripción de este elemento esencial se parte de lo consignado en las Sentencias C-1040 del 2005 y C-141 del 2010, providencias que hacen referencia al modo y la forma de la unidad política que ha decidido el constituyente en la Carta Política de 1991.

Según la cc en Sentencia C-1040 del 2005, la determinación de un modelo de Estado en particular representa una decisión basada en la voluntad política que ha adoptado el constituyente. En el contexto colombiano, la decisión política fundamental se ha basado en la elección de un Estado social y democrático de derecho, el cual se encuentra compuesto, según la Sentencia C-141 del 2010, por una forma republicana de organización, está basado en la soberanía popular, con democracia representativa y participativa, con respeto al pluralismo y la igualdad, separación de poderes, y con un sistema de gobierno presidencial. Indica la cc en la sentencia citada:

De conformidad con lo establecido en su artículo 1º, ante todo la Carta de 1991 define la forma de gobierno, pues indica que el Estado Social de Derecho en ella instituido se organiza como república y a continuación se ocupa del régimen político y, en tal sentido, precisa que esa república es democrática, participativa y pluralista, como ya lo había anticipado en el preámbulo al señalar que la Constitución se adopta en nombre del pueblo de Colombia, con unas finalidades que allí mismo se enuncian, y “*dentro de un marco jurídico, democrático y participativo*”. (Corte Constitucional, Sala Plena, sent. C-141, 2010).

Como uno de los componentes que hacen parte de la unidad y forma política contenida en la Constitución Política se encuentra la forma de gobierno republicana acogida en el plexo normativo colombiano. Esta forma de gobierno se caracteriza por establecer la temporalidad del Jefe de Estado, el establecimiento de elecciones periódicas e igualitarias con el componente de sufragio universal. Señala la cc en la Sentencia C-141 del 2010:

La forma de gobierno republicana suele ser definida por oposición a la monarquía y aún cuando se debe admitir que los rasgos a partir de los cuales se trazaba la diferencia hoy aparecen atenuados, ya porque las repúblicas no han sido del todo ajenas a gobiernos dictatoriales, ora porque la evolución de las instituciones ha dado origen a monarquías constitucionales, todavía resulta factible mantener una distinción básica fundada en el estatuto que en una y otra forma de gobierno corresponde a quien desempeña la jefatura del Estado.

En efecto, la monarquía se caracteriza por el carácter hereditario y vitalicio del monarca y encuentra sustento en la existencia de dinastías reinantes, legitimadas por una tradición asegurada en razón de la transmisión hereditaria de la corona conforme a reglas de sucesión que la mantienen, por derecho propio, en el seno de una misma familia real. La república, en cambio, opone al carácter vitalicio de la monarquía la temporalidad del jefe del Estado y al carácter hereditario la sucesión garantizada mediante elecciones periódicas, competitivas y libres, por cuya virtud varios candidatos se disputan el cargo y se someten al veredicto electoral que se produce cuando los ciudadanos ejercen libremente el derecho al sufragio universal. (Corte Constitucional, Sala Plena, sent. C-141, 2010).

Asimismo, un Estado social y democrático de derecho se funda en la soberanía popular, valor que ha sido reconocido en la Carta Política en los artículos 1 y 3, que definen la titularidad de la soberanía en cabeza del pueblo; de igual forma, este Estado permite su participación en decisiones esenciales mediante mecanismos de democracia participativa y representativa. Señala la CC en la Sentencia C-141 del 2010:

La teoría de la soberanía popular postula la tesis del poder fraccionado, porque cada uno de los asociados es titular de una parte de la soberanía, fracción idéntica a la que pertenece a los restantes miembros del cuerpo político, individualmente considerados, quienes participan de la soberanía en medida proporcional a la totalidad de los asociados. Como consecuencia de lo anterior, el ejercicio de la soberanía es directo, pues el asociado que se hace representar se anula a sí mismo como soberano y cuando el tamaño y la complejidad del Estado torna indispensable la delegación, el delegado o mandatario debe actuar con estricto ceñimiento a un mandato acordado con antelación y esencialmente revocable si su actuación no se sujeta a los términos en que le fue conferido. (Corte Constitucional, Sala Plena, sent. C-141, 2010).

Es así como la soberanía popular y la democracia asimilan rasgos de los elementos esenciales en nuestro plexo normativo, toda vez que dichos valores permiten la concreción de los fines políticos y axiológicos de la Constitución Política, operativa bajo las lógicas de un Estado social de derecho. En el corpus normativo de la Constitución se encuentran estos elementos en diversos artículos: el artículo 3 erige la soberanía popular con base en una democracia representativa, según las prescripciones normativas “la soberanía reside exclusivamente en el pueblo del cual emana el poder público” y “el pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes”. Esto conlleva a la existencia de un sistema de democracia mixto que propugna por la máxima participación popular. El Constituyente ha previsto mecanismos de democracia participativa en múltiples artículos de la Constitución; al respecto, señala la CC en la misma sentencia:

Así, en el artículo 103 de la Carta el Constituyente enunció los “mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía” y en el artículo 133 señaló que “los miembros de cuerpos colegiados de elección directa representan al pueblo”, que “deberán actuar consultando la justicia y el bien común” y que son responsables “políticamente ante la sociedad y frente a sus electores del cumplimiento de las obligaciones propias de su investidura”. No obstante, trátase de las formas de intervención directa del pueblo o de su actuación mediante representantes, el artículo 3º superior es claro al precisar que el pueblo ejerce la soberanía “en los términos que la Constitución establece”.

[...] A juicio de la Corte, la democracia participativa *“expresa un proceso social de intervención de los sujetos en la definición del destino colectivo”* y, en lugar de ser apenas *“una práctica deseable”*, constituye un fin esencial de la actividad del Estado, cuyas autoridades *“tienen el deber de facilitarla y promoverla”* y de *“fomentar la participación de la ciudadanía en los procesos de toma de decisiones que conciernen al destino colectivo”*. (Corte Constitucional, Sala Plena, sent. C-141, 2010).

En consecuencia, la democracia y la soberanía popular son elementos esenciales de la Carta Política, pues, además de fortalecer el Estado social y democrático de derecho, estos valores trascienden y permean el espacio del poder público y social, e implican la participación permanente de los ciudadanos en los procesos decisorios, no solo electorales, sino aquellos que inciden significativamente en el rumbo de sus vidas.

De la mano de la idea de la democracia como elemento esencial de la Constitución, se erige la idea de un pluralismo político, que permita la coexistencia de diversas ideologías políticas, lo que representa la compleja realidad social y la estructura variada que coexiste en ella. Señala la cc en la citada sentencia:

Por obra del pluralismo se reconoce como *“realidad sociológica latente en el mundo contemporáneo”*, la existencia de una sociedad con *“estructura variada”*, en la cual *“confluyen grupos y tendencias de diverso signo”* que, de una parte, impiden comprenderla a partir *“del unitarismo y de la uniformidad”* y, de la otra, imponen concebirla como espacio abierto *“a la aceptación de la diversidad y a la pacífica interrelación de distintos grupos y de diferentes opiniones”*.

El pluralismo tiene una dimensión ideológica que concierne a *“la insospechada variedad de opiniones que coexisten en el seno de la sociedad”* y a la urgencia de garantizar que esa *“diversidad de creencias con múltiples matices, opiniones o concepciones del mundo”* pueda expresarse, por cuanto, en el estado democrático es imposible *“imponer una sola orientación, que, sin discusiones de ninguna índole, deba ser acogida por todos los asociados”*. (Corte Constitucional, Sala Plena, sent. C-141, 2010).

El reconocimiento de un Estado social y democrático de derecho lleva aparejados unos elementos que componen la identidad constitucional, como la forma republicana que propende por la legitimidad democrática del ejercicio del poder; además de encontrarse allí principios de la soberanía popular y los mecanismos de participación democrática que implican a todos los ciudadanos en las decisiones que los afectan. Posteriormente, para garantizar la intervención de todos los sectores sociales, la Constitución erige como elemento esencial el principio del pluralismo. En consecuencia, el Estado social y democrático de derecho lleva consigo una amplia gama de pilares fundamentales que dotan de identidad a la Carta Política de 1991.

Finalmente, y en armonía con los elementos esenciales mencionados, el poder constituyente ha establecido el sistema presidencial como forma gobierno. La definición del sistema propuesto por el constituyente de 1991 responde a la tradición que ha permeado toda la historia colombiana en la adopción del sistema presidencial.

El sistema de gobierno presidencial se encuentra inmerso en múltiples referentes normativos, tales como los artículos 1, 115, 135-9, 150, 189, 190,

197, 200 a 202 y 212, entre otros, en los cuales se erige un sistema que requiere la participación popular en elecciones especiales en un determinado lapso, además de que garantiza el equilibrio entre las diversas ramas del poder público. Arguye la cc en la Sentencia C-1040 del 2005:

[...] Los elementos definitorios del sistema, conforme con autorizada doctrina, son la elección popular directa o casi directa del Presidente de la República, quien tiene la doble condición de jefe de Estado y jefe de gobierno y no puede ser removido de su cargo antes del vencimiento del período para el que fue elegido, por votación del órgano legislativo, el cual, a su vez, tampoco puede ser disuelto por decisión del Presidente de la República. Junto a esas características, que han sido consideradas como necesarias y suficientes para establecer si un determinado sistema de gobierno es presidencial, existen otras, de naturaleza accidental, en cuanto que no son rasgos definitorios del sistema, como la duración del período del Presidente, que oscila entre 4 y 8 años; el tipo de elección del presidente, bien sea directa o casi directa, o mediante mecanismos de mayoría relativa o de mayoría absoluta y doble vuelta electoral; la posibilidad de reelección, bien sea inmediata o con período de por medio; la simultaneidad o no de la elección de Presidente con la del órgano legislativo, entre otros. (Corte Constitucional, Sala Plena, sent. C-1040, 2005).

Asimismo, en pro del sistema presidencial, la legitimidad democrática con la cual cuenta el Presidente de la República permite que a este se le asigne una amplia gama de funciones. Además, posee autonomía con respecto a las otras ramas del poder público para llevar a cabo su programa político y administrativo. Señala la cc en la Sentencia C-141 del 2010:

[...] Un segundo rasgo del sistema presidencial surge de lo anterior, porque su origen popular e independiente del Congreso le otorga al Presidente una especial autonomía en el ejercicio de sus funciones. En efecto, para cumplirlas no depende de las cámaras legislativas y, además, el periodo fijo y preestablecido le garantiza un ejercicio continuo del poder no sometido al mantenimiento o al retiro de la confianza del Congreso que, a su turno, tampoco depende del Presidente, quien no puede revocar las cámaras elegidas por voto popular.

La autonomía del Presidente le permite designar y remover a sus ministros y, en cuanto ejecutores del programa político y administrativo del Presidente, los ministros son primeramente responsables ante él que, en razón de una característica adicional del sistema, reúne las calidades de

jefe de estado y de jefe de gobierno, a diferencia de los sistemas parlamentarios en los cuales se mantiene una dualidad, pues las mencionadas calidades corresponden a personas distintas. (Corte Constitucional, Sala Plena, sent. C-141, 2010).

Cabe anotar que el sistema presidencial en Colombia tiene una connotación predominante del ejecutivo respecto a otras ramas del poder público; esta situación deviene de la legitimidad democrática con la que este cuenta, además de tener amplias competencias nominadoras para diversos organismos como la Corte Constitucional, la Procuraduría General, la Fiscalía General de la Nación, altos cargos del Banco de la República y la Defensoría del Pueblo, entre otros. Estas características hacen que el papel que juegue el presidente en nuestro plexo normativo sea preponderante.

En el caso particular de las reformas constitucionales que han modificado el sistema de elección presidencial, específicamente, en el tema de la reelección presidencial, ha concluido la cc que la posibilidad de una única reelección no sustituye el pilar fundamental del Estado social y democrático de derecho, respecto al sistema presidencial, esto en razón de la existencia de condiciones de igualdad entre los candidatos, pues perdura el sistema presidencial al dejar la elección del gobernante en cabeza de los sufragantes. Indica la Sentencia C-1040 del 2005:

De lo anterior se deduce que el acto acusado no rompe el equilibrio democrático, sino que cambia el punto de equilibrio. El nuevo punto de equilibrio dependerá de múltiples factores, al igual que sucedía antes de la reforma puesto que el balance de posibilidades de los candidatos presidenciales no estaba antes de la reforma en un solo e inamovible punto de equilibrio. En todo caso no estaba, no lo está ahora, determinado exclusivamente por el marco institucional. Quizás sea mucho más importante para este equilibrio la buena o mala gestión del presidente candidato, su mayor o menor acogida en la opinión pública, y, de otro lado, la proyección, las capacidades y la aceptación de los demás candidatos. Si el marco institucional, tanto el anterior como el nuevo, están orientados por principios de equidad y de igualdad, en el plano jurídico no se puede concluir que el Acto Legislativo mismo ha sustituido el esquema del equilibrio democrático. Colombia continúa siendo una democracia pluralista. El acto legislativo acusado no reemplaza este principio por otro opuesto o integralmente diferente, sino que el mismo se continúa proyectando en todos los ámbitos de la vida nacional: en las elecciones al Congreso de la República, en las elecciones de las demás

corporaciones públicas, en las de gobernadores y alcaldes, y en la propia elección presidencial, con nuevas reglas de juego, pero no con reglas que cierren el paso a la expresión de la diversidad. No le corresponde a la Corte anticipar los efectos prácticos de las nuevas reglas, sino tan solo verificar si éstas sustituyeron el principio de la democracia pluralista por otro opuesto o totalmente diferente, lo cual no es el caso con este acto legislativo. (Corte Constitucional, Sala Plena, sent. C-1040, 2005)

Caso distinto subyace en el supuesto de una segunda reelección, en la cual se permite prolongar un mandato presidencial ya por doce años. Esta extensión del lapso de manera consecutiva (tres periodos de cuatro años cada uno) afecta gravemente el equilibrio institucional que existe entre los diversos órganos del poder público, influye en la participación política de la oposición y lleva a la concentración de poder del presidente por la posibilidad de coartar los órganos de control.

