

## INTRODUCCION

*“El mundo gira como cada día. Vivimos en democracia, en el estado de bienestar de nuestra maravillosa civilización occidental. Aquí no hay guerra, no hay ocupación. Esto es Europa, cuna de culturas. Sí, ése es el escenario y su decorado. Pero ¿de verdad estamos en una democracia? ¿De verdad bajo ese nombre gobiernan los pueblos de muchos países? ¿O hace tiempo que se ha evolucionado de otro modo?”.*

HESSEL, STEPHAM INDIGNAOS

El proyecto aquí presentado hace parte de la etapa final de capacitación en metodología de la investigación dirigida por el Doctor David Mercado Pérez, en el semillero del Grupo de Investigación de Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional reconocido en Colciencias y adscrito a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Cartagena. Este proyecto es de iniciativa de los integrantes del semillero, el cual está conformado por estudiantes de pregrado y egresados, algunos de ellos pertenecientes también al grupo de Investigación antes dicho. Por ser la presente investigación primariamente de tipo filosófica ya que la dogmática constitucional se construye sobre teorías interpretativas de base filosófica, se presenta como producción del Grupo de Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional, no como producción específica del semillero.

El tribunal constitucional del estado social de derecho en virtud de la dualidad Juez—Límite que interpreta una Norma—Límite actúa como legislador positivo o como lo denomina la doctrina “colegislador”, para salvaguardar efectivamente la democracia liberal y de la constitución misma, **del cual es un resultado**. Esta cualidad intrínseca del tribunal constitucional implica que las sentencias de constitucionalidad, en las cuales se le hace un control a la actividad del legislador, **crean derecho por lo que tienen fuerza de ley**, es un cambio cualitativo en relación con el Estado de derecho clásico<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Esta cualidad implica además que la fijación del alcance de sus propias sentencias corresponde al mismo tribunal constitucional, al no existir una norma de mayor jerarquía que la Constitución en el ordenamiento jurídico. De allí que *“La facultad de señalar los efectos de sus propios fallos, de*

El derecho cambió en todo el mundo en su manera de concebirse, está cambiando en otras partes de América Latina, pero en Colombia existe una resistencia férrea y hasta militante que se refiere con desprecio a lo que han dado en llamar el “Nuevo Derecho” y a sus cultores. Son adoradores de la exégesis basada en que la “verdad” del derecho solo está en la Ley--¿Cuál Ley? Empero, las teorías que sirvieron de fundamento a la práctica jurídica durante muchísimo tiempo, están sometidas hoy a un proceso amplio y franco de crítica y de reformulación<sup>2</sup>. En efecto, las ideas del positivismo Kelseniano se tornaron como algo “natural” y varias generaciones de abogados las aprendimos como algo “implícito” y “consustancial” a lo que se tenía como fenomenología del IUS. Cuando se aprende el derecho de ese modo, dice el citado LOPEZ MEDINA, se **“endurece este con la naturaleza de lo obvio, hasta convertirse casi en un reflejo automático”**. Todos los abogados terminan siendo en Colombia, dogmáticos, de allí el nivel cualitativo de nuestros operadores jurídicos al aplicar o ignorar nuevas teorías, el bastión académico lo han conformado los profesores dogmáticos que solo enseñaban un “Saber Hacer” y un “Saber Decir” intuitivo que terminaba por convertirse en una teoría desvertebrada del derecho, precisamente por ser solo dogmática, ya que así no se podía cuestionar, convirtiéndose en la “Verdad Jurídica”.

Empero, la Constitución Colombiana no tiene cláusulas pétreas ni principios inmodificables, pero esto no ha constituido obstáculo para que se limite el poder de reforma a la constitución por parte del Congreso en su calidad de Constituyente derivado o secundario, a través de la construcción de **teorías jurídicas que se fundamentan en el derecho procesal constitucional**, estas construcciones han dado origen al JUICIO DE SUSTITUCIÓN que con características definidas por la corte constitucional ha otorgado seguridad para la mejor aplicación y uso de la democracia.. Uno de los conceptos más interesantes que ha creado el constitucionalismo colombiano en toda su historia, fue extraído por nuestra Corte Constitucional de la teoría hermenéutica, denominándolo *“Sustitución Constitucional y los límites a la reforma*

---

*conformidad con la Constitución, nace para la Corte Constitucional de la misión que le confía el inciso primero del artículo 241, de guardar la 'integridad y supremacía de la Constitución', porque para cumplirla, el paso previo e indispensable es la interpretación que se hace en la sentencia que debe señalar sus propios efectos. En síntesis, entre la Constitución y la Corte Constitucional, cuando ésta interpreta aquélla, no puede interponerse ni una hoja de papel” (Corte Constitucional, Sentencia C-113/93).*

<sup>2</sup> Al respecto el profesor de la Universidad de los Andes, DIEGO LOPEZ MEDIDA, dice: *“Las ideas teóricas fundacionales que nuestro padre Kelsen expuso no concitan hoy la tan cerrada unanimidad que congregaban hace unos pocos años”*.

*de la Constitución por el constituyente derivado*". Nace a partir de la sentencia C-551/ 2003 en la cual se revisa la ley que convoca al pueblo a una reforma constitucional por la vía del referendo promovido por el gobierno de Álvaro Uribe que buscaba introducir 18 reformas a varios artículos de la constitución.

Esta nueva doctrina *bastante polémica para la opinión pública*, es en últimas una figura de derecho procesal constitucional, con el fin de imponer límites de carácter material a las reformas de la cambiada constitución de 1991. La doctrina mundial maneja el concepto de "Cláusulas Pétreas" o principios inmodificables en las constituciones, que son ciertas prohibiciones a la reforma de algunos elementos esenciales que definen la constitución, esta prohibición tiene su fundamento argumentativo a través de principio del Estado Constitucional de Derecho, que implícitamente ha incluido un concepto de supremacía material de la constitución como un cuerpo armónico. Pero retomando la división acerca de los límites a la reforma constitucional, resulta pedagógico anotar que *"el sistema de límites bajo cláusulas pétreas parte de textos y lugares predeterminados como prohibición de cambio constitucional, es decir se dice claramente que partes de la constitución son de carácter intocable"* y por tanto el estudio constitucional desde mi perspectiva es más fácil que el método adoptado por la corte constitucional de Colombia.<sup>3</sup>

El grupo que trabaja en esta investigación está conformado por los estudiantes de pregrado JUAN DAVID CASTRO VILLADIEGO y FELÍPE DAVID GONZALEZ, Trabajan también egresados, fortaleciendo así la labor investigativa en la facultad y animando a que quienes estén en una etapa de preparación en el ámbito investigativo se motiven por seguir en la producción y el fortalecimiento de la comunidad académica en la ciudad de Cartagena.

---

<sup>3</sup> HÄBERLE Peter *El Estado Constitucional* Edit. UNAM 2003.

# 1. ASPECTOS GENERALES

El proyecto de investigación se propuso alcanzar los siguientes objetivos:

## 1.1. OBJETIVOS:

Como tales se señalaron estos:

### A. GENERAL

Determinar si en Colombia las reformas Constitucionales realizadas por el constituyente derivado se encuentran sujetas a límites “materiales”, y cuáles son las características jurídicas de dichos límites.

### B. ESPECIFICOS

- ✓ Definir a qué clase de límites materiales se encuentra sometida la reforma constitucional por parte del constituyente derivado o secundario en Colombia.
- ✓ Evaluar cada uno de los límites de los mecanismos de reforma de la de la Constitución, las posiciones doctrinarias sobre los distintos tópicos.
- ✓ Precisar en qué consiste el juicio de sustitución constitucional y cuando la afectación, supresión o alteración de un principio constitucional en las reformas a la constitución se distingue de la sustitución constitucional.

## 1.2. DELIMITACION:

### Delimitación Espacial

El espacio geográfico al que se circunscribe la investigación, es el territorio de Colombia, en virtud de que el análisis se realizara a la jurisprudencia de la corte constitucional.

### Delimitación Temporal

Analizaremos el período comprendido entre la sentencia C-551 del 2003 y la sentencia C-141 del 2010. Las únicas donde se ha tratado el tema objeto de la Investigación.

## Delimitación Conceptual

El presente trabajo parte del concepto de ESTADO CONSTITUCIONAL, solo si entendemos con claridad las implicaciones filosóficas de éste, podremos tener un acercamiento a los fines buscados en este trabajo. Pero para abordar su precisión conceptual deben acotarse las nociones de Estado y el Poder. El Estado es una forma institucionalizada de poder, mientras el poder se limita por la Constitución, por ejemplo los derechos fundamentales son un claro límite al ejercicio del poder en un estado constitucional. DEMOCRACIA es el ejercicio de una forma de poder –DEMOS-CRATHOS– y una forma de Gobierno, estar sujeta a límites. Cada uno de estos de modo conjunto, conforman el concepto complejo de ESTADO CONSTITUCIONAL. Así que por ESTADO CONSTITUCIONAL se entiende (en términos generales): el ordenamiento jurídico--político derivado del Contrato Social. Este ordenamiento está fundado en valores que a su vez se tienen por Principios Jurídicos, junto con los derechos humanos y se manifiesta institucionalmente a través de los mecanismos de democracia participativa, del *control político y jurídico en el ejercicio del poder*. Estos principios y derechos fundamentales inspiran toda la interpretación de las cláusulas de la Constitución y el funcionamiento reglado de los órganos de poder del estado.

En resumen el ESTADO CONSTITUCIONAL es una consecuencia de la supremacía constitucional y la Constitucionalización del derecho. Este estado constitucional tiene diferentes formas de limitación del ejercicio del poder, una de ellas son los límites al ejercicio del poder constituyente. Pero este poder constituyente tiene varias formas de actuar en la historia de una sociedad<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> REYNALDO VANOSSI lo define así; “Esta vexata quaestio de los límites que obran sobre la actividad del poder constituyente, o si se quiere, de las limitaciones que éste encuentra en su ejercicio, exige una vez más aclarar el problema de las supuestas “etapas” o posibles clases de poder constituyente. La necesidad de la aclaración nace del hecho de que hemos separado netamente el mundo al cual pertenece el llamado poder constituyente “originario” o en etapa de “primigeneidad”, del mundo en que se desenvuelve el denominado poder constituyente “derivado” o en etapa de “continuidad”. Del primero hemos dicho que pertenece su estudio a la ciencia política, a la filosofía y a la sociología; creemos que se trata de una noción o idea meta jurídica o extrajurídica, pues está más allá de toda y cualquier competencia; y, por eso mismo, no es un sujeto creado por el derecho, aunque sea un objeto de consideración circunstancial por el derecho. En la acepción del poder constituyente denominado “originario”, la palabra “poder” no está referida a las competencias o jurisdicciones del derecho, sino a la potestad en cuanto fuerza: energía política y fuerza social, o como quiera llamarse. Se considera derivado cuando este se utiliza para una eventual reforma a la constitución política y se actúa en remisión expresa de una normatividad jurídica constitucional. En este caso el poder constituyente se legitima y fundamenta a partir de un orden constitucional que le otorga su validez. El poder constituyente derivado debe sujetarse a los eventuales límites que le sean impuestos por la constitución. Los mismos pueden ser expresos, implícitos y procedimentales”.

Por PODER CONSTITUYENTE entendemos un proceso político de creación, donde una nación decide darse en forma primigenia, no sujeta a ningún límite su organización política<sup>5</sup>.

El problema de investigación referido dentro de la delimitación expuesta, es el siguiente:

**¿Cuáles son los límites materiales a que se encuentra sometido el congreso al momento de reformar la constitución?**

El problema así precisado nos indica que estamos frente a una investigación jurídica, exploratoria de tipo cualitativo dado que se desea establecer el modo como se hace la ponderación de dos principios que se complementan pero que frecuentemente están en oposición dialéctica, cuales son el de Democracia y el Supremacía de la Constitución. No se trata de crear una teoría, sino de aplicar criterios definidos en la Filosofía del Derecho y en la Filosofía Política que nos permitan proponer a partir de una valoración de las dos sentencias recopiladas, las bases generales de la doctrina estructurada por nuestra Corte Constitucional, o bien, descubrir a partir de dicha valoración la insuficiencia de los criterios existentes en razón a que la realidad es distinta a la prevista en la reflexión iusfilosófica.

Por ello no se formularon hipótesis, ya que estas son respuestas eventuales o virtuales que pueden o no satisfacer el problema y eso no es lo que se busca en esta investigación, sino solo analizar lo hallado en la exploración antes dicha. Esto hace necesario para el desarrollo del problema principal desarrollar los siguientes sub-problemas: ¿Cómo ha sido ponderada la colisión de los principios de democracia y supremacía constitucional por la corte constitucional colombiana?, ¿Qué situaciones políticas ha fundamentado la existencia de los límites a la reforma constitucional?, teniendo en cuenta que la doctrina mundial ha visto en los límites a la reforma constitucional una forma de evitar los fascismos.

---

<sup>5</sup> Por ESTADO CONSTITUCIONAL se entiende (en términos generales): "(...) la respuesta jurídico-política derivada de la actividad intervencionista del Estado. Dicha respuesta está fundada en nuevos valores-derechos consagrados por la segunda y tercera generación de derechos humanos y se manifiesta institucionalmente a través de la creación de mecanismos de democracia participativa, de CONTROL POLÍTICO Y JURÍDICO EN EL EJERCICIO DEL PODER y sobre todo, a través de la consagración de un catálogo de principios y de derechos fundamentales que inspiran toda la interpretación y el funcionamiento de la organización política". *Corte Constitucional Sentencia T-406-92 MP Ciro Angarita*.

### 1.3. JUSTIFICACION

La Democracia Colombiana según planteamos como sustento del problema de investigación está apartada de la Ética y de la Moral que este tipo de organización social y forma de Gobierno implica. En efecto, la POLIS fue concebida por los griegos como el espacio necesario y único que hacía posible la convivencia humana con el fin de que cada hombre se realizase como tal a partir de su auto perfeccionamiento ético; por ello el vínculo de cada ciudadano con su POLIS entrañaba una mística de carácter religioso que se expresaba y se vivía como una devoción a la Ciudad-Estado. Esta concepción está alejada del divorcio entre el País Real y el País Formal que modela el alma de Colombia y que conduce a tener Constituciones muy bien escritas pero que no se aplican en su integralidad.

