

El control de constitucionalidad de los actos reformatorios de la Constitución en Colombia

POR: *RICARDO ZULUAGA**

1. INTRODUCCIÓN

Toda Constitución, a no ser que se trate, en todo o en parte, de un texto pétreo¹, debe ser susceptible de reforma. Sólo de esta manera se puede lograr una larga y sólida vigencia de la norma superior, así como su adecuado acompañamiento con las cambiantes exigencias de la sociedad. Dicho de otra forma, y aunque parezca paradójico, es necesario modificar la Carta Política para preservarla. Ahora bien, la Constitución puede cambiar tanto por la vía de la mutación² como por la de la reforma. La primera debe ser entendida como aquel fenómeno a través del cual se producen transformaciones no for-

* Doctor en Derecho de la Universidad de Salamanca. Director del Departamento de Ciencias Jurídicas y Políticas de la U. Javeriana de Cali. Ex Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad San Buenaventura de Cali.

1 No es este el lugar para dilucidar una cuestión fundamental de la teoría constitucional, aquella referida a la legitimidad que asiste a un constituyente determinado para establecer este tipo de cláusulas, bajo la premisa de que el poder constituyente es por esencia, y debe serlo, un poder ilimitado. Un buen ejemplo de ello es Italia, cuya Constitución de 1848, el llamado estatuto albertino, declaraba solemnemente que ella era "Ley fundamental perpetua e irrevocable de la monarquía". Hoy esa constitución no sólo no existe, sino que, como se verá, la forma monárquica de gobierno ha sido prohibida a perpetuidad por el Constituyente de 1947, cuando en el artículo 139 dispuso que "no podrá ser objeto de revisión constitucional la forma republicana".

2 Este fenómeno se conoce en Francia como costumbre constitucional y en Italia como modificación constitucional tácita. El término más preciso de mutación constitucional se le debe a la doctrina alemana.

males del texto de la Carta Política, que permiten que cambie el sentido de la Constitución, sin que se modifique el texto de la misma, que sigue invariable; Mientras que la segunda, la reforma, es la que se produce como consecuencia de la puesta en marcha de una serie de procedimientos formales, que suelen ser generalmente más agravados y exigentes que aquellos a través de los cuales se expide la ley.

Ahora bien, los procedimientos de reforma, de acuerdo con el grado de dificultad o con los elementos distintivos respecto del procedimiento legislativo ordinario, nos pueden ubicar tanto en el marco de una Constitución flexible como en el de una Constitución rígida. En este sentido, ha dicho la Corte Constitucional: *"Las Constituciones son 'rígidas' o 'flexibles', según la forma que se establezca para su modificación. Si la reforma de la Constitución se realiza en igual forma que las leyes ordinarias se dice que es 'flexible' y, por tanto, no existe superioridad de la Constitución sobre la ley. Cuando se consagra un procedimiento especial, distinto al de las leyes para su reforma, la Constitución es 'rígida' y se supraordina a las leyes"*³. La colombiana es una Constitución rígida, porque, salvo unas ligeras menciones, en las que permite su reforma por la vía de la ley⁴, ella establece unos procedimientos especiales de reforma de su texto, más complejos o agravados que aquellos mediante los cuales se reforman las leyes.

En nuestro país el carácter rígido de la Constitución es tan claro que la misma Carta Política le ha dedicado a la problemática de la reforma un título completo, el XIII (arts. 374 a 380). En dichas disposiciones quedan compendiados y definidos los órganos competentes para llevar a cabo los procesos de reforma, así como las grandes líneas de los procedimientos que ellos deben seguir. Así por ejemplo, el artículo 374 dice: *"La Constitución Política podrá ser reformada por el Congreso, por una Asamblea Constituyente o por el pueblo mediante referendo"*, mientras que el artículo 375 indica los titulares de la iniciativa reformativa ante el Congreso de la República⁵. Por su parte,

3 Cfr. Sentencia C-543 de 1998. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

4 Me refiero a disposiciones como las consignadas en el parágrafo del artículo 98 *"Mientras la ley no decida otra edad, la ciudadanía se ejercerá a partir de los dieciocho años"*, y el artículo 302 *"la ley podrá establecer para uno o varios departamentos diversas capacidades y competencias de gestión administrativa y fiscal distintas a las señaladas para ellos en la Constitución..."*.

5 En este punto, y como una mera curiosidad, no está de más advertir que mientras el artículo 375 dispone que entre los titulares de iniciativa para presentar proyec-

el artículo 376 regula la manera de convocar una asamblea nacional constituyente, solo por citar algunos ejemplos.

Una cuestión más relevante es la que se deriva de lo dispuesto en el artículo 374 y que tiene relación con el hecho de que en ninguna parte del texto superior se establecen competencias o capacidades diferentes en materia de facultades de reforma, para los órganos habilitados para llevarla a cabo (Congreso de la República, Asamblea Constituyente y el Pueblo), tal como de manera expresa sí se hace en otros ordenamientos. A manera de ejemplo, tenemos que el artículo 168 de la Constitución española distingue claramente las funciones constituyentes que le corresponden al Parlamento (poder constituyente derivado), de aquellas que le conciernen al pueblo (poder constituyente originario), imponiendo un límite material al poder de reforma del primero:

1. *Cuando se propusiere la revisión total de la Constitución o una parcial que afecte al título preliminar, al capítulo segundo, Sección primera del título I, o al título II, se procederá a la aprobación del principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara, y a la disolución inmediata de las Cortes.*
2. *Las Cámaras elegidas deberán ratificar la decisión y proceder al estudio del nuevo texto constitucional, que deberá ser aprobado por mayoría de dos tercios de ambas Cámaras.*
3. *Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación.*

De la disposición transcrita se observa cómo el Constituyente español de 1978 limitó, clara y expresamente, al Constituyente derivado para realizar cuatro acciones: revisión total del texto de la Constitución, reforma del título preliminar (arts. 1º a 9º), reforma del capítulo segundo, sección primera del título I, o la reforma del título II. En estos casos, el constituyente derivado tiene la obligación de buscar que el constituyente originario, el pueblo soberano, convalide la decisión que él ha tomado. Infortunadamente, en el texto colombiano de 1991 sólo existe una mención similar, pero bastante imperfecta y es la contenida en el artículo 377:

(cont. nota 5) tos de acto legislativo está el 20% de los concejales del país, el artículo 155 dice que esa facultad la tiene es el 30% de esos mismos corporados.

Deberán someterse a referendo las reformas constitucionales aprobadas por el Congreso, cuando se refieran a los derechos reconocidos en el capítulo I del título II y a sus garantías, a los procedimientos de participación popular, o al Congreso, si así lo solicita, dentro de los seis meses siguientes a la promulgación del Acto Legislativo, un cinco por ciento de los ciudadanos que integren el censo electoral. La reforma se entenderá derogada por el voto negativo de la mayoría de los sufragantes, siempre que en la votación hubiere participado al menos la cuarta parte del censo electoral.

Como se desprende palmariamente del dispositivo normativo transcrito, en nuestro caso no existe una obligación a cargo del constituyente derivado, que lo obligue a buscar la refrendación de sus actos por parte del constituyente originario. Simplemente se trata de una facultad de este último para oponerse a decisiones reformatorias del primero, cuando afecten aspectos fundamentales del texto constitucional (derechos reconocidos en el capítulo I del título II y a sus garantías, a los procedimientos de participación popular, o al Congreso). La imperfección de la disposición salta a la vista, en la medida en que lo que se establece es una convalidación rogada sobre la reforma de alguno de los aspectos que la propia Constitución ha considerado cardinales.

Tampoco consagra la Constitución, en ninguna parte de su texto, algún tipo de limitación en relación con cuestiones que no sean susceptibles de reforma, como sí lo hacen algunas constituciones, cuando establecen cláusulas de intangibilidad o disposiciones pétreas⁶. Tenemos, entre los ejemplos más clásicos, que el artículo 79.3 de la Constitución alemana preceptúa lo siguiente: "*Será ilícita toda modificación de la presente ley en virtud de la cual se afecte a la división de la Federación en Estados, a los fundamentos de la*

6 La intangibilidad de la Constitución puede ser tanto material como temporal. Tenemos así que en Colombia, el artículo 191 de la Constitución de Cúcuta de 1821, la primera de la República, disponía que "*cuando ya libre toda o la mayor parte de aquel territorio de la República que hoy está bajo el poder español, pueda concurrir con sus representantes a perfeccionar el edificio de su felicidad, y después que una práctica de diez o más años haya descubierto todos los inconvenientes o ventajas de la presente Constitución, se convocará por el Congreso una gran Convención de Colombia autorizada para examinarla o reformarla en su totalidad*". Sin embargo, para agosto de 1828 no sólo se había intentado reformar la Constitución, sino que de facto ya no existía, al haber sido sustituida por el decreto orgánico de la dictadura bolivariana. Una prueba más de que la idea de intangibilidad es bastante dúctil y maleable.

*cooperación de los Estados en la potestad legislativa o a los principios establecidos en los artículos 1º y 20*⁷.

Otro ejemplo notable es el contenido en el artículo 89 de la Constitución francesa, que en sus incisos 4º y 5º, dispone que: “No podrá iniciarse ni proseguirse ningún procedimiento de reforma mientras sufra menoscabo la integridad del territorio. No podrá la forma republicana de gobierno ser objeto de reforma”. Mientras que el citado artículo 139 de la Constitución italiana regula que: “No podrá ser objeto de revisión constitucional la forma republicana”. Limitaciones similares son impuestas por la Constitución griega en su artículo 110, numeral 1º: “Serán susceptibles de revisión los preceptos de la Constitución, excepto aquellos que establecen el fundamento y la forma del régimen como República parlamentaria, así como las disposiciones del artículo 2º, párrafo 1; del artículo 4º, párrafos 1, 4 y 7; del artículo 5º, párrafos 1 y 3; del artículo 13, párrafo 1, y del artículo 264”. En análogo sentido, se pronuncia la Constitución portuguesa, que en el artículo 290 establece un largo catálogo de materias que no puede ser objeto de reforma⁸.

7 El artículo 1º dice: “1. La dignidad del hombre es sagrada y constituye deber de todas las autoridades del Estado su respeto y protección”. Por su parte el artículo 20 reza así:

- “1. La República Federal Alemana es un Estado federal democrático y social.
2. Todo poder estatal emana del pueblo, quien lo ejercerá en las elecciones y votaciones y a través de órganos especiales de legislación, de ejecución y de jurisdicción.
3. El poder legislativo estará vinculado al orden constitucional y el poder ejecutivo y el judicial estarán sujetos a la ley y al derecho.
4. Todo alemán tendrá derecho de resistencia, cuando no exista otro remedio, contra quienquiera que se proponga eliminar el orden de referencia”.

8 “Las leyes de revisión constitucional tendrán que respetar: a) la independencia nacional y la unidad del Estado; b) la forma republicana de gobierno; c) la separación de las Iglesias y el Estado; d) los derechos, libertades y garantías de los ciudadanos; e) los derechos de los trabajadores, de las comisiones de trabajadores y de las asociaciones sindicales; f) el principio de apropiación colectiva de los medios principales de producción y de los sueldos, así como de los recursos naturales, y la eliminación de los monopolios y de los latifundios; g) la planificación democrática de la economía; h) el sufragio universal, directo, secreto y periódico en la designación de los titulares electivos de los órganos de soberanía, de las regiones autónomas y de la administración local, así como el sistema de representación proporcional; i) el pluralismo de expresión y organización política, incluyendo los partidos políticos, y el derecho a la oposición democrática; j) la participación de las organizaciones populares básicas en el ejercicio de la administración local; l) la separación de la interdependencia de los órganos de soberanía; m) el control de la constitucionalidad por acción o por omisión de normas jurídicas; n) la inde-

Como se desprende del elenco de restricciones que se acaba de enunciar, es evidente que cada texto constitucional puede optar por proteger muy diversos elementos del núcleo constitucional: la forma de Estado, la forma de gobierno, los derechos fundamentales o la salvaguarda del derecho a la autonomía regional. En todo caso, dichas limitaciones sí parecen evidenciar una relación muy estrecha con situaciones históricas muy concretas de cada uno de esos ordenamientos constitucionales.

2. LOS LÍMITES AL PODER DE REFORMA EN COLOMBIA

De lo que hemos venido observando, es claro que el Constituyente de 1991 no estableció ningún tipo de limitación al poder de reforma de la Constitución por parte de los órganos habilitados para ello, ni en lo material ni en lo temporal⁹. Y esta es una observación que adquiere mayor relevancia si se tiene en cuenta que la de 1991 es una Constitución que nunca fue sometida a referéndum popular aprobatorio, con lo cual es necesario asumir que la Asamblea Constituyente de 1991 actuaba exclusivamente en calidad de constituyente derivado, tal como lo harían tanto una nueva asamblea como el Congreso de la República cuando ejerzan funciones constituyentes. De lo anterior parece natural concluir que dada esta falla de legitimidad producida en 1991, ninguna expresión del poder constituyente debería verse especialmente subordinado a lo dispuesto por la Asamblea Constituyente de 1991.

Lo anterior se complementa con el hecho de que el numeral 1° del artículo 241 de la Constitución establece que a la Corte Constitucional le corres-

(cont. nota 8) p) la autonomía política-administrativa de los archipiélagos de las Azores y las Madeira".

9 La idea de que la Constitución no es intangible en ninguna de sus partes es tan clara, que ni siquiera se previó un límite de carácter coyuntural, referido a los estados de excepción, como si ocurre en España, donde el artículo 169 dice que "No podrá iniciarse la reforma constitucional en tiempo de guerra o de vigencia de alguno de los estados previstos en el artículo 116" (estados de alarma, de excepción y de sitio). Un límite similar existe en Francia (art. 89) "No podrá iniciarse ni proseguirse ningún procedimiento de reforma mientras sufra menoscabo la integridad del territorio". Mientras que en Portugal, el artículo 291 de la Constitución dice que "No se podrá realizar ningún acto de revisión constitucional durante la vigencia del estado de sitio o del estado de excepción". Algo similar dispone el artículo 196 de la Constitución de Bélgica "No se podrá iniciar ni proseguir ninguna revisión de la Constitución en tiempo de guerra o cuando las Cámaras no puedan reunirse libremente en el territorio federal".

ponde, en aras de asegurar la guarda de la supremacía e integridad de la Constitución “Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación” (negrilla fuera de texto). Mandato constitucional que queda ratificado por lo dispuesto en el artículo 379, que dice: “Los Actos Legislativos, la convocatoria a referendo, la consulta popular o el acto de convocación de la Asamblea Constituyente, sólo¹⁰ podrán ser declarados inconstitucionales cuando se violen los requisitos establecidos en este título. La acción pública contra estos actos sólo procederá dentro del año siguiente a su promulgación, con observancia de lo dispuesto en el artículo 241, numeral 2^o” (negrilla fuera de texto).

El alcance de estas disposiciones fue inicialmente muy claro para la Corte Constitucional, cuando estuvo de acuerdo con que, en el ejercicio del control de constitucionalidad sobre los actos legislativos, ella debía limitarse “... a la constatación de que se hayan cumplido a cabalidad todos los pasos del procedimiento agravado previsto para estas hipótesis en las normas superiores”¹¹. En una sentencia posterior, la misma Corte fue más contundente al respecto, al reconocer que a ella “se le ha asignado el control de los actos legislativos, pero únicamente por vicios de procedimiento en su formación (C.P., art. 241-1), es decir, por violación del trámite exigido para su aprobación por la Constitución y el reglamento del Congreso. El control constitucional recae entonces sobre el procedimiento de reforma y no sobre el contenido material del acto reformativo”¹². Un pronunciamiento similar fue acogido por la misma corporación cuando dijo, en relación con una demanda por vicios de fondo contra el párrafo transitorio 1º (parcial) del artículo 3º del

10 La Corte ha aclarado el alcance de esta expresión, señalando que “el adverbio “solo” no puede ser tomado en su sentido literal, pues es obvio que otras normas de la Carta y del reglamento del Congreso resultan aplicables al trámite complejo que se cumple con ocasión de los proyectos conducentes a la modificación de la Carta y que la inobservancia de esas otras normas compatibles con el proceso de reforma constitucional, puede derivar en la inconstitucionalidad del acto reformativo, situación que adquiere una especial relevancia tratándose del reglamento del Congreso, pues pese a su carácter infraconstitucional, su desconocimiento es susceptible de generar una vulneración de la Carta, por cuanto teniendo la naturaleza de ley orgánica, a sus dictados ha de someterse el Congreso al ejercer su actividad”. Cf. Sentencia C-387 de 1997. M.P. Fabio Morón Díaz.

11 *Ibidem*.

12 Cf. Sentencia C-543 de 1998. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Acto Legislativo 01 de 2001, que por tratarse de cargos materiales, la Corte era incompetente y tenía que inhibirse de hacer pronunciamientos de fondo¹³.

De todo lo anterior, aparece demasiado claro, para cualquiera que se aproxime desprevenidamente al texto de la Constitución, que no existe ninguna posibilidad jurídica de que los actos que la reformen, cualquiera sea su clase o su origen, puedan ser sometidos, alegando vicios materiales o de fondo, a control de constitucionalidad. Se produce así un fenómeno que De Vega ha descrito muy bien en relación con el ordenamiento español: *“No sólo no se recoge ninguna cláusula de intangibilidad, sino que, además, de una manera explícita, se niega su existencia”*¹⁴.

3. LA TESIS DE LA FALTA DE COMPETENCIA COMO VICIO DE FORMA

Sin embargo, y a pesar de los pronunciamientos existentes, nuestra Corte Constitucional recientemente ha variado su jurisprudencia para lograr que la Constitución diga otra cosa y, con una argumentación bastante silogística, ha

13 Cf. Sentencia C-487 de 2002. M.P. Álvaro Tafur Galvis. Un aspecto sobre el que la Corte si ha mantenido posiciones divergentes, es el que está referido a la clase de control que se debe ejercer en estos casos. Así, en las sentencias C-543 de 1998, C-487 de 2002 y C-614 de 2002, ella indicó que el control sobre los actos reformativos de la Constitución se limitaba al análisis de los cargos planteados en la demanda. Pero en las sentencias C-387 de 1997 y C-970 de 2004, señaló que el control debe ser integral, debido a que si ella encuentra defectos de trámite que no fueron señaladas por el demandante, debe pronunciarse sobre ellos. Además, señaló que la procedencia de un control integral en este caso, se fundamenta en la similitud de los textos existente entre los numerales 4 y 5 del artículo 241 de la C.P., referentes a las acciones contra leyes y decretos leyes, y el numeral 1 de la misma disposición, dirigida a las demandas contra los actos legislativos, ya que en el primer evento se ha reconocido el carácter integral de la revisión, por lo que no existiría motivo para proceder de manera distinta en el caso de los actos legislativos. Igualmente, y en reiterados pronunciamientos la Corte se ha referido a la naturaleza de la irregularidad ocurrida en el trámite del acto reformativo para que la misma pudiera considerarse como vicio de forma que conlleva a la declaración de inconstitucionalidad, afirmando que no procede cuando estamos frente a la vulneración de reglas de procedimiento, que por su carácter irrelevante no afectan el principio ni valor constitucional que la norma procedimental buscaba proteger. Lo anterior en el marco del principio de la prevalencia de del derecho sustancial, y la instrumentalidad de las formas.

14 Cf. De Vega García, Pedro. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Tecnos, Madrid, 1988, p. 219.

convertido en defectos de forma, que sí son jurídicamente controlables, posibles violaciones materiales a la Constitución. Ha sostenido la Corte: “... *importantes sectores de la doctrina y la jurisprudencia, tanto nacionales como comparadas, sostienen que toda constitución democrática, aunque no contenga expresamente cláusulas pétreas, impone límites materiales al poder de reforma del constituyente derivado, por ser este un poder constituido y no el poder constituyente originario*”¹⁵. Esta afirmación significa reconocer que existen límites implícitos al poder de reforma de la Constitución que ésta no consagra.

En la sentencia en comento, la Corte destacó la necesidad del análisis de la competencia en materia de reforma constitucional, como un punto imprescindible en el proceso de determinar el cumplimiento del trámite formal de la expedición de los actos reformativos. Para el Alto Tribunal la competencia del constituyente derivado para reformar la Constitución está determinada por unos límites tanto formales como materiales, que se concretan, primero, en la existencia de una regulación de los procedimientos reformativos de la Constitución y, segundo, en la imposibilidad de “sustituir” la Carta Política, en la medida que el Constituyente de 1991 no concedió una habilitación para este efecto¹⁶. Por eso, y para constatar si el acto reformativo de la Constitución no excedió los límites competenciales, la Corte debe recurrir a “*los principios y valores que la Constitución contiene, y aquellos que surgen del bloque de constitucionalidad*”, para establecer si se sustituyó la “identidad” de la Constitución, es decir, si se afectó su *contenido axiológico*, y determinar si luego de la reforma la Constitución mantiene su “esencia” o fue efectivamente sustituida.

Hasta aquí, los razonamientos del Alto tribunal no generan mayores objeciones. Sin embargo, no está de más resaltar que la Corte lo que no hizo fue

15 Cf. Sentencia C-551 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

16 No está de más advertir que un razonamiento de esta naturaleza no resulta completamente nuevo en el ordenamiento colombiano, en la medida que la Corte Suprema de Justicia, el anterior guardián de la Constitución, en una sentencia de 1978 dejó sentado que: “Si el poder de reforma es un poder creado por el constituyente primario, del cual emana todo poder y nace de la Constitución, por el orden de ideas que se ha venido trazando no lo recibió el Congreso para subdelegarlo a un organismo extraño, creado por él, sin competencia para hacerlo, pues la asignación de competencias es de la esencia de la función constituyente que sólo a guisa de poder constituido le ha sido atribuido, con exclusividad, al Congreso. Y solamente a él”. Cf. Sentencia Corte Suprema de Justicia de mayo 5 de 1978. M. P. José María Velasco Guerrero.

explicar cuáles son dichos límites ni tampoco indicó cuál es el órgano encargado de establecerlos. Ella simplemente consideró que era necesario analizar los aspectos referidos a la competencia del órgano que lleva adelante el proceso de reforma de la Constitución y puso de presente que ese ejercicio era un asunto imprescindible a la hora de determinar si se dio o no cabal cumplimiento a las exigencias formales para la expedición del acto reformativo.

Ahora bien, la cuestión no es tan simple, pues por esta vía la Corte ha introducido en nuestro ordenamiento la tesis de los límites implícitos a la reforma de la Constitución, a partir de los cuales los procesos de revisión de la constitucionalidad sobre los actos reformativos de la Constitución adquirieren otra dimensión. Pero la Corte ha acogido esta audaz tesis de forma inadecuada, porque lo que el Tribunal señala es que no es posible 'sustituir' la Constitución por parte del constituyente derivado, cuando lo que sostiene la doctrina constitucional más autorizada es que existen unos límites que el poder constituyente, cualquiera sea su expresión, no puede rebasar. Como dice De Vega: *"La cuestión de los límites de la reforma constitucional no es, estrictamente, una cuestión de derecho positivo. Más allá del concreto contenido normativo de determinados preceptos, está la lógica del sistema constitucional considerado en su conjunto, a la que forzosamente hay que reconducir, y desde la que se hace necesario en todo caso explicar, la problemática de los límites"*¹⁷.

Para llegar a la conclusión que aquí se viene explicando, la Corte comenzó por admitir que el control constitucional en Colombia reviste dos modalidades, la formal y la material, pero inmediatamente indicó que existe la posibilidad de que se presente una especial modalidad de vicio de forma: la falta de competencia, frente a la cual la Corte dijo: *"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*

17 Op. cit. p. 220. Desde esta perspectiva, es necesario reconocer, como lo hace parte de la doctrina, que existen, además de los implícitos, límites lógicos a la reforma de la Constitución, entre los que estarían las normas sobre la reforma y los principios supremos o llamada Constitución material. Cf. Guastini, Ricardo. *Estudios de teoría constitucional*. Doctrina Jurídica contemporánea. México, 2003, pp. 203 a 207.

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"¹⁸.

Lo que le ha permitido a la Corte llegar a esta fórmula hermenéutica, es el hecho de que ella reconoce la tesis según la cual en un Estado democrático constitucional es perfectamente posible distinguir dos expresiones en materia de poder constituyente: el poder de reforma y el poder de sustitución¹⁹. *"Una cosa es que cualquier artículo de la Constitución puede ser reformado –lo cual está autorizado puesto que 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–"*²⁰.

Una vez planteada esta cuestión, para la Corte no es difícil llegar a la conclusión de que el constituyente de 1991 no facultó a los órganos de reforma, como sí lo hizo el constituyente español en su momento²¹, para una modificación integral de la Constitución: *"De manera literal resulta entonces claro que lo único que la Carta autoriza es que se reforme la Constitución vigente, pero no establece que ésta puede ser sustituida por otra Constitución. Al limitar la competencia del poder reformativo a modificar la Constitución de 1991, debe entenderse que la Constitución debe conservar su identidad en su conjunto y desde una perspectiva material, a pesar de las reformas que se le introduzcan. Es decir, que el poder de reforma puede modificar*

18 Cf. Sentencia C-551 de 2003. M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

19 Los argumentos de carácter semántico, aunque cada vez carezcan de menor autoridad, todavía pueden ilustrar y ayudar a desentrañar el verdadero sentido de una expresión. Para los efectos que aquí nos interesan, no está de más indicar que para la RAE en la 22ª edición de su DRAE, el verbo reformar significa "volver a formar, rehacer", mientras que el verbo sustituir significa "poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa". Desde esta perspectiva, es claro que lingüísticamente el verbo reformar puede implicar volver a hacerlo todo, sin ninguna limitación.

20 *Ibíd.*

21 Recuérdese que el numeral 1º del artículo 168 dice que "Cuando se propusiere la revisión total de la Constitución o una parcial que afecte al *Título* preliminar, al Capítulo segundo, Sección primera del *Título* I, o al *Título* II, se procederá a la aprobación del principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara, y a la disolución inmediata de las Cortes".

cualquier disposición del texto vigente, pero sin que tales reformas supongan la supresión de la Constitución vigente o su sustitución por una nueva Constitución. Y es que el título XIII habla de la "reforma" de la Constitución de 1991, pero en ningún caso de su eliminación o sustitución por otra Constitución distinta, lo cual solo puede ser obra del constituyente originario"²².

De lo que el Alto Tribunal no cae en cuenta en el marco de esta reflexión, es precisamente del hecho de que en el artículo 373 quedó incorporado el pueblo como órgano constituyente, a la par que el Congreso o una asamblea Constituyente. De tal suerte que, de imponerse esta interpretación, se llegaría al absurdo de que ni siquiera el pueblo mediante referendo, actuando como poder constituyente originario, podría "sustituir" la Constitución. Ello significa, ni más ni menos, que la Constitución de 1991, sin quererlo ni decirlo, es una Constitución pétrea en aquellos aspectos que en su momento se sirve indicar el juez constitucional.

Después del anterior análisis, resulta indiscutible concluir que, dado el caso de que fuera necesario enmendar alguna de aquellas cláusulas que la Corte considere o llegue a considerar intangibles, resultaría forzoso desconocer la Carta Política para poder proceder a una reforma integral de la misma, tal como se tuvo que hacer en 1991 ante el hecho de que la Corte Suprema de Justicia, como se vio, había sostenido en 1978 que el poder reformativo de la Constitución era indelegable por parte del Congreso. El asunto se hace más complejo si se tiene en cuenta que la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 sólo estaba autorizada para reformar la Constitución y aún así ese órgano rechazó esa limitación, se declaró soberano y procedió a la sustitución del texto entonces vigente, en una acción que fue avalada *a posteriori* por la propia Corte Constitucional que negó los cargos en una demanda que buscaba la inconstitucionalidad de algunos artículos de la Constitución. En ese momento la Corte sostuvo que la asamblea que expidió el acto fue un poder comisionado del pueblo soberano y "*el poder constituyente es el pueblo, el cual posee per se un poder soberano, absoluto, ilimitado, permanente, sin límites y sin control jurisdiccional*"²³.

Un hecho como este nos obliga a concluir que la Constitución de 1991 jamás fue expresión del Constituyente originario, sino que, por el contrario, y

22 Cf. Sentencia C-551 de 2003. M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

23 Cf. Sentencia C-544 de 1991. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

sin que ello signifique emitir un juicio de valor sobre las bondades de esa decisión, fue expedida contra su voluntad manifiesta y expresa, que buscaba únicamente la reforma y no la sustitución del texto de 1886.

Tenemos, entonces, que en la actualidad y según lo ha dispuesto la propia Corte Constitucional *“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 reformativo, 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 por trámite –como sucede en el presente caso– entonces la Corte debería iniciar con el estudio de los cargos sobre los posibles desbordamientos de competencia del órgano de reforma, pues sólo resuelto este aspecto, podría adentrarse el juez constitucional en el estudio en los vicios de procedimiento”*²⁴.

En la Sentencia C-970 de 2004, la Corte buscó dar mayor claridad a la noción de sustitución, puesto que en algunos de los pronunciamientos anteriores, ella se había limitado a indicar *“aquello que no debe entenderse por sustitución”*. En dicha sentencia precisó que el primer paso que se debe seguir en el marco del juicio que pretende determinar la competencia del órgano encargado de adelantar la reforma, es definir, *“como premisa mayor aquellos aspectos definitorios de la identidad de la Constitución que se supone han sido sustituidos por el acto reformativo. Ello permite a la Corte establecer los parámetros normativos aplicables al examen de constitucionalidad del acto acusado”*. Llevar a cabo este ejercicio fue lo que le facilitó a la Corte en esa ocasión, concluir que la expedición del Acto Legislativo 03 de 2002, al facultar al Presidente de la República para adoptar códigos y expedir estatutos legales tendientes a la implementación del sistema penal acusatorio, no implicaba sustituir *“el modelo de régimen político, ni la forma de organización política, ni el conjunto de los valores y principios políticos en que se funda la Constitución de 1991”*²⁵.

24 Cf. Sentencia C-816 de 2004. M. P. Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Uprimny Yepes.

25 Cf. Sentencia C-970 de 2004. M. P. Rodrigo Escobar Gil

De forma más reciente, la Corte Constitucional ha arrojado un poco más de luz sobre esta delicada cuestión²⁶. En dicho pronunciamiento, la Corte comienza por ratificar que ella distingue claramente entre los vicios de competencia y los vicios de fondo y ratifica que ella no puede efectuar un control material sobre el contenido mismo de las reformas (vicios de fondo), *“pero sí debe juzgar si el Congreso excedió su competencia como reformador de la Constitución (vicio de competencia)”*. Y esta facultad la asume la Corte, aduciendo que, como lo subraya la Constitución en el artículo 374, el Congreso carece de la competencia para *“reformular, derogar, subvertir, o sustituir”* esa norma, e hizo hincapié en que *“el único titular de un poder constituyente ilimitado es el pueblo soberano, en virtud del artículo 3° de la Carta”*. De manera equivocada, la Corte sostiene que *“en 1991 el poder constituyente originario estableció un poder de reforma de la Constitución, del cual es titular, entre otros, el Congreso de la República que es un órgano constituido y limitado por la propia Constitución y, por lo tanto, solo puede ejercer sus competencias ‘en los términos que esta Constitución establece’, (“”)no de manera ilimitada”*. El equívoco deriva del hecho de asumir erróneamente que la Constitución de 1991 fue una expresión del poder constituyente originario, cuando, como ya se vio, en realidad no fue así.

Para la Corte es claro que el Congreso, aun cuando reforma la Constitución, no es el detentador de la soberanía que *“reside exclusivamente en el pueblo”*, el único que puede crear una nueva Constitución. Y agrega la Corte, sin sustentar el fundamento jurídico para ello, que solamente el pueblo puede investir a una asamblea Constituyente de la competencia para expedir una nueva Constitución, en la medida que, según la corporación, esta es una posibilidad expresamente permitida en el artículo 376 de la Carta. Ciertamente, una lectura juiciosa de la mencionada disposición nos demuestra que ella, en ninguna parte, habla expresamente de esta atribución.

Tal vez uno de los apartes más esclarecedores del comunicado es el referido al concepto de sustitución. Frente a esto, la Corte ha expresado lo siguiente:

26 Comunicado de prensa de octubre 20 de 2005, “Sobre las sentencias relativas al acto legislativo que permite la reelección presidencial”, en el que se sintetizan los principales razonamientos de la Corte Constitucional en relación con las 18 demandas de inexecutable presentadas contra el Acto Legislativo 2 de 2004 que autorizó la reelección inmediata del Presidente de la República. La sentencia definitiva no ha sido emitida por la Corte hasta la producción de este documento.

No es la importancia, ni son las implicaciones profundas de una reforma, lo que determina si ésta supone una sustitución de la Constitución. El fenómeno jurídico de la sustitución de la Constitución se presenta cuando un elemento definitorio de la esencia de la Constitución de 1991, en lugar de ser modificado, es reemplazado por uno opuesto o integralmente diferente. Así, después de la sustitución de la Carta, como es imposible reconocerla en su identidad básica, no cabe afirmar que la Constitución reformada sigue siendo la Carta de 1991. Al Congreso de la República le está vedado sustituir la Constitución, en forma total o parcial, permanente o transitoria. Por supuesto, le está prohibido reemplazar la Constitución de 1991 por una completamente nueva y diferente. Pero tampoco puede sustituir la Carta mediante un cambio parcial de tal magnitud que haga imposible, de manera permanente o transitoria, reconocer en la Constitución los elementos esenciales definitorios de su identidad originaria, lo cual no obsta para que el Congreso efectúe reformas importantes para adaptar la Carta a la evolución de la sociedad y responder a las expectativas de los ciudadanos”²⁷.

Otro elemento de enorme significación viene dado por el hecho de que la Corte señaló cuáles elementos del orden constitucional son los que ella considera intangibles por parte del legislador cuando actúa como constituyente derivado:

Permitir la reelección presidencial –por una sola vez y acompañada de una ley estatutaria para garantizar los derechos de la oposición y la equidad en la campaña presidencial– es una reforma que no sustituye la Constitución de 1991 por una opuesta o integralmente diferente. Para la Corte los elementos esenciales que definen el Estado social y democrático de derecho fundado en la dignidad humana no fueron sustituidos por la reforma. El pueblo decidirá soberanamente a quién elige como Presidente, las instituciones de vigilancia y control conservan la plenitud de sus atribuciones, el sistema de frenos y contrapesos continúa operando, la independencia de los órganos constitucionales sigue siendo garantizada, no se atribuyen nuevos poderes al Ejecutivo, la reforma prevé reglas para disminuir la desigualdad en la contienda electoral que será administrada por órganos que continúan siendo autónomos, y los actos

*que se adopten siguen sometidos al control judicial para garantizar el respeto al Estado social de Derecho*²⁸.

Por otra parte, la Corte, al declarar contrario a la Constitución un aparte de la reforma (art. 4º, par. trans., inc. final), arrojó mayores luces sobre los límites a la competencia reformativa del Congreso. El texto declarado rezaba así: “*Si el Congreso no expidiere la ley en el término señalado o el proyecto fuere declarado inexecutable por la Corte Constitucional, el Consejo de Estado, en un plazo de dos (2) meses reglamentará transitoriamente la materia*”. Frente a esta decisión del constituyente, la Corte dijo lo siguiente:

*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 inocho el control constitucional que debe ejercer la Corte Constitucional sobre las normas estatutarias que regulen los derechos 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 oportuno antes de las elecciones de 2006*²⁹.

La Corte consideró que esa disposición reformativa al establecer un poder legislativo carente de controles, y sin origen, composición y funcionamiento democráticos, facultado para definir derechos fundamentales determinantes, le introdujo a la Constitución un elemento integralmente diferente a los que definen la identidad de la Carta adoptada en 1991. Para la Corte “*un poder legislativo de esas características es integralmente diferente a un legislador sometido a la Constitución, elegido por el pueblo y representativo del pluralismo social y político, que se limita a legislar sin luego aplicar él mismo en controversias concretas las normas por él expedidas, y sometido a un sistema de frenos y contrapesos oportunos para evitar o invalidar la restricción arbi-*

28 Ibidem.

29 Ibidem.

traría de los derechos constitucionales fundamentales de todos los colombianos. Además, para ejercer su competencia como legislador, el Consejo de Estado tendría que definir previamente si expide normas orgánicas que regulen su función de legislador, o si desplegará su actividad legislativa a su arbitrio, decisión de carácter igualmente legislativo que tampoco estará sometida a controles efectivos de ningún tipo”³⁰.

4. CONCLUSIÓN

No obstante sea menester reconocer los esfuerzos de la Corte por avanzar en el proceso de construcción de la teoría de la “sustitución” de la Constitución, no parece existir todavía un criterio determinante sobre la manera como se debe asumir ese juicio de sustitución, particularmente en la cuestión referida a la individualización de los aspectos definitorios de la identidad de la Constitución. Tal vez reste todavía por definir mejor los conceptos de poder constituyente, sus modalidades y alcances, así como delimitar cuál es el alcance que le da la Corte al concepto de Constitución material, todo lo cual es indispensable para un adecuado entendimiento de esta compleja situación, en la que la Corte, después de darle un nuevo sentido a un texto de la Constitución, termina facultada para ejercer una función que formalmente no se le ha concedido y a partir de la cual, y desde su escasa legitimidad democrática, termina imponiéndole una restricción tan severa e indefinida al órgano que por expreso mandato constitucional encarna la representación popular (C.P., art. 133).

Una buena síntesis de los argumentos contra estas decisiones de la Corte se encuentra en el salvamento parcial de voto del magistrado Humberto Sierra y que se anuncia en el comunicado de prensa en comentario. Dicho magistrado, después de advertir que los cargos sobre los denominados vicios de competencia debieron ser objeto de un pronunciamiento inhibitorio, en acatamiento a la dicción expresa del artículo 241 que restringe la competencia de control de constitucionalidad “*en los estrictos y precisos términos*” de ese artículo a “*los vicios de procedimiento en su formación*”, enumera las múltiples razones en que sustenta su posición:

30 *Ibidem.*

a) *La Corte no tiene competencia para hacer control de constitucionalidad de actos legislativos por vicios materiales o de contenido. El concepto de vicio por falta de competencia del Congreso de la República es equivalente a vicio de contenido o materia, en este orden de ideas la decisión de declarar inconstitucional el tema expresado en el inciso final del párrafo transitorio del artículo 4° del Acto Legislativo 02 de 2004 es simple y llanamente declarar que este contenido no es acorde a la Constitución;*

b) *El control de constitucionalidad debe ser jurídico, un control de validez, lo cual implica siempre comparar la Constitución con la norma enjuiciada que en este caso es un acto legislativo. El denominado control de sustitución o de identidad de la Constitución que sirve de fundamento a la decisión mayoritaria no tiene el carácter de jurídico en tanto que no conlleva a un contraste o comparación con un parámetro objetivo, previo e indisponible por parte de los jueces. El concepto de 'principios estructurantes', 'esencia de la Constitución', 'espíritu', 'alma', 'esencia', 'voluntad del constituyente originario', 'eje central del Estado social y democrático de derecho', son conceptos que no permiten un juicio objetivo, no son parámetros preestablecidos y para concretarse como parámetro de enjuiciamiento se tienen que construir con posterioridad a la elaboración del acto legislativo enjuiciado;*

c) *Con la declaración de inconstitucionalidad de ciertos contenidos de un acto legislativo se produce una 'mutación de la Constitución colombiana' que conlleva a una transformación sustancial del sistema democrático; el concepto formal de Constitución deja de ser el objeto de comparación para determinar la corrección o no del sistema de fuentes, en lo sucesivo la Corte asume un concepto material de constitución que es indeterminado y sólo determinable por la jurisprudencia de la Corte;*

d) *La Constitución colombiana de 1991 tenía como una de sus características esenciales la flexibilidad, o rigor menguado en su reforma (como reacción a la de 1886), con la presente decisión se instauran elementos de rigidez, extraños al texto de la Constitución, que pueden conducir a la petrificación del ordenamiento. Es contradictorio establecer límites materiales deducidos de una Constitución que no tiene, como afirma la posición mayoritaria, cláusulas de intangibilidad;*

e) *Una interpretación que al distinguir actos que son 'reforma' y otros que sean 'sustitución', puede conducir a una interpretación contradictoria (o paradójica) consistente en que ninguno de los mecanismos de reforma constitucional previstos en la Constitución colombiana pueden servir para que la sociedad colombiana realice dentro de cauces constitucionales transformaciones institucionales o dogmáticas que sean expresión li-*

bre y soberana de un deseo del pueblo colombiano de evolucionar en el sentido que sea más acorde con su voluntad y sus necesidades; f) Por último se reafirma en su convicción jurídica y política de que el Congreso de la República es legítimo representante de la voluntad soberana del pueblo cuando utiliza el procedimiento de reforma constitucional³¹.

Finalmente, tal vez no esté de más afirmar que la comprensión de esta cuestión plantea un problema jurídico extraordinario referido a la teoría de la Constitución y a la de la democracia. En este sentido, como ha dicho Pedro De Vega “negar o afirmar la existencia de límites, presupone una definición y una opción clara sobre el entendimiento y la naturaleza del poder constituyente y del poder de revisión. Cuando no se reconocen límites de ningún tipo a la operación de reforma, lo que en realidad se está proclamando es la identificación entre poder constituyente y poder de reforma. Porque el poder de reforma es ilimitado, bien puede considerarse como el auténtico y soberano poder constituyente del Estado. Cuando, por el contrario, se entiende que la reforma tiene unas fronteras que de ningún modo puede sobrepasar, lo que se está consagrando es la diferencia tajante entre poder constituyente y poder de revisión. Porque el poder de reforma es un poder limitado, de ningún modo puede equipararse con el poder constituyente y soberano”³².

31 Ibídem.

32 Cf. De Vega. Op. cit., p. 220.