Como se puede observar, la cc ha definido ampliamente el pilar fundamental del Estado social y democrático de derecho: en su sustancia ha determinado que allí subyacen principios como el pluralismo político y la democracia mixta, además de que se establecen la república y el sistema presidencialista como elementos esenciales que irradian la identidad de la Carta Política. Con ello, el Alto Tribunal Constitucional ha indicado la imposibilidad que tiene el poder de reforma para derogar o sustituir los mencionados elementos que componen el Estado social y democrático de derecho.

4.3.2. Alternancia presidencial

El elemento esencial de la alternancia presidencial se establece como una garantía de la democracia, el pluralismo y los controles interorgánicos, además de evitar la concentración de poder en cabeza del presidente.

La alternancia presidencial tiene múltiples referentes normativos que hacen de este un eje definitorio de la Constitución Política; aduce la cc en la Sentencia C-141 del 2010:

[...] resulta posible concluir que la alternación en el poder constituye un elemento o componente esencial del modelo democrático establecido por la Constitución de 1991, el cual tiene fundamento (i) en las elecciones periódicas para proveer cargos públicos (Art. 260 de la C. P.), (ii) en

los períodos fijos de los cargos de elección popular, (iii) en el reconocimiento mismo de la pluralidad de partidos, movimientos o fuerzas políticas, con igualdad de oportunidades electorales (C. P. arts. 40-3, 107 y 108), (iv) en la existencia de un régimen de oposición (C.P. art. 112); (v) en la garantía de las libertades fundamentales, como lo son, la igualdad (C. P. art. 13) y las libertades de expresión y opinión (C. P. art. 20); y finalmente, (vi) en el derecho que tiene todo ciudadano a participar en la conformación y ejercicio del poder político, que se expresa, entre otros, en el derecho a elegir y ser elegido (C. P. arts. 40-1 y 258) y en la posibilidad real de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos (C. P. arts. 40-7 y 125). (Corte Constitucional, Sala Plena, sent. C-141, 2010).

Este elemento esencial se cimienta en la rotación de quien ejerce la Presidencia de la República, en aras de afianzar la democracia representativa, participativa y pluralista, la cual implica la realización de elecciones periódicas, transparentes, inclusivas e igualitarias. Señala la CC en la Sentencia C-141 del 2010, con referencia a la alternancia:

De este modo la alternación cobra una doble dimensión: (i) como eje del esquema democrático y (ii) como límite al poder político. En el primer sentido, en una democracia toda autoridad es rotatoria, lo que se constata en el ordenamiento actual, en el cual no hay previstos cargos de elección popular vitalicios, pues para todos ellos, sin importar su rango, se establece un término fijo señalado por la Constitución o la Ley.

A su vez, los períodos constitucionales y legales predeterminados resaltan la idea de la finitud del ejercicio del poder político y ponen de relieve su carácter limitado y controlado, a la vez que impiden la concentración que resultaría de la posibilidad de detentarlo de manera indefinida. El carácter periódico de las elecciones obliga a los elegidos a rendir cuentas ante los electores, de manera tal que el mandato de los primeros sólo será renovado de estar prevista la reelección cuando logren concitar el apoyo de los últimos, así mismo justifica la previsión de mecanismos para exigir la responsabilidad penal, disciplinaria o fiscal de los elegidos. (Corte Constitucional, Sala Plena, sent. C-141, 2010).

Entonces, el pilar de la alternancia del poder propugna por la protección de la libre elección de los asociados, además de garantizar la igualdad de condiciones entre los partidos políticos y los candidatos presidenciales, y hacer efectivos los controles políticos y jurídicos que recaen sobre el Presidente de la República.

El principio de la alternancia presidencial permite la rotación ideológica en el ejercicio del poder político, así como hace posible mantener un equilibrio entre los actores políticos, para contribuir a la variabilidad de ideas y a la protección del pluralismo. En el caso de una segunda reelección presidencial, se desvirtúa la alternancia, toda vez que el presidente que aspira a un mandato de doce años llevaría a la reproducción ideológica y de su tendencia política, lo que afectaría el pluralismo, dado que su influencia sería mucho mayor sobre el electorado. Esto comporta un desequilibrio del sistema político que ha sido diseñado por el poder constituyente. Sostiene la cc en la citada sentencia:

Diversas razones apoyan esta posición y, en primer lugar, cabe destacar que la posibilidad de que el Presidente prolongue su mandato durante doce años implica que, en el mismo lapso, otras opciones políticas verían restringida la posibilidad de acceder a la primera magistratura, lo que va en detrimento del principio del pluralismo político. Por otro lado, incluso en el supuesto de que se estableciera un completo andamiaje regulatorio que procurará garantizar la igualdad entre los aspirantes que se enfrentan a quien se postula a una segunda reelección, persistiría el desequilibrio, precisamente porque después de ocho años en el ejercicio del poder, quien pretende un tercer período goza de un reconocimiento particular por parte del electorado que mengua sustancialmente las oportunidades de los restantes candidatos.

Además, el sistema de gobierno presidencial acogido en la Constitución de 1991 tiene directas implicaciones en el principio de alternación en el ejercicio del poder, pues debido a la posición preeminente que ocupa el Presidente [sic] de la República dentro del diseño institucional colombiano el período limitado de su mandato es una garantía de la independencia y autonomía de las restantes ramas del poder público. (Corte Constitucional, Sala Plena, sent. C-141, 2010).

Finalmente, la posibilidad de una segunda reelección llevaría a la concentración de poder por parte del Presidente de la República, pues por sus amplias competencias nominales puede llegar a tener influencias en diversos órganos, como la Fiscalía General de la Nación, la Corte Constitucional, la Defensoría del Pueblo, el Banco de la República y el Congreso de la República, entre otros. En consecuencia, resulta inconstitucional la introducción de la segunda reelección presidencial; afirma la cc:

[...] Por lo tanto, se sustituía el principio constitucional en comento, puesto que se desconocía el principio de alternación, el cual es imperativo para mantener la contención del poder presidencial a través de controles inter orgánicos efectivos. En palabras de la Corte, “el acrecentamiento del poder presidencial, aunado al desvanecimiento de los controles o a su existencia puramente nominal, repercutiría de manera grave en la estructura adoptada en la Constitución, pues los controles recíprocos y, en particular, los que recaen sobre el presidente y su gobierno hacen posible el funcionamiento del sistema de frenos y contrapesos, sin el cual se pierde todo equilibrio en las altas instancias estatales. A su turno, la falta de equilibrio hace colapsar la separación de poderes que, precisamente, se instaura para asegurar ese equilibrio, imponer la moderación en el ejercicio del poder, prevenir la arbitrariedad y contener la tendencia del ejecutivo a desbordarse en detrimento de los otros poderes y órganos públicos”. (Corte Constitucional, Sala Plena, sent. C-332, 2017).

A manera de colofón, la alternancia presidencial es un elemento esencial de la Constitución debido a la identidad con un Estado social y democrático de derecho que propugna por un ejercicio racional de poder, en protección del pluralismo político y los diversos mecanismos que garanticen la participación democrática del pueblo.

4.3.3. Rigidez constitucional

El elemento esencial de la rigidez constitucional fue debatido en el marco del control de constitucionalidad del Acto Legislativo 1 del 2016, el cual versaba sobre la adopción del mecanismo de *fast track* para la implementación del Acuerdo de Paz firmado entre el Gobierno y la guerrilla de las FARC-EP.

Este pilar tiene sus raíces en los procedimientos de reforma contenidos en el título XIII de la Constitución y en la soberanía del pueblo consagrada en el artículo 3 de la Carta Política. La rigidez constitucional reviste a la Carta Política de una calificación de supremacía y estabilidad normativa específica, al diferenciarla de los diversos estamentos normativos que componen el ordenamiento jurídico.

La rigidez de la Constitución Política se expresa en la resistencia al cambio que ofrecen sus disposiciones normativas. Como orden superior y car-

ta fundamental del sistema jurídico, su reforma debe orientarse por medio de una amplia discusión democrática y mayor consenso que permita la articulación de diversos valores y principios contenidos en la Constitución. Sin embargo, las exigencias contenidas en la Carta no conllevan su petrificación, sino que, como dato propio de su identidad, se acoplan a las necesidades de cambio o transición que el contexto reclama, por lo que se excluyen las cláusulas de intangibilidad. Dice la cc en la Sentencia C-699 del 2016:

Ahora bien, la Constitución de 1991 tiene un nivel de resistencia normativa superior al de las leyes pero, en términos comparativos, inferior al de otras constituciones nacionales de Colombia y de otras naciones. El grado de resistencia de una Constitución se determina esencialmente con el mayor o menor nivel de rigor de los procedimientos de reforma constitucional. También se ha propuesto tener en cuenta factores adicionales tales como la frecuencia del cambio, el nivel de consenso o desconfianza política, el control constitucional y la relevancia de las convenciones y prácticas constitucionales, el rol de la ciudadanía y de los factores de poder, entre otros. No desconoce la Corte la relevancia teórica de esa aproximación comprensiva, pero considera que en el juicio de sustitución ha de ser predominante el análisis jurídico del diseño de la reforma constitucional en la Constitución de 1991. Pues bien, esto último arroja diversas conclusiones. Primero, la Constitución de 1991 no prevé límites de intangibilidad material absoluta, ni cláusulas de perpetuidad, como lo hacían distintas constituciones nacionales tales como las de 1821, 1830, 1832, 1843 o actualmente lo hacen por ejemplo las Constituciones de Alemania, Italia o Francia o Brasil. Segundo, contempla tres mecanismos diferentes de reforma, que amplían el universo del cambio constitucional, contraído tras el Plebiscito de 1957 a un único procedimiento institucionalizado de enmienda a cargo del Congreso (CN de 1886 art 218). Tercero, no se exigen mayorías superiores a la absoluta, y esta es una muestra de su relatividad pues se requieren mayorías más altas —de dos tercios— para aprobar una ley de amnistía o indulto de delitos políticos (CP, art. 150-17), así como se necesitaban mayorías mucho más amplias para aprobar una revisión por ejemplo en la Carta de 1863 (voto unánime del Senado de Plenipotenciarios) o para hacerlo en otros ordenamientos como el alemán (dos tercios). Cuarto, es posible poner en vigor una reforma de la Carta de 1991 sin sujetarla a referendo constitucional, pues esta es en principio una vía opcional de enmienda (CP, arts. 377 y 378). Lo cual contrasta con sistemas como el de Dinamarca,

que exigen referendo popular de carácter necesario. Quinto, no es indispensable que las reformas introducidas solo por el Congreso deban estar mediadas por una renovación (siquiera parcial) de sus integrantes o por elecciones parlamentarias en el interregno para que haya así una refrendación popular previa, como se ha dispuesto por ejemplo en las Constituciones colombiana de 1821 o de Holanda actual. (Corte Constitucional, Sala Plena, sent. C-699, 2016).

Según lo expuesto, la identidad de la Constitución Política de 1991 reside en la resistencia específica al cambio de sus disposiciones normativas. Esto con base en la diferenciación jerárquica normativa y el procedimiento cualificado para la producción de reformas en el ámbito constitucional. De la misma forma, para evitar la petrificación y cumplir las finalidades de acoplamiento a la realidad, la Constitución no prevé cláusulas intangibles, además de que incorpora diversos mecanismos de reforma constitucional.

Finalmente, en la caracterización de la rigidez constitucional se encuentra la resistencia al cambio constitucional cuando el poder de reforma pretende realizar una sustitución de la Carta Política; para ello, se diferencia las competencias del poder soberano que reside en el pueblo (artículo 3 de la Constitución) y del poder de reforma o limitado. Con ello logra evitar la subversión de los elementos que dotan de identidad a la Carta Política. Aduce la CC en la Sentencia C-699 del 2016:

Síntesis de la premisa mayor. La Constitución de 1991 se identifica entonces por un principio de rigidez específica. Representado en que: (i) sus normas son más resistentes al cambio que las de la ley y contemplan requisitos que promueven una mayor participación y consenso, resistencia susceptible de adaptarse a la transición; (ii) sus cláusulas de reforma no son intangibles; (iii) prevé una diversificación de mecanismos de reforma constitucional, susceptibles de activarse por la ciudadanía y organismos distintos al Congreso, asegura que en la mayoría de ellos tenga participación necesaria directa el pueblo, y prevé la posibilidad de contrapesar sin la intervención del Congreso reformas sobre asuntos fundamentales; y (iv) ofrece una resistencia diferenciada si la función no es la reforma sino la sustitución de la Constitución. Los mecanismos de reforma de la Constitución pueden entonces ser modificados, en la medida en que no se sustituyan estos elementos por otros opuestos o integralmente diferentes. Pero el orden constitucional sería irreconocible si, por ejemplo, sus niveles de resistencia al cambio son idénticos a los de la ley pues deben ser superiores, aunque en un contexto de transición

hacia la paz la rigidez se adapta, sin desaparecer, en aras de la integridad de la Constitución; o si se vuelven intangibles sus cláusulas de reforma; o si deja de haber diversidad en los mecanismos de enmienda y en sus formas de activación; o si se equiparan el poder constituyente y el poder constituido de reforma. En cualquiera de estos casos estaríamos en presencia de una Constitución radicalmente diferente. (Corte Constitucional, Sala Plena, sent. C-699, 2016).

Como colofón, el elemento esencial de rigidez constitucional definido por la Corte Constitucional en su jurisprudencia recoge la idea de la supremacía constitucional conjugado con un grado de rigidez específica, que diferencia la Constitución de 1991 de las constituciones anteriores y de otras constituciones foráneas; en otras palabras, la convierte en una Constitución diferenciada de otros órdenes jurídicos. Por lo tanto, solo podrá ser el poder constituyente el que introduzca cláusulas pétreas o mecanismos de reforma constitucional que deroguen el grado de rigidez específica que la identifica.

4.3.4. Separación de poderes

Este elemento esencial ha sido ampliamente discutido en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Son diversas las reformas constitucionales que han influido en la configuración de este pilar fundamental, el cual se caracteriza por la adopción de un sistema de colaboración armónica, al dejar de lado la separación clásica y rígida de poderes. Cabe anotar que el elemento esencial en mención cuenta con múltiples aristas, las cuales han sido tratadas por la jurisprudencia constitucional, y con ello se la dota de una suerte de subprincipios que integran la separación de poderes, tales como el debate parlamentario, la autonomía y la independencia judicial.

Este elemento esencial cuenta con múltiples referencias normativas constitucionales que llevan a su configuración e irradiación en el sistema; es así como el artículo 121 asigna el cumplimiento de las competencias que son propias al Estado, el artículo 5 estipula sanciones para los funcionarios que se extralimiten en sus funciones, y el artículo 1 prescribe la forma republicana del Estado. De tal forma que toda la organización estatal responde a la separación de poderes asignada por el poder constituyente, además de exigir el cumplimiento de las funciones de una forma autónoma e independiente con la finalidad de limitar los poderes de forma mutua.

El diseño adoptado por el poder constituyente busca cumplir con dos tipos de exigencias: la primera, respecto a la identificación de roles estatales que se le asignan a una determinada rama de forma exclusiva y excluyente, tales como las actividades legislativa, judicial y ejecutiva. No obstante, y de ello viene la segunda exigencia, la complejidad de la realidad social ha obligado al Estado a adoptar nuevas dimensiones, y por ello han surgido nuevas tareas como las funciones de control, de tal forma que han nacido órganos como la Contraloría General de la República y el Consejo Nacional Electoral. Como consecuencia, surge un sistema que reclama frenos y contrapesos, además de colaboración armónica para poder asumir las nuevas responsabilidades estatales (Corte Constitucional, Sala Plena, sent. C-285, 2016).

Según la cc en la Sentencia C-699 del 2016, el poder constituyente adoptó la idea de la colaboración armónica entre las ramas del poder público, en aras de alcanzar los diversos fines del Estado social y democrático de derecho al posibilitar el trabajo conjunto de los diferentes órganos del Estado. Por ende, a pesar de que cada una de las ramas del poder público cuenta con una función principal, esto no lo limita a asignarles funciones accesorias que se articulen con los demás poderes para alcanzar un fin constitucional. Dice la citada sentencia:

[...] En la Constitución de 1991 se acogió el principio de separación de funciones con sus ulteriores desarrollos, en virtud de los cuales (i) a cada una de las ramas y órganos del Estado se le asigna una función principal identificable y en principio diferente a la principal de las demás, pero susceptible de conjugarse con otras funciones accesorias diferentes; (ii) esa distribución de funciones debe atender a la naturaleza del órgano o la rama, y no es entonces suficiente una división de funciones si no se adjudican en atención los atributos de poder público de quien las detenta; (iii) cada una debe ajustar sus actuaciones al principio de colaboración armónica; (iv) y todas están sujetas al control de otras ramas u organismos del poder público. Este principio es una forma de evitar la concentración excesiva o una distribución arbitraria del poder público, por considerarse que esto propicia el abuso, el irrespeto de los derechos y las libertades constitucionales e interfiere en la eficacia de la función del Estado. (Corte Constitucional, Sala Plena, sent. C-699, 2016).

De igual modo, la separación de poderes es entendida como la colaboración armónica entre las diversas ramas del poder público en aras de alcanzar los fines del Estado social y democrático de derecho. Bajo este

presupuesto, la separación de poderes cumple dos funciones esenciales: la primera es garantizar las libertades y los derechos de los ciudadanos por medio de poderes públicos omnímodos; y la segunda se inscribe en el ejercicio de la racionalización de la actividad del Estado y del poder público por medio de órganos especializados y con competencias delimitadas constitucionalmente. En palabras de la Sentencia C-332 del 2017:

La separación de poderes cumple dos funciones esenciales: (i) garantizar las libertades y derechos de los ciudadanos, a través de la protección frente a la conformación de poderes públicos omnímodos; y (ii) racionalizar la actividad del Estado y el ejercicio de ese poder político, mediante la instauración de órganos especializados, autónomos, independientes y con competencias definidas por la Constitución y la Ley. Estas funciones se cumplen a partir de un arreglo institucional que mantenga contenidos los poderes públicos, de modo que ninguno esté en la posibilidad de vaciar de contenido las facultades y competencias de otro, objetivos que se satisfacen a través de un sistema de controles inter orgánicos que hagan efectivos los frenos y contrapesos entre ellos. A su vez, ese mismo modelo debe contar con herramientas que faciliten la acción coordinada de tales poderes, por medio de la colaboración armónica y con el objeto de cumplir con los fines esenciales del Estado. (Corte Constitucional, Sala Plena, sent. C-332, 2017).

Debe señalarse la operatividad de la separación de poderes como un mecanismo de contención del ejercicio del poder, mediante funciones de control interorgánico. El propósito radica en evitar la concentración del poder en un solo centro de mando, lo que soslayaría la posibilidad del ejercicio arbitrario del poder. Sostiene la cc en la mencionada sentencia:

El control inter orgánico hace parte de la estructura constitucional y es expresión de unas relaciones fundamentales que tienen lugar entre las ramas del poder público, de conformidad con el diseño adoptado por el Constituyente, cuyo cambio sustancial es capaz de trastocar el sistema completo, habida cuenta de que “con fundamento en la pluralidad de órganos y en su separación, la organización del poder ejecutivo y la manera como, de acuerdo con esa organización, se desarrollen sus relaciones con los demás poderes y, en especial con el legislativo, se determina el específico tipo de sistema de gobierno contemplado en una Constitución”. Lo anterior no significa que una enmienda constitucional que varíe la configuración constitucional de la separación de poderes sea inconstitucional por su sola incidencia en ese principio. Para que ello suceda, [...] debe acreditarse que la enmienda constitucional tuvo una

entidad tal que vació de contenido las competencias de uno de los poderes públicos, a través de la intromisión indebida de una de las ramas en la otra. (Corte Constitucional, Sala Plena, sent. C-332, 2017).

Afirma la CC que el control interorgánico requiere de la pluralidad de órganos para garantizar la relación armónica entre las ramas del poder público en aras de ejercer frenos y contrapesos, y con ello evitar el exceso del ejercicio de poder de una de las ramas. Esta descripción compone un eje definitorio de la Constitución, dado que, trastoca todo el diseño institucional.

En la línea teórica desarrollada por la CC se ha deducido la adscripción del constituyente a la fórmula de la concepción contenida en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, cuya esencia recae en la separación de poderes y en los derechos fundamentales. Sin embargo, no se adopta la postura rígida de delimitación funcional, sino que se ha erigido un sistema de colaboración armónica y funcional, en el que se permite la asignación de funciones propias de una rama a otra, sin desdibujar las funciones originarias.

Asimismo, la descripción del elemento esencial de la separación de poderes recae sobre la colaboración armónica y el control de frenos y contrapesos, fundados en el principio de paridad, con el cual se logra el equilibrio entre las ramas introducidas por el constituyente, al existir una igualdad jurídica entre ellos. Con base en la teoría de Santi Romano, la Corte dice sobre el principio de paridad:

En esta dirección Santi Romano, precursor de la teoría de los órganos constitucionales, señaló que “la mencionada paridad jurídica”, no se extiende a la “dignidad formal” de los órganos, “mayor en general, en la jefatura del Estado”, ni “a su eficiencia política” o “a la función coordinadora que puede corresponder más particularmente a algunos entre ellos”, ya que “su paridad jurídica significa, por tanto, en cambio, que su actividad es siempre libre, en un ámbito más o menos vasto, sin posibilidad de coerción preventiva o de modificación o anulación sucesivas, puesto que no están sometidos a relación alguna de jerarquía”. (Corte Constitucional, Sala Plena, sent. C-373, 2016).

La configuración que previó el constituyente en la organización estatal en el marco de la paridad de la separación de poderes señala la inexistencia de una relación jerárquica entre una y otra rama, lo que evita una concentración de poder que lleve a la arbitrariedad o a la preferencia por uno de

los órganos del poder público. De igual forma, este argumento ha servido para fundamentar los controles orgánicos entre las diferentes ramas. De nuevo, la cc en la citada Sentencia C-373 del 2016 refuerza el argumento:

El principio de separación de poderes encuentra aquí su lugar dentro de la forma política decidida por el Constituyente originario que, además, previó diferentes órganos asignándoles variadas competencias para evitar así la concentración del poder, habiendo instaurado también la interactuación basada en la colaboración armónica, posible gracias a “las relaciones que se presentan entre los diversos órganos” que, “en lugar de configurarse a partir de la dependencia jerárquica, se estructuran con base en la paridad, así como en las responsabilidades encomendadas a cada uno y en los controles recíprocos que se cumplen en el entramado institucional”. (Corte Constitucional, Sala Plena, sent. C-373, 2016).

Asimismo, el pilar fundamental de la separación de poderes cuenta con un aspecto procedimental que permite el control interorgánico y condiciona el funcionamiento y desarrollo de los órganos de las ramas públicas, además de garantizar los derechos fundamentales, con lo cual logra el cumplimiento del engranaje del aparato estatal. Señala la cc en la misma sentencia:

En un Estado Constitucional de Derecho todos los procedimientos tienen un vínculo inescindible con los derechos de las personas y, especialmente, con el debido proceso, y algunos de singular relevancia son diseñados en sus bases esenciales, y con mayor o menor densidad regulativa, por el propio Constituyente que inserta las correspondientes cláusulas en el texto constitucional, ya se trate de procedimientos previstos para el cumplimiento de alguna de las funciones básicas asignadas a las ramas del poder público o de asuntos en los que prevalece la colaboración armónica entre los poderes o en los que se manifiesta el control inter-órganos. (Corte Constitucional, Sala Plena, sent. C-373, 2016).

Ahora bien, la jurisprudencia de la cc ha detallado la implicación de la separación de poderes en diversas particularidades, como, por ejemplo, en la definición de facultades extraordinarias otorgadas al Presidente de la República, la existencia de un tribunal de aforados, la función legislativa cuando se condiciona la aprobación de normativas vía *fast track*, entre otros.

Para ejemplificar el funcionamiento del elemento esencial de la separación de poderes, se refieren a las competencias extraordinarias que el Con-

greso de la República le otorgó al Presidente de la República con el fin de regular, de forma subsidiaria, lo atinente a la implementación del sistema penal acusatorio descrito en el Acto Legislativo 3 del 2002, si y solo si el Legislativo no expide la Ley que regulase el tema.

La cc aduce que es posible delegar funciones legislativas al Presidente de la República bajo estrictos parámetros de competencia material y temporal previstos de forma excepcional y limitada, siempre y cuando esta delegación responda a la colaboración armónica y no a la extralimitación de funciones. Plantea el Alto Tribunal Constitucional en la Sentencia C-970 del 2004:

La habilitación al presidente de la República tiene, por otra parte, un objetivo determinado, cual es el de asegurar la oportuna entrada en operación del nuevo sistema penal acusatorio, dentro del término previsto por el constituyente derivado. Es pues, desde esta perspectiva, una disposición necesaria para el oportuno desarrollo de la reforma constitucional. A ese efecto, se confieren facultades extraordinarias para expedir, modificar o adicionar los cuerpos normativos correspondientes incluidos en la ley estatutaria de la administración de justicia, la ley estatutaria de habeas corpus, los Códigos Penal, de Procedimiento Penal y Penitenciario y el Estatuto Orgánico de la Fiscalía. Es claro, no obstante la deficiente redacción de la norma, que la referencia a los cuerpos normativos que se acaban de citar, no comporta una habilitación abierta para que el Presidente de la República los afecte de manera integral, sino que, en cada caso, las normas para cuya expedición se habilita al Presidente tendrían que tener una relación de conexidad directa con el desarrollo del sistema penal acusatorio, con la condición adicional de que sean necesarias para su puesta en marcha.

[...] Se trata de unas facultades precisas cuyo objeto se circunscribe a proferir “las normas legales necesarias al nuevo sistema”, lo que conjura cualquier posible pretensión del Jefe del Ejecutivo de extender su competencia legislativa extraordinaria a otras materias. En efecto, mediante el Acto Legislativo 03 del 2002 se reformó la Constitución para introducir en nuestro ordenamiento jurídico el sistema penal acusatorio. Si bien, para la realización de ese objetivo, la reforma aborda temas generales de la administración de justicia, lo hace en cuanto ello es necesario para la incorporación del nuevo sistema, y las facultades extraordinarias de manera expresa se contraen a la expedición de “... las normas legales necesarias al nuevo sistema.” En el mismo artículo 4º se precisa que el objeto de la reforma, y el sistema al que ella se refiere, es el sistema penal

acusatorio. Así, resulta claro que la reforma habilita al Presidente de la República, para que, si no lo hace oportunamente el Congreso, expida, modifique o adicione "... los cuerpos normativos correspondientes incluidos en la ley estatutaria de la administración de justicia, la ley estatutaria de habeas corpus, los códigos Penal, de Procedimiento Penal y Penitenciario y el Estatuto Orgánico de la Fiscalía", en cuanto ello sea necesario para el funcionamiento del sistema penal acusatorio introducido por el propio Acto Legislativo. (Corte Constitucional, Sala Plena, sent. C-970, 2004).

En conclusión, es posible la delegación en el Ejecutivo de funciones legislativas claras, precisas y temporalmente definidas, sin que ello afecte la separación de poderes. La delegación de funciones, por sí misma no significa un aumento arbitrario de las competencias presidenciales, dado que solo opera en momentos excepcionales, de forma transitoria y con controles constitucionales, como en el caso concreto del control judicial sobre las normativas expedidas en funciones de las competencias delegadas.

Caso contrario sucede cuando el poder de reforma mediante el Acto Legislativo 2 del 2004 atribuye competencias extraordinarias al Consejo de Estado para expedir el estatuto político en ocasión de las elecciones presidenciales del 2006, cuando se abre la posibilidad de la reelección presidencial. Con referencia a lo anterior, señala la CC en Sentencia C-1040 del 2005:

Observa la Corte, en primer lugar, que la materia para cuya regulación se habilita de manera supletoria y transitoria al Consejo de Estado, se sustrae, así sea de manera temporal, del ámbito de la competencia legislativa, por cuanto la habilitación al Consejo de Estado se orienta a la regulación de un específico proceso electoral, que debe cumplirse en breve término y de cuya configuración, por consiguiente, quedaría excluido el legislador. Como se pone de presente en la demanda, tal situación afecta la supremacía de la Constitución, porque esa regulación, que de manera excepcional se confía al Consejo de Estado, no estaría sometida a control político alguno y carecería de un efectivo control de constitucionalidad, como pasa a establecerse.

En efecto, la norma crea un poder legislativo transitorio carente de controles efectivos que lo sujeten a la Constitución. Con esta norma se reemplaza temporalmente al Congreso de la República y, además, se elude o torna inocuo el control constitucional que debe ejercer la Corte Constitucional sobre las normas estatutarias que regulen los de-

rechos políticos de los ciudadanos, la financiación de las campañas, la participación en política de los funcionarios públicos, la igualdad en la contienda electoral, entre otros asuntos. Dicho poder legislativo fue atribuido a un órgano de la rama judicial, que no es elegido por el pueblo de manera directa o indirecta, que no es representativo de la sociedad y que habrá de expedir las normas legales sin participación de los ciudadanos obligados y afectados, sin sujetarse a un procedimiento legislativo predefinido y público, y sin control parlamentario, ni judicial de constitucionalidad, que actúen de manera oportuna antes de las elecciones de 2006. (Corte Constitucional, Sala Plena, sent. C-1040, 2005).

La inconstitucionalidad de dicha competencia transitoria se debe a la imposibilidad de ejercer control sobre los actos normativos que produjese el Consejo de Estado, a esto sumada la falta de legitimidad democrática con la que cuenta un órgano judicial para emitir actos de corte legislativo. Lo anterior representa una sustitución orgánica del sistema de frenos y contrapesos diseñado por el poder constituyente.

En conclusión, la separación de poderes es un elemento esencial de la Constitución, debido a su irradiación en el sistema normativo constitucional, al adoptarse como un rasgo identitario de las constituciones de corte liberal, además de guardar suma relación con el control del poder, la protección de derechos y evitar excesos de las ramas del poder público.

4.3.5. Autogobierno judicial

Este elemento esencial se desprende de la concepción de la separación de poderes como colaboración armónica entre los diversos órganos constitucionales que componen el Estado. Para comprender el autogobierno judicial, cabe precisar que este es el presupuesto para la independencia y la autonomía del poder judicial, al buscar la neutralidad y la no intromisión de otros órganos que lleven a la concentración de poder.

Aquí se parte del estudio de las Sentencias C-285 y C-373 del mismo año (2016), las cuales ejercieron el control de constitucionalidad sobre el Consejo de Gobierno Judicial y el Tribunal de Aforados, figuras que se pretendían introducir por medio del Acto Legislativo 2 del 2015, denominado “la reforma de equilibrio de poderes”.

Para contextualizar, la producción del Acto Legislativo 2 del 2015 se desarrolla, según la Sentencia C-285 del 2016, en un entorno de desconfianza

institucional, desprendida de la inoperatividad de los controles hacia los altos funcionarios de la rama judicial, además del ya añejo argumento de la congestión judicial que se refleja en las deficiencias de la operatividad de la rama judicial.

Para ello, el poder de reforma hizo múltiples modificaciones a la Carta Política, entre las que relucía la creación del Consejo de Gobierno Judicial, el cual se encargaría de la dirección y la operatividad de la rama judicial; de igual forma, se eliminaba el Consejo Superior de la Judicatura y se crearía la Comisión y Tribunal de Aforados que se encargaría de llevar los procesos en contra de los altos funcionarios judiciales, verbigracia, el Fiscal General de la Nación, los magistrados de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia (CSJ), no obstante, esta reforma no contemplaba el ingreso del Presidente de la República en la competencia del Tribunal de Aforados.

Ahora bien, referirse al elemento esencial del autogobierno judicial, se hace menester entender esta figura del ordenamiento jurídico como la capacidad que tiene la Rama Judicial de gestionarse y conducirse por sí misma, sin interferencia o dependencia de otras ramas del poder público; con ello se pretende garantizar la independencia y autonomía judicial, además de preservar la separación de poderes y encaminar la funcionalidad de la administración y acceso a la justicia.

Para la Corte Constitucional, la independencia judicial es condición y presupuesto de la administración de justicia. A su vez vislumbra el respeto del debido proceso y el acceso a la administración de justicia, en donde los órganos encargados de impartir las decisiones judiciales se puedan centrar en principios de neutralidad, imparcialidad y justicia material, los cuales deben estar contenidos en la motivación judicial acorde a la aplicación de la ley en sentido amplio. En la Sentencia C-285 del 2016 se arguye:

[...] la independencia judicial es condición y presupuesto de la administración de justicia como tal, ya que la función jurisdiccional reclama, en función del derecho al debido proceso, que las decisiones de los operadores judiciales estén motivadas y sean el resultado exclusivo de la aplicación de la ley al caso particular. Esto significa que la validez y la legitimidad de las decisiones judiciales depende, entre otras cosas, de que éstas no se encuentren mediadas por intereses preconstituidos distintos a la aplicación del derecho positivo al caso particular, y de que, por consiguiente, el juez sea ajeno, tanto personal como institucional-

mente, a las partes involucradas en la controversia, a las demás instancias internas dentro de la propia organización judicial, y en general, a todo sistema de poderes. De este modo, la exterioridad del juez frente al sistema de poderes se convierte en una condición de objetividad, neutralidad, imparcialidad y justicia material de las decisiones judiciales. (Corte Constitucional, sent. C-285, 2016).

La independencia judicial juega un papel predominante, no solo en el sistema de frenos y contrapesos, sino también en la materialización del acceso a la justicia, de forma tal que las providencias emitidas por los órganos judiciales se ciñan a la imparcialidad, a la no interferencia de intereses particulares, al respeto por el debido proceso y la neutralidad. Es así como este principio irradia todo el contenido de una Constitución que propugna por la democracia y el Estado social de derecho.

Asimismo, la independencia judicial tiene un nexo inescindible con el principio de la separación de poderes, dado que la realización de tal independencia hace posible la limitación al poder, así como la materialización de los derechos y la eficacia estatal. Para ello, la independencia judicial se circunscribe a la idea de paridad de la separación de poderes. Aduce la cc en la Sentencia C-373 del 2016:

Aunque la independencia de la Rama Judicial tiene entidad propia y suficiente relevancia por sí misma, la jurisprudencia constitucional siempre ha destacado su nexo inescindible con el principio de separación de poderes del que hace parte. En efecto, esta Corporación ha señalado que *“la autonomía e independencia del poder judicial son expresiones del principio de separación de poderes”*, de tal forma que *“la independencia judicial concreta el principio de separación de poderes en el contexto de la administración de justicia, y por esta vía materializa y hace posible la limitación al poder, la realización de los derechos, y la eficacia en la actuación estatal”*

[...]

La paridad que caracteriza a los órganos constitucionales se concilia así con *“el predominio de uno de ellos con relación al ejercicio de sus propias competencias”*, aspecto este que sirve de base a la independencia del órgano y de la rama a la que pertenece, independencia que, a su vez, deriva de la función de cada rama rasgos propios e inconfundibles, como que, si bien *“la independencia judicial es manifestación del principio de separación de poderes”*, también es *“un presupuesto de la función jurisdiccional y del derecho al debido proceso”*, y en virtud de esta última particularidad, *“la independencia adquiere unas connotaciones específicas, no necesariamente replicables”*

a las demás funciones estatales”. (Corte Constitucional, Sala Plena, sent. C-373, 2016).

En esta lógica, la Constitución de 1991 ha desarrollado en múltiples artículos la idea de la independencia judicial, con lo cual se convierte en un eje axial y normativo del sistema constitucional colombiano. Los artículos 1 y 6 consagran el principio de legalidad y la cláusula del Estado social de derecho, además del deber que tienen los jueces de garantizar los derechos a los ciudadanos. El artículo 13 indica el principio de igualdad al acceso a la administración de justicia. El artículo 116 señala la función de administrar justicia. En el artículo 228 se consagra la independencia en las decisiones judiciales. El artículo 230 hace énfasis en la sujeción exclusiva de los jueces al imperio de la ley, además de señalar los criterios auxiliares que deben motivar las decisiones judiciales. Igualmente, gracias al rango constitucional de la independencia judicial, todos los modelos procesales e instituciones jurídicas deben orientarse a la protección de dicho principio. De esta forma, la Constitución ha configurado, a partir de la decisión política fundamental, un sistema respetuoso de la independencia judicial. Al respecto, advierte la cc:

En consecuencia, la independencia judicial proscribiera cualquier tipo de injerencia de otro órgano del poder público en las decisiones jurisdiccionales, puesto que la única restricción que puede sujetar a las autoridades que administran justicia es el Derecho y la imparcial apreciación de los hechos. (Corte Constitucional, Sala Plena, sent. C-373, 2016).

Frente a la autonomía judicial cabe señalar, de nuevo, el papel preponderante de la separación de poderes, al determinar roles distintos a los diversos órganos estatales; así, por medio de la asignación de competencias exclusivas y excluyentes, se plasma el funcionamiento autónomo de cada una de las ramas. En este sentido, la rama judicial debe operar de forma autónoma con respecto a los demás órganos del poder.

La autonomía judicial, según la jurisprudencia constitucional, adopta dos dimensiones: una negativa y otra positiva. La negativa se orienta a la eliminación de cualquier interferencia externa en el funcionamiento de la rama judicial; y la positiva se circunscribe a las garantías institucionales de funcionamiento, esto es la asignación de recursos, la carrera judicial, la permanencia de los jueces y un régimen disciplinario especial. Dice la cc en la Sentencia C-285 del 2016:

Por este motivo, al lado de la dimensión negativa de la independencia judicial, como mera proscripción de toda interferencia externa, hoy en día se reconoce su dimensión positiva que se centra en las garantías institucionales de la independencia como la asignación presupuestal a la Rama Judicial, la administración de la carrera judicial, las garantías de permanencia para jueces y la estabilidad laboral, el suministro oportuno y adecuado de recursos, los procesos de formación y capacitación de funcionarios judiciales, el régimen disciplinario de funcionarios y empleados judiciales, el sistema salarial, entre muchos otros. Todas estas temáticas específicas tienen una incidencia decisiva, aunque indirecta, en la independencia judicial y su manejo autónomo se ha considerado como presupuesto de dicha independencia. (Corte Constitucional, Sala Plena, sent. C-285, 2016).

Como consecuencia de lo anterior, la autonomía judicial para el autogobierno judicial va más allá de lo operativo o lo financiero, pues se edifica en una gestión orientada a la buena operación de la rama judicial para brindar una pronta y cumplida justicia.

Es así como la autonomía y la independencia judicial son presupuestos del autogobierno judicial. Pues ellos dotan de contenido las funciones de autogestión de la rama judicial y de la no interferencia de las demás ramas del poder público en la funcionalidad de la justicia, así como otorgan garantías institucionales para hacer operativa la administración de justicia; y llevar a que estos órganos se ciñan solo al imperio de la ley y no a los intereses particulares que pueden surgir de las decisiones judiciales. También, evitan la concentración de poder que pueda llevar a la arbitrariedad. Aduce la cc en la Sentencia C-373 del 2016:

Sin embargo, el autogobierno judicial trasciende este nivel meramente operativo, relacionado con asuntos de orden financiero, presupuestal y administrativo, y también el relacionado con el cometido misional de los jueces de impartir justicia en los casos particulares. La razón de ello es que la actuación de estas estructuras internas a la Rama Judicial se orienta también a la realización y materialización de los fines de la justicia, como la caracterización de las demandas de justicia en el país, los procesos de formación judicial en función de perfiles previamente determinados, la participación en el diseño y la implementación de nuevos esquemas procesales, la construcción y adecuación de la infraestructura física en función de las necesidades de la justicia, la incorporación de las nuevas tecnologías en los despachos judiciales y la planeación estra-

tégica. De este modo, las estructuras de gobierno y administración de la Rama Judicial se encargan de la definición e implementación de las grandes políticas públicas en materia de justicia, desde esta perspectiva “macro” y global del sistema. (Corte Constitucional, Sala Plena, sent. C-373, 2016).

El modelo adoptado por el poder constituyente en la Constitución Política de 1991, con referencia al autogobierno y en protección de la independencia y autonomía judicial, se basó en la consagración de un modelo con órganos endógenos de la Rama Judicial con la capacidad de dirigir y administrar la funcionalidad de la justicia. Aparte de configurar una delimitación funcional entre la administración de la Rama Judicial y la función judicial, para evitar interferencias entre los ejercicios de juzgar y de administrar.

Con conexión a lo anterior, la Constitución de 1991 en los artículos 254, 256 y 257 estipula la existencia de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, la cual se encarga de la dirección de la Rama Judicial, y esta cuenta con unidades operativas que se encargan del cumplimiento de objetivos misionales, la carrera judicial y la formación de los jueces. Asimismo, se estipula allí la Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial, encargada de la ejecución de lo desarrollado en las actividades administrativas de la Rama Judicial, según lo direccionado por la Sala Administrativa de la Rama Judicial —artículo 98 de la Ley 270 de 1996—. En esta misma línea, los artículos 96 y 97 de la Ley 270 de 1996 señalan la función de la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial, un órgano comunicativo y consultivo, encargado de informar y asesorar a los órganos de gobierno y administración sobre las necesidades del sector justicia.

Con la descripción anterior, cabe afirmar que el constituyente optó por un modelo endógeno de autogobierno judicial, al introducir órganos pertenecientes a la Rama Judicial para que fuesen estos los que direccionaran la administración y el gobierno, sin que ellos interfirieran directamente con las decisiones de corte judicial, es decir que no ejercen funciones judiciales como tal, sino solo administrativas o ejecutivas. Expresa la cc en la Sentencia C-285 del 2016:

El modelo previsto en la Constitución de 1991 obedece a otra racionalidad, porque a partir de una visión sistémica, se creó una institucionalidad cohesionada que asume en su integridad los distintos procesos

vinculados a la conducción de la Rama Judicial, y en la que únicamente se diferencia entre los distintos niveles de gestión: el nivel consultivo, el nivel de gobierno, y el nivel ejecutivo, asignados respectivamente a la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial, a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, y a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y las unidades operativas del Consejo. Acorde con la naturaleza consultiva de la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial y con su objetivo de ilustrar a los órganos de gobierno sobre las necesidades, problemáticas y retos del sector justicia, ésta se encuentra integrada por los presidentes de las altas cortes (Consejo de Estado, Corte Suprema de Justicia, Consejo Superior de la Judicatura y Corte Constitucional), la Fiscalía General de la Nación y un representante de los funcionarios y empleados judiciales (art. 96 L. 270/96); por su parte, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, encargada del gobierno de la Rama Judicial, se encuentra integrado por 6 magistrados designados por la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional (art. 254 C.P.); y acorde con el objetivo misional de la Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial, encargada del nivel ejecutivo de la Rama, ésta se encuentra representada por un director que tiene un perfil técnico, elegido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura de tres candidatos postulados por la Comisión Interinstitucional (art. 98 L. 270/96). Así mismo se concibieron unidades operativas dependientes de la Sala Administrativa, para el desarrollo de sus competencias misionales. (Corte Constitucional, Sala Plena, sent. C-285, 2016)

De igual forma, a la operatividad de un autogobierno judicial basado en la idea de una dirección endógena y cohesionada, se le deben sumar la imparcialidad y la neutralidad que tienen que caracterizar la conducción de la administración de justicia. Allí, la imparcialidad debe brillar en la toma de decisiones que solo giren en torno a los intereses abstractos de la administración de justicia. Los administradores del poder judicial deben ser extraños a los destinatarios de la gestión. Dice la cc:

Si las decisiones en el gobierno y administración del poder judicial son adoptadas por los mismos destinatarios de dicha labor, se pierden las condiciones para que ésta responda a los intereses abstractos de la administración de justicia, y por el contrario, la conducción de la Rama Judicial se estructuraría en función de las necesidades y expectativas de los mismos operadores de justicia que la manejan y conducen, o de las colectividades a los que éstos representan. (Corte Constitucional, Sala Plena, sent. C-285, 2016).

En consecuencia, la exigencia de la imparcialidad y neutralidad de los gobernantes y administradores del poder judicial tiene su razón de ser en la eliminación de los intereses particulares que pueden surgir de las decisiones sobre la dirección de la rama. Con ello se evitan la concentración de poder y posibles acciones de corrupción o arbitrariedades.

Para ilustrar el alcance del elemento esencial denominado autogobierno judicial (el cual abarca la independencia y la autonomía judicial) se trae a colación, de forma ilustrativa, el caso de la inconstitucionalidad del Consejo de Gobierno Judicial, introducido por el poder de reforma por vía del Acto Legislativo 2 del 2015. En esta reforma constitucional se suprime el Consejo Superior de la Judicatura, se alteran los perfiles de quienes pueden ser gobernadores o administradores del poder judicial, y se modifican las funciones con respecto al autogobierno judicial.

Dice la CC en la Sentencia C-285 del 2016 que el perfil de los administradores de la rama judicial ha sido modificado sustancialmente. En virtud del Acto Legislativo 2 del 2015, quienes podrán ejercer la gerencia de la rama judicial se caracterizan así:

7.2.2. Para hacer frente a estas deficiencias, el perfil de quienes se encargan de la gerencia de la Rama Judicial es sustancialmente distinto: (i) por un lado, cinco de los nueve miembros del Consejo de Gobierno Judicial ejercen su labor, no en razón de su experiencia o ejercicio profesional anterior en el campo del derecho, sino en razón de su pertenencia actual a la Rama Judicial: tres de los miembros son los presidentes de las altas cortes (Corte Constitucional, Consejo de Estado y Corte Suprema de Justicia), uno es representante de los jueces y magistrados de tribunales, y otro es representante de los empleados judiciales; con este cambio se pretendió insertar directamente al órgano de gobierno judiciales actores del sistema de justicia, a efectos de que la conducción del poder judicial estuviese permeado por el conocimiento de las dinámicas internas y de las necesidades del sistema; (ii) por otro lado, tres miembros del Consejo de Gobierno Judicial son expertos con amplia experiencia en el diseño, evaluación y seguimiento de políticas públicas, modelos de gestión o administración, en el entendido de que la conducción de la Rama requiere de conocimientos, habilidades y destrezas de orden técnicas, más asociadas a la dirección y administración pública, que a las labores jurisdiccionales; (iii) finalmente, el Gerente de la Rama Judicial es también un experto con amplia experiencia en administración pública, todo dentro de la idea de que debía fortalecerse el órgano gerencial, y de

que para ello, el Gerente debía contar con las más altas calidades en este ámbito. (Corte Constitucional, Sala Plena, sent. C-285, 2016).

Resulta contraria tal descripción al elemento esencial del autogobierno judicial predicado en el desarrollo de la decisión política fundamental, en salvaguarda de la separación de poderes, toda vez que, a pesar de la existencia de un organismo endógeno en la dirección, administración y gobierno de la rama judicial, esta tiene falencias de independencia. Lo anterior se afina en la conformación de miembros a partir de los presidentes de las Altas Cortes y de los representantes de los jueces, pues esto conlleva a la concentración de intereses, dado que no se puede predicar la diferenciación funcional de administrador-gobernante con la de administrador de justicia.

Bajo los presupuestos del Acto Legislativo 2 del 2015, se han modificado las funciones que tendría la dirección del gobierno judicial. Las asignaciones diferenciadas responden a la composición mixta del Consejo de Gobierno Judicial y del funcionamiento intermitente del mismo. Expresa la cc en la Sentencia C-285 del 2016:

Por su parte, al Consejo de Gobierno Judicial se le asignan las funciones vinculadas al gobierno judicial, pero con algunas variantes frente al modelo anterior: (i) primero, tiene una integración mixta, porque se encuentra conformada por operadores de justicia (presidentes de las altas cortes, representante de jueces y magistrados de tribunal y representante de empleados judiciales), por tres expertos con un perfil tecnocrático, y por el Gerente de la Rama Judicial; (ii) segundo, se trata de un cuerpo que funciona de manera intermitente, pues su función se activa únicamente cuando se reúnen esporádicamente todos sus miembros, y únicamente los tres expertos de dedicación exclusiva desempeñan su gestión de manera permanente y continua; (iii) tercero, el esquema de relaciones con la Gerencia de la Rama Judicial se modifica sustancialmente, no solo porque el Gerente es miembro activo del Consejo, sino porque además, su funcionamiento depende del apoyo administrativo y logístico que provee la Gerencia (art. 16 A.L. 02/15); (iv) aunque algunos de los participantes en la audiencia pública sostuvieron que el Consejo de Gobierno Judicial es un organismo directivo del más alto nivel, encargado exclusivamente la definición de las políticas de la Rama Judicial, en realidad este órgano tiene a su cargo una amplia gama de atribuciones relacionadas no solo con la definición de las políticas públicas, sino también con funciones de orden electoral, de gobernanza judicial, e incluso

de naturaleza administrativa, como la postulación de las listas y ternas de candidatos que ordena la Constitución, la reglamentación de los trámites judiciales y administrativos en aquellos asuntos en que exista un vacío legal, la reglamentación del sistema de carrera judicial de la Comisión de Carrera Judicial, la aprobación del proyecto de presupuesto de la Rama que se debe remitir al gobierno nacional, la aprobación del mapa judicial, la definición de la estructura orgánica de la Gerencia de la Rama Judicial, y la supervisión de esta última; y por su parte, los expertos de dedicación exclusiva del Consejo del Gobierno Judicial tienen a su cargo la planeación estratégica y la elaboración y proposición de las políticas públicas del poder judicial. (Corte Constitucional, Sala Plena, sent. C-285, 2016).

A partir de la descripción anterior, se aduce la inconstitucionalidad de la reforma planteada a la estructura del poder judicial, toda vez que el poder de reforma ha excedido las competencias de modificación constitucional, al sustituir el elemento esencial del autogobierno judicial. Argumenta la CC en la sentencia en mención que el acto reformativo propuesto no satisface los requisitos mínimos del autogobierno judicial, en los siguientes términos:

El modelo previsto en la reforma constitucional, sin embargo, se aparta de todos estos requerimientos: primero, porque, aunque formalmente se crearon dos instancias encargadas del gobierno y administración del poder judicial, desde una perspectiva material no existe un órgano ni un sistema orgánico articulado y cohesionado que pueda ser considerado como una nueva institucionalidad de autogobierno; segundo, porque aunque los entes encargados del gobierno y administración de la Rama se ubicaron dentro de la estructura de la Rama Judicial, al mismo tiempo, su configuración, así como la creación de un sistema orgánico vulnerable a las mediaciones de actores externos, y la deliberada institucionalización de estas interferencias, significa que tales órganos dejan de ser, desde un punto de vista sustancial, endógenos al poder judicial; y finalmente, porque aun cuando en la reforma constitucional se instauró una institucionalidad dentro de la Rama Judicial a la que nominalmente se le asignó la función de dirigirla, la configuración específica de este modelo impide a los órganos correspondientes materializar este rol. De este modo, de manera paradójica el Acto Legislativo acogió la dimensión formal del principio de autogobierno creando unas instancias de gobierno y administración dentro de la propia Rama Judicial, pero en cambio desechó su dimensión material y sustantiva, privando a estos

mismos antes de la capacidad para asumir los retos de la administración de la institucionalidad judicial y del sistema de justicia como tal. En definitiva, entonces, el Acto Legislativo 02 de 2015 suprimió el órgano de autogobierno que en la Constitución de 1991 materializaba el principio de autonomía de la Rama Judicial, y lo sustituyó por un diseño orgánico que, aunque nominalmente apunta al mismo objetivo, carece de la aptitud necesaria para el efecto, en cuanto se separa de todos los criterios a partir de los cuales se delineó la autonomía de la Rama Judicial. (Corte Constitucional, Sala Plena, sent. C-285, 2016).

En consecuencia, el diseño de gobierno judicial introducido por el poder de reforma no responde al límite esencial de autogobierno judicial y con ello evidencia un exceso en sus competencias. Esto porque se desconocen la imparcialidad y la neutralidad que se deben predicar, según la delimitación originaria de los miembros que conforman la dirección del poder judicial. Igualmente, el diseño introducido no responde a la separación de poderes, al permitir intromisiones de otros órganos en el ejercicio de la administración y el gobierno judicial, lo que rompería con el equilibrio institucional planteado por el constituyente.

Ahora, para ilustrar el alcance de la independencia y la autonomía judicial se analiza el caso del Tribunal de Aforados introducido por el Acto Legislativo 2 del 2015, declarado inexecutable por la Sentencia C-373 del 2016.

Para la cc, la introducción de la figura de la Comisión de Aforados representa un exceso de las competencias del poder de reforma, porque se elimina de la Comisión de Acusación de la Cámara en los casos de investigaciones en contra de los magistrados de las Altas Cortes y el Fiscal General, lo que lleva a prescindir de los elementos de juicio propios de un órgano político, además de que hay un rompimiento en la separación de poderes al introducir una Comisión y Tribunal de Aforados por fuera de la división tripartita de los poderes públicos.

No es plausible, sin embargo, la argumentación aducida por la cc para sostener la inconstitucionalidad de la reforma cuando se basa en la sustitución de los pilares del autogobierno judicial y la separación de poderes. En primer lugar, es cuestionable la afirmación sobre la prescindencia de los juicios propios de un órgano político, puesto que la realidad arroja una visión distinta, cuando al conformarse una Comisión de Aforados se tiene un elemento político fundamental basado en la elección de los magistrados que hacen parte de dicho Tribunal, en el cual su configuración

queda a merced de la elección política³. Asimismo, no podemos dejar de lado la naturaleza de la elección de los magistrados de la CC y del Fiscal General de la Nación, que viene precedida del beneplácito político; en el primer caso, para la elección de los magistrados de la CC, se debe contar con la mayoría de los votos de los miembros del Senado, donde entran a jugar intereses de diversas índole frente a la conveniencia de la elección de un togado en particular; y en el segundo caso, dada la naturaleza de la conformación de la terna de elegibles para ocupar el cargo de Fiscal General de la Nación a discrecionalidad del Presidente de la República, quien calcula la utilidad que puede representar para sus intereses la elección de un determinado jefe del ente acusador. Por lo tanto, el componente político no desaparecería con la modificación que se pretendía introducir a la Constitución.

En esta misma línea, cabe indicar que el componente político de las investigaciones, acusaciones y juicios adelantados por el Congreso de la República conserva un cariz decimonónico que al acoplar dicha figura a una suerte de juzgamiento moral de las altas dignidades del Estado (Chinchilla Herrera, 1998, p.275), y dejar aparte el análisis jurídico de la conducta investigada, lo que somete tal juicio a los intereses políticos dominantes del momento, y convierte esta figura en una institución inoperante.

En segundo lugar, la falta de adscripción del Tribunal de Aforados a una rama del poder público no representaba, necesariamente, una sustitución del pilar del autogobierno judicial. La CC asume que la creación de un órgano que en apariencia, no se encuentre adscrito a una de las ramas del poder público desconoce la separación de poderes y el autogobierno judicial; empero, persiste una hesitación frente a la configuración de la separación de poderes, entendida como colaboración armónica, toda vez que el Tribunal de Aforados se encontraba regulado como un órgano que permitía el control de frenos y contrapesos al juzgar a miembros de las Altas Cortes, quienes por su calidad acarrearán que un órgano ajeno a su influencia permita un ejercicio independiente para la resolución de los casos que se le presenten. En consecuencia, la no adscripción del Tribunal de Aforados terminaría siendo compatible con el entendimiento de una separación de poderes con base en la colaboración armónica y el auto-

3 El artículo 8 del Acto Legislativo 2 del 2015 adicionaba el artículo 178-A en el cual prescribía que la elección de los miembros de la Comisión de Aforados le correspondía al Congreso en pleno.

gobierno judicial, puesto que no interfiere en la independencia y en el funcionamiento de la rama judicial.

En tercer lugar, y desde una óptica foucaultiana, se deben observar con filigrana las fuerzas que componen el discurso adoptado por la decisión de exclusión de una institución (Foucault, 1970, p.14). En otras palabras, observar cuáles son los intereses ocultos en la decisión judicial que ha tomado la cc frente a la inexequibilidad del Tribunal de Aforados.

Tras los argumentos ofrecidos por la Alta Corporación se desprende el interés político de mantener un sistema de juzgamiento e investigación que favorezca a los togados de las Altas Cortes. Esta afirmación deviene de la naturaleza del órgano que ha tomado la decisión, en cuanto a que los magistrados de la cc serían los sujetos pasivos de la competencia del Tribunal de Aforados, lo que involucra una tensión de intereses entre la propuesta del Tribunal de Aforados y la estabilidad de los intereses de los magistrados⁴ de la cc, quienes en un ejercicio de poder regulado por el derecho han adoptado una decisión, con efectos jurídicos, para mantener un estado de cosas favorable con respecto a sus necesidades. En consecuencia, debido a los argumentos esgrimidos, la decisión de la cc no es infalible; todo lo contrario, denota serias hesitaciones sobre la protección de la identidad constitucional con respecto a la separación de poderes y el autogobierno judicial, pues tal decisión tomada implica carices con intereses personales.

Retomando la argumentación de la cc en la Sentencia C-373 del 2016, se señala que el sistema de enjuiciamiento anterior de los aforados consistía en que —con respecto a la investigación de delitos cometidos en ejercicio de sus funciones o de indignidad por mala conducta— la investigación y la acusación le corresponden a la Cámara de Representantes (artículo 178-2,4 de la CP) y el juzgamiento recae en el Senado de la República (artículo 175-2 de la CP), quien decide sobre la suspensión o destitución, en el caso de la aplicación de una pena distinta, el llamado a aplicarla, en este caso, es la CSJ (artículo 235-2 de la CP). En el caso de la acusación respecto a los delitos comunes cometidos por los aforados corresponde a la Comisión de

4 De manera informativa, se puede observar la confluencia de intereses políticos frente a la inexistencia de una Comisión y Tribunal de Aforados por parte de los magistrados de la Altas Cortes; verbigracia, se presentó oposición del exfiscal general de la Nación, Eduardo Montealegre Lynett y del exvicepresidente de la CSJ Leonidas Bustos, quienes rechazaban la conformación de dicha institución por razones de quebrantamiento de la separación de poderes.

Acusación de la Cámara de Representantes (artículo 178-2,3 de la CP), el Senado respondía con referencia al seguimiento de la causa (artículo 175-3 de la CP) y su posterior juzgamiento recae en la competencia de la CSJ. De esta forma, el poder constituyente configuró un sistema de investigación, acusación y juzgamiento en armonía con la separación de poderes, en un engranaje que permitiera el control de frenos y contrapesos, basado tanto en un control político como jurídico en los procesos que se adelantasen en contra de los aforados (Corte Constitucional, Sala Plena, sent. C-373, 2016).

A pesar de la argumentación presentada por la CC, cabe precisar que la figura contemplada en los artículos 174, 175 y 178 de la Constitución Política de Colombia es una institución proveniente de la Constitución de 1821, ratificada por la de 1886 y retomada por la de 1991, institución que resulta anacrónica dada la inexistencia de reformas que ha sufrido en el transcurrir de casi dos siglos. Es cuestionable el funcionamiento de tal institución, dada su dependencia de los intereses presentados en el seno del órgano legislativo, lo que hace que la estructura procedimental tenga elementos *autofrustrantes*, consecuencia de la falta de independencia de las cámaras políticas, la inhabilidad técnica, la desproporcionada autoridad y capacidad de manipulación del presidente (Chinchilla Herrera, 1998, p.270).

El diseño elaborado por el poder constituyente para el juzgamiento de los aforados de las Altas Cortes y del Fiscal General de la Nación, según la CC, se elabora con base en una cuestionable protección de la independencia judicial y teniendo en cuenta la posición que dichos cargos ocupan en la vida política y jurídica del país. Para ello se configura un sistema en el cual existe la intervención de un órgano elegido popularmente, como lo es el Congreso, que en el diseño llene de legitimidad el proceso de investigación y acusación de cara a un Estado democrático; y se asigna allí el juzgamiento a la CSJ, como órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, para garantizar a los aforados un tribunal de las más altas dignidades. Este diseño, según la CC, busca preservar el equilibrio entre los poderes públicos. Señala la Sentencia C-373 del 2016:

El Constituyente originario estableció un régimen constitucional que limita, mediante reglas sustantivas y procedimentales la remoción anticipada de estos funcionarios, su suspensión y la imposición de sanciones durante el periodo para el cual sean designados. El sistema diseñado

buscaba asegurar que la investigación, la acusación y el juzgamiento de los funcionarios judiciales (i) no afectara negativamente el ejercicio imparcial de sus competencias, (ii) tomara en cuenta su posición en el vértice de una de las ramas del poder público y (iii) permitiera considerar los efectos de la remoción o suspensión desde la perspectiva de la estabilidad del sistema constitucional. Como se desprende de todo lo expuesto, elementos sustantivos y procesales confluyen en el régimen mencionado. (Corte Constitucional, Sala Plena, sent. C-373, 2016).

El modelo que el poder constituyente introdujo en la Constitución de 1991 concede competencias judiciales a un órgano electo popularmente con la supuesta finalidad de legitimar democráticamente la investigación y la acusación de los altos funcionarios de la rama judicial, esto en aras de consolidar un régimen especial para ellos. Aduce la cc en la Sentencia C-373 del 2016:

Que la Cámara de Representantes y el Senado de la República hayan sido encargados de una función materialmente judicial obedece a una larga tradición constitucional que, mediante la atribución de estas competencias al órgano legislativo, busca “garantizar la dignidad del cargo y de las instituciones” representadas por los aforados, así como “el pleno ejercicio de sus funciones y la investidura de sus principales titulares”, valiéndose para tales efectos de “un trámite procesal especial de definición de la procedencia subjetiva y en concreto del juicio penal”, para lograr los objetivos propios y esenciales del Estado Social de Derecho que, entre otros cometidos, se ocupa también de garantizar “la integridad y salvaguarda de sus instituciones y la seguridad de las personas que las representan, pues solo así es posible mantener el equilibrio en el ejercicio del poder”. (Corte Constitucional, Sala Plena, sent. C-373, 2016).

Como se puede observar, el diseño del elemento esencial de autogobierno judicial, en el cual se abarca la independencia y autonomía judicial, requiere la estructuración de un régimen especial de investigación, acusación y juzgamiento para los altos funcionarios del poder judicial que garantice la imparcialidad y el buen funcionamiento del Estado. Por ello, se otorgan competencias judiciales a la Cámara de Representantes y al Senado de la República, los cuales pueden valorar, no solo los méritos jurídicos, sino que también tendrán en cuenta las circunstancias políticas del país para decidir sobre la investigación, acusación y seguimiento de la causa.

Las aseveraciones de la cc en la Sentencia C-373 del 2016 no son sostenibles. En primer lugar, allí se parte de la premisa de la legitimidad democrática que recae en el Legislativo, debido a la naturaleza de este dada por la elección popular de sus miembros. Cabe agregar que la cc realiza un argumento aferrado a la carga emotiva del lenguaje, al usar términos como legitimidad democrática; empero, la legitimidad del Congreso es cuestionable en la actualidad, máxime cuando las estadísticas revelan una imagen desfavorable del setenta y cinco por ciento, respecto al cumplimiento de sus funciones (Semana, 2014, nov. 15). Por lo tanto, cabe preguntarse: ¿Cuánta legitimidad puede tener una institución en la cual la mayoría de la población observa con recelo su gestión? La Alta Corte peca aquí en su argumentación, pues no es suficiente basarse en la autoridad de unas características del órgano legislativo y apelar a la carga emotiva, sino que debe hacerse un estudio más profundo de la realidad política, en la cual la credibilidad del Congreso se encuentra en declive gracias a los escándalos que se han revelado ante la opinión pública, como, por ejemplo, la parapoltica, la compra de votos, la inasistencia a las plenarias, el narcotráfico, la participación de los congresistas en el denominado “cartel de la toga”, entre muchos más.

En segundo lugar, el argumento de la garantía de la imparcialidad e independencia de la Comisión de Acusación no es más que una ilusión, dado que la configuración actual, como denuncia acertadamente Chinchilla Herrera (1998), reafirma que la independencia del órgano juzgador queda en duda cuando este se encuentra atravesado por los intereses políticos del momento, lo que se suma a las falencias técnicas y jurídicas de los miembros de la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara, todo lo cual no permite un adecuado ejercicio de la función punitiva con respecto a los altos dirigentes que le competen a dicha institución (p.270).

Al mismo tiempo, no se puede predicar la imparcialidad de un órgano que es juez y parte, toda vez que varios de los sujetos, quienes se encuentran en la esfera competencial de la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara, fueron ternados o electos por el Congreso o han sido ternados por el Presidente de la República. En conclusión, el diseño constitucional defendido por la cc no es plausible, en vista de que la argumentación presentada deja más dudas que certezas sobre los pilares que fundamentan la existencia de la institución estudiada, en cuanto a que esta no refleja ni la

imparcialidad ni la legitimidad que reclama, supuestamente, el sentir del constituyente interpretado por la Corte.

Descrita esta variante del elemento esencial en estudio, cabe afirmar que la introducción en el plexo normativo de un órgano que se encargue de la investigación, la acusación y el juzgamiento del aforado, que no reconozca un régimen especial basado en la intervención de las ramas del poder público y la necesidad de un análisis político por un órgano electo popularmente para la definición de la situación jurídica de los magistrados de las Altas Cortes y del Fiscal General de la Nación, lleva a la sustitución de la Constitución Política en el sentir de la cc.

En el caso de la Comisión y Tribunal de Aforados, introducido por el Acto Legislativo 2 del 2015, esto resulta en sustituir la Constitución Política según la cc, ya que su configuración desconoce los elementos axiales determinados por el constituyente para llevar a cabo la investigación, la acusación y el juzgamiento de los aforados de las Altas Cortes y el Fiscal General de la Nación. Esto porque se adopta un Tribunal que desconoce la legitimidad democrática de las decisiones a tomar, toda vez que sus integrantes no son electos popularmente; a ello se suma que no se asigna a una rama del poder público, lo que implica la inexistencia efectiva de frenos y contrapesos; finalmente, lleva a una concentración de poder que afecta el desempeño de la rama judicial. Acota la cc en la Sentencia C-373 del 2016:

[...] En las condiciones anotadas, el nuevo régimen impide que en los procesos de acusación y juzgamiento de magistrados se efectúen valoraciones asociadas a la estabilidad de las instituciones, a la protección del régimen constitucional o, en suma, al bien común y, por lo tanto, a diferencia del esquema diseñado por el Constituyente originario, la acusación y el juzgamiento por la comisión de delitos comunes o de delitos cometidos en el ejercicio de las funciones solo puede tomar en consideración el régimen sancionatorio correspondiente, mas no razones vinculadas al bien común, con lo que se opera un cambio en el parámetro de valoración de la conducta de los aforados.

114. Esta Corporación reitera que la cuestión puesta en su conocimiento por el demandante no encuentra solución mediante la simple creación de un órgano constitucional nuevo y que, por ello, no se trata de indagar si la Comisión de Aforados tiene o no ese status, sino de destacar, de una parte, que su introducción en el ordenamiento superior rompe una paridad que estaba dada por la pertenencia a las ramas del poder

público de todos los órganos encargados de la investigación, acusación y juzgamiento de los aforados y, de la otra, que la selección del órgano al cual se le confiaron determinadas competencias para llevar a cabo el mencionado control inter-órganos, lejos de obedecer a una casualidad, respondió a propósitos sopesados por el Constituyente de 1991⁵ y que tienen una larga historia en el constitucionalismo colombiano. (Corte Constitucional, Sala Plena, sent. C-373, 2016).

A modo de colofón, a pesar del amplio desarrollo argumentativo que expone la cc con respecto al autogobierno judicial y la separación de poderes en el caso de la inexequibilidad de la Comisión de Aforados, cabe precisar que dicha decisión no es infalible ni tampoco resulta plausible por las razones expuestas en las páginas anteriores, dado que el modelo originario de la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara no presenta legitimidad democrática alguna dada la desconfianza popular que recae sobre el Congreso, además de que somete las cuestiones del juicio a intereses políticos particulares que hacen inoperante la institución. En segundo lugar, la independencia y la imparcialidad predicadas en el fallo como elementos estructurales de la investigación, la acusación y el juzgamiento de los altos dignatarios, resulta siendo un sofisma, toda vez que dada la conformación de la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara, esta responde a lógicas políticas, igual que la elección de los magistrados de las Altas Cortes y el Fiscal General de la Nación; situación que afecta la imparcialidad de la institución dada la existencia de intereses particulares de los investigadores y juzgadores. Finalmente, la sentencia comentada nace en el seno de una corporación que era el sujeto pasivo de la competencia de la Comisión de Aforados, esto es, la Corte Constitucional estaba decidiendo sobre el régimen que se le aplicaría frente a las investigaciones y juzgamientos de sus magistrados, dejando ver los intereses que tenían frente a la configuración final de dicho órgano, y vedando la decisión, ya que los intereses allí presentados afectaron notablemente la imparcialidad de los magistrados, lo que tendría como resultado la declaración de inexequibilidad de la reforma.

5 La afirmación presentada por la Corte Constitucional no responde a la realidad que refleja la normativa, esto porque la redacción del artículo 175 de la Carta Política de 1991 toma el canon del artículo 97 de la Constitución de 1886, en donde se muestra una actitud indiferente y evasiva del Constituyente con respecto al juicio político, haciendo nugatorio el ejercicio judicial del Legislativo y, sometiendo el estudio de responsabilidad a preceptos morales o de conveniencia política (Chinchilla Herrera, 1998, p. 274)

4.3.6. Deliberación legislativa

En la Sentencia C-332 del 2017, el análisis jurídico radica en la sustitución de la Constitución que representa algunos apartes del Acto Legislativo 1 del 2016, en el cual se contemplan el voto en bloque y la modificación con aval del Ejecutivo de los proyectos legislativos que versen sobre la implementación del Acuerdo de Paz con las FARC-EP. En este caso, el problema jurídico recae en la separación de poderes orientada a la protección de la función deliberativa del poder legislativo.

Para el Alto Tribunal, el poder de reforma ha excedido sus competencias al introducir en la Carta Política una serie de condicionamientos al órgano legislativo, frente a la aprobación de proyectos legislativos que desarrollen el Acuerdo de Paz entre el Gobierno y las FARC-EP. El Acto Legislativo 1 del 2016 prescribe la obligación de aprobar en bloque los proyectos legislativos y la imposibilidad de modificar lo contenido en ellos sin el aval gubernamental. Entiende la Corte Constitucional que la sumatoria de la iniciativa gubernamental, la votación en bloque y la limitación de la modificación del proyecto legislativo desconocen la función deliberativa del Legislativo, al convertirlo en un notario del ejecutivo. Cita la CC en la Sentencia C-332 del 2017:

La censura de la Corte no se centra en la posibilidad que el Acto Legislativo acusado prevea un escenario de votación en bloque, pues esa opción es plenamente válida, según se ha explicado. La sustitución del eje estructural de la separación de poderes, expresado en la autonomía del Congreso, radica en el hecho que se impone la votación en bloque al margen de cualquier decisión que adopten las cámaras sobre ese particular y a través de una transferencia excesiva de competencias al poder presidencial, quien no solo negoció el Acuerdo de Paz con las FARC-EP, sin intervención de los otros poderes públicos, sino que al mismo tiempo tiene la prerrogativa de reserva de iniciativa legislativa, aunado a que también ejerce la autorización exclusiva para las modificaciones al proyecto mediante el mecanismo de los avales. Estas funciones, sumadas a la reducción de la posibilidad misma de la discusión del articulado provocan, sin duda, un profundo desequilibrio entre las competencias gubernamentales y del poder legislativo, en lo que respecta a la aplicación del procedimiento legislativo especial. (Corte Constitucional, Sala Plena, sent. C-332, 2017).

Según lo indicado por la CC, la limitación introducida por el poder de reforma al poder legislativo en el ámbito del debate parlamentario significa un desequilibrio de la separación de poderes, al no armonizar las funciones entre el Ejecutivo con el Legislativo; esto debido al excesivo poder que alberga el primero en la implementación del Acuerdo de Paz, al reservarse la iniciativa legislativa y al convertir el Congreso en un convidado de piedra frente a las decisiones legislativas para la adopción de los proyectos presentados por el Gobierno en aras de materializar lo pactado. En consecuencia, no existe una colaboración armónica, sino una usurpación de funciones por parte del Ejecutivo que desconoce la identidad constitucional.

Asimismo, la separación de poderes, como elemento esencial de la Constitución, prevé la función legislativa con una amplia deliberación política que permita la expresión del pluralismo ideológico protegido por la Carta. Por lo tanto, en un Estado social y democrático de derecho es preciso, en el trámite de aprobación o rechazo de los proyectos legislativos, que exista una deliberación en la que se ponga de presente el pluralismo político. Señala la Sentencia C-332 del 2017:

De acuerdo con el principio de pluralismo político, la decisión legislativa debe ser fruto del contraste entre diversas posturas, lo que requiere un escenario que permita la deliberación pública. Así, “objetivo principal del pluralismo político es, como su nombre lo indica, hacer de la manifestación de voluntad de las comisiones, cámaras legislativas o Congreso en pleno, el resultado de un proceso integrador de las fuerzas políticas que lo conforman, de manera que las mismas puedan participar activamente en el proceso de determinación política”. (Corte Constitucional, Sala Plena, sent. C-332, 2017).

De esta manera, el presupuesto para la configuración de la voluntad política reside en la posibilidad de la amplia deliberación, al poner en el centro la intervención de la diversidad de ideas, concepciones, criterios y conceptos que permitan la construcción de un sistema para orientar la votación de los respectivos proyectos de ley. Con ello se garantiza la inclusión y participación de la multiplicidad en la configuración política del Estado, tanto en el nivel legal como en el constitucional. Por consiguiente, el pluralismo es una garantía que conforma el núcleo mínimo de la función legislativa, y anularlo conlleva al desconocimiento de la identidad constitucional.

En consecuencia, la deliberación y el pluralismo político como parte configurativa de la función legislativa —que compone la separación de poderes— es un elemento esencial que dota de identidad a la Carta Política. En el caso del Acto Legislativo 1 del 2016, según la cc, la afectación a dicho pilar es de tal magnitud que representa una sustitución de la Constitución. La decisión se encuentra estos argumentos en los literales h) y j) del artículo 1 del Acto Legislativo 1 del 2016, en donde la corporación concluye la existencia de una limitación injustificada de la deliberación y la expresión de las ideas del órgano legislativo con referencia a los proyectos legislativos presentados por medio del mecanismo de reforma denominado *fast track*. Dice la cc en la Sentencia C-332 del 2017:

El literal j), en cambio, lo que reduce es la capacidad deliberativa del Congreso, en la medida en que obliga a que en las diferentes instancias del trámite legislativo la decisión que se adopte respecto del articulado se haga en bloque, incluidas las modificaciones avaladas por el Gobierno y en una sola votación. Esto implica, necesariamente, que los congresistas (i) no pueden decidir si abren la deliberación del articulado u optan, acreditado el consenso, por la votación en bloque; ni tampoco (ii) pueden expresar su desacuerdo parcial con la iniciativa, precisamente por la imposibilidad jurídica de someter el articulado a deliberación a partir de cada una de sus partes.

Encuentra la Corte que lo previsto en los literales h) y j) del artículo 1° del Acto Legislativo 1 de 2016 sustituye el principio de separación de poderes, porque comporta una supresión de la capacidad deliberativa y decisoria del Congreso en materias que de manera originaria le han sido atribuidas por la Constitución, a partir del carácter definitorio de la labor de configuración política del Estado, tanto en asuntos legales como de reforma constitucional, pues la capacidad de determinar los contenidos normativos se transfiere al ejecutivo, como consecuencia del conjunto de restricciones previstas en los actos normativos demandados. (Corte Constitucional, Sala Plena, sent. C-332, 2017).

Así las cosas, allí se encuentra sustituido el elemento esencial señalado porque el poder de reforma ha impuesto una votación en bloque al margen de cualquier decisión particular, lo que significa una transferencia excesiva de las competencias al poder ejecutivo, quien no solo negoció con las FARC-EP, sin participación de ningún otro poder público, sino que contó con la iniciativa legislativa para la implementación del Acuerdo de Paz, sumando la votación en bloque y la condición de la reforma a los proyectos con

el aval presidencial. Todas estas funciones en cabeza del Ejecutivo y las limitaciones que comporta para el Legislativo desembocan en un desequilibrio de poderes, lo que imposibilita la colaboración armónica y el control interorgánico en la aplicación del procedimiento de *fast track*.

No obstante, la decisión de la Corte Constitucional se tomó durante una imbricada y coyuntural situación política con respecto a la incorporación a la vida civil de los guerrilleros de las FARC-EP y a la adopción de lo acordado en el proceso de paz. Este contexto se refleja en la decisión tomada por la CC que, en el ejercicio de sus competencias, adopta una postura que implicó el retraso de la materialización de lo acordado, lo cual tuvo serios efectos políticos de cara a la ejecución del proyecto de paz planteado en el gobierno de Juan Manuel Santos.

Conclusiones

La teoría de los elementos esenciales en el entorno normativo colombiano ha tomado una especial relevancia gracias a las decisiones judiciales adoptadas por la Corte Constitucional (cc). Órgano que ha realizado un excelente trabajo argumentativo a partir de la adopción de la teoría de la decisión política fundamental planteada por Carl Schmitt para la elaboración del concepto de poder constituyente, al distinguir los ámbitos de competencia de producción normativa del poder constituyente y del poder de reforma.

Gracias a la distinción propuesta por el Alto Tribunal Constitucional, se configura una limitación importante a los actos de reforma constitucional, que ciñe sus competencias de producción normativa al respeto de los valores e instituciones consignadas por la decisión política fundamental, en aras de darle continuidad a la identidad de la cual fue dotada la Constitución Política de 1991.

Ahora bien, la Carta Política colombiana se caracteriza por adoptar un modelo que permite un grado de rigidez medio, el cual se orienta a la construcción de múltiples mecanismos de reforma que tienen en su esencia un procedimiento agravado, marcado por límites competenciales y con un estricto control judicial; lo cual configura múltiples barreras al proceso de modificación de la Constitución. No obstante, a pesar de predicar un grado de rigidez medio, la Constitución Política ha sido modificada, hasta agosto del 2019, cincuenta y una veces, de las cuales tres han sido por medio del mecanismo *fast track* y de un referendo aprobatorio. Esta amplia actividad reformativa ha convertido a la Carta Política en una colcha de retazos variable según las necesidades políticas y los intereses particulares de los gobiernos de turno, por lo cual se ha caído en el constitucionalismo abusivo por parte del órgano reformador.

Con referencia al control judicial de los actos reformativos de la Constitución realizado por la cc, cabe afirmar que esta institución amplió su ámbito de competencia al introducir la categoría de vicios competenciales como presupuesto analítico del control de constitucionalidad de los actos reformativos, lo que ha derivado en extender el estudio de la esfera de lo formal a la de lo material, y en permitirle decidir sobre la identidad constitucional y sus pilares fundamentales que no pueden ser reformados por el poder de reforma.

En conexión con esto, los vicios competenciales se encuentran ligados al establecimiento de límites implícitos de la Constitución, o sea, a la definición de elementos esenciales por parte de la cc. A pesar de la inexistencia de cláusulas de intangibilidad, gracias al ejercicio hermenéutico del Alto Tribunal Constitucional, se establecen límites de índole material, con los cuales, bajo el argumento de la decisión política fundamental, la estructura básica constitucional y la identidad de la Carta Política, se ha limitado el ejercicio del poder de reforma, al no ser posible sustituir los elementos que la cc ha señalado como esenciales, en últimas, el Alto Tribunal es quien limita el poder de reforma.

Igualmente, se predica una ampliación de las competencias de la cc al ser esta quien se adjudicó la definición de los elementos esenciales, y siendo ella quien tiene la última palabra sobre las reformas constitucionales, al definir las características identitarias de la Constitución. Esto se ha visto reflejado en la creación de una metodología interpretativa/ argumentativa como lo es el “test de sustitución”, lo cual ha dejado un amplio margen discrecional sobre la definición de un elemento esencial de la Constitución, para lo que se puede apelar a elementos doctrinarios, derecho comparado, líneas jurisprudenciales, bloque de constitucionalidad y normativa interna. Es así como los elementos esenciales se definieron: la alternancia presidencial, la separación de poderes, el Estado social y democrático de derecho, el autogobierno judicial, entre otros.

La definición de los elementos esenciales de la Constitución, por parte de la cc, ha estado al servicio de la imposición de barreras al ejercicio reformativo de la Constitución Política, lo que lleva a una fuerte injerencia de un órgano judicial en el ejercicio deliberativo y decisivo de los órganos reformativos de la Constitución. No obstante, dicha injerencia se puede deducir del amplio margen interpretativo que adopta la cc para la definición del pilar fundamental de la Carta Política, al poder adoptar diversos

modelos teóricos que permitan identificar un ala ideológica de la Constitución, por medio del fin político de esta, o la construcción de la decisión política fundamental. En otras palabras, la cc, a pesar de ser un órgano constituido, define lo que en efecto es la Constitución.

La teoría de los elementos esenciales, a la luz del ordenamiento jurídico colombiano, es una herramienta útil para definir la identidad de la Constitución Política de 1991. Pero, a su vez, la formulación propuesta por el Alto Tribunal Constitucional es un arma de doble filo, que; si bien, se persigue un fin loable, como lo es la limitación de un ejercicio abusivo del poder de reforma, también puede conducir a una petrificación constitucional que impida el cambio social, sujeto esto a una decisión judicial. Esta última, se encuentra precedida de una fuerte ambigüedad, vaguedad y textura abierta que permite la ampliación de sus competencias para definir lo esencial de la Carta Política, convirtiéndose, entonces no solo en un órgano judicial, sino también en un importante actor político que define la continuidad y el futuro de la decisión política fundamental vertida en la Constitución Política.

Referencias

- Agudelo Ibáñez, S. J. (2015). Identidad Constitucional: límite a la reforma constitucional en Alemania, Italia y la India. *Revista Academia & Derecho*, 6 (11), 123-154.
- Aguiló, J. (2004). *La Constitución del Estado constitucional*. Bogotá: Editorial TEMIS S.A.
- Arendt, H. (1963). *Sobre la revolución*. Madrid: Alianza Editorial.
- Bernal Pulido, C. (2013). Fundamentación y significado de la doctrina de la sustitución de la Constitución. Un análisis del control de constitucionalidad de las reformas a la constitución en Colombia. En J. C. Pérez, *Diálogos constitucionales de Colombia con el mundo. VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional* (pp.403-440). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Blanco Valdés, R. L. (1994). *El valor de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial.
- Böckenförde, E. W. (2000). El poder constituyente del pueblo. Un concepto límite del Derecho Constitucional. En E. W. Böckenförde & R. De Agapito Serrano, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia* (pp.159-180). Madrid: Trotta.
- Bryce, J. (1988). *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Carbonell, M. (2005). Sobre la reforma constitucional y sus funciones. En M. Carbonell, *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos* (pp.371-395). Ciudad de México: Editorial Porrúa.
- Carré de Malberg, R. (2001). *Teoría general del Estado*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Chinchilla Herrera, T. E. (1998). *Constitución Política de Colombia comentada por la Comisión de Juristas. Título VI. de la Rama Legislativa*. Bogotá: Comisión Colombiana de Juristas.
- Colombo Murúa, I. (2011). *Límites a las reformas constitucionales*. Buenos Aires: Astrea.

- Colón-Ríos, J. I. (2013a). *La Constitución de la Democracia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Colón-Ríos, J. I. (2013b). Notas sobre la reforma constitucional y sus límites. En J. C. Henao Pérez, *Diálogos constitucionales de Colombia con el mundo. VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional* (pp.383-401). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- De Otto, I. (2015). *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel S.A.
- De Vega, P. (1985). *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid: Tecnos.
- Elster, J. (1989). *Ulises y las sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Elster, J. (2002). *Ulises desatado. Estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones*. Madrid: Gedisa.
- Ferrajoli, L. (2011). *Principia iuris. Volumen II. Teoría de la democracia: Teoría del Derecho y de la democracia*. Madrid: Trotta.
- Foucault, M. (1970). *El orden del discurso*. Barcelona: Tusques.
- González Cuervo, M. (2015). La teoría de la sustitución constitucional. En L. A. Fajardo Arturo & M. González Cuervo, *La sustitución de la Constitución. Un análisis teórico, jurisprudencial y comparado* (pp.33-55). Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.
- Guastini, R. (2001). Rigidez constitucional y límites a la reforma en el procedimiento italiano. En R. Guastini, *Estudios de teoría constitucional* (pp.179-2006). Ciudad de México: Fontamara S.A.
- Guastini, R. (2011). *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*. Barcelona: Gedisa.
- Holmes, S. (2001). El precompromiso y la paradoja de la democracia. En J. Elster & R. Slagstad, *Constitucionalismo y Democracia* (pp.217-264). Ciudad México: Fondo de Cultura Económica.
- Jaramillo Giraldo, J. E. (2013). La problemática de los límites del poder de reforma de la Constitución de 1991. *Revista Estudios de Derecho*, 43(118), 309-348.
- Jellineck, G. (2006). *Reforma y mutación de la Constitución*. Bogotá: Leyer.
- Jinesta, E. (2012). Control de Convencionalidad ejercido por los tribunales y salas constitucionales. En E. Ferrer Mac-Gregor, *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales* (pp.2-28). Ciudad de México: Colección Fundap.
- Kelsen, H. (1958). *Teoría General del Derecho y del Estado*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.

- Ladino Giraldo, A. (2010). *El test de sustitución de la Constitución en la jurisprudencia de la Corte Constitucional (Trabajo de grado)*. Medellín: Universidad de Antioquia.
- Landau, D. (2015). *Derechos sociales y límites a la reforma constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Loewenstein, K. (1976). *Teoría de la Constitución*. Buenos Aires: Ariel.
- Londoño Agudelo, A. M. (2015). *El pueblo soberano. Un estudio del constitucionalismo fundacionalista y el constitucionalismo democrático*. Medellín: Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.
- Lopera Mesa, G. P. (2004). *La aplicación del Derecho en los sistemas jurídicos constitucionalizados*. Medellín: Universidad EAFIT.
- Moreno Ortiz, J. (2011). La Constitución como norma estructural. *Revista de Derecho Público*, 35-49.
- Mortati, C. (2000). *La constitución en sentido material*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Naranjo Mesa, V. (1995). *Teoría constitucional e instituciones políticas*. Bogotá: Editorial TEMIS S.A.
- Negri, A. (2014). *El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*. Madrid: Traficante de Sueños.
- Ortiz, J. C. (2011). El juicio de sustitución, creación de principios constitucionales inmodificables. *Revista de Derecho Público*, 77-84.
- Palacio Palacio, J. I. (2013). La reforma constitucional. En J. C. Pérez, *Diálogos constitucional de Colombia con el mundo. VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional* (pp.441-452). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ramírez Cleves, G. A. (2003). *Los límites a la reforma constitucional y las garantías-límites del poder constituyente: los derechos fundamentales como paradigma*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ramírez Cleves, G. A. (2005). *Límites de la reforma constitucional en Colombia. El concepto de Constitución como fundamento de la restricción*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Sáchica, L. C. (1985). *Esquema para una teoría del poder constituyente*. Bogotá: Editorial TEMIS S.A.
- Schmitt, C. (2006). *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial.
- Semana. (2014, 15 de noviembre). *Por qué las instituciones están en crisis*. Obtenido de Semana: <http://www.semana.com/nacion/articulo/instituciones-en-crisis/409100-3>
- Sieyès, E. (1989). *¿Qué es el Tercer Estado?* Madrid: Alianza Editorial.

Slagstad, R. (2001). El constitucionalismo liberal y sus críticos: Carl Schmitt y Max Weber. En J. Elster & R. Slagstad, *Constitucionalismo y Democracia* (pp.131-154). Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.

Téllez Rodríguez, L. F. (2011). Orígenes de la teoría de la sustitución de la Constitución. *Revista de Derecho Público*, 51-66.

Zuluaga, R. (2006). El control constitucional de los actos reformativos de la Constitución. En R. S. Restrepo, *Justicia constitucional. Rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo* (pp.193-311). Bogotá: LEGIS editores.

Jurisprudencia

Congreso de la República. (1992, junio 17). Reglamento del Congreso, Senado y Cámara de Representantes [Ley 5 de 1992]. DO: 40.483.

____. (1994, marzo 23). Estatuto básico de los partidos y movimientos políticos, se dictan normas sobre su financiación y la de las campañas electorales y se dictan otras disposiciones [Ley 130 de 1994]. DO: 41.280.

____. (1994, mayo 31). Por la cual se dictan normas sobre mecanismos de participación ciudadana [Ley 134 de 1994]. DO: 41.373.

____. (2006, marzo 7). Ley Estatutaria de Administración de Justicia [Ley 270 de 1996]. DO: 42.745.

____. (2015, julio 6). Por la cual se dictan disposiciones en materia de promoción y protección del derecho a la participación democrática [Ley 1757 de 2015]. DO: 49.565.

Corte Constitucional, Sala Plena. (1992, octubre 1). Sentencia C-544 de 1992. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

____. (1994, abril 14). Sentencia C-180 de 1994. M. P. Hernando Herrera Vergara.

____. (1998, octubre 1). Sentencia C-543 de 1998. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

____. (2003, julio 9). Sentencia C-551 de 2003. M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

____. (2003, diciembre 9). Sentencia C-1200 de 2003. M. P. Manuel José Cepeda y Rodrigo Escobar Gil.

____. (2004, agosto 30). Sentencia C-816 de 2004. M. P. Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Uprimny Yepes.

____. (2004, octubre 7). Sentencia C-970 de 2004. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

____. (2004, octubre 7). Sentencia C-971 de 2004. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

_____. (2005, octubre 19). Sentencia C-1040 de 2005. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil, Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.

_____. (2010, febrero 26). Sentencia C-141 de 2010. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

_____. (2013, agosto 14). Sentencia C-524 de 2013. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

_____. (2014, agosto 28). Sentencia C-579 de 2014. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

_____. (2016, junio 1). Sentencia C-285 de 2016. M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

_____. (2016, julio 13). Sentencia C-373 de 2016. M. P. Alejandro Linares Cantillo y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

_____. (2016, diciembre 13). Sentencia C-699 de 2016. M. P. María Victoria Calle.

_____. (2017, mayo 17). Sentencia C-332 de 2017. M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

Corte Suprema de Justicia, Sala Plena. (1990, diciembre 9). Sentencia 138. M. P. Hernando Otálora Gómez y Fabio Morón Díaz.

Presidencia de la República de Colombia. (1990, agosto 24). Por el cual se dictan medidas tendientes al restablecimiento del orden público. DO: 39.512

República de Colombia. (1991, julio 4). Constitución Política de Colombia.



Este libro, *Los elementos esenciales de la Constitución. Un análisis desde el control judicial de la Corte Constitucional*, tiene como eje fundamental el estudio del control del poder de reforma de la Constitución, a partir del cual se estructura el discurso de todos los componentes teóricos que hoy sirven de soporte al mismo, y que pretenden racionalizar el ejercicio de la revisión constitucional.

No cabe duda de que este libro es en su desarrollo teórico y analítico un ejemplo de disciplina, de consulta seria y documentada, y que con plena seguridad enriquece las discusiones en el ámbito del derecho constitucional, siempre fundamentales, en un medio ocupado por la filigrana jurídica del inciso.

John Jaime Posada O.



**UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA**

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

ISBNe: 978-958-5596-32-0



9 789585 159632 0