Por eso cada griego se tenía por sobre todas las cosas como un político, es decir, alguien comprometido y unido a los demás para edificar y conservar la POLIS. Esta mutua impregnación de lo político y lo religioso los llevó a considerar que las magistraturas (Cargos Públicos de administración de la Polis) poseían un carácter sagrado donde cada magistrado asumía y efectuaba una forma de sacerdocio que implicaba que la Religión no era la que conducía al reencuentro con los dioses, sino la filosofía. Algo muy distinto del rapto del Estado que se ha dado entre nosotros y que en la práctica ha paralizado las instituciones y corrompido al Congreso.

El estado liberal es un retorno a la concepción griega en cuanto se estima que la libertad está subordinada a la ley, dado que solo se es libre por ella pero esto supone que de modo simultáneo ella nos esclaviza. Débase así buscar el punto de equilibrio entre orden y libertad, por medio de considerar a esta consustancial a la naturaleza humana pero que voluntariamente se limita al adherirnos sin coacción alguna a un orden. Colombia en su atormentada historia no ha podido encontrar cual es dicho punto. La Academia, nuestra Universidad en concreto, hace parte del espacio cultural en que se forma una especie de "Élite Social" que participará en la vida ciudadana por lo que es de desear que sus egresados coadyuven y sean actores del más amplio proceso de cultura ciudadana posible para que las instituciones de la Carta de 1991 funcionen realmente.

Es por ello que se busca analizar el rol de los jueces constitucionales en la creación y desarrollo de un derecho que tiene como función filosófica principal proteger y garantizar el

cumplimiento de "las nuevas condiciones del contrato social", es decir se garantizan la aplicación real de los derechos de los ciudadanos y se controla a los órganos del estado para que estos cumplan a cabalidad con sus funciones; en este sentido la función principal de la corte constitucional es crear un mundo psicológico a los asociados por lo que la realidad constitucional del país está determinada por la jurisprudencia de la corte constitucional. El derecho procesal constitucional constituye una temática de gran relevancia en este contexto puesto que le ha permitido a la Corte Constitucional, moldear las decisiones, dándole contenido y alcance cada vez mayor a las acciones y procedimientos que esta lleva a cabo, semejante a lo que sucedía en Roma con las acciones creadas por los pretores.

La investigación emprendida aquí está ceñida a uno de los puntos más críticos de la teoría constitucional y en especial del derecho procesal constitucional en Colombia y en el mundo, el debate se ha incrementado en la actualidad; luego de la época Post-Nazista esta fue una media de protección del régimen democrático. Al crear límites a la reforma de la constitución se garantizó la vigencia real del régimen liberal, pero en la actualidad los gobiernos (en especial los de los países subdesarrollados) no han observado lo catastrófico que puede resultar para el derecho la democracia y la humanidad la instrumentalización de las constituciones, y en su afán de incremento de poder se han convertido en unos "NEOHITLERIANOS" que solo a través de reformas a la constitución han obtenidos sus objetivos dictatoriales, lo que Umberto Eco llama "Fascismo Fuzzy" . Pero las repuestas de la cortes constitucionales en ésta tema ha marcado la vigencia de un verdadero orden liberal y se han convertido nuevamente las verdaderas guardianas del sistema liberal.

En ese sentido esta investigación es:

**Útil:** Pues nos permite un estudio detallado de lo importante que es un sistema de límites a la reforma de la constitución en Colombia, es decir lo necesario que resulta para un Estado Constitucional el evitar su instrumentalización por parte del gobierno y al servicio de su particular ideología.

**Viable:** Porque al ser una investigación descriptiva, los recursos financieros y humanos que necesitáramos se conseguirán fácilmente por el grupo.



**Novedosa:** En la ciudad de Cartagena y en el área de postgrados no existen investigaciones al respecto.

El Estado colombiano se define como un “Estado Social de Derecho”, lo que implica elevar la dignidad de la persona como un principio básico fundante del contrato social que determina los fines del Estado y por ello la actuación de este. El anterior “Estado de Derecho” se impregna de una condición social, exigiendo seguridad jurídica, legalidad pero además efectividad de los derechos humanos de lo que se desprende el concepto de social. Los principios fundamentales que guían la actuación estatal se encuentran en la constitución nacional en el Título I, en el que también se señalan los fines del estado entre los cuales se señala el de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la carta, servir a la comunidad, y el deber de las autoridades de la república de proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, para asegurar el cumplimiento y los deberes sociales del Estado.

Este Estado Social de Derecho procura satisfacer las necesidades vitales de los individuos, por lo que defiende un sistema de derechos fundamentales, que a diferencia de lo que los doctrinantes exégetas han considerado, no se trata de un listado cerrado de derechos, sino que conforme a sus características y a los requisitos que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha ido señalando, puedan considerarse como tal. Primando, como el Estado Social de Derecho lo consagra, la protección de derechos y deberes de los ciudadanos sobre las formalidades del sistema.

Como resultado nos proponemos describir las diferentes características jurídicas de la técnica del “Juicio de Sustitución” desarrolladas por la jurisprudencia constitucional. Esto ayudaría a entender cómo dictan las sentencias los jueces de la Corte Constitucional en presencia de reformas a la Carta por Vía de Referendo. Así pues, lo que se pretende con este trabajo es que el lector distinga y reconozca esta técnica y el contexto que permite aplicarla por el juez constitucional en su proceso de abducción y, además que conozcan un poco más a fondo el carácter de los fallos del juez. Nos proponemos publicar un informe final que permitiría a la Universidad de Cartagena como institución y a nuestra Facultad de Derecho entrar al selecto club de las facultades de derecho que producen pensamiento jurídico y que le apuestan a la investigación seria y de fundamento (comunidad académica, abogados, jueces y magistrados)

#### 1.4. MARCO TEORICO

Bajo la vigencia del paradigma formal Kelseniano, en la Alemania Nazi, todas las leyes que se expidiesen siguiendo los procedimientos formales previamente determinados, se consideraban derecho valido. Fue así como los Nazis a través de sus ideólogos jurídicos --en esa mezcla mucha veces rechazada que se da entre derecho y política-- idearon la forma de introducir cambios notables a la ideología liberal siguiendo los procedimientos formales establecidos para las leyes, realizando de esta forma una sustitución de la ideología liberal en la Constitución de Weimar. El caballo de Troya nazi (como se denomina a lo ocurrido) tuvo los efectos deseados y esperados por sus ideólogos. Todo lo que el parlamento alemán aprobara, si seguía los trámites formales del parlamento para la expedición de leyes según la constitución de Weimar, era derecho válido. Así fue como se expidieron las leyes sobre la raza en las cuales se excluía a los judíos de la comunidad Aria germánica al no reconocérseles la ciudadanía alemana, quedaban así excluidos del conglomerado social alemán, fue una *capiti diminutio* total.

El racismo se volvió así en un principio ideológico de los nazis y el derecho iba a ser usado para defender la pureza aria. La constitución de Weimar en las cuales los derechos fundamentales eran meros principios de contenido declarativo sin fuerza vinculante, quedo así burlada y soslayada.

Frente esos exabruptos cometidos por el ejecutivo con el beneplácito de todos los factores reales del poder, a través del legislativo y permitidos por el derecho con el establecimiento de los positivismo no liberales, en el cual el derecho quedo "ciego" frente a la injusticia material, donde quedó superado por medio de una maniobra de flanqueo, se demostraba la fragilidad del Estado de Derecho Liberal, por lo que se buscó en la segunda posguerra fortalecerlo para evitar tales "maniobras", por medio de la creación del Estado Social de Derecho y su dimensión político—jurídica plasmada en la concepción del "ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO". Se pasa así a redistribuir las competencias históricas de las distintas ramas del poder, otorgándose el papel protagónico a los tribunales constitucionales como garantes de dicha justicia material que aparece baja la nueva concepción expuesta que se plasma ex-profeso en la constitución política.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup>Nuestro Director, DAVID MERCADO PÉREZ enseña: "Cuando el legislador aprueba leyes, **no interpreta la constitución**, solo expresa su "voluntad política" en el ámbito constitucional y, cuando el Juez aplica la Ley, **no decide sobre el sentido correcto de esta**, sino que escoge entre varias

Con respecto a lo que se acaba de decir, en el "MANUAL DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL" elaborado como resultado de una investigación de apoyo a los semilleros financiada por la universidad de Cartagena, nuestro director dice. "Antes de abordar el problema de la interpretación constitucional<sup>7</sup>, precisemos que es una constitución. ANDRE HAURIOU nos dice que es el "encuadramiento jurídico de los fenómenos políticos". Esta conceptualización encierra a su vez dos ideas de comprensión problemática: comencemos por lo de "fenómenos políticos", estos hace referencia de la manera más general posible a todos los hechos que se dan en la vida social y que incide sobre la comunidad donde participe o esté implícita la noción de poder o sea de quienes mandan y cómo mandan, HAURIOU enseña que los mismos se dan en tres dimensiones distintas:

**-El reconocimiento total del hombre por el hombre** ya que es el ser humano como una integridad el sujeto y el objeto de la política.

**-La determinación de lo que es bueno para la sociedad**, puesto que cada comunidad humana según su evolución histórica define por sí y ante sí lo que juzga deseable, justo y útil dentro de eso que se ha convenido en amar el bien común.

---

*interpretaciones posibles la que a su juicio debe favorecer por encontrarla "Ajustada a Derecho". Luego, la decisión judicial es un acto de voluntad. Las motivaciones de una Ley y de una sentencia judicial en esta perspectiva Kelseniana, nada tienen que ver con la teoría del derecho al ser meros asuntos decisionistas, si bien es cierto que el Derecho persigue propósitos sociales (Conservar un orden y solucionar conflictos a partir de dicho orden), como "Ciencia", su objeto solo viene dado por el estudio de un sistema normado especificado—Las Leyes del Estado—por lo que las consideraciones teleológicas no hacen parte y no pueden hacerlo, de la TEORÍA PURA .*

Entre otros, PERELMAN va a enfrentarse al dualismo tácito en la teoría de KELSEN, al oponer realidad a valor y ser a deber ser (El único deber ser es el de la norma) por medio de limitar el conocimiento como racionalidad y reconocer la voluntad en la forma de valores, ya que KELSEN no aquilata que su "teoría" depende de elementos no racionales porque los actos de voluntad se sustentan y, no se demuestran en cuanto tales, por medio de estudiar el derecho positivo con los elementos teóricos Kelsenianos. El derecho positivo de un país se constata al inquirir **cómo funciona el sistema jurídico del mismo en sus tribunales**. Luego, LA PRÁCTICA JUDICIAL ESTA INDISOLUBLEMENTE BASADA EN JUICIOS DE VALOR, es decir, es "Razón Práctica".

<sup>7</sup>La interpretación constitucional genuina es la que realizan los jueces constitucionales. El tratadista Luis Prieto Sanchis explica así la importancia de la interpretación constitucional: "el modelo constitucional jurisdiccionalmente garantizado encarna un Estado justo que reclama por parte del jurista una actitud comprometida con los valores morales que están en la base del mismo, y por eso aparece la figura ejemplar del juez Hércules. No por casualidad Hércules es un juez constitucional, pudiendo haber sido un legislador omnisciente, y es que precisamente es la justicia constitucional firmemente asentada en una depurada argumentación normativa la que viene a representar el eslabón de cierre del sistema en su conjunto, aquel que nos invita a abandonar definitivamente las premisas positivistas que ya conocemos: es en la aplicación del Derecho y especialmente en la interpretación constitucional, guiadas por una teoría plausible de la argumentación. Donde al parecer culmina la reconciliación de la razón práctica, del orden jurídico y de la moralidad." Luis Prieto Sanchis, Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, Editorial Trotta, Madrid, 2003, pág. 98.

**-Las relaciones entre gobernantes y gobernados:** como en toda sociedad humana encontramos una minoría que manda y una mayoría que obedece, es necesario establecer unas reglas que regulen la forma como los gobernantes habrán de mandar y como se integran los órganos que administran el poder a la par que los deberes y controles de los gobernados sobre los primeros. Estas relaciones son la materia de eso que llamamos el juego político.

El "**encuadramiento jurídico**" del juego del poder ha sido más tortuoso y complicado y puede decirse que nunca será posible hacerlo completamente, este concepto va de la mano del de "estado de derecho" y aparece en el siglo XVII.

HAURIUO da tres da tres razones para sustentar el porqué de lo difícil de ello:

1. Por la violencia inherente a las relaciones políticas.
2. Por estar la vida política en permanente evolución, siendo sus manifestaciones imprevisibles.
3. Porque no siempre los gobernantes se muestran respetuosos de las normas que regulan el juego del poder y a menudo las desconocen.

Luego, el Derecho Constitucional que es la rama del Derecho que estudia las normas que buscan regular este juego del poder, se mueve entre dos polos que parecen excluirse pero que juntos hacen posible la vida social, **el de la autoridad y el de la libertad**; el Derecho Constitucional es simultáneamente una técnica de autoridad y una de libertad. Él busca, al decir de HAURIUO, "organizar en el marco del estado-nación una coexistencia pacífica del poder y de la libertad". Este objeto del Derecho Constitucional es titánico y le confiere a la labor de interpretar la normativa de una constitución características muy concretas y específicas.

Ahora bien, **la normativa constitucional no puede, como cualquier normativa, preverlo todo**, de allí que haya sido esta rama del derecho la primera en plantear la aplicación de la misma, previo su "entendimiento", desde dos perspectivas:

- A. La interpretación propiamente dicha, donde hay norma y,
- B. La integración del derecho, por lo cual se llenan vacíos o lagunas que existan en una constitución. No se olvide que no existe la interpretación analógica o la aplicación analógica porque no hay normas constitucionales que ordenen aplicarla a casos parecidos o textos de ese rango que regulen situaciones parecidas o similares.

La interpretación constitucional tiene dos características básicas:

1. *La Constitución es una norma límite, y*
2. *El juez constitucional es un órgano límite.*

*Lo primero quiere decir que por encima de la constitución no hay más normas, ella es la norma de las demás (norma normarum) pero sobre ella ninguna, a su vez, el nivel de generalidad es mayor por lo que el riesgo de vaguedad aumenta. Lo segundo significa que por encima del juez de constitucionalidad no hay más instancias, esto significa que sus sentencias nadie las revisa. El poder de una Corte Constitucional o de una Corte Suprema, es pues, inmenso. Este poder conforme a la tendencia nacida en la segunda posguerra y doctrinas como la "**prospectiva**" de la jurisprudencia LINKLETTER VS. WALKER acogida por los europeos y por nosotros han conducido a reconocer dos cosas importantes:*

1. *Que la jurisprudencia constitucional es obligatoria, y*
2. *Que el juez de constitucionalidad legisla".*

Se replantea la filosofía que inspiró el Estado liberal y este cambio de paradigma fundamentará los límites a la reforma constitucional.

Entre otra cantidad de sucesos políticos por los que el derecho constitucional ha tenido que evolucionar en los sistemas de tradición ROMANO-GERMANICO o continental a un sistema ANGLOSAJON; este cambio de paradigma ha convergido en muchas consecuencias para el derecho constitucional. Pero la más importante de estas consecuencias es el papel que desempeñarán los jueces constitucionales en el nuevo estado constitucional de derecho, tal como lo han dicho los profesores Joel Colón-Ríos, Pedro de Vega, Gonzalo Ramírez Cleves, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli, Robert Alexy, Carlos Bernal Pulido, Miguel Carbonel, Roberto Gargarella, Rodolfo Arango Rivadeneira, Diego López Medina y Ciro Angarita Barón (Ponente de la famosa Sentencia T- 406 de 1992), entre una innumerable cantidad de autores que han escrito sobre estos temas. Pero la importancia de los jueces constitucionales se remonta a un hecho concreto la protección de la carta. Pero ¿Qué se va entender por protección a la carta política? Es decir hasta donde se va extender este concepto, solo fallos de constitucionalidad bajo categorías bipolares (Exequibles e Inexequibles) donde se restrinja el margen de decisión del juez que construye la premisa mayor no exegéticamente.

Este es la gran evolución que tendrá el constitucionalismo, la protección de la constitución y de los derechos fundamentales obligará a los jueces a no dejar que un grupo instrumentalice la constitución con cualquier artimaña política. Así, **los jueces constitucionales tienen como obligación cardinal la conservación de la supremacía constitucional, lo que evita un ataque a la constitución y su respectivo uso para otorgar legitimidad a una dictadura.** Uno de los tantos mecanismos usados por jueces constitucionales para la protección – y entre otras cosas la más polémica – de la carta política son los límites a la reforma constitucionales. De hecho las mismas constituciones políticas están usando mecanismos expresos de protección como se hizo en la constitución Alemana de 1949. Esta es una prevención de nuevos regímenes anti-liberales. Que contradigan los paradigma del sistema jurídico liberal; por eso está prohibido la reforma de los derechos fundamentales.

Pero los Estados que no tienen un fundamento jurídico expreso como límite a la reforma de la constitución, deberían adoptar, como medida de protección, **una construcción jurisprudencial que permita evitar que demagogos se aprovechen del sistema democrático y lo conviertan en una democracia de papel.** Esta creación jurisprudencial solo ha sido implementada por dos cortes constitucionales en el mundo –conforme a la C-551 del 2003– la India y Colombia. Ambas han considerado que *las democracias en un estado social de derecho no únicamente se manifiestan como el avasallador poder de una mayoría sino que debe incluir el respeto y la participación política de las minorías.* Por tanto una carta que no crea límites taxativos a la reforma de la carta si tiene límites competenciales.

Toda esta discusión es una consecuencia lógica del problema de la DEMOCRACIA y el CONSTITUCIONALISMO. Las cortes Constitucionales no han sido ajenas e indiferentes a ese problema y en diversos fallos han hecho notar su posición: En el nuevo constitucionalismo el principio de estado constitucional fundado en justicia material se ha puesto por encima del concepto de democracia cuando esta no se ha ajustado a los presupuestos formales en que debería enmarcarse. El caso del referendo el desarrollo es mucho más complejo en cuanto ha tenido que ser limitado por la jurisprudencia de la corte constitucional." Además nuestra corte constitucional hace notar que cuando en las democracias no se actúa dentro de una perspectiva seria esta podría degenerar en una demagogia como es explicado por Aristóteles;

según el Dr. Löwenstein un claro ejemplo de degeneración de democracia fue el de *“Adolf Hitler en Alemania, el gobierno del General Napoleón Bonaparte, el General De Gaulle en Francia entre muchos más.”*

Nuestro Director<sup>8</sup> enseña que por razones históricas, sociológicas y culturales las instituciones propias del estado liberal e, incluso, el propio estado liberal, han mostrado un distanciamiento que viene desde la época colonial, no solo en Colombia sino en el contexto de la América Hispánica. Distanciamiento este que se expresa en una atrofia y disfuncionalidad de la ideología demo-liberal y en la actividad de los poderes públicos del Estado, en lo que el recordado DIEGO MONTAÑA CUELLAR, llamó “Colombia, país real y país formal”. Es decir una suerte de personalidad colectiva dividida. El país formal es una democracia perfecta en el papel, plasmada en un texto Constitucional de prosa impresionante muy propia de la llamada “República de los Gramáticos”, pero que no se aplica y solo sirve para exhibirlo. El país real es el de un Estado que muestra una historia de dominación y de exclusión social conforme a las constantes históricas que operaron en su formación y que determinaron que las “instituciones” mostrasen como “ajustadas a Derecho” los atropellos y las variadas felonías que ese Estado arbitraba en beneficio de las distintas oligarquías nacionales formadas desde las regiones en que el virreinato se dividiera. Oligarquías que por otra parte siempre se han considerado “dueñas” del Estado al que siempre han mantenido “raptado” en beneficio propio.

Desde la culminación del proceso de independencia y hasta la expedición de la Carta de 1991, Colombia ha estado atrapada entre una debilidad institucional amenazante y un dinamismo social muy amplio y variado que ha traído como consecuencia una fragmentación o desunión en los planos institucional, económico y social; es decir, culturalmente la sociedad colombiana no ha asimilado el concepto de “Contrato Social” sin el cual ningún estado liberal es viable y funcional.

---

<sup>8</sup> Ver Revista Jurídica N°. 12 de la Facultad de Derecho. Ensayo titulado: “LA PAZ EN COLOMBIA: MARCO HISTORICO, POLITICO Y JURIDICO”. 1998.

## 2. DISEÑO METODOLÓGICO

Se trata de una investigación jurídica, cualitativa, descriptiva, bibliográfica, sobre la técnica denominada “Juicio de Sustitución” en la jurisprudencia Constitucional colombiana, sus bases teóricas y la forma en que dicha jurisprudencia ha regulado esta figura para verificar que la doctrina de la Limitación de la capacidad reformatoria de la Constitución por parte del Constituyente secundario se aplique.

En lo **descriptivo** se precisará lo que se entiende por Modulación y sus técnicas, en especial las que son el objetivo de este informe de investigación y sus características a partir de la Constitución Política Nacional (1991) y del desarrollo jurisprudencial que ha tenido esta figura desde su uso a partir de 1992, buscándose la descripción del fenómeno y las diferentes características jurídicas de las técnicas desarrolladas por la jurisprudencia constitucional.

En lo **bibliográfico** se ubicarán y precisarán las bases teórico-filosóficas de las técnicas de modulación de contenido o de “Control Concreto” y, en especial, las Estimatorias y las Desestimatorias de la manera como lo ha entendido la jurisprudencia nacional.

En lo **cualitativo**<sup>9</sup> se analizarán las características de la Modulación de las Sentencias en el Derecho Colombiano conforme al marco teórico y al estudio jurisprudencial de las sentencias de la Corte aquí propuesto.

---

<sup>9</sup>. El abordamiento de la realidad por parte del método cualitativo, conforme lo enseñado por el docente DAVID E. MERCADO, es así:

- Existe un compromiso del investigador al buscar un significado social.
- Se da una relación muy próxima entre el investigador y lo investigado, ya que se busca el mayor nivel de comprensión del objeto de la investigación.
- Se da un proceso inductivo en la relación teoría-concepto e investigación.
- La estrategia de la investigación puede ser estructurada o no estructurada.
- La imagen de la realidad investigada es social nace de los miembros del grupo investigado.
- La investigación tiene un alcance ideográfico.

La realidad a investigar viene formada por las decisiones judiciales contenidas en sentencias que son en sí el “**El Derecho vivo**”, el Derecho en su construcción y expresión, es decir el Derecho en su materialidad y en su forma; por ello, él siempre ha sido pretoriano ya que **solo se capta por medio de**



Usaremos como base metodológica para el desarrollo del presente proyecto lo previsto por el jurista Jaime Giraldo Ángel<sup>10</sup> en su obra “Metodología y técnica de la Investigación Jurídica” señalando como primer aspecto que **“el objeto del derecho es la regulación de los comportamientos sociales que tienen relevancia para un Estado en un momento histórico determinado”**.

El hombre es, por esencia, un animal social. Esta condición hace que todos los hechos y actos de su existencia tengan implicaciones que afectan a las demás personas del conglomerado en el cual habita, en forma positiva o negativa. Para propiciar los primeros, o para evitar los segundos, se han estatuido una serie de reglas de carácter cultural, moral, religioso, jurídico, etc. El conjunto de todas estas reglas constituye la normatividad que regula la vida social de la comunidad. Algunos actos y hechos de esta vida social toman una especial relevancia jurídica, según la orientación política de un Estado determinado. En estos casos el Estado mismo asume el control sobre una regulación, para obligar a los asociados a que ajusten su comportamiento a las reglas que para el efecto expida. Esta normatividad constituye el ordenamiento jurídico de un país, al cual se deben conformar las relaciones de las personas o de los grupos que actúan dentro su ámbito, so pena de recibir el peso coercitivo de la justicia.

El derecho como ciencia tiene, por consiguiente, dos niveles: el **primero** se desenvuelve en el análisis de las hipótesis normativas que se deben formular para resolver los problemas de una comunidad en un momento histórico determinado, teniendo en cuenta los condicionamientos políticos, sociales y económicos dentro de los cuales la hipótesis se debe desenvolver. El **segundo** parte de los postulados normativos ya formulados, para ver su desarrollo pragmático en la solución de los conflictos para los cuales han sido elaborados. El primer nivel es objeto de la investigación socio – jurídica, el segundo nivel es objeto de la investigación jurídica.”<sup>11</sup>

---

**lo que los jueces digan que es.** En Colombia, algo tan evidente se olvidó, de allí que se siga “adorando”, cual fetiche, a la Ley como “Derecho único” con carácter exclusivo y por lo tanto excluyente por parte de un “establishment” conservadorista que ha convertido a la Corte Constitucional en su enemiga al hacer esta corporación puro derecho pretoriano, **que por cierto es la única forma de que dispone el derecho para existir.**

<sup>10</sup>Es el único jurista Colombiano que ha escrito una obra sobre Metodología de la Investigación Jurídica.

<sup>11</sup>GIRALDO ANGEL, Jaime. Metodología y técnica de la investigación jurídica. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá. Pág. 1 – 4. 1985.

La que presentamos por medio de este informe es una investigación jurídica.

El objeto del derecho en la **investigación jurídica**<sup>12</sup> está constituido, como antes lo anotamos, por fuentes formales, las que por una parte se explicitan a través del lenguaje, elemento de naturaleza simbólica y por otra, constituyen postulados de deber ser. La aproximación al derecho como objeto de conocimiento debe orientarse, por consiguiente, a la aprehensión del contenido significativo de los términos que integran cada una de las fuentes, y a la determinación del alcance de estas de acuerdo con el fin para el que fueron expedidas. El método de las ciencias jurídicas es, por tanto, la interpretación, tomada en estas dos acepciones. **Las fuentes formales del derecho se explicitan siempre en postulados de carácter simbólico, que incluyen dentro de su contenido un conjunto de supuestos, tales como comportamientos humanos, fenómenos síquicos, fenómenos naturales, juicios de valor, etc.** Algunos de estos supuestos hacen referencia a hechos aprehensibles por los sentidos, razón por la cual es muy probable que haya acuerdo en cuanto a su significación entre las distintas personas que los estudien. Tal ocurre por ejemplo, con los conceptos de nacer, morir, entregar, etc. Pero hay otros que son construcciones teóricas o juicios de valor, en los que el significado del concepto depende del contexto teórico que lo ha originado, o de la respectiva orientación axiológica de quien emite el juicio; tales son los conceptos de dolo, culpa, cosa ajena, muerte presunta, obligación, etc. dentro de los conceptos teóricos, o de los de buena fe, mala fe, vida honesta, entre los juicios de valor. **Determinar el significado de los conceptos teóricos y de los juicios de valor es una primera forma de interpretar las fuentes formales del derecho.**<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup>GIRALDO ANGEL en la obra indicada dice: "Todo método científico se determina en función del objeto al cual se aplica: la observación y la experimentación se pueden, por ejemplo, aplicar en las ciencias naturales como medios de aproximación al estudio de los fenómenos de que estas se ocupan, pero no son utilizables en el análisis de fenómenos producidos por la acción del hombre (monumentos, obras artísticas, instituciones, etc.), pues con respecto a ellos no importa solo verificar su existencia y definir sus características, sino, fundamentalmente, establecer su significado dentro de un contexto determinado".

<sup>13</sup>El doctrinante se formula los problemas en abstracto. Por ejemplo, se pregunta por el concepto de homicidio, de compraventa o de cláusula de caducidad, según la legislación colombiana vigente. Su problema se circunscribe a buscar las fuentes formales en donde tales fenómenos están contemplados, y a interpretarlas. Pero el abogado litigante y el juez tienen que inducir los problemas jurídicos a partir de la realidad cotidiana. Esto le agrega a la investigación jurídica tres nuevos problemas, así:

1) En primer lugar, se tiene que determinar cuáles son los hechos relevantes que sirven de base para formular los problemas jurídicos. Si se está planteando, por ejemplo, un problema de responsabilidad civil extracontractual, se tendrá que establecer si el comportamiento del autor fue

Se empleará además la técnica de interpretación constitucional de segundo nivel llamada "línea jurisprudencial", creada por el Dr. López Medina. Esta técnica consiste en ubicar lo que él llama "el punto arquimédico", una sentencia de la corte constitucional, lo más reciente posible, que resuelva el componente factico del problema jurídico planteado. El segundo paso es la "ingeniería reversa", en este se trata de reconstruir las citas jurisprudenciales consecutivas que sean citadas en la primera sentencia. Reproducir estas citas sucesivamente hasta dar con sentencias del primer periodo de la corte constitucional (años 1992-1994 aprox.) para llegar a la sentencia fundadora de la línea. El último paso se llama "la telaraña y los asuntos nodales de la jurisprudencia" en que a partir de la sentencia fundadora verificaremos las sentencias hito y construiremos nuestra propia telaraña jurisprudencial con los puntos nodales de nuestra línea.

## 2.1. Fuentes

Se tendrá como **fuentes principales** toda la jurisprudencia de la corte constitucional referente a la Modulación Estimatoria y Desestimatoria. Como **fuentes secundarias** se tendrá la doctrina nacional e internacional que trate el tema.

Las investigaciones cualitativas se inscriben, como nos ha enseñado el docente DAVID MERCADO entre las denominadas "No tradicionales", ya que el concepto de **CALIDAD** es de naturaleza abstracta por lo que se nos rebela por las propiedades del fenómeno estudiado, al ponerlas en evidencia como algo que es exclusivo de él. De allí que se hable de "Etnográfico" cuando nos referimos a la principal de las modalidades de la investigación cualitativa que,

---

o no culposo, si hubo daño, si entre el comportamiento y el daño hubo relación de causalidad, si hubo culpa por parte de la víctima, etc. Cada hecho relevante que se establezca hará variar la formulación del problema jurídico y, por ende, la solución del mismo.

- 2) En segundo lugar se tiene que establecer la prueba de los hechos concretos a partir de los cuales se infieren los hechos jurídicos relevantes. Siguiendo con el ejemplo anterior, se debe definir si hubo por parte del autor de los hechos imprudencia o impericia que permitan establecer la culpa, la naturaleza concreta de los daños causados, etc., determinando en cada caso los medios que servirán para probarlos dentro del proceso, pues desde los romanos se dice que "tanto da no probar, como no tener el derecho"
- 3) En tercer lugar es necesario determinar la relación lógica que existe entre los hechos concretos probados y los hechos jurídicos relevantes, en todos los casos en que éstos se refieran a fenómenos subjetivos o a juicios de valor. Por ejemplo, si se trata del daño causado con un vehículo automotor establecer si de conducir sin licencia (hecho concreto probado), si infiere comportamiento culposo por parte del autor del daño hecho jurídico relevante).

cuando nació—de allí su nombre—se dedicaba solo a observar y describir los variados rasgos y costumbres de una etnia o pueblo específico, por lo que fue inventada por los antropólogos; hoy, se usa para estudiar grupos concretos que realizan actividades específicas comunes a todos sus integrantes. Al emplear la metodología cualitativa- etnográfica se nos harán posibles dos tareas:

- 1.- Categorizar.
- 2.- Estructurar.

La primera implica el uso de una técnica denominada **“Comparación por temas”** que nos permite revisar los datos recopilados y, sobre la marcha, según lo que los mismos muestren, elaborar un **“Mapa de Ruta”** de la investigación que al final de la misma, con las correcciones introducidas, nos permitirá ver cada parte y luego ensamblar estas en un todo, conforme dichas partes se relacionen entre sí. El análisis de los resultados de esta técnica parte la identificación primaria de los **“dominios”** del grupo estudiado, es decir, precisar los significados de los símbolos empleados en el lenguaje que le es propio al grupo, lenguaje este de base idiomática pero que puede comprender una base iconográfica si la hubiere. Luego, se determinan las **“relaciones por categorías”** de los significados al relacionar los símbolos semánticos y semióticos y, finalmente, se analizan los distintos componentes por medio de concretar sus atributos—Extensión y Comprensión—de los símbolos culturalmente usados por el grupo objeto de estudio, que para nuestro caso es el de los operadores jurídicos, según se dijo.

Agotada esta tarea, pasamos a la **Estructuración** de la información, para ello partimos de lo que es el Derecho en su aspecto más primario posible: **Un puro fenómeno narrativo** dotado por ello de su propia simbología semántica y semiótica que trasciende los textos legales y hasta a la propia jurisprudencia que viene establecida. Ello porque los símbolos lingüísticos se relacionan entre sí con lazos de **coordinación** o de **subordinación**, el primero deslinda los distintos y variados planos significativos y, los segundos, demarcan las condiciones de jerarquización de dichos símbolos. Los aspectos explicados se presentarán por medio de una **descripción** que exponga la fenomenología de cada sentencia en su argumentación al destacar la concatenación de sus argumentos **expresados en premisas** desde el punto de partida escogido por cada operador jurídico. Este punto de partida puede ser la lógica de lo razonable, la teoría interpretativa, la teoría discursiva o el clásico silogismo exegético donde el

caso se subsume en la norma de modo mecánico y todo el trabajo está en escoger dicha norma. Posteriormente se hará una **explicación** donde se verificará la coherencia a la que se refiere el problema de investigación para constatar así la "*Coherencia Interna*" de la argumentación frente a la teoría seleccionada.

El Plan de Investigación tiene las siguientes tareas que en sí son fases de la investigación:

- Análisis de contexto.
- Delimitación definitiva del universo.
- Recolección de la información.
- Procesamiento de los datos y análisis de estos.
- Conceptualización analítica de la información.

## **2.2 MARCO HISTORICO DEL CONTROL CONCRETO CONSTITUCIONAL.**

La garantía jurisdiccional de la protección de la supremacía de la constitución ejercida por medio una Corte Suprema o de un tribunal constitucional, constituye por antonomasia una de las características principales del Estado de Derecho Liberal, hoy denominado Estado Constitucional de Derecho<sup>14</sup>. Con el advenimiento este nuevo modelo teórico, a partir de la constitución alemana de 1949 --Ley Fundamental de Bonn-- el papel del juez constitucional otrora pasivo, solo destinado a un mero control negativo y formal de la ley, pasa a ocupar el papel protagónico, a través de un activismo judicial constante y comprometido con los contenidos axiológicos de la constitución. Consciente de su papel político y no meramente jurídico, como tradicionalmente se le había entendido, el tribunal constitucional entra a jugar en el sistema como una institución creadora de derecho, papel antes reservado al legislador que lo ejercía con recelo de las demás ramas del poder público<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> HÁBERLE, Peter. El Estado Constitucional traducido por Héctor Fíx-Fierro, Primera Edición, Primera Reimpresión, México, Universidad Autónoma Nacional de México, 2003, ISBN 968-36-9069-6.

<sup>15</sup> Con el nuevo modelo de Estado, se realizó otra reconfiguración de la repartición de las facultades de las distintas ramas del poder público, por lo que el protagonismo que anteriormente poseía el legislador en el estado liberal decimonónico es disminuido en favor de la rama jurisdiccional y, sobre todo, **por el papel asignado a los tribunales constitucionales como garantes exclusivos de la supremacía de la constitución.**

El control constitucional figura por la cual el tribunal constitucional materializa su papel de guardián de la supremacía de la constitución, ha evolucionado conforme a un devenir político e histórico<sup>16</sup>. Lejos de aquella idea con la que fue concebido en el estado de derecho, en el que era un mero órgano judicial sin actividad creadora, destinado a declarar la inconstitucionalidad (anulación o inexecutable) de aquellos preceptos legales que no se ajustara o contrariaran abiertamente la constitución; actualmente tenemos un órgano judicial en el que la sentencia -- que en una concepción clásica es entendida como el acto jurisdiccional a través del cual se pone fin a un proceso-- no se limita a declarar la inexecutable o executable del precepto de carácter legal (en sentido amplio), sino que tiene la posibilidad de ella misma fijar otros efectos en que puede emitir sus propio fallo, sin que exista norma jurídica que explícitamente lo establezca, sino a través de un riguroso ejercicio interpretativo conforme a ese compromiso que adquirido de guardián y en aras de siempre garantizar la supremacía de la constitución. Así, la sentencia, acto procesal por antonomasia, constituye una figura procesal esencial en el nuevo constitucionalismo surgido a partir de la posguerra; las repercusiones meramente formales que le atribuían y le siguen atribuyendo algunos procesalistas, no impiden que hoy en día en la práctica jurídica realizada por los tribunales constitucionales y en la doctrina constitucional ocupe un lugar importante y primordial para la consecución y materialización de los fines trazados a partir de la dogmática de la carta fundamental<sup>17</sup>. La sentencia de constitucionalidad en virtud de la relevancia y características especiales de las que se encuentra revestida, no solo es un acto meramente jurídico, sino que rebasa esa orbita, siendo también un acto político<sup>18</sup>.

Desde luego, ello supone en primera medida, una nueva forma de concebir el principio de supremacía de la constitución pues en todo caso la amplitud que contiene, determina la manera en que debe entenderse algo que solo puede ser realizado a través de la interpretación.

---

<sup>16</sup> Respecto al control de constitucional conviene precisar que tradicionalmente han existido dos sistemas o modelos, uno de origen norteamericano y otro de origen europeo continental. Este trabajo esboza ambos modelos, pero se centrara principalmente en el europeo continental, puesto que es a partir de este que se han construido y establecido los tribunales constitucionales latinoamericanos y por ende el colombiano, no obstante de la notable influencia que ha tenido el modelo Norteamericano que como se verá en la parte que se desarrollara la historia constitucional de la figura sobre mención, fue el primero en aparición histórica en las democracias liberales.

<sup>17</sup> En este punto es necesario recalcar la existencia de una nueva rama del derecho: **El derecho procesal constitucional, que constituye un eje esencial en la nueva doctrina constitucional**. Esta teoría de un derecho procesal constitucional que se ha denominado actualmente "Teoría del procesalismo Constitucional" alcanzó algún desarrollo en la primera mitad del siglo XX con autores como Schmitt y Kelsen principalmente.

<sup>18</sup> BOCANEGRA Sierra, Raúl, **El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional**, Madrid, Ed. Instituto de Estudios de la Administración Local, 1982, p. 19.

Hecha por el mismo Tribunal Constitucional<sup>19</sup>, único órgano autorizado para ello. Esta manera de actuar de dicho Tribunal, en el que existe un papel esencial de la interpretación que es plasmada en la sentencia, se denomina "Control de Constitucionalidad Concreto. Este difiere del control en que el tribunal se limita a una mera declaratoria de exequibilidad o inexecutable --si la norma sometida a control es o no válida a como resultado de un examen de su constitucionalidad-- denominado "Control Abstracto de Constitucionalidad". En el control concreto **"el juez de constitucionalidad no se pronuncia sobre la norma en sí, sino sobre modos de interpretación, de forma tal que se dice que es constitucional la norma si se interpreta como la corte constitucional diga."**<sup>20</sup>

En segunda medida, implica un sacrificio del otrora sagrado principio de la seguridad jurídica (tan apreciado aun por algunos), puesto que la determinación de los efectos de los propios fallos no se encuentra sometida a una aplicación y obediencia estricta a lo dictado por el legislador, sino que las condiciones específicas y concretas de cada caso -incluso una evaluación de las consecuencias económicas y políticas- son las que determinen el efecto en el que el tribunal constitucional quiere que se "escuche" su fallo, por lo que debe hacerse cada caso en particular. Y esta relativización de la seguridad jurídica en medro de la supremacía de la constitución, del papel del tribunal constitucional y de la justicia material; implica también una correlativa disminución del principio res iudicata, también sagrado a la luz del paradigma procesalista, sin que el mismo llegue a desconocerse, pues también mediante la modulación que tiene carácter vinculante se dota de seguridad jurídica al ordenamiento jurídico.

En Colombia no hemos sido ajenos a este desarrollo constitucional que se ha suscitado en relación con la fijación de los efectos de los fallos de constitucionalidad en ejercicio del control de garante de la Supremacía de la Carta sobre todas las leyes. Nuestra Corte Constitucional consciente del papel que juega el juez constitucional en el Estado Social de Derecho, ha fijado

---

<sup>19</sup>Este principio, que es fijado en la misma constitución (por ejemplo el artículo 4° de la constitución nacional) como todo precepto constitucional es un texto abierto, que solo puede ser "llenado" por el intérprete autorizado de la misma: El tribunal constitucional.

<sup>20</sup>MERCADO Pérez, David, **Las sentencias de constitucionalidad en el derecho constitucional contemporáneo**, en Revista Jurídica Facultad de Derecho y Ciencia Política Universidad de Cartagena, Edición N°11, 1997, págs. 18-27, ISSN 0122-9028.

una posición clara respecto a que es ella misma la encargada de determinar los efectos de sus propios fallos y por ende ha acogido la doctrina constitucional de control de constitucionalidad concreto, a través del cual, según la doctrina española (que es la más amplia y precisa en desarrollar esta temática) los tribunales constitucionales "modulan" el efecto de sus propios fallos<sup>21</sup>, para hacer efectivos los postulados constitucionales e incorporar justicia material<sup>22</sup>.

En base a esa relevancia que conlleva el tema de la modulación de los efectos de las sentencias por parte de la corte constitucional, se pretende responder los siguientes interrogantes: ¿Es necesario que el juez constitucional module? ¿Cuáles son los criterios que determinan que en un caso concreto la corte constitucional proceda a modular? Para intentar abordar las respuestas de forma adecuada, este texto presenta una panorámica macro sobre la doctrina de la modulación de sentencias utilizada por la corte constitucional. Para ello debemos indagar la historia constitucional ya que es la ciencia que posibilita el pensamiento<sup>23</sup>.

### 2.3. FUNDAMENTOS HISTÓRICOS DEL CONTROL CONSTITUCIONAL

Todo intento de aproximación teórica a una temática determinada, supone metodológicamente, una delimitación conceptual-histórica a partir del cual sea posible ubicar la figura, y realizar así un análisis teórico de la misma bajo el cumplimiento de unos requisitos de rigor mínimo, encaminados a que cuando menos se permita un resultado satisfactorio relacionado con los propósitos previamente delimitados referentes al objeto de estudio. Lógicamente la figura bajo examen en este trabajo, se encuentra enmarcada en un objeto mucho más amplio, que en

---

<sup>21</sup> Sentencias C-113 y C-131 de 1993.

<sup>22</sup> Este trabajo parte de la base de que es la corte constitucional la que utiliza por primera vez la doctrina de la modulación de sentencias, básicamente por dos razones: La primera de ellas, por que como ya se ha señalado y se verá en el desarrollo histórico de este trabajo, es en el estado social de derecho y en el estado constitucional donde se hace imperioso que el tribunal constitucional realice esta práctica, y se encuentra enmarcada a un acto procesal específico y concreto: la sentencia de constitucionalidad. Y la segunda razón, que obedece a un criterio de aplicación de sentido común, puesto que la aparición de esta doctrina es de reciente data, y se encuentra precisada en un marco del derecho constitucional. Sin embargo, ello no descarta que haya existido aplicación de esta doctrina por parte del consejo de estado y la corte suprema con anterioridad a la expedición de la constitución del 91. Esta tesis puede verse en ESCOBAR Martínez, Lina, **La Modulación de Sentencias. Una Antigua practica Europea**. En Universitas, Bogotá, Edición N° 112, 2006, págs. 91-110.

<sup>23</sup> MERCADO Pérez, David. **Manual De Teoria Constitucional**.



general lo constituye el derecho constitucional, y en específico -y para propósitos más concretos- lo constituye el control de constitucionalidad. Por ello, se hace imperioso presentar previamente al análisis concreto que nos proponemos, un análisis histórico-conceptual de la figura del mismo, pues a partir de ella que la misma adquiere sentido y significación.

El control de constitucionalidad, se entiende en un sentido genérico, como la función que se pone en cabeza de la jurisdicción (constitucional) de decidir sobre la validez constitucional de las leyes<sup>24</sup> (en sentido amplio). Ello supone una doble dimensión del control de constitucionalidad: una de carácter procesal demarcada por el papel que juega como jurisdicción; y otra de carácter político, al colocar al juez de cara y de manera manifiesta en el juego de los poderes públicos en la función legislativa (que como sabemos, superada la vieja noción de división de poderes de Montesquieu, la emplea el poder legislativo (como característica sine qua non de la misma) y excepcionalmente el poder ejecutivo (V. gr. en Colombia los decretos que dicta el ejecutivo en virtud de los estados de excepción)). La definición, que parece simple, pone de relieve problemáticas, que se solucionan de forma distinta de un lugar a otro. De entrada, la misma definición pone de presente una peculiaridad de carácter procesal, en cuanto a que no se enjuician hechos, sino normas, de tal forma que podríamos considerar al control de supremacía de la Carta con un carácter de exorbitante, ya que al controlar lo que se legisla la convierte en colegisladora

Pero siguiendo con el carácter procesal de la misma podemos decir que como producto de la jurisdicción, el control de constitucionalidad también se encuentra adscrito a la noción de acción, claro que con peculiaridades propias del derecho constitucional; como por ejemplo que la misma pueda ser pública o se encuentre restringida (como en Francia), todo lo cual varía de acuerdo a los modelos que se acoja; ya que si se acoge un modelo en el que el papel de la jurisdicción constitucional es resolver conflictos de poder entre las tres ramas, no se consideraría la opción de la acción pública; o si se acoge el papel de la jurisdicción como una manera de proteger los derechos individuales, se permitiría la acción pública; o si se acoge un modelo mixto de las anteriores posturas, en el que se permitiría también dicha acción.

---

<sup>24</sup> RUBIO LLORENTE, Francisco. **La forma del poder**, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pág. 495

Algunos autores, como Fernández Segado y Mercado Pérez, sostienen que es posible encontrar algunos antecedentes remotos del control de constitucionalidad en la antigua Grecia. Mercado Pérez, nos dice, siguiendo a Aristóteles que las Polis Griegas tenían constituciones y en Atenas existía una figura llamada *graphē paranómōn*, en virtud de la cual era posible enjuiciar ante el Areópago las leyes que contradijeran la Constitución existente. Fernández Segado sostiene, en esa misma dirección, que es posible observar esos intentos de institucionalización de la figura bajo examen, en cuanto que en Atenas existieron los llamados *Éforos apartenos* o del *Areópago* y los *Nomafilacos*, en donde se podía observar por lo menos tímidamente, una diferenciación entre las normas superiores (*nomoi*) y los decretos ordinarios (*Psefismata*)<sup>25</sup>. También dice que, incluso, es posible encontrar un desarrollo ulterior del control en la distinción entre leyes superiores e inferiores<sup>26</sup>.

Roma no fue ajena al concepto de Constitución, lo que se constata con instituciones tales como la de la doble magistratura, el Senado o el Tribunado en la época republicana. En la Edad Media nos encontramos con la superioridad de la ley divina y del derecho natural sobre el derecho del príncipe. La gran escuela iusnaturalista de los siglos XVII y XVIII, que va de Hugo Grocio a Jean Jacques Rousseau, sustentará la existencia de derechos innatos al ser humano, intangibles e irrenunciables, la existencia, en definitiva, de límites frente al *poder representado por la figura del Legislador*, conforme el precedente de 1610.<sup>27</sup> Aristóteles enuncia en su conocida obra "La Política" que su objetivo es hacer un estudio comparado de las Constituciones existentes en las distintas Polis griegas. Ahora bien, En Atenas por su carácter de Democracia se inventa algo inseparable del concepto de Constitución desde que el concepto renace en el siglo XVII en Inglaterra y se consolida en el XVIII en Estados Unidos, el Control Constitucional ya que esta refleja la realidad de la sociedad que la genera y que pretende regular su juego político como juego del poder por sus normas: *El control de su carácter supra legal como garantía de que el régimen de los treinta tiranos no regresase*. Vale decir, los

---

<sup>25</sup> FERNÁNDEZ Segado, Francisco, "La obsolescencia de la bipolaridad ¿modelo americano-modelo europeo-Kelseniano? como criterio analítico del control de constitucionalidad y la búsqueda de una nueva tipología explicativa", en Parlamento y Constitución. Anuario, N° 6, 2002, págs. 9-73.

<sup>26</sup> *Ibidem*.

<sup>27</sup> Sentencia del juez Sr. EDWARD COKE en el caso del doctor *Bonhams*, en la cual se dijo: "Cuando una ley del Parlamento se oponga al derecho común o a la razón, el derecho común verificará dicho acto y lo sancionará con la nulidad".

atenienses advirtieron que su Democracia necesitaba como garantía de su permanencia y funcionamiento del Areópago, o dejaría de existir.

Löwenstein<sup>28</sup>, después de la segunda guerra mundial y ante la ruina de su Alemania, dirá que **la Constitución tiene la función primaria de servir como control del ejercicio del poder para garantizar las Libertades y Derechos Ciudadanos.**

---

<sup>28</sup> "Con el fin de evitar ese peligro siempre presente, que es inmanente a todo poder, el Estado organizado exige de manera imperativa que el ejercicio del poder político, tanto en interés de los detentadores como de los destinatarios del poder, sea restringido y limitado. Siendo la naturaleza humana como es, no es de esperar que dichas limitaciones actúen automáticamente, sino que deben ser introducidas desde afuera." LÖWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Traducción de Alfredo Gallego. Segunda Edición, Primera reimpresión, Barcelona, Editorial Ariel, 1982.

### 3. BREVE INCURSIÓN AL FENÓMENO DEL CONSTITUCIONALISMO

"Dividir el Leviatán es la esencia del gobierno Constitucional"

KARL LÖWENSTEIN

¿Qué es la Soberanía Popular? ¿Qué es la democracia?, ¿Qué es el poder constituyente? ¿Qué es la reforma constitucional? ¿Qué es la supremacía de la Constitución? ¿Cómo se relacionan estos elementos entre sí, en el sistema liberal? Estas preguntas orientan la reflexión teórica del presente trabajo de investigación. Toda vez que el constitucionalismo Liberal depende de las respuestas que les demos, es necesario explicar la incertidumbre teórica que sus respuestas generan, ¿Quién lo hubiese creído? Una construcción del racionalista siglo de las luces, de la edad de la razón, depende de un fundamental acto de fe: Aceptar la existencia del Contrato Social. Es apoyarse en algo que la modernidad quiso relegar, que el derecho en todas las culturas fue siempre una parte de la Religión y una vivencia religiosa y los Pretores eran sacerdotes del Ius. Lo que nos lleva a otra pregunta más angustiosa ¿Hasta dónde llega la racionalidad jurídica si su punto de partida es una irracionalidad?

Nunca hemos podido definir con claridad el **deseo de obedecer a la totalidad de la decisión democrática** o la **necesidad del sistema democrático cuando enferma. De escurrirse, como si huyera, bajo las togas de los magistrados constitucionales, haciendo de las los párrafos, incisos y literales de la constitución, una sombra protectora.** Se suplica protección por medio de exigir el respeto a los principios básicos sobre los que él fue cimentado, ¿Para qué? Para mantener el statu quo y la lógica de la sociedad como está –rogando mesura al pueblo–; por su parte, cualquier otro factor real de poder– luchando y pidiendo cambios del sistema por inoperante, cosificante, neurótico, aplastante, colonial, mendigo, miserable, rendido, falso, corrupto etc. Exige más Democracia, el pueblo se revuelve y grita: es **necesario un cambio a gran escala del sistema y se subsanen así las**

**irregularidades y paradojas que ha creado; es necesario que se incluyan más elementos dentro del discurso constitucional para lo cual es menester el cambio del sistema.<sup>29</sup>**

Toda reforma constitucional es una lucha de opuestos por lograr el reconocimiento de nuevas fuerzas sociales en el discurso constitucional –Como Nuestra Asamblea Constituyente de 1991—o, para engañar y desintegrar el sistema que a decir verdad, muchas veces lo merece; por otro lado el sistema constitucional que te limita, que enfría<sup>30</sup> tus intenciones y “te ayuda a tomar mejor las decisiones con sistemas de control, exigencias especiales, jueces constitucionales etc.” Con eso te engaña.

Bajo este entendido, la reforma constitucional es una transacción que sirve para asegurar con un mínimo de violencia o sin ella, la transición entre el futuro y el pasado. La lucha de unas generaciones influenciadas por cambios políticos, económicos sociales y religiosos, en suma: Culturales, que intentan plasmar un proyecto jurídico fundado en “las cosas no andan bien”, “a la constitución le faltó algo” “Pero es que..., no hubo tiempo de discutirlo en la constituyente”, “El cambio ha sido enorme desde la constituyente que los conceptos han cambiado demasiado”, “por ello, esta constitución no representa los valores de una sociedad justa”, el orden capitalista actual se ha burlado de nuestros deseos”, “Con el Estado Social de Derecho se nos engañó”, ya que “La globalización y el neoliberalismo cubren sus crímenes con el discurso constitucional”.<sup>31</sup>

---

<sup>29</sup> En tal sentido, Jefferson señalaba: “*Algunos hombres miran a las Constituciones con máxima reverencia... Adscriben a los hombres de la era anterior una sabiduría más que humana... Yo conocí aquella era; pertencí a ella, trabajé con ella [pero era] en buena medida como ahora, y sin la experiencia del presente, y cuarenta años de experiencia en el gobierno valen tanto como cien años de lecturas de libros; y esto es lo que ellos mismos dirían, si se levantaran de sus tumbas*”. Citado en TUSHNETT, *Taking the Constitution away from the Courts*, Princeton University Press, Princeton, 1999, p. 40.

<sup>30</sup> JON ELSTER *ULISES DESATADO* EDIT. GEDISA, MADRID 2002.

<sup>31</sup> También hay ideas menos altruistas que fundamentan la necesidades de una reforma constitucional, por ejemplo, “Es necesario que nuestro país consolide el proceso de seguridad democrática o social bajo el mando de ALVARITO”, “Carajo es que sin ALVARITO a este país lo DESTROZAN esos delincuentes mijo”, “Es necesario que nuestra nación asegure su futuro eliminando otras piezas claves del sistema constitucional ya que si usted quiere que esta vaina funcione el Dr. Uribe debe ser el presidente por todas las veces que el pueblo quiera”. Todas estas frases y muchas más animan el deseo de reformar la constitución, de modo tal que todo parece ser **una lucha por el reconocimiento o por el engaño**.

La reforma constitucional y la constitución son como la relación de la foto y su observador, quien a través de las cataratas de sus ojos recuerda su juventud en la imagen que posee sobre sus manos arrugadas. Es un acto de reflexión en la madurez, donde meditamos acerca de los deseos y las experiencias juveniles plasmamos en un texto llamado constitución con el obsoleto recuerdo que nos acompaña en el **"cuando yo era joven"** y deseé esto<sup>32</sup>; Ese deseo cada día envejece haciéndose menos intenso, menos anhelado, menos importante por los cambios de la sociedad capitalista y decimos ¿Qué hacer ahora? –así es la experiencia del pueblo con las constituciones (*toda vez que Ulises pidió ser atado al mástil del navío pero **nunca encarcelado por siempre***) no la reconoce como su deseo actual.<sup>33</sup>

Es evidente que somos conscientes que una constitución no simboliza las esperanzas perpetuas de los que la suscriben, las constituciones no son las ideas eternas del acto constituyente que planean todo. No están hechas con el epitafio –por los siglos de los siglos, amén–. El cambio, la modificación, la eliminación son innatas a ella. Entonces ¿Qué son?<sup>34</sup> Ellas son una simple decisión de *PODER*, son el símbolo, la huella del momento en que fueron suscritas, en que se decidió y ganó un factor real de poder, en que se dijo: este grupo de valores tenemos que respetarlos; pero solo en ese momento, no por una eternidad (FUERON PLANEADAS PARA UN AHORA, PERO NO PARA UN **SIEMPRE**). Como la constitución es nuestra huella, las esperanzas de los que desearon; se nos obliga a obedecerlas, a callar y decir que somos FELICES<sup>35</sup> porque nuestras esperanzas y deseos fueron plasmados en el texto constitucional. Que todo está bien, que nos tranquilicemos. Pero somos consiente que ese discurso no es el que deseamos, que el cambio es el inicio del reconocimiento de otros elementos en el discurso constitucional, o la aniquilación –del discurso constitucional- significa por fin la liberación y el desengaño, la retoma del poder; el decir he sido libre porque he podido desear y vivo deseando.

---

<sup>32</sup> Igual que en la sentencia de Mefistófeles a Fausto " *Cuídate de lo que desees en tu juventud, porque lo obtendrás en tu madurez*". GOETHE.

<sup>33</sup> En este sentido nos permitimos copiar lo escrito por PLATÓN en el POLÍTICO: " *La ley no puede comprender exactamente lo que es más noble o más justo, u ordenar en seguida lo que es mejor para todos. Las diferencias de los hombres y acciones, y los movimientos infinitamente irregulares de las cosas humanas, no admiten una norma universal y simple. NO HAY ARTE QUE PUEDA ESTABLECER UNA NORMA DURADERA PARA SIEMPRE*".

<sup>34</sup> Sugiero la definición de Constitución de HAURIUO, André " *Encuadramiento jurídico de los fenómenos políticos*". En *Derecho constitucional e Instituciones políticas* Edit. Ariel 1980.

<sup>35</sup> La EUDEMONÍA como propósito de la vida humana, pero solo alcanzable en el orden de la Polis, ah! las paradojas humanas: ¿Cómo ser felices y seguir siendo Zoo?

Bajo esta lógica se fundamenta la reforma constitucional, sabemos que cambiamos –como grupo cultural– pero luego pensamos “es que la constitución sigue igual... nuestra carta de libertad es de miles de guerras, está cansada y herida. Yace moribunda ante los nuevos fenómenos políticos y económicos y culturales<sup>36</sup>, ante los depredadores económicos es necesario e imperioso que tomemos las medidas para armonizar esta disonancia constitución-cultura<sup>37</sup> Pero el intento de armonización es más complejo que la disonancia constitución-cultura. He allí el gran problema que detiene las buenas las intenciones de los constitucionalistas, quienes utilizando y manipulando las premisas en que se crea la constitución (un acto democrático) limitan el cambio dentro del ordenamiento constitucional. Ya que si no es así, ¿Para qué la Constitución? Viejo dilema nacido en Atenas<sup>38</sup>. ¿Acaso el Areópago no frenó el aventurerismo de Alcibiades? ¿Acaso el demos ateniense no apoyó la Intervención de Alcibiades en Siracusa, para luego arrepentirse? La discusión sigue abierta, ¿Acaso debe “protegerse” al Demos de un mal uso de la Soberanía que ostenta? ¿No fueron actos descarados y sinvergüenzas de poder los “Consejos Comunitarios” que cuasi legislaban y “ordenaban gasto público”? No hay nada nuevo bajo el Sol.

La naturaleza humana es la misma desde la edad de piedra y la polis democrática ideal solo puede existir si tiene a Ángeles como ciudadanos; por ello es necesario que le hagan creer al Demos que las reformas que se intentan realizar son convenientes o inconvenientes porque violan el orden constitucional. Pero ¿Por qué desequilibra al sistema constitucional una discusión sobre supremacía y democracia? La respuesta parece ser sencilla y arrastra consigo todos los altibajos de la historia de las ideas liberales y sus constituciones políticas, tema que

---

<sup>36</sup>Igual que el sacerdote de la novela *LA MALA HORA*; él no es consiente que es lo que defiende, es un inconsciente, creyendo que la provincia en la que está ubicada su parroquia sigue siendo la misma. Igual de católica y conservadora como veinte o cincuenta años atrás. Que los pasquines solo buscan injuriar a esa población que sigue igual por la eternidad. Ignorando que el pueblo está cambiando de valores, producto de la idiosincrasia provinciana de los años 70 en contraposición a las anteriores –en la historia de Colombia. *Gabriel García Márquez “La Mala Hora”* Edit. Oveja Negra.

<sup>37</sup> Un Ejemplo claro al respecto lo ofrece el artículo 93 de la Constitución Política. Cuando se introdujo la reforma constitucional en aras de posibilitar que Colombia suscribiese el Estatuto de Roma y aceptase la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.

<sup>38</sup> En *LA POLITICA*, donde hace un estudio de algunas constituciones de las POLIS y las formas de gobiernos, ARISTOTELES en este texto descubre algunas ideas interesantes en teoría política; las formas básicas de gobierno tienen una negación o FORMAS IMPURAS, si no se utilizan con madurez. Estas son: MONARQUÍA/TIRANÍA, DEMOCRACIA/DEMAGOGIA Y OLIGARQUÍA/ARISTOCRACIA. Las formas impuras, son con natura a las llamadas FORMAS PURAS, la responsabilidad política de quien las utilice será la que impedirá la catástrofe y el posterior colapso del sistema político.

se abordará con profundidad en los capítulos siguientes; sin embargo aquí haremos unas breves reflexiones como primera aproximación, apoyados en el texto del Dr. Pedro de Vega: "*El Estado Constitucional cimienta su estructura en dos pilares fundamentales: **por un lado, en el principio político democrático; por el otro, en el principio jurídico de supremacía constitucional.** Conforme al principio político democrático se entiende que **corresponde al pueblo como titular de la soberanía el ejercicio indiscutible del poder constituyente.** Según el principio de supremacía, se considera que la constitución es **Lex superior, que obliga por igual a los gobernantes y gobernados.**" (Negrillas fuera del texto original).<sup>39</sup>*

Ambas ideas son tomadas del pasado helénico<sup>40</sup>, pero se replantean, la de Democracia comprende el respeto de las minorías limitando las consecuencias de lo votado por las mayorías y la de supremacía constitucional se replantea al aceptar la tutela judicial de garantía de la misma, en la Constitución Americana de 1787. Dentro de la supremacía constitucional destacamos hechos importantes como la sentencia de la Corte Suprema Norteamericana en el caso (Madbury Vs Madison) y los procesos políticos Ingleses del siglo XVII, Francés a finales del siglo XVIII, Alemán del siglo XX.<sup>41</sup> Entonces ¿cuál es la causa de la paradoja entre la supremacía constitucional y la soberanía popular? Es un hecho histórico notorio que el sistema liberal inicia su vida con temor obsesivo a un verdadero discurso popular proveniente de los excluidos que no pudieron tener inmuebles, títulos nobiliarios, reconocimiento o fortuna

---

<sup>39</sup>DE VEGA García Pedro "*La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente*" Edit. Tecnos 1991. Página 15.

<sup>40</sup>Independiente de que la condición de ciudadano fuera restringida, señala Engels en su conocida obra **El origen de la propiedad privada, la familia y el Estado** "*ciudadanos eran tan solo unos 90.000 personas en Atenas, los demás eran esclavos o extranjeros. Posteriormente esta democracia fracasaría por haber sido llevado a un extremo tal, en el que una de las instituciones (asamblea de ciudadanos activos (Ekklesia) se sintió omnipotente y no se sometió a ninguna de las limitaciones que habían sido fijadas por el sistema político*". Löwenstein con su oportuno y sagaz tino afirma "**El pueblo fue incapaz de frenar su propio poder soberano**".

<sup>41</sup>Estos procesos inician con un discurso o alabanza al concepto de **LIBERTAD, (el inicio de la época en que todo lo sólido se desvanece en el aire, en que lo santo se convierte en profano)** y reivindicación de la titularidad de la soberanía a la nación o el pueblo. El liberalismo inicia así su vida, como lo indica el politólogo Francés MAURICE DUVERGER (en la célebre metáfora del Dios JANO)<sup>41</sup> como un proceso político y económico de naturaleza plutocrática. Como proceso político apela a los valores BURGUESES, tales como libertad, igualdad, solidaridad, etc. Se enmascara la intencionalidad egoísta. Las ideas liberales de inclusión, respeto, igualdad y demás, son las que en la actualidad se revelan el verdadero deseo liberal, cual es: "*antes que igualdad y solidaridad deseo **mi** seguridad y **mi** libertad económica. Antes que un proceso de reivindicación por las injusticias ocultas del sistema económico, necesito que se garanticen los principios donde se cimienta **mis** adquisiciones o prerrogativas. Es inconcebible que se conmuevan las bases del sistema liberal y se le permita al pueblo decidir (el verdadero pueblo).*



mínima<sup>42</sup>; para participar en la escena de las decisiones –la asamblea constituyente o el parlamento– perteneciendo al discurso político del liberalismo y la Fiesta de la Democracia, como en Atenas, No todo el pueblo pertenecía al Demos.<sup>43</sup> El liberalismo nace temiéndole a su concepto legitimante fundamental –el *DEMOS*–. Esa actitud será observada a lo largo de toda la historia constitucional de occidente. Tenemos un liberalismo que usa el poder constituyente pero le teme, encarcelando a *ULISES de por vida*.

Para funcionar y legitimarse en la sociedad industrial ¿Que hace el liberalismo? ¿Cómo funciona esa *PARADOJA* del liberalismo entre un te uso *DEMOS* pero luego te niego? <sup>44</sup> Estas respuestas las encontramos en el desarrollo del concepto de Estado Constitucional, temática que crea el concepto de límite del poder por la Constitución y de los límites a la reforma de esa constitución. Algunos son muy soñadores y pretenden solucionar el problema que planteé considerando el concepto de constitución como fenómeno de integración o como concepto de restricción; suponen erróneamente que es innata a la palabra constitución la de límite en ejercicio del poder. Creen en una idea salvadora o mesiánica de jueces y constituciones, que limitan el ejercicio perverso del poder, son seguidores ortodoxos de la doctrina pactista, viven en un estado onírico sosteniendo que decidimos abandonar el estado de naturaleza, limitar nuestras libertades. No entienden que la verdadera función de una constitución no es integración, no es un proceso popular-cultural, es una conjunción de factores reales de poder<sup>45</sup> es una forma “LEGAL” de dominación, una expresión simbólica del supuesto equilibrio.

---

<sup>42</sup> Esto es lo que nuestro director DAVID MERCADO llama “**El pecado original o de cuna del Liberalismo**” Se hacen las Revoluciones Burguesas excluyendo a los campesinos por medio del sufragio limitado basado en los votos censitario y capacitario, ya que cuantitativamente eran mayoría frente a la Burguesía.

<sup>43</sup> Por ejemplo en el proceso constitucional norteamericano, realizado por las diferentes provincias; para participar como miembro de las Asambleas constitucionales de las provincias, era necesario cumplir con requisitos económicos y sociales. En la historia esto se conoció como democracia censitaria.

<sup>44</sup> Al respecto El Profesor RICARDO SANÍN dice: A ver si entiendo la retahíla lógica del liberalismo “*lo constituido constituye al constituyente, el poder del constituyente deja de ser poder cuando constituye, con lo cual no es, ni poder, ni constituyente*”, no, intentémoslo nuevamente, “*el demos constituye a partir de un poder original, pero ese poder original constituye al demos y traslada en el mismo acto su Cracia (Krátos) a un poder constituido que ahora es el poder original pues es el único que determina el contenido de la constitución, que a su vez es el acto fundacional del demos que ya no es demos*”, ¡Impecable!.” *Teoría Crítica Constitucional* Colección de Monografías 1 Universidad Pontificia Javeriana 2009. pág. 140.

<sup>45</sup> LASALLE Ferdinand “Que es una Constitución”.

Desde esta perspectiva el estado constitucional es el intento de renovación del engaño y el desenmascaramiento debe hacerse, algunos creen religiosamente que el concepto **benefactor o social**, son formas humanistas de verdadero cambio del liberalismo. Quien reflexionó y modificó el concepto de explotación. Pero la fantasía nubla el entendimiento, el Estado social de derecho no niega la explotación, la legitima bajo las reglas del juego que la misma crea. El estado constitucional por eso necesita mantener el *statu quo* y evitar la *perversión en ejercicio del poder*. --deberíamos reflexionar--.

### 3.1. EL MODELO NORTEAMERICANO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

El modelo de control de constitucionalidad que surge en norteamericana a partir de la famosa sentencia del caso *Madbury vs Madison*, que inaugura el derecho constitucional moderno, responde a las necesidades peculiares de la naciente sociedad norteamericana. Por ello, como muchos autores sostienen, las consideraciones a partir del mismo deben partir a partir del análisis del contexto en el que surge, pues jamás puede llegar a considerarse como el producto del iluminado John Marshall<sup>46</sup>. Las necesidades políticas y económicas de la sociedad norteamericana pre y post-revolución de Independencia son las que demarcan el entendimiento del surgimiento de este. Desde el punto de vista político, en el constitucionalismo que surge en América, se pretende la construcción de un sistema claramente definido de pesos y contrapesos entre los distintos detentadores del poder, lo que marcaba una diferencia con la organización constitucional en Inglaterra, no hay que perder de vista que en Norteamérica se desarrolla por primera vez una de las formas de gobierno de mayor relevancia en la historia reciente: el gobierno presidencial; y también se estatuye el principio democrático en la constitución. No se puede dejar de mencionar que las características propias del federalismo influyen fuertemente en ese diseño.

Con la constitución<sup>47</sup> americana, fruto de la revolución independentista se empieza a dibujar el Estado democrático--constitucional liberal, pues claramente se buscaba la primacía del principio

---

<sup>46</sup>VIVEIROS, Mauro. El control de constitucionalidad: el sistema brasileño como un modelo híbrido o dual. tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2010, pág. 14.

<sup>47</sup> Por ejemplo se consagraba el artículo 1 sección II y sección III de la constitución de Filadelfia: La Cámara de Representantes estará compuesta de Miembros elegidos cada dos Años por el Pueblo de los distintos Estados, y los Electores en cada Estado deberán llenar los Requisitos exigidos a los Electores

democrático sobre la base institucional del Estado. Aspecto no menor a considerar es que una diferencia fundamental de la revolución Norteamérica con las revoluciones liberales que tuvieron lugar en Europa, y que es un símil con las revoluciones independentistas latinoamericanas, es que anterior a la proclamación política de un nuevo Estado a través de la constitución de Filadelfia, no existía un concepto de nación "norteamericana", es decir, el proceso político estadounidense fue a la inversa a lo que respecta al papel que juega en Europa los Estados-Nación, pues como lo demuestra las sucesivas guerras -siendo importante la guerra de secesión- la formación de la nación estadounidense es un proceso largo y poderoso, lo que se logró primero fue la proclamación del Estado<sup>48</sup>.

Por otro lado, desde el punto de vista económico, la sociedad se encontraba dominada por la presencia de un gran número de personas propietarias de tierras y cultivadores, que diferían sustancialmente de las florecientes sociedades burguesas europeas, principalmente la inglesa donde había comenzado la Revolución Industrial y el proceso de industrialización empezaba a tomar forma. Proceso que en América empezaría tardíamente pero a un ritmo más acelerado después de las guerras napoleónicas, cuando los ingleses declaran la guerra a sus antiguas colonias que están practicando el proteccionismo y ponen trabas al tráfico comercial de las mercaderías inglesas y queman lo que hasta ese momento se había construido de la ciudad de Washington. Todo lo cual ponía a las dos sociedades en comparación, en perspectivas problemáticas distintas, que inevitablemente se van a reflejar en la organización política que se desarrollaría en las primeras décadas de vida de Estados Unidos.

Todo lo cual lleva a pensar, que en ningún caso el proceso de constitucionalización en Norteamérica, representa una copia o imitación del modelo constitucional inglés. Eran dos tradiciones que política y económicamente se encontraban muy alejadas, lo cual se iba traducir como ya se señaló en el diseño constitucional. Es en ese contexto que Marshall pronuncia su célebre sentencia que da origen al control de constitucionalidad moderno.

---

de la Rama más numerosa de la Asamblea Legislativa de dicho Estado (...)El Senado de los Estados Unidos estará formado por dos Senadores por cada Estado [elegidos por sus respectivas Asambleas Legislativas], para periodos de seis Años; y cada Senador tendrá derecho a un Voto.

<sup>48</sup>KNÖBL, Wolfgang, **"La contingencia de la independencia y de la revolución: perspectivas teóricas y comparadas sobre América latina"** en: América latina hoy: Revista de ciencias sociales, , VOL. 57, 2011 págs. 15 - 49

El diseño institucional establecido en la constitución de Filadelfia de 1787, con sus primeras enmiendas, reflejan esa necesidad propia de la sociedad norteamericana, que se manifestó en el hecho de considerar la constitución como un verdadero contrato social y un COVENANT o pacto hecho **“una sola vez y para siempre”** tal como en Inglaterra, con las implicaciones que ello trae. Son innegables las profundas influencias iusnaturalistas que estuvieron presente en el proceso revolucionario y en el de creación de la constitución. **La idea de la libertad de los ciudadanos, puesta al lado de poderes constituidos todos limitados por la separación de poderes y controlándose entre sí por el mecanismo del "checks and balances". Lo que se traduce en la idea básica de un poder soberano limitado puesto en cabeza de sus instituciones**<sup>49</sup>. Como afirma Viveiros la característica esencial de la Constitución americana<sup>50</sup>: *“(...) es el hecho de representar el propio acto de fundación del país y no apenas su carta política, siendo considerada por la doctrina como expresión autorizada del contrato social que une los ciudadanos y legítima las autoridades instituidas. Pero, el elemento fundamental, la gran aportación americana, fue plasmar en una Constitución escrita ese parámetro normativo superior que decide la validez de las leyes del Parlamento. Una vez que la fuerza vinculante del higher law se ha trasladado a estas nuevas bases, dice Corwin, “la noción de soberanía del órgano legislativo desaparece automáticamente, puesto que no puede ser soberano un cuerpo creador de derecho que está subordinado a otro cuerpo creador de derecho”. Además, tal como se estructuraban los derechos en la Constitución, sobre los cuales era imposible negociar, ‘un asunto de justicia’, la supremacía constitucional había de conducir, de forma necesaria, a algún tipo de control de las leyes, dada la noción que se tenía de que la vulneración de la Constitución imponía la máxima sanción: la nulidad. Y ese tipo de control sólo podría entenderse como judicial, dada la lógica comprensión de que, por un lado, el vulnerar la Constitución era vulnerar la Ley de las leyes, y, por otro, porque una inconstitucionalidad perpetrada por el parlamento no dejaba de representar un conflicto, un litigio del cual debería hacerse cargo el único poder competente.”* (Negritas nuestras)

---

<sup>49</sup> Aquí también es posible observar una diferencia con el constitucionalismo inglés. Los americanos habían sido receptivos de las críticas que ya se había hecho palpable contra el aparente sistema democrático limitado inglés. Y es que algunos autores señalaban ya por el siglo siguiente (XVIII) que se evidencio que Inglaterra seguía siendo absolutista, solo que este absolutismo ya no recaía sobre la figura del monarca, sino sobre el parlamento que ahora era todopoderoso. Recuérdese además que el parlamento ingles era a la vez tribunal y legislativo. Al respecto puede verse BLACKSTONE, William. **Commentaries on the laws of England, volume I Of the Rights of persons**, primera edición de 1765-1769, Chicago, The university of Chicago Press, 1979.

<sup>50</sup> VIVEIROS, Mauro. Ob. cit. Pág. 22.

Se hace patente así que, en un primer momento, *no era necesaria la consagración de una cláusula constitucional que permitiera el control de constitucionalidad de las leyes, sino que antes, esta era más bien la consecuencia lógica y necesaria del sistema político y de la idea de derecho que tenía el constituyente norteamericano*. Sumado a ella, desde un punto de vista psicológico, la mentalidad del estadounidense de querer establecer un sistema contrapuesto al Inglés, considerado como abusivo, le llevaría a que no se depositara plenamente la confianza en una sola de las ramas del poder público (como es la legislativa) sino en todas, por lo que nada impediría que depositada confianza en el poder judicial, se desechara el escepticismo frente al mismo, y este pudiera también entrar a juzgar las leyes, basada en la lógica del *common law*. También, se hace menester mencionar la distinta concepción ideológica de la constitución que se tenía en Norteamérica, **donde esta era considerada por si misma Derecho**, a diferencia de lo que se establecía en Europa, donde se entendía que la constitución no era por sí mismo derecho, ya que este nacía a partir de la ley. Esta última concepción dará origen a los problemas más serios que registra el derecho Constitucional hasta el día de hoy.

### 3.2. LAS REVOLUCIONES LIBERALES

Las revoluciones liberales surgen y se manifiestan, como la única respuesta viable en contra del poder absoluto del monarca. Ahora bien, ¿en qué consiste ese poder absoluto? o ¿Que debemos entender por poder absoluto del monarca? Una respuesta satisfactoria a este interrogante, se genera a partir del entendimiento de la doctrina de Jean Bodino<sup>51</sup>; que hace notar que el poder absoluto del monarca se deriva de su condición de soberano, y tal condición tiene un origen divino, no humano<sup>52</sup>. Luego, es ese origen del poder, la que determina su carácter de absoluto<sup>53</sup>. El absolutismo del poder soberano derivaría de la primera característica de ese poder, del que hemos partido, que consiste en el hecho de ser perpetuo, en el sentido de originario. Un poder de este género, precisamente porque no se deriva de otros poderes, no

---

<sup>51</sup>Su poder absoluto es de origen divino, por eso él es el único que podría limitar su ejercicio (autónomamente), esta concepción es la teoría del origen divino del poder, según ella. Indica BODIN Jean, en su obra **Los seis libros de la república** que *"Dado que, después de Dios, nada hay mayor sobre la tierra que los príncipes soberanos, instituidos por Él como sus lugartenientes para mandar a los demás hombres, es preciso prestar atención a su condición para, así, respetar y reverenciar su majestad con la sumisión debida, y pensar y hablar de ellos dignamente, ya que quien menosprecia a su príncipe soberano menosprecia a Dios, del cual es su imagen sobre la tierra."*

<sup>52</sup> Origen Teocrático del Poder. Basado en las Concepciones Agustín der Hipona y de Tomás de Aquino.

<sup>53</sup> FIORAVANTI, Maurizio. Constitución, de la antigüedad a nuestros días. Editorial Trotta, Madrid, 2001.

tiene y no debe tener otros poderes, anteriores a él ni junto a él, con los que este deba estar de algún modo obligado a asociarse, a pactar, a compartir. *En otras palabras, el absolutismo del poder soberano coincide con su indivisibilidad. El poder soberano no es por ello un poder ilimitado. Es más bien un poder que por su naturaleza escapa de la dimensión constitucional del control y del contrapeso por parte de otros poderes. Por eso se afirma que Dios lo ha establecido.*

La anterior conceptualización acerca del poder absoluto, nos permite entender por qué es tan importante el principio democrático en el constitucionalismo liberal, pero más aún, podemos discernir porqué fue necesario una elaboración teórico--filosófica, en la que tuvieron el papel protagónico los contractualistas. Partiendo de dicha base se estableció que **el Estado es una creación humana<sup>54</sup>, y que la soberanía recaía sobre el pueblo<sup>55</sup> o sobre la nación<sup>56</sup>, de esta forma se anulaba el absolutismo y la perpetuidad de su poder, pues la soberanía ahora en todo caso sería de origen popular.** Y aquí, no se puede perder de vista un aspecto importante, que los griegos ya nos habían hecho notar<sup>57</sup>, *que un poder político perfectamente sometido a controles, limitaciones y organizado, solo existe si está fundamentado racionalmente*, de allí la inmensa importancia de la filosofía contractualista. Además, con el principio democrático se asegura no solo el ejercicio efectivo de la soberanía popular<sup>58</sup>, sino que permite una esfera de control y contrapeso entre los distintos órganos que ejercen el poder político, al tener que fraccionarse para su uso limitado, en distintos detentadores de poder, algo así, como una suerte de democratización del ejercicio del poder.

---

<sup>54</sup> Este es uno de los pocos aspectos en los que coinciden todos los filósofos contractualistas. No en vano es en la modernidad donde se vuelve al antropocentrismo por la primacía de la Razón, era por tanto necesario fundamentar el nuevo estado en ese concepto básico, pues la monarquía respondía perfectamente al teocentrismo y había fundamentado su absolutismo en su origen divino.

<sup>55</sup> ROUSSEAU, Jean Jaques. El contrato Social. Ediciones Leyenda. México D.F., 2005.

<sup>56</sup> SIEYÈS, Emmanuel. ¿Qué es el tercer Estado? Alianza Editorial, Madrid, 2003.

<sup>57</sup> DE VEGA García Pedro. El Estado Constitucional cimienta su estructura en dos pilares fundamentales: **por un lado, en el principio político democrático; por el otro, en el principio jurídico de supremacía constitucional.** Conforme al principio político democrático se entiende que **corresponde al pueblo como titular de la soberanía el ejercicio indiscutible del poder constituyente.** Según el principio de supremacía, se considera que la constitución es **Lex superior, que obliga por igual a los gobernantes y gobernados.** (Cursivas y negrillas fuera del texto original). Nota de Pie de Pág. N° 8.

<sup>58</sup> Por lo menos en el ámbito teórico, no se olvide el hecho histórico que el ejercicio soberano del pueblo materializado en un sistema político democrático quedaba completamente anulado, por la invención de los votos censitario y capacitario, reduciendo "pueblo" a solo una pequeña porción de personas: Los burgueses quienes eran los que habían hechos las Revoluciones liberales.

Otra consideración previa, es la que recae sobre la distinción entre poder constituyente - poder constituido y sobre la necesidad del liberalismo de plasmar su estatuto jurídico de organización política del poder en un documento o documentos escritos (en el caso inglés). En cuanto a la primera distinción, que constituye un eje fundamental de este trabajo, es necesario decir, que en principio el poder constituyente<sup>59</sup> como manifestación primigenia, original y auténtica del poder soberano que recae sobre el pueblo, no se encuentra sometido a límite o a límites<sup>60</sup>, pero ello no implica que haya un margen de arbitrariedad en el ejercicio del poder constituyente que se va a manifestar en la creación de una constitución, pues en todo caso, **el ejercicio de su creación se encuentra atada a los principios y postulados liberales**. Por otra parte, el poder constituido por su naturaleza se encuentra sometido a límites y controles, fijados principalmente en ese estatuto de poder que es la constitución política. De lo anteriormente mencionado se deriva la necesidad de una constitución, pues esta es la que da certeza política y jurídica y, parece blindar el proceso político de problemas de auto-referencialidad.

De todas formas, **no puede perderse de vista que la distinción entre poder constituyente y poder constituido en cierto presenta un problema de paradoja de auto-referencialidad**, a la que siempre acudimos por conveniencia política -en principio-. Al respecto nos dice La Torre parafraseando a Luhmann<sup>61</sup>: *“La afirmación de Niklas Luhmann de que mediante la constitución el sistema político resuelve los problemas relacionados a su auto-referencialidad, apunta hacia la misma idea. Si a la terminología de Luhmann le quitamos el trasfondo de teoría de sistemas, lo que nos queda es la consideración de que la constitución señala y tiene que ver con la autodefinición y la autoproducción de una comunidad política”*.

---

<sup>59</sup>Las críticas más fuertes contra esta noción, hacen referencia a su ambigüedad y vaguedad, y la peligrosidad que ello representa, sobre este punto leer DEL REAL Alcalá, J Alberto. Sobre la indeterminación del derecho y la ley constitucional. el caso del término «nacionalidades» como concepto jurídico indeterminado **Derechos y libertades**: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Año nº 7, N° 11, 2002, págs. 223-249.

<sup>60</sup>Esta es una característica fundamental en la distinción entre acto constitucional, poder constituyente, y poder constituido.

<sup>61</sup>LA TORRE, Massimo. **Constitucionalismo de los Antiguos y de los Modernos**. Constitución y «estado de excepción». Res pública: revista de filosofía política, N°. 23, 2010 (Ejemplar dedicado a: Antiguos y modernos), págs. 17-36.

### 3.2.1. LA REVOLUCIÓN INGLESA<sup>62</sup>

Es quizás, la revolución inglesa, el movimiento revolucionario liberal más importante que existió, por haber sido la primera en ocurrencia histórica y por haber servido de base teórica e inspiración a las demás revoluciones liberales. Llamada también revolución puritana, es producto de un largo y complejo proceso que vio su inicio en la edad media, cuando la nobleza pacta con el Rey Juan Sin Tierra que *No Puede decretar Impuestos sin la previa consulta y anuencia de ellos* y que desembocaría final y definitivamente en la instauración de una monarquía constitucional en Inglaterra en 1688<sup>63</sup> con la victoria en la denominada revolución gloriosa de Oliver Cromwell.

La aparición de la universidad es un hecho importante para el desarrollo histórico de la ideología liberal. Fue en la universidad de Bolonia, donde se retomó el estudio del derecho romano –Roma desde la época de la república<sup>64</sup>, poseía un orden político constitucional-- principalmente por parte de los glosadores, como afirma Löwenstein. Los estudios realizados por los glosadores boloñeses sobre los aforismos del derecho romano, sirvieron de base para los legistas ingleses que buscaban construir una teoría que sustentase la limitación jurídica del poder del monarca.<sup>65</sup> Ya en 1215 se produciría el primer gran avance hacia ese propósito de limitación del poder del monarca, con la Carta Magna. En esta relación contractual, se establecían limitaciones a la supremacía feudal del rey, límites al derecho de impuesto,

---

<sup>62</sup> Los autores de este trabajo, toman en cuenta los procesos revolucionarios que tienen ocurrencia en Inglaterra desde 1640 hasta la revolución gloriosa, denominándola en lo que quizás es un atrevimiento histórico como Revolución Inglesa en singular, pero se hace de esta forma por cuestiones metodológicas. Esta idea de llamar a este periodo como una gran revolución, pertenece a Hobbes, sin embargo, no es la única posición existente sobre este punto, siendo importantes las posiciones de Laslett quien considera impropio hablar de una revolución en singular por las diferencias políticas que existieron entre cada uno de los movimientos revolucionarios, o Christopher Hill quien considera que fueron varias fases revolucionarias lo ocurridas en ese periodo. Respecto a este punto se puede ver ROMERO Gibella, Pablo. *El radicalismo en la revolución inglesa: crisis constitucional y crisis de conciencia en el siglo del absolutismo*

<sup>63</sup> En LÖWENSTEIN, Karl, Teoría de la constitución pág. 158, se da como fecha el año 1678. Por su parte Fioravanti nos dice que es el año 1689.

<sup>64</sup> Nos dice FIORAVANTI que los ingleses llegaron también a conocer la república romana con su limitación de poderes --que consistía en la existencia de un gobierno mixto que limitaba el poder de los cónsules, del senado y de las asambleas-- a través de la obra *Los Discursos De Nicolás de Maquiavelo* (particularmente *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*, escrito entre 1515 y 1519). Según expone, existe una causalidad entre el conocimiento de dicha obra y la búsqueda del establecimiento de un gobierno mixto que limitara el poder del monarca, en la que se representarían dos componentes: el aristocrático y el popular, que se consumaría con la creación del Parlamento Bicameral de Harrington.

<sup>65</sup> DE VEGA García, Pedro, Ob. cit. págs. 24-25.



limitaciones a su supremacía judicial, y al establecimiento de un Comité de resistencia para el caso de que estas prescripciones no se respetaran. Aun así, este documento se encontraba muy lejos de ser una constitución, en la acepción liberal de la misma; primero, porque respondía al modelo económico y político estamentario feudal, es decir, no había espacio para la burguesía, era un acuerdo entre nobles y el rey; segundo, porque como era un documento con carácter de acuerdo entre las partes, tenía la naturaleza de obligaciones libremente pactadas en un contrato de Derecho Civil—Common Law— y no la imperativa de una constitución en la que se ata al poder constituido a lo que diga el poder constituyente; y, tercero, porque no incorpora ningún principio democrático, lo cual era imposible dentro de una sociedad como la feudal, rígidamente estamentaria, donde la cuna determinaba la posición social sin posibilidad de que esta variase para la época.<sup>66</sup>

Otra conquista importante, fue el **Estatuto de Tallagio non concedendo** promulgado por Eduardo I en el año 1296 según el cual ningún tributo podía ser impuesto sin el asentimiento de los prelados, barones, burgueses. A pesar de estas conquistas, es hasta el siglo XVII, en medio de una inestabilidad política y vertiginosidad belicosa, donde se da el paso crucial y definitivo para el establecimiento del primer Estado Constitucional Liberal. La incidencia de las reformas protestantes con Calvino y Lutero<sup>67</sup> y la separación de la iglesia católica que se había producido en Inglaterra con Enrique VIII, habían creado el marco perfecto para que se estimulara los procesos de racionalización en el que se pusiera de presente la autoconciencia política, que ya se comenzaba a evidenciar en algunos discursos del parlamento, como el de sir Edward Coke *"el rey no puede ni mediante proclamación ni de otro modo, cambiar parte alguna del derecho común, ya se trate de las leyes o de las costumbres del reino"*.<sup>68</sup> Estas coincidencias excepcionales favorecieron la formación de una monarquía constitucional en Inglaterra pero fueron muy específicas de allí<sup>69</sup>. Tal situación no se había vivido en el resto de Europa<sup>70</sup>. Lo que

---

<sup>66</sup> SATRÚSTEGUI Gil-Delgado, Miguel. **La magna carta: realidad y mito del constitucionalismo pactista medieval**. Historia constitucional: Revista Electrónica de Historia Constitucional, N.º. 10, 2009, págs. 243-262.

<sup>67</sup> Cfr. WEBER, Max. *La Ética protestante y el espíritu del capitalismo*. México, Fondo de Cultura Económica, 2012.

<sup>68</sup> MACILLWAIN, Charles, constitucionalismo antiguo y moderno, citado por Landa, Cesar. **Tribunal Constitucional y Estado Democrático**. Primera Edición. Universidad Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999.

<sup>69</sup> La destrucción de la armada invencible que hizo que desapareciera el estado de excepción declarado por la Reina Isabel, que obligaba al parlamento a someterse a su liderazgo; la ascensión al trono de la dinastía de los Estuardo; el germen de disidencia religiosa que reclamaban su derecho a auto

todos perciben es una ruptura entre el Parlamento y el deseo de restablecer el absolutismo de los primeros Estuardos, en especial Carlos I.

En 1654 con el **Instrument of government** de Cromwell, se da la primera constitución escrita moderna, totalmente articulada<sup>71</sup>, la cual no tendría mucha vigencia con la restauración de la monarquía en 1660. Finalmente, con la **Glorious Revolution** de Oliver Cromwell en 1688, se concretaría la monarquía constitucional y el **rule of law** inglés, consolidándose así el primer Gobierno constitucional moderno<sup>72</sup>. Aquí no existió constitución escrita, sino que la convicción popular le dio carácter de constitución a regulación que estaban en leyes de orden fundamental (Habeas corpus, Bill Of Rights). Hay un aspecto que no puede pasar por alto en el proceso revolucionario inglés y que es otra característica esencial de este; **la fortaleza y poder cuasi supremo del parlamento, que no solo legisla sino que cogobierna** sumado a la inexistencia de una constitución escrita, impidió que existiera un sistema de freno a ese poder legislativo que se realizara por parte de la rama judicial, es decir, una corte o tribunal que ejerciera control efectivo sobre las leyes que este emitía.

### 3.2.2. LA REVOLUCIÓN ESTADOUNIDENSE

Las colonias inglesas en América ---unas más que otras-- gozaron de mucha autonomía política y administrativa por parte de la corona inglesa durante los siglos XVII y parte del XVIII, esto se debió a que algunas de las trece colonias en sus inicios no prometían prosperidad económica por lo que no generaban ganancia significativa alguna a la metrópoli, de allí que Londres no se mostraba muy interesada en establecer un aparato administrativo viable en las colonias; incluso

---

determinarse, apartándose del clericalismo de la Iglesia Estatal; la nueva clase media en el Parlamento, son algunos de las coincidencias que nos enuncia Karl Löwenstein, ob. cit. pág. 158.

<sup>70</sup> ROMERO Gabella, Pablo. **El radicalismo en la revolución inglesa: crisis constitucional y crisis de conciencia en el siglo del absolutismo**, Historia constitucional: Revista Electrónica de Historia Constitucional, N°. 3, 2002, pág. 218.

<sup>71</sup> LÖWENSTEIN, Karl. Ob. cit., pág. 158.

<sup>72</sup> Algunos autores señalan que el siglo siguiente (XVIII) evidenció que Inglaterra seguía siendo absolutista, solo que este absolutismo ya no recaía sobre la figura del monarca, sino sobre el parlamento que ahora era todopoderoso. Al respecto BLACKSTONE, William. **Commentaires on the laws of England, volume I Of the Rights of persons**, primera edición de 1765-1769, Chicago, The university of Chicago Press, 1979.

la autonomía de las colonias llegó a tal punto que en parte del siglo XVIII se crearon comités o asambleas que establecían sus propios impuestos.<sup>73</sup>

Este ambiente, de relativa autonomía que se gozaba en las colonias, se vio interrumpido con la amenaza militar francesa con ocasión de la guerra de los siete años. Una vez terminada en 1763, la corona Inglesa estimó necesario aumentar la tasa impositiva que recaía sobre las colonias de tal forma que estas contribuyeran a los gastos de mantenimiento del Imperio, siendo la medida más importante el **American Revenue Act**. Esto generó un ambiente de rechazo en las colonias, que no tenían representación política en el parlamento inglés por lo que consideraron que los impuestos soslayaban la autonomía de la que venían gozando. A la postre, este sería el embrión que generó el ánimo independentista de los colonos norteamericanos, que ya en 1765 empezaba a ver sus primeros frutos con la creación de comités y congresos de patriotas. En Virginia el 30 de mayo de ese mismo año en el desarrollo de uno de esos congresos, se dirá que las nuevas medidas tributarias debían considerarse "**ilegales, inconstitucionales, e injustas**", es la primera vez en la historia moderna que se utiliza el término constitución en sentido normativo--jerárquico sobre la ley.<sup>74</sup>

El conflicto bélico independentista que se sitúa entre los años 1775 y 1783 -con la declaración americana de independencia en 1776 y una victoria decisiva de los patriotas en 1781, llevaría en el año 1787 a la aprobación de la Constitución de Filadelfia, estatuto jurídico de los nacientes Estados Unidos De América. A diferencia de Inglaterra, fue necesario una constitución escrita, debido a la heterogeneidad poblacional de las trece colonias y a la costumbre de ser gobernados por cartas escritas; además, la constitución no solo consagra el estatuto jurídico del ejercicio del poder, sino también la protección de los derechos individuales, con lo que no se fundamentalizaron estos derechos como en Inglaterra (véase por ejemplo Habeas corpus, Bill Of Rights) sino que se constitucionalizaron<sup>75</sup>. Esto representa un hito

---

<sup>73</sup> KNÖBL, Wolfgang. *La contingencia de la independencia y de la revolución: perspectivas teóricas y comparadas sobre américa latina*. América latina hoy: Revista de ciencias sociales, ISSN 1130-2887, VOL. 57, 2011 págs. 21 y 22.

<sup>74</sup> FIORAVANTI. Ob. Cit. pág. 104.

<sup>75</sup> GONZÁLEZ Quintero Rodrigo. **Poder y Constitución: una aproximación al constitucionalismo de los primeros tiempos republicanos en Norteamérica y en la Nueva Granada**. Ambiente Jurídico, N°. 12, 2009, págs. 33-62. Pág. 25.

importante en la historia constitucional. En este constitucionalismo se construye un sistema claramente definido de pesos y contrapesos entre los distintos detentadores del poder--otra diferencia con el constitucionalismo inglés--, aquí se desarrolla por primera vez una de las formas de gobierno de mayor relevancia en la historia reciente: el gobierno presidencial y se estatuye el principio democrático en la constitución<sup>76</sup>; *Es en este modelo donde surge por primera vez el control constitucional por parte de la suprema corte* y el Estado democrático--constitucional liberal empieza a tomar forma definitiva, pues claramente se articulan dos principios, el democrático y el de supremacía constitucional y se evidencia la bipartición entre poder constituyente y poder constituido.

Una diferencia fundamental de la revolución Norteamérica con las revoluciones liberales que tuvieron lugar en Europa, y que es un símil con las revoluciones independentistas latinoamericanas, es que anterior a la proclamación política de un nuevo Estado a través de la constitución de Filadelfia, no existía un concepto de nación "norteamericana", es decir, el proceso político estadounidense fue a la inversa a lo que respecta al papel que juega en Europa los Estados-Nación, pues como lo demuestran los sucesivos conflictos civiles --siendo la más importante la de secesión-- la formación de la nación estadounidense sigue siendo un proceso largo y doloroso ya que lo primero fue la formación del Estado<sup>77</sup>.

### **3.2.3. LA REVOLUCIÓN FRANCESA<sup>78</sup>**

En siglo XVIII se gestó la revolución francesa, en el año de 1789 el Parlamento feudal francés denominado "Los Estados Generales" fue convocado por Luis XVI y los partidos burgueses, los nobles que querían modificar el orden feudal y el "Clero progresista" empezaron a gestar lo que sería la caída de la monarquía francesa. El 17 de junio de 1789 se estableció la Asamblea Nacional, para posteriormente convertirse en Constituyente el 9 de julio del mismo año,

---

<sup>76</sup> Por ejemplo se consagraba el artículo 1 sección II y sección III de la constitución de Filadelfia: La Cámara de Representantes estará compuesta de Miembros elegidos cada dos Años por el Pueblo de los distintos Estados, y los Electores en cada Estado deberán llenar los Requisitos exigidos a los Electores de la Rama más numerosa de la Asamblea Legislativa de dicho Estado (...)El Senado de los Estados Unidos estará formado por dos Senadores por cada Estado [elegidos por sus respectivas Asambleas Legislativas], para periodos de seis Años; y cada Senador tendrá derecho a un Voto.

<sup>77</sup>KNÖBL ob. cit. pág. 25

<sup>78</sup> Se analiza principalmente el periodo revolucionario comprendido entre 1789 y 1792.

conformada por los antes citados. Se establecen las bases de la revolución liberal de Francia, en la que los poderes ejecutivo, legislativo y judicial se separarían de la figura del monarca. Cinco días más tarde se produjo la toma de la Bastilla<sup>79</sup> y con ella, el ayuntamiento de París se pone a la vanguardia del proceso revolucionario.

La revolución francesa más que un hecho histórico debe catalogarse como un proceso histórico complejo en el que los factores reales de poder de esa época modificaron sus bases ideológicas y construyeron una nueva perspectiva para la conformación de dicho estado. La economía francesa queda resentida por las guerras de religión entre el cristianismