



**Límites al ejercicio del poder constituyente: Análisis desde la entrada en vigencia de la
Constitución Política de Colombia de 1991**

Andrea Katerine Cardona Ospina

Trabajo de grado en modalidad de artículo para optar por el título de Abogada

Asesora

Rosa María Suñé Doménech, Doctora (PhD) en Humanidades

Universidad de Antioquia
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Derecho
Medellín, Antioquia, Colombia
2022

| | |
|---|---|
| Cita | (Cardona Ospina, 2022) |
| Referencia Estilo APA 7 (2020) | Cardona Ospina, A. (2022). <i>Límites al ejercicio del poder constituyente: Análisis desde la entrada en vigencia de la Constitución Política de Colombia de 1991</i> [Trabajo de grado profesional]. Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia. |



Biblioteca Carlos Gaviria Díaz

Repositorio Institucional: <http://bibliotecadigital.udea.edu.co>

Universidad de Antioquia - www.udea.edu.co

Rector: John Jairo Arboleda Céspedes

Decano: Luquegi Gil Neira

El contenido de esta obra corresponde al derecho de expresión de los autores y no compromete el pensamiento institucional de la Universidad de Antioquia ni desata su responsabilidad frente a terceros. Los autores asumen la responsabilidad por los derechos de autor y conexos.

Límites al Ejercicio del Poder Constituyente: Análisis desde la Entrada en Vigencia de la Constitución Política de Colombia de 1991

Andrea Katerine Cardona Ospina

Resumen: El presente escrito tiene por objetivo analizar los límites al ejercicio del poder constituyente en Colombia desde de la entrada en vigor de la Constitución Política de 1991, a partir del estudio comparativo de los límites planteados al poder constituyente desde la teoría constitucional, la doctrina y los evidenciados en sentencias de la Corte Constitucional. El propósito es argumentar que dicho poder no es ilimitado, ya que encuentra sus alcances en diferentes aspectos. Así, como ilustración, para el caso del poder constituyente originario, encontramos como limitantes la normativa internacional, las situaciones fácticas y los valores, principios y creencias, mientras que, para el caso del poder constituyente derivado, la misma carta fundamental regula expresamente el procedimiento para realizar alguna reforma al texto constitucional, encontrándose que dichos límites se refieren esencialmente al poder de reforma. Para todo ello, se realiza un recorrido por la conceptualización del poder constituyente, explicando sus dos acepciones a partir de las teorías constitucionales y de los aportes de diferentes autores.

Palabras clave: Poder constituyente, poder constituyente originario, poder constituyente derivado, limitaciones al poder constituyente y Constitución.

Abstract: The purpose of this paper is to analyse the limits to the exercise of the constituent power in Colombia since the entry into force of the Political Constitution of 1991, based on a comparative study of the limits posed to the constituent power from the constitutional theory, the doctrine and those evidenced in judgments of the Constitutional Court. The objective is to show that such power is not unlimited since it finds its reaches in different aspects. Thus, as an illustration, for the case of the original constituent power, we find as limiting factors the international regulations, the factual situations and the values, principles and beliefs, while, for the case of the derived constituent power, the Constitution itself expressly regulates the procedure to carry out any reform to the constitutional text, finding that such limits refer essentially to the power of reform. For all this, a review of the conceptualization of the constituent power is made, explaining its two meanings from the constitutional theories and the contributions of different authors.

Key Words: Constituent power, original constituent power, derived constituent power, limitations to constituent power and Constitution.

1. Introducción

El presente artículo tiene por objeto realizar un análisis acerca de los límites al poder constituyente originario y derivado a la luz del caso colombiano, concretamente, desde la expedición de la Constitución Política de 1991. El punto de partida es que el poder constituyente es limitado y, aunque estemos refiriéndonos a un poder jurídico previo a cualquier otro, que tiene la capacidad de crear o modificar la norma fundamental y más importante de cada Estado, encuentra sus alcances en diferentes límites y, en este sentido, es esencial poder conocer dónde estos se localizan.

El interés en la elaboración del presente escrito surge del trabajo realizado dentro del curso de profundización en teoría del derecho IV, denominado *poder constituyente*, en el cual se trabajó el concepto de poder constituyente desde distintas perspectivas, además la definición de sus dos acepciones: originario y derivado y los límites que se encuentran para ambos casos desde el punto de vista teórico a partir de diferentes autores.

En el marco de la presente investigación sobre los límites al poder constituyente, se hizo una investigación cualitativa de tipo hermenéutico, ya que los temas a los cuales se hace referencia en este escrito no pueden ser cuantificados o ser trasladados a datos numéricos. En este orden de ideas, la información fue obtenida a partir de la investigación documental y el análisis de material académico respecto a los estudios de poder constituyente. Se llevó a cabo, entonces, un procedimiento interpretativo y analítico con enfoque en la investigación documental y bibliográfica, procurando adquirir, seleccionar, organizar, interpretar y analizar información sobre el objeto de estudio a través de fuentes documentales tales como libros, documentos de archivo, hemerografía y documentos legales, como disposiciones normativas y jurisprudencia, entre otros.

Para desarrollar lo anterior, el presente artículo se propone, en primer lugar, elaborar una conceptualización del término *poder constituyente* para así concretar a qué nos referimos cuando hablamos de este concepto a partir de diferentes autores. En segundo lugar, se abordan las dos acepciones del poder constituyente, *originario* y *derivado*, con el fin de precisar sus diferencias. El propósito es dar cuenta de que, por un lado, el poder constituyente originario no se supedita a normas jurídicas previas y tiene la potestad de crear una constitución y el poder constituyente derivado es aquél por medio del cual se reforma esa

constitución y tiene un carácter esencialmente jurídico ya que, con frecuencia, se encuentra regulado en el texto constitucional. Se continúa con la descripción de los límites que tiene el poder constituyente en las dos acepciones ya explicadas, a partir de lo que aportan las teorías constitucionales, recorriendo diferentes posturas, desde una que argumenta que el poder de reforma solo se puede limitar procedimentalmente a otra postura que afirma que dicho poder se debe limitar tanto procedimentalmente como materialmente. Por último, se discuten los límites que tiene el ejercicio del poder constituyente en Colombia

2. ¿A qué nos Referimos Cuando Hablamos de Poder Constituyente?

El concepto de poder constituyente tiene su primera expresión en el “*pouvoir constituant*” (Sieyès, 2002, p. 55) de la Francia de los inicios de la Revolución y, concretamente, en la obra del abate Emmanuel Sieyès de 1789 «Qu’est-ce que le Tiers état?», donde hace alusión al poder en cabeza del pueblo para constituirse en un Estado y, posteriormente, organizarlo y regularlo. De esta forma, se define ese mecanismo para construir una Constitución que sujete a gobernantes y a gobernados al imperio de la Ley Fundamental (Sieyès, 2019). En concordancia con lo anterior, para desarrollar la pregunta planteada, se hace necesario sacar a relucir diferentes definiciones sobre el poder constituyente, con el fin de ubicar, en el presente escrito, qué se entiende por dicho concepto y luego encontrar los límites de diversa índole existentes para el ejercicio de este.

En ese sentido, Carl Schmitt (2011) define el poder constituyente como “la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo” (p. 93-94). De lo anterior se desprende que el poder constituyente es un poder que emana de una decisión de naturaleza política, es decir, no se trata de una normativa que deriva del deber ser o de la moral, sino que va mucho más allá, puesto que se trata de la manifestación de la voluntad de quién lo ejerce, un ser político, sea en una monarquía, una aristocracia, una oligarquía o una asamblea nacional que tenga la aceptación del pueblo.

Para Antonio Negri (2015), el poder constituyente es aquella capacidad de crear o modificar una Carta Magna, que es el documento en el que se basa la organización social, de manera que aquello que crea ese poder es el propio Estado, la ciudadanía por medio de sus representantes, por lo que a nivel teórico es posible afirmar que el pueblo ostenta el poder constituyente y para ello convoca a diversos tipos de instituciones. Así, el poder constituyente,

dentro de la tradición clásica democrática y contractualista, significa teóricamente el levantamiento de un poder originario, autónomo que rompe de manera definitiva el sistema jurídico que existía previamente. En ese sentido, es la posibilidad de crear la base de un nuevo pacto social, convirtiéndose en una forma de fundación jurídica, externa al sistema jurídico y, además, en una situación que abre la posibilidad a una nueva Constitución y a su vez a un nuevo poder constituido (Negri, 2007).

En esa misma línea, según Correa (2016), la existencia de una carta magna que contenga la estructura que configura el Estado y el derecho es un indicio de la existencia de un poder supremo con la capacidad extraordinaria de crearla, el cual se denomina poder constituyente, en otras palabras, es aquel poder del pueblo para darse una Constitución e instaurar el Estado, y con él, las leyes y las autoridades.

Finalmente, para Bidart Campos (2013), el poder constituyente es aquél poder a través del cual se crea la estructura básica del Estado, por medio de una constitución que organiza y fija las formas de gobierno, por lo que construye la definición de poder constituyente de la siguiente forma:

Si por “poder” entendemos una competencia, capacidad o energía para cumplir un fin, y por “constituyente” el poder que constituye o da constitución al Estado, alcanzamos con bastante precisión el concepto global: poder constituyente es la competencia, capacidad o energía para constituir o dar constitución al Estado, es decir, para organizarlo, para establecer su estructura jurídico-política (Bidart Campos, 2013, p. 56-57).

Así, partiendo de lo anteriormente explicado por diferentes autores, en términos generales, podemos entender el poder constituyente como aquella capacidad y poder del pueblo para crear una constitución, siendo este tal vez el más importante de sus poderes, porque, a través de este, se crean las instituciones de la organización política del Estado y se regula su funcionamiento.

3. Aportes doctrinales de la Teoría Constitucional sobre el Poder Constituyente: Originario y Derivado.

Como se ha dicho previamente, el poder constituyente es básicamente aquél que se ejerce cuando se elabora una nueva Constitución, sin embargo, también es ejercido cuando se reforma la existente o cuando se sustituye por otra. Es así como existe una división conceptual entre *poder constituyente originario* y *poder constituyente derivado*, ya que el poder

constituyente se hace visible de una forma instantánea desde el acto constituyente del Estado, cuando nos referimos al originario y, posteriormente, en la organización constitucional del mismo y sus reformas, cuando nos referimos al derivado. A continuación, vamos a abordar cada concepto de forma independiente a partir de la teoría constitucional.

Para desarrollar lo anterior, lo primero que señalamos es que el poder constituyente originario es aquella fuerza primaria que deriva del pueblo representado por el cuerpo político y da forma jurídica a un Estado, sin provenir de algún poder preexistente, sino que, por el contrario, crea un orden jurídico fundamental, que puede ser producto de un golpe de Estado o de una decisión democrática del pueblo (De Vega, 2000). Es por esta razón que el acto de creación de una constitución, en los sistemas políticos liberal-democráticos, es el resultado de la voluntad del cuerpo político que representa al pueblo y de allí se deriva su carácter políticamente superior y jurídicamente vinculante para las potestades públicas establecidas, las que quedan subordinadas a la fuerza normativa de la nueva Carta Fundamental. En ese orden de ideas, hablamos de un poder que tiene una existencia anterior y superior al ordenamiento jurídico estatal: por lo tanto, el poder constituyente originario es un fenómeno extrajurídico, de naturaleza fundamentalmente política. En este sentido, Leiva y Muñoz (2011) sostienen 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 cuya validez se deriva de la propia voluntad política de la sociedad. Casi siempre su manifestación va acompañada de una ruptura del orden jurídico anterior (Leiva y Muñoz, 2011, p.121).

Las palabras de estos autores resaltan la soberanía del poder constituyente originario al no encontrarse vinculado a un ordenamiento jurídico previo, de tal manera que, a partir de este, se podría fijar la idea de derecho que se considere adecuada en la Constitución. De lo expuesto hasta ahora es posible llegar a estas dos conclusiones previas: la primera es que las normas jurídicas básicas de una sociedad democrática son determinadas por un poder superior y previo a cualquier otro, mediante un acto de creación que es, esencialmente, político, y la segunda es que la capacidad que materializa el poder constituyente proviene del pueblo, representado en el cuerpo político de la sociedad.

Por lo que se refiere al poder constituyente derivado, nos encontramos con un poder que alude a uno establecido por la Carta Magna, que se ejerce bajo los parámetros fijados por ella misma, lo que en otras palabras se explica como aquél poder que tienen ciertos organismos del Estado para cambiar en parte una Constitución existente, pero dentro del

procedimiento determinado por esta, de manera que, aunque es también un poder constituyente, se encuentra supeditado a la Constitución misma y es por ello derivado, limitado y sujeto a controles. Para profundizar en el concepto de poder constituyente derivado, SÁCHICA (1999) lo describe de la siguiente forma:

Como las soluciones políticas, las fórmulas de reparto de poder contenidas en las disposiciones jurídicas de la Constitución son transitorias (ya que, tratándose del poder, nada es definitivo, y la realidad a que se aplica es cambiante, lo cual exige su adecuación y actualización), es necesario que exista una facultad reformadora de la Constitución, impropriamente designada Constituyente secundario o derivado. (SÁCHICA, 1999, p. 68)

Dicho de otro modo, las disposiciones normativas contenidas dentro de la carta fundamental deben adaptarse a las condiciones y dinámicas actuales del país dentro del cual rigen, por lo tanto, esta debe prever un mecanismo de modificación o de reforma que esté basado en competencias y procedimientos propios para dicha función. En concordancia con lo anterior, cuando se es modificado o reformado ese ordenamiento constitucional vigente creado por el constituyente originario, estamos hablando de un poder constituyente derivado, pues es este el que entra en acción a través de poderes constituidos, los cuales “son instituciones creadas por el poder constituyente. Concretamente hablando, al poder constituyente lo hallamos materializado en su producto, la Constitución Política; a los poderes constituidos, en las leyes comunes y en los organismos estatales ordinarios.” (Correa, 2016, p. 224). Por lo tanto, aquellas instituciones son las que posteriormente podrán realizar las modificaciones de la constitución, de acuerdo con las competencias y procedimientos dados por esta última, según lo establecido por el constituyente originario.

Ahora bien, en cuanto a una definición más concreta sobre el poder constituyente derivado, Colombo (2011) lo describe como aquél responsable de realizar las modificaciones al texto constitucional siguiendo el procedimiento establecido de forma previa en la misma carta fundamental, en otras palabras, las reformas efectuadas deben respetar el procedimiento prescrito para tal fin. Entonces, entiende este autor que el poder constituyente derivado es sin duda, un verdadero ejercicio del poder constituyente en cuanto su producto son disposiciones normativas de igual jerarquía a las creadas por el constituyente originario, es decir, de rango constitucional. Partiendo de lo anteriormente explicado, para finalizar este apartado, cabe destacar que Naranjo (2014) señala que “cuando se habla de establecimiento de una constitución, inmediatamente se está haciendo referencia a la actividad fundamental que

cumple el poder constituyente originario; en el caso de la reforma de la constitución, es la obra del poder constituyente derivado” (p. 381-392).

En síntesis, por un lado, el poder constituyente originario es aquella capacidad de crear una constitución, la cual no se encuentra supeditada a normas jurídicas existentes y por lo tanto es un poder pre-jurídico previo. Dicho texto constitucional puede ser el resultado de un procedimiento democrático que implique, como ya se ha dicho, una cuestión principalmente de participación política; sin embargo, también puede derivar de un golpe de Estado o de un proceso revolucionario. Por otro lado, el poder constituyente derivado es aquél poder previsto en la constitución misma que tiene la facultad de reformar disposiciones con el fin de adaptarlas al contexto social, político y económico y tiene un carácter en esencia jurídico ya que normalmente se encuentra regulado en el texto constitucional.

Para finalizar, observamos que el poder constituyente, en sus dos acepciones, originario y derivado, tiene un conjunto de características particulares que demuestran que no es ilimitado, ya que debe respetar en cada caso concreto un conjunto de controles provenientes de diferentes aspectos que impiden su ejercicio de forma libre y desenfrenada, tal como lo veremos a continuación.

4. Los límites al poder constituyente desde las teorías constitucionales

Para dar inicio al desarrollo de este punto, sea lo primero señalar que cuando se habla de límites se hace referencia al campo de actuación que tiene el ejercicio del poder constituyente en sus dos acepciones ya explicadas, originario y derivado. En tanto su ejercicio se supedita a determinados factores, en este acápite se abordará hasta qué punto el poder constituyente tiene un margen de actuación que delimite su pleno ejercicio.

En desarrollo de lo anterior, el poder constituyente originario si bien aparentemente según lo explicado no tiene una normativa preexistente y podría considerarse como un poder ilimitado, tiene actualmente diversas restricciones que cohiben el desarrollo descontrolado de las facultades para crear una nueva norma fundamental, con el fin de no afectar los derechos del pueblo y, concretamente, los de las minorías. Dentro de dichas limitaciones, encontramos la limitación fáctica y la limitación normativa de acuerdo con Venegas y Hernández (2020), quienes son los autores a partir de los cuales se construye la primera parte este apartado dedicado a la explicación de las limitaciones al poder constituyente originario.

Por un lado, de acuerdo con estos autores, la limitación fáctica consiste en una situación en donde se encuentra limitado el poder por las circunstancias *de facto* que hacen

imposible alcanzar toda voluntad del pueblo y que esta se vea confinada por distintas circunstancias, las cuales pueden ser económicas, políticas o sociales. En razón a lo anterior, el poder constituyente originario, si bien es aparentemente ilimitado y superior, siempre tendrá restricciones humanas que no se pueden eludir, en especial, si se tienen en cuenta las dificultades que muchos grupos poblacionales tienen para su ejercicio político y, por lo tanto, para que puedan devenir en un poder constituyente. Estas dificultades vienen tanto de procesos históricos de exclusión política como de procesos socioeconómicos y sociales (Venegas y Hernández, 2020).

Por otro lado, siguiendo la tesis de lo anteriores autores, frente a la limitación normativa, encontramos los pactos o convenios firmados por los Estados y aquí es preciso mencionar el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) que prevé que “El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo”. A su vez, los países latinoamericanos se encuentran sometidos al control de convencionalidad desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (1969) que establece que:

Los Estados Parte en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (Artículo 1)

De lo anterior podemos concluir que el poder constituyente originario tiene prohibido irrespetar los convenios internacionales, exclusivamente cuando se encuentra sometido normativamente a estos pactos, lo que en otras palabras significa que esta prohibición es aplicable siempre y cuando se trate de algún Estado que es parte de dichas convenciones.

Sin embargo, otros autores sostienen que el poder constituyente originario no tiene límites formales ni legales, por cuanto dicha facultad no puede estar sujeta a instituciones o reglas de naturaleza jurídica, es así como para Correa (2016), solo existen límites materiales, los cuales divide en fácticos, ideológicos y axiológicos. En primer lugar, los límites fácticos a los que hace alusión el autor son similares a los explicados previamente, ya que hacen referencia a esas circunstancias sociales, jurídicas, políticas, económicas, etc. que hacen parte del contexto de quienes tienen en cabeza la potestad originaria. En segundo lugar, los límites ideológicos “son conceptos, teorías, opiniones y creencias que integran determinada

concepción filosófica acerca de la naturaleza, la sociedad y el pensamiento.” (Correa, 2016, p. 229), por lo que son de gran utilidad para encaminar las actuaciones del constituyente. Un ejemplo de ello sería esa aspiración conjunta del pueblo de alcanzar el progreso social y que, al mismo tiempo, avale una constitución que establezca una dictadura, lo que resultaría completamente absurdo. En tercer y último lugar, el autor nombra los límites axiológicos, los cuales implican esa sujeción del ser humano a los valores morales y éticos, con la intención de que la conducta tenga un noble fin social y aquella contraria a esto sea repudiada por la comunidad. A modo de ejemplo de esto último, sería poco probable que se apruebe una Constitución que legalice el comercio de órganos de personas vivas.

En ese orden de ideas, las limitaciones al poder constituyente originario tienen como objetivo, por un lado, asegurar los principios imperativos del derecho internacional, garantizando su vinculatoriedad al derecho convencional internacional ratificado y vigente, para así salvaguardar de los derechos fundamentales de las personas. Además de esto, deben estar acordes con las percepciones conjuntas del pueblo, de manera que para ello se acude a determinados principios comunes a toda sociedad de acuerdo con el contexto de cada época.

Por lo que se refiere al poder constituyente derivado, siguiendo a Venegas y Hernández (2020), el pueblo, que es el soberano, se autolimita a través de la Constitución, en ese sentido, el poder constituyente derivado tiene un mayor número de límites que garantizar su legitimidad, por ello se encuentran fronteras que deben ser respetadas en cada caso en el que se requiera reformar la constitución. Así, encontramos la limitación normativa, la cual, dependiendo de las circunstancias del caso concreto, se divide, en primer lugar, en normativa externa, similar a la del poder constituyente originario, en cuanto hace referencia al derecho internacional que influye sobre las decisiones que se deben tomar a nivel interno, respetando las condiciones establecidas en tratados o convenios supranacionales y, en segundo lugar, en normativa interna, relativa a los procedimientos de modificación que debió establecer la misma constitución producto del poder constituyente.

En concordancia con lo anterior, es claro que el accionar del poder constituyente derivado viene condicionado por el propio texto constitucional y, en ese sentido, tiene limitaciones formales, como lo precisa García (2008) cuando afirma que “se refieren a la totalidad de requisitos objetivamente establecidos por la constitución para que el proceso de reforma prospere” (p.494). Estos requisitos hacen alusión al conjunto de procedimientos que el órgano encargado de ejercer el poder de reforma debe seguir y respetar a la hora de la

modificación constitucional ya que dicho poder de reforma constitucional debe sujetarse a las reglas previstas en la misma Carta.

Ahora bien, hasta el momento se ha hablado de limitaciones que tiene el poder constituyente derivado relacionadas a las impuestas en la carta fundamental por el constituyente originario, dicho de otro modo, los límites a los que aluden los autores mencionados en los párrafos precedentes son aquellos que establece la misma constitución para su reforma, de modo que no distinguen si las modificaciones se deben limitar a lo meramente procedimental o si, por el contrario, deben ser también límites sustanciales, sino que se circunscriben a lo que literalmente esté en el texto constitucional.

Frente a la anterior discusión, cabe afirmar que existen autores que sostienen que los límites del poder de reforma de la carta magna deben restringirse únicamente a lo procedimental, en tanto que, desde el punto de vista del positivismo jurídico, liderado por Kelsen (1988), el poder de reforma de la constitución tiene la atribución de modificar o añadir cualquier contenido en ella, siempre y cuando esta no establezca alguna prohibición referente a la modificación de determinada disposición de su texto. Esto implica que el poder constituyente derivado no podrá cambiar contenidos que expresamente se prohíba su reforma, de manera que, si no hay prohibición expresa en la carta fundamental, se podrá reformar cualquier aspecto de esta. Por otra parte, a pesar del contenido procedimental de los límites que plantea esta postura, Kelsen habla de que las constituciones democráticas deben salvaguardar el derecho a la libertad de los individuos, pese a ello, no cree que este principio deba ser protegido por la constitución hasta tal punto de prohibir su reforma, por el contrario, el encuentra su protección en el principio de la mayoría parlamentaria, bajo el cual se resguardarán no solo la libertad, sino también los derechos de la minorías. Conforme a esa tesis, los límites al poder constituyente derivado son exclusivamente formales y procedimentales, esto es, las modificaciones se restringen a la verificación del seguimiento de los procedimientos establecidos en la carta al momento de elaborar un acto legislativo, un referendo o una convocatoria de asamblea constituyente.

En contraposición a esta postura, otros autores afirman que deben existir límites tanto procedimentales como sustanciales y aquí encontramos a Ferrajoli (2011), quien sostiene que las constituciones contienen una serie de límites y obligaciones que establecen qué se puede y que no decidir, es aquí donde entran en acción los derechos fundamentales, ya que serán los límites sustanciales que protegen a los individuos, especialmente a las minorías de las mayorías políticas. De esta forma, encontramos una postura que deja claro la importancia de los derechos fundamentales, convirtiéndolos en verdaderos límites materiales para cualquier

poder, independientemente de si en el texto constitucional se prohíbe o no modificar lo relacionado con esos principios.

En igual sentido, según Quintana (2019), el poder constituyente derivado tiene limitaciones materiales, las cuales:

Buscan proteger del poder de reforma algunos aspectos contenidos en principios o instituciones que forman parte del espíritu o telos de la constitución, así como algunas materias que el poder constituyente originario decidió que no se modifiquen mediante procedimientos de reforma (p. 58)

Además, estas limitaciones materiales se dividen según Quintana (2019) en implícitas y explícitas: las primeras son aquellas que no están expresamente plasmadas en el texto constitucional, sino que derivan de principios, valores y realidades económicas, sociales, culturales y políticas, unas limitaciones que, de forma tácita, limitan el ejercicio del poder de reforma constitucional. Las limitaciones materiales explícitas, por otro lado, se refieren a las prohibiciones de reforma que se prevén directamente en el texto constitucional, las cuales pueden consistir en materias o contenidos específicos sobre los cuales el poder constituyente originario ha decidido la imposibilidad de su modificación, así como las normas y principios del Derecho Internacional.

En síntesis y a modo de conclusión, el poder constituyente no es tan ilimitado como se podría deducir de lo explicado en el acápite dedicado a su conceptualización, ya que si bien se trata de un poder jurídico previo a cualquier otro, que tiene la capacidad de crear o modificar la norma fundamental y más importante de cada Estado, encuentra sus alcances en diferentes aspectos como lo son, para el caso del poder constituyente originario, la normativa internacional, las situaciones fácticas de cada país o los valores, principios y creencias de cada sociedad. Por otro lado, para el caso del poder constituyente derivado, la misma carta regula expresamente el procedimiento que debe seguir al momento de intentar realizar alguna reforma al texto constitucional y, en este punto, es preciso tener en cuenta que esta limitación al poder constituyente derivado puede referirse únicamente a lo procedimental, modificándose así cualquier materia que esté regulada en la constitución, o también a lo material.

5. ¿Qué límites se expresan en la Constitución Política de Colombia de 1991 al poder constituyente originario y al poder constituyente derivado?

A continuación, se revisará para el caso concreto colombiano las limitaciones al poder constituyente, originario y derivado, con el fin de identificar cuáles se encuentran previstas en

la carta fundamental y así explicar de qué manera esta ofrece o garantiza un espacio de actuación amplio para el ejercicio del poder constituyente.

Para desarrollar este apartado, es preciso señalar que, al evaluar el campo de actuación del poder constituyente originario en la promulgación de la Constitución Política de Colombia de 1991, el proceso tuvo su inicio en 1989, cuando un grupo estudiantil que se hacía llamar “la séptima papeleta” impulsó la idea de que en las elecciones de marzo de 1990 se incluyera una opción dirigida a elegir si se apoyaba o no la convocatoria de una asamblea constituyente, en este sentido el voto por la asamblea constituyente sería la séptima papeleta de cada votante, contando las demás elecciones que se debía realizar ese día. Es así como la Corte Suprema de Justicia avaló una consulta formal en las siguientes elecciones presidenciales en la cual el 86% de los votantes se pronunció a favor. En diciembre de 1990, fueron elegidos los 70 miembros de la asamblea constituyente y cada movimiento tenía una representación en la asamblea constituyente (Matías, 2016).

En ese orden de ideas, la Constitución de Colombia de 1991 fue producto del poder constituyente originario y, como tal, no fue un acto de gobierno, sino de un pueblo que redefinió los principios del pacto social en el país y dicho cambio constitucional obedeció al inconformismo e insatisfacción conjunta del pueblo colombiano frente a la carta fundamental vigente en su momento. En ese sentido, la tarea de la Asamblea Constituyente se materializó en decisiones como: La organización del Estado, la delimitación y uso de su territorio, la consagración y garantía de los derechos fundamentales, el control del poder, y la democracia.

Con base a lo anterior, queda en evidencia el límite fáctico al que se halló sometido ese proceso constituyente, en el sentido que cada uno de los miembros de los partidos participantes de la asamblea no tomaba la decisión de forma independiente, sino que se supeditaba a las condiciones y circunstancias políticas, económicas, etc. que atravesaba el país. Ahora bien, frente a la limitación normativa se observa asimismo que la Constitución de 1991 fue promulgada respetando los tratados internacionales en cuanto a derechos fundamentales de los ciudadanos, situación que obviamente era objeto de limitación en Colombia por ser uno de los Estados parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", firmada en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, aprobada mediante la Ley 16 de 1972, así como de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, aprobada mediante la Ley 17 de 1971.

De otro lado, en lo que tiene que ver con las limitaciones al ejercicio del poder constituyente derivado en Colombia, se encuentra que la Constitución Política de 1991 en su artículo 374 prevé que “La Constitución Política podrá ser reformada por el Congreso, por una

Asamblea Constituyente o por el pueblo mediante referendo.” Esto implica que la misma carta fundamental, producto del poder constituyente originario de 1991, señala expresamente quiénes son los competentes para realizar cualquier acto de reforma de la misma; además, en el artículo 241 se expresa la facultad de la Corte Constitucional para realizar la revisión constitucional de los actos reformativos de la Carta, solamente por vicios de forma o procedimentales.

Partiendo de lo anteriormente explicado, los límites al poder constituyente derivado en Colombia han sido exclusivamente los formales derivados de las reglas procedimentales establecidas por la Constitución y por las normas legales que regulan la materia y ello fue así hasta el año 2003, pues con la expedición de las sentencias C-551 y C-1200 de la Corte Constitucional se ha venido planteando la postura en la que se agrega al poder de reforma otra especie de límites que esta denomina *límites competenciales*, en los que se establece que el poder de reforma tan solo tiene la competencia para precisamente *reformular* la Constitución, pero no para *sustituirla, subvertirla, transformarla o destruirla*, en otras palabras, antes de estas providencias, para la Corte Constitucional no existía discusión alguna en cuanto a que su competencia para ejercer control sobre actos de reforma constitucional recaía exclusivamente sobre el procedimiento que se seguía para adelantarla, sin embargo, su postura fue modificada en cuando a que introdujo el concepto de *sustitución de la Constitución* (Jaramillo, 2013).

Las sentencias a las que se hizo alusión previamente implicaron algo muy importante para los límites al poder constituyente derivado en Colombia y es lo relativo a esa facultad para realizar la modificación de cualquier disposición del texto constitucional sin que tales reformas supongan la eliminación o sustitución de la carta fundamental vigente, lo cual solo puede ser obra del constituyente originario. Dicho de otro modo, en Colombia no es posible sustituir la Constitución Política de 1991, ya que el poder constituyente derivado tiene límites competenciales según lo sostiene la Corte Constitucional en interpretación de lo previsto en el artículo 374 adoptado en ese 1991 por la Asamblea Nacional Constituyente como comisionada del pueblo soberano (Espinosa, D. y Olano, H. 2009).

En orden a esto, es posible sostener que, desde la expedición de la sentencia C-551 de 2003 la Corte Constitucional le da vida al concepto de *sustitución de la Constitución*, y precisa que la misma Constitución de 1991 estableció los mecanismos y procedimientos autorizados para realizar cualquier reforma al texto constitucional y aunque al no plasmar como tal cláusulas pétreas o inmodificables se podría pensar que no se establecieron más límites,

existiendo la posibilidad de sustituir la Carta por una Constitución radicalmente distinta, ello no es así debido a que la misma Corte Constitucional ha aclarado que:

Una cosa es que cualquier artículo de la Constitución puede ser reformado – lo cual está autorizado puesto en eso consiste el poder de reforma cuando la Constitución no incluyó cláusulas pétreas ni principios intangibles de manera expresa, como es el caso de la colombiana – y otra cosa es que so pretexto de reformar la Constitución en efecto ésta sea sustituida por otra Constitución totalmente diferente – lo cual desnaturaliza el poder de reformar una Constitución y excedería la competencia del titular de ese poder. **La tesis de que el titular del poder de reforma puede sustituir la Constitución enfrenta dificultades insuperables y por ello es insostenible en nuestro ordenamiento constitucional.** (Subrayas y negrillas propias, p. 99)

En ese sentido, la Corte interpretó que la expresión "podrá ser reformada" contenida en el artículo 374 constitucional, implica la imposibilidad de que la Carta sea sustituida o cambiada, y además precisó las distinciones entre reformar y sustituir, indicando que el Congreso, en su poder de reforma, y el pueblo, en su facultad de decidir democráticamente la suerte de un referendo, carecen de la competencia para sustituir la Constitución, pues su poder como órganos constituidos se limita a la potestad de reformarla. (Arboleda, P. y Jiménez, M. 2021).

Posteriormente el concepto de *sustitución de la Constitución* es desarrollado a profundidad en sentencias como la C-970 de 2004, C-971 de 2004, C-588 de 2009, C-574 de 2011, C-579 de 2013, C-053 de 2016 y C-245 de 2019 y hace referencia a un límite de competencia del poder constituyente derivado, relativo a la imposibilidad de cambiar a través de una reforma constitucional la identidad de la misma Constitución, modificando los ejes fundamentales de esta. Es de precisar que las dos primeras providencias relacionadas previamente son relevantes debido a que se refieren a la limitación competencial del poder de reforma como aquella que se deriva de la ausencia de una facultad para la sustitución de la Constitución; aclarando que ello no implica la privación de contenido del poder de reforma, ya que una alteración de un principio fundamental no es por sí mismo la sustitución de la Constitución pues justamente esa es la razón de ser del poder de reforma, el hecho de tener la capacidad para alterar principios fundamentales. He aquí el punto importante y es la distinción entre la reforma de un principio fundamental y la sustitución de un elemento definitorio de la identidad de la Carta.

Para ejemplificar lo anterior, la Corte Constitucional en sentencia C-1200 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Rodrigo Escobar Gil) trae a colación dos figuras importantes

para distinguir entre la reforma y la sustitución de la Constitución, se trata de la intangibilidad y la insustituibilidad,, con la primera se impide tocar el núcleo de un principio fundamental, es decir, no es posible afectar uno de los principios de la Constitución, mientras que con la segunda se impide transformar la Carta en otra totalmente diferente o cual implica que el cambio es de tal magnitud y trascendencia que la Constitución original fue remplazada por otra, so pretexto de reformarla.

En concordancia con lo anterior, la Corte Constitucional en la sentencia C-288 de 2012 (M.P. Luis Ernesto Vargas) nuevamente hace alusión a las dos figuras, mencionadas, las cuales, como se ha dicho, consisten en instrumentos interpretativos que permiten establecer si en un caso particular ha operado el fenómeno de reforma o la sustitución. Respecto a la intangibilidad, afirma que "se presenta cuando en un ordenamiento dado el Constituyente decide excluir determinadas normas o materias de la posibilidad de ser reformadas, configurándose lo que comúnmente se ha denominado como cláusulas pétreas". (p. 51) En ese entendido, expresa que:

Para el caso colombiano se ha aclarado que el criterio de intangibilidad no es aplicable, puesto el Constituyente no excluyó ninguna norma de la Carta del poder de reforma, de modo que cualquiera de sus contenidos puede ser objeto de válida afectación por parte de los mecanismos de modificación constitucional que el mismo Texto Superior prevé. La afirmación acerca de la inexistencia de cláusulas pétreas ha sido una constante en la jurisprudencia analizada, la cual ha reconocido que a pesar de que no existen tales previsiones, ello no es incompatible con el reconocimiento de límites materiales al poder de reforma, sujetos en cualquier caso al criterio de insustituibilidad. (p. 52)

Con relación a la insustituibilidad, la citada sentencia señala que en cada texto constitucional existe un núcleo que, si se llegase a modificar, afectaría directamente la esencia de la carta fundamental, convirtiéndola a su vez en algo diferente. De este modo, esos aspectos esenciales que forman parte de la base de la constitución no están previstos de una forma expresa en alguna disposición determinada, como ocurre con las cláusulas pétreas, las cuales se ha explicado no existen en Colombia, sino que se identifican a partir del análisis conjunto de diversas normas de carácter constitucional que conforman a su vez dicho núcleo. Por lo tanto, si esos temas esenciales se llegasen a eliminar a través del ejercicio del poder constituyente derivado o de reforma, se estaría ante la sustitución de la Carta Magna y no ante un ejercicio legítimo del poder de reforma.

Ahora bien, como ya se ha venido explicando la importancia jurisprudencial del concepto *sustitución de la Constitución*, para el caso de los límites al poder de reforma, la Corte Constitucional ha venido construyendo un *juicio de sustitución* que permite realizar un análisis profundo en el que se examina si la carta superior fue o no sustituida por otra, para lo cual es imperante que tenga en cuenta los valores y principios plasmados en ella y los que se deriven del bloque de constitucionalidad. Se trata entonces de un método para establecer si la carta fundamental ha sido sustituida, en el cual es importante identificar los valores contenidos en la misma, incluyendo en esta el bloque de constitucionalidad, para así determinar si se han traspasado los límites competenciales, cayendo en vicios de competencia. Ello no significa que aquellos valores sean intocables o que se traten de cláusulas pétreas, ya que como se ha dicho de forma previa, la Constitución colombiana no prevé ese tipo de disposiciones, sino que el papel de estos principios será útil para definir el perfil de la Constitución que sería insustituible por el poder constituyente derivado. (Zamora, 2017).

En el desarrollo del *juicio de sustitución* la misma Corte (Sentencia C-1040 de 2005) ha precisado que en la sentencia C-551 no se definió completamente el problema de la sustitución de Constitución, sino que fue el punto de partida por medio del cual se sentaron premisas a partir de las cuales la Corte deberá trabajar en los contornos de ese límite competencial al poder de reforma constitucional. Es por lo anterior que la Corte señala:

Así, la Corte, en la Sentencia C-551 de 2003 sentó estos criterios en relación con la sustitución de Constitución, al juzgar una ley que convocaba a un referendo, no un acto legislativo en cuya aprobación no participa directamente el pueblo:

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

f. Que sólo el constituyente primario tendría la posibilidad de producir una tal sustitución. (p. 64)

En consecuencia, hasta ese momento el proceso de elaboración jurisprudencial sobre el tema se encontraba en curso y a medida que la Corte resolvía casos diversos a partir de las premisas fijadas por la misma Corporación, establecía nuevas interpretaciones a partir los elementos y condiciones bajo los cuales se podía asumir el vicio de competencia por sustitución constitucional.

Así pues, el *juicio de sustitución* es un método que exige que la Corte pruebe que un elemento esencial definitorio de la Constitución de 1991 fue reemplazado por otro distinto; y aunque fue descrito en las sentencias C-970 y C-971 de 2004, la Corte Constitucional profundizó en este método (C-1040 de 2005), acotando que este juicio comporta la aplicación en 3 etapas específicas y requiere una carga argumentativa muy exigente ya que, como se ha dicho previamente se exige la demostración del reemplazo completo de un elemento definitorio de la Constitución. De esta forma, para construir la premisa mayor es necesario enunciar claramente el elemento definitorio y demostrar justamente por qué es esencial, ello para evitar el subjetivismo judicial. Posteriormente, es necesario verificar que ese elemento no se pueda reducir a un artículo de la Carta, evitando que se transforme por la Corte en una cláusula pétrea, la cual, como ya se ha explicado, en Colombia no aplica, y además que ese elemento no fije un límite material, ya que se saldría de las competencias de revisión de la Corte. Finalmente, cumplida esa carga argumentativa, se debe determinar si ese elemento definitorio fue reemplazado por otro y si el nuevo elemento resulta incompatible con la identidad de la Constitución. Al respecto precisa la Corte que luego de realizar el test y no encontrar una sustitución de la Constitución que haga incompatible lo modificado con la Carta “resulta posible introducir reformas sustanciales a la Constitución, que alteren su estructura básica o los principios fundamentales en ella contenidos, pero que puedan, sin embargo, entenderse como incorporadas a ella” (p. 72).

En concordancia con lo anterior, la Corte Constitucional (Sentencia C-141 de 2010), al realizar control de constitucionalidad sobre la Ley 1354 de 2009, a través de la cual se pretendía convocar a un referendo constitucional, precisó que la premisa mayor *del juicio de sustitución* no está específicamente plasmada en un artículo de la Constitución, sino que es “toda la Constitución entendida a la luz de los elementos esenciales que definen su identidad” (p. 131). Además, se enfatizó que el *juicio de sustitución* no tiene por objeto verificar una contradicción entre normas, ni constatar si se presenta la violación de un principio o regla intocable, sino que mediante este “(a) se aprecia si la reforma introduce un nuevo elemento

esencial a la Constitución, (b) se analiza si éste reemplaza al originalmente adoptado por el constituyente y, luego (c) se compara el nuevo principio con el anterior para verificar, no si son distintos, lo cual siempre ocurrirá, sino si son opuestos o integralmente diferentes, al punto de que resulten incompatibles” (p. 131). De esta forma, la Corte decide declarar que la reelección inmediata es una figura que sustituye la Constitución, debido a que por medio de ella se fija implícitamente un límite para el ejercicio del poder político presidencial, por otro lado, se reconoce que el *juicio de sustitución* es una evaluación constitucional normativa y política; y por esto es que se menciona el posible uso de la reforma constitucional con fines abusivos o personales, lo que supondría distorsionar el sistema jurídico y el poder de reforma. (Arboleda, P. y Jiménez, M. 2021).

Finalmente, esta providencia es importante, además, porque en ella se habla de una característica del *juicio de sustitución*, consistente en su carácter incompleto y en construcción, en atención al desafío que impone la tarea de explicar con precisión los contornos de los límites competenciales al poder de reforma, por lo que, como se ha mencionado previamente, estos se irán formando en la medida en que la Corte desarrolle controles sobre actos de reforma de la Constitución Política de 1991.

Para complementar lo anterior, la Corte, mediante sentencia C-1056 de 2012, recopiló, de las sentencias C-588 de 2009, C-574 de 2011 y C-288 de 2012, unos pasos siguiendo la forma de silogismo, denominados premisa mayor, premisa menor y premisa de síntesis, y lo desarrolló de la siguiente forma: i) Inicialmente se deben presentar los elementos que se estiman han sido afectados por la reforma constitucional; ii) Luego se debe determinar los nuevos aspectos introducidos por la reforma y que llevan a un reemplazo del texto constitucional. iii) Finalmente, en la premisa de síntesis, se debe enunciar la conclusión conforme a la cual unos y otros elementos resultan abiertamente incompatibles (Corte Constitucional, Sentencia C-1056 de 2012).

En conclusión, actualmente el poder constituyente derivado en Colombia, es decir, esa facultad para reformar la constitución de 1991, tiene límites procedimentales y dentro de este la Corte habla de la competencia sobre quién reside ese poder de reforma, que como ya vimos se encuentra establecida en el artículo 374 constitucional y en este punto es cuando la Corte Constitucional debe hacer un *juicio de sustitución* bajo el cual se debe analizar si la reforma a la que fuere objeto la Constitución no sustituyó la misma Carta, y para esto debe tener en cuenta los principios y valores contenidos dentro de la misma norma fundamental.

Ahora bien, como se ha visto desde un punto de vista teórico, para hablar de un verdadero poder constituyente derivado, se debe hablar de un poder soberano que tenga la

capacidad de modificar los aspectos de la constitución que ya no corresponden con la realidad o el contexto del país y lo ideal sería, según Kelsen (2011), que dicho poder solo tuviese límites procedimentales, los cuales permitan ceñirse únicamente a la forma en cómo debe realizarse dicha reforma y quién sería el competente para ello, sin entrar a analizar lo que sustancialmente se está modificando.

En torno a la posición anterior, Zamora (2017) plantea que, en lo relativo al *juicio de sustitución*, cuando la reforma es realizada a través de referendo o asamblea constituyente, al existir la participación de la ciudadanía como desarrollo de la soberanía popular, si bien el poder de reforma se encuentra limitado por aquella prohibición de la afectación de la estructura básica de la misma, lo cierto es que por esas vías de reforma debería ser posible entrar a modificar incluso esta estructura de la Carta, ya que aquella participación de la ciudadanía no es otra cosa que la expresión del constituyente originario y debería ser posible la realización de cambios radicales por estos medios.

Por lo anterior, al hacer un análisis de las circunstancias de orden político, social y económico del país, como son las desigualdades sociales, las violencias de toda índole o la corrupción generalizada que limitan gran magnitud la participación ciudadana y el ejercicio pleno de la democracia, no se comparte esa postura básicamente porque no es el pueblo directamente quién está ejerciendo su participación y se estaría permitiendo más allá de la reforma, la sustitución de la Carta.

Con el propósito de ilustrar lo anterior, a modo de ejemplo, vemos cómo en la historia Colombia solo hay registros de dos revocatorias del mandato se han hecho efectivas como ejercicio pleno de un mecanismo de participación ciudadana: La primera, el 29 de julio de 2018, cuando los habitantes de Tasco, Boyacá, revocaron al entonces alcalde de ese municipio Nelson García y la segunda, cuando los habitantes del municipio de Susa, Cundinamarca, revocaron en las urnas el mandato de Ximena Ballesteros (Revista Semana, 2022). En esa misma línea, los colombianos, a nivel nacional, solo han votado un referendo, el que fuere promovido por el ex presidente Álvaro Uribe Vélez en el año 2003, sobre diferentes temas políticos; este contenía 19 preguntas, de las cuales solo una fue aprobada y alcanzó el umbral necesario, un umbral del 25% que nos hacer cuestionar si de verdad el pueblo o la mayoría está participando en la toma de esa decisión.

En ese sentido, hablamos de una limitación fáctica de la dimensión participativa del pueblo cuya consecuencia, finalmente, es el menoscabo de los derechos humanos, de la participación democrática y del enfrentamiento contra la desigualdad, ya que los mecanismos de representación ciudadana no han permitido la presencia y la intervención del pueblo real, lo

cual, a la luz de la postura de Zamora (2017), impediría el ejercicio del poder constituyente en el país, lo que nos podría llevar a concluir que no hay garantías para su efectivo ejercicio, pues, ¿Cómo se podría pensar en avalar una reforma constitucional que pueda sustituir la Carta Fundamental, cuando ni siquiera existe una participación de la mitad de la ciudadanía?

En ese orden de ideas y teniendo en cuenta la postura sostenida por la Corte Constitucional, opino que pese a que la naturaleza del poder constituyente nos lleve a considerar que el mismo no debería de tener más limitantes que los procedimentales, lo cierto es que partiendo de la interpretación de nuestra Constitución, los límites competenciales de los que habla la Corte no constituyen una función antidemocrática del alto Tribunal Constitucional, sino que buscan proteger la esencia de la Carta Fundamental, la cual es justamente su tarea constitucional.

Finalmente, explicadas las limitaciones al poder constituyente originario y derivado en el caso concreto colombiano, específicamente desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, se abordarán a continuación las respectivas conclusiones.

6. Conclusiones

Recapitulando lo recorrido en este artículo, el poder constituyente es aquél que se ejerce cuando se elabora una nueva constitución o cuando se reforma la existente y es justamente por ello por lo que se habla de poder constituyente originario y poder constituyente derivado. Ahora bien, en cuanto a las acepciones del poder constituyente, tenemos que, por un lado, el poder constituyente originario es aquél que por sus características no tiene límites jurídicos ya que es originario y autónomo, que rompe con el ordenamiento jurídico establecido previamente. Por otro lado, el poder constituyente derivado se refiere a la capacidad que tienen ciertos órganos del Estado para modificar una Constitución existente, pero dentro de los cauces determinados por la carta misma. En esa misma línea, abordando las acepciones del poder constituyente, se encuentra que en ambas existen limitaciones.

En relación con el poder constituyente originario, se encuentra que, si bien se reputa como autónomo y quebranta el ordenamiento preexistente, es objeto de limitaciones derivadas del derecho externo y de las circunstancias políticas y económicas de cada país. En el caso del poder constituyente derivado, se considera que su límite esencial son las normas internas (previstas en la carta fundamental) y externas de cada Estado. Ahora bien, frente a la discusión relativa a los límites al poder constituyente derivado, se encuentra que los autores que sostienen que los límites son meramente procedimentales argumentan su tesis precisando

que cuando una constitución no prohíbe expresamente modificar disposiciones de su texto, el poder de reforma mediante el seguimiento del procedimiento determinado en la Constitución podrá modificar o introducir cualquier contenido en ella. Por el contrario, aquellos autores que sostienen que los límites deben ser tanto procedimentales como materiales centran su argumento en los derechos fundamentales como límites sustanciales que protegen a los ciudadanos y a las minorías de los poderes públicos y de las mayorías políticas, sustrayendo la posibilidad de tomar (o no tomar) cualquier decisión sobre estos derechos.

Partiendo de lo anterior y descendiendo al caso concreto colombiano, la postura de la Corte Constitucional frente al tema de los límites al poder de reforma se materializa en una postura que distingue entre poder constituyente originario y poder constituyente derivado, señalando que solo el primero cuenta con la competencia para reformar los elementos definitorios que le dan identidad a la Constitución, mientras que el segundo se encuentra limitado por tales elementos, escapando de su competencia la modificación de ellos. De igual forma, la Corte Constitucional señala que el alcance de la cláusula de reforma constitucional llega hasta la prohibición o restricción de sustituir o subvertir la Carta Política. Es en este punto donde establece que para determinar si la Constitución fue sustituida por otra, se debe realizar el *juicio de sustitución* el cual se encuentra compuesto de tres premisas. La premisa mayor, por medio de la cual se determina si la reforma ingresa un nuevo elemento esencial de la Carta; la primera menor, en la que se analiza si dicho elemento modifica al originalmente acogido por el constituyente y por último, la premisa de síntesis, en la cual se compara el nuevo elemento ingresado con el anterior a fin de establecer si son completamente opuestos e integralmente distintos al punto de ser incompatibles.

En definitiva, el *juicio de sustitución* de la Corte Constitucional se circunscribe a establecer si el reformador sustituyó la Constitución, sin que ello implique un control material del acto reformativo de la Carta, debido a que en ese test no se realiza una comparación entre la reforma y la Constitución con el ánimo de establecer si la primera contradice la segunda, ya que, resulta sumamente evidente que una reforma constitucional contradice la Constitución por ella reformada, sino que se trata de un método que busca garantizar la esencia de la Carta Fundamental y por lo tanto eficaz, si se quiere, para asegurar las intenciones del constituyente originario.

Finalmente, es importante mencionar que si bien partiendo de un pensamiento garantista de los derechos fundamentales, combinado con el contexto del país colombiano, lo viable es que el poder de reforma de la Constitución tenga límites tanto materiales como formales que permitan respetar tanto un procedimiento que implique delimitar la competencia

del que va a realizar la reforma, tanto como el contenido que va a cambiar, lo cierto es que esto no es posible porque así no lo permite la Constitución de acuerdo con lo previsto en el artículo 241, en donde se restringe el control de la Corte a solo vicios procedimentales; es por ello que se reitera la importancia de los límites al poder de reforma que a lo largo de los años han sido desarrollados jurisprudencialmente por la Corte Constitucional de Colombia, ya que a través de ellos se ha salvaguardado la Constitución y se ha evitado que se sustituya la esencia de esta, plasmada de el texto constitucional por el constituyente originario. En concordancia con esto, considerar que debería ser posible modificar la estructura misma de la Constitución, cuando la reforma es realizada a través de referendo o asamblea constituyente, no es viable debido a que no se trata de una expresión del constituyente originario debido la limitada participación ciudadana y por el contrario se encontraría desprotegida la misma Constitución.

Es por lo anterior que, para concluir, recordamos, una célebre conferencia del Dr. Carlos Gaviria Díaz, a propósito del poder constituyente, donde nos recordaba que en las democracias se actúa bajo la soberanía ficcionalista de “como si” el pueblo fuera la última instancia legitimante y legitimadora, es decir, como si el poder constituyente lo ejerciera realmente, el pueblo. Sin embargo, nos queda una pregunta: ¿el pueblo está realmente allí?

Referencias

- Arboleda, P. y Jiménez, M. (2021). La doctrina de la sustitución constitucional en Colombia: Una aproximación a la jurisprudencia constitucional. Madrid: Universidad de Deusto.
- Artunduaga, J. (2021). ¿Tiene límites jurídicos el poder constituyente primario? Una pregunta por el fundamento de la validez del derecho. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Asamblea Nacional Constituyente de Colombia. (1991). Constitución Política de Colombia. Presidencia de la República.
- Bidart, C. (2013). Manual de la constitución reformada. Tomo 1. Buenos Aires: Ediar.
- Colombo, I. (2011). Límites a las Reformas Constitucionales. Buenos Aires: Astrea.
- Contreras, F. y Silva, L. (2020). La doctrina de la sustitución de la Constitución en Colombia. Santiago de Chile: Revista del Centro de Estudios Constitucionales de Chile.
- Correa, P. (2016). Derecho constitucional general. Teoría de la Constitución Política. III CICLO. Universidad Católica Los Ángeles de Chimbote: Perú.
- Corte Constitucional de Colombia. (2003). Sentencia C-551. Magistrado ponente: Eduardo Montealegre Lynett

- Corte Constitucional de Colombia. (2003). Sentencia C-1200. Magistrados ponentes: Manuel José Cepeda Espinosa y Rodrigo Escobar Gil
- Corte Constitucional de Colombia. (2004). Sentencia C-572. Magistrado ponente: Rodrigo Uprimny Yepes.
- Corte Constitucional de Colombia. (2004). Sentencia C-816. Magistrados ponentes: Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Uprimny Yepes.
- Corte Constitucional de Colombia. (2004). Sentencia C-970. Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional de Colombia. (2004). Sentencia C-971. Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa
- Corte Constitucional de Colombia. (2005). Sentencia C1040. Magistrados ponentes: Manuel José Cepeda Espinos, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional de Colombia. (2009). Sentencia C-588. Magistrado ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo
- Corte Constitucional de Colombia. (2010). Sentencia C-141. Magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional de Colombia. (2011). Sentencia C-574. Magistrado ponente: Juan Carlos Henao Pérez.
- Corte Constitucional de Colombia. (2013). Sentencia C-579. Magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub
- Corte Constitucional de Colombia. (2016). Sentencia C-053. Magistrado ponente: Alejandro Linares Cantillo
- Corte Constitucional de Colombia. (2016). Sentencia C-084. Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Constitucional de Colombia. (2019). Sentencia C-245. Magistrado ponente: Alejandro Linares Cantillo
- De Vega, P. (2000). La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente. Madrid: Tecnos.
- Espinosa, D. y Olano, H. (2009). Análisis de la sentencia C-551 de 2003 de la Corte Constitucional, que limitó los poderes de reforma a la Carta Política. *Dikaion*, 13. Recuperado 22/11/2022 de <https://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1309>
- Ferrajoli, L. (2011). Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal. Madrid: Trotta.

- García, V. (2008). Teoría del Estado y Derecho Constitucional. Lima: Palestra.
- García, S. y Gnecco, F. (2016). La teoría de la sustitución: De la protección de la supremacía e integridad de la Constitución, a la aniquilación de la titularidad del poder de reforma constitucional en el órgano legislativo. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Gómez, J. (2018). La teoría de la sustitución constitucional: Una herramienta política al servicio las ramas del poder. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Jaramillo, J. (2013). La problemática de los límites al poder de reforma de la Constitución Política de 1991. Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Vol. 43, No. 118 / p. 309-348. Colombia.
- Kelsen, H. (1988). Teoría general del derecho y del Estado. Universidad Nacional Autónoma de México. Traducción de Eduardo García Máynez.
- Matías, S. (2016). La Asamblea Nacional Constituyente de 1991 y el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. Revista Diálogos de Saberes. Bogotá: Universidad Libre.
- Naranjo, V. (2014). Teoría de la Constitución e Instituciones Políticas. Bogotá: Temis.
- Negri, A. (2007). Conferencia: El poder constituyente. Auditorio del Archivo y Biblioteca Nacionales de Bolivia.
- Negri, A. (2015). El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad. Madrid: Editorial Traficantes de Sueños.
- Nogueira, H. (2017). Poder constituyente, reforma de la constitución y control jurisdiccional de constitucionalidad. Revista Mexicana de Derecho Constitucional, Núm. 36.
- Leiva, E y Muñoz, A. (2011). El poder constituyente y la carta de derechos en la Constitución Política de Colombia de 1991. Revista Administración & Desarrollo, p. 119-132. vol. 39, núm. 54.
- Organización de las Naciones Unidas. (1963). Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. Disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org/es/docid/5bd791df4.html>
- Organización de los Estados Americanos. (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica". Disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org/es/docid/57f767ff14.html>
- Quintana, I. (2019). Poder constituyente derivado y control constitucional en Ecuador. Análisis normativo y jurisprudencial. Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador
- Ramírez, G. (2005). Límites de la reforma constitucional en Colombia: El concepto de Constitución como fundamento de la restricción. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Revista semana. (2022). Atención: por segunda vez en la historia de Colombia revocan un alcalde.
- Ríos, L. (2017). La soberanía, el poder constituyente y una nueva constitución para Chile. *Estudios Constitucionales*, N° 2, p. 167-202 *Revista Estudios Constitucionales*.
- Sáchica, L. (1999). *Derecho constitucional general*, 4a. ed. Bogotá: Temis.
- Sieyès, E. (2002). *Qu'est-ce que le Tiers état?* Paris: Éditions du boucher.
- Sieyès, E. (2019). *¿Qué es el tercer Estado?* Omegalfa.
- Schmitt, C. (2011) *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza.
- Venegas, A. y Hernández, V. (2020). Análisis de los límites del Poder Constituyente. *Estudios sobre derecho y justicia*. V5. Disponible en: <http://www.derechoglobal.cucsh.udg.mx/index.php/DG/article/view/240>
- Zamora, J. (2017). *El juicio de sustitución como límite a las reformas constitucionales – Un análisis desde el sistema jurídico colombiano*. Madrid: Universidad Carlos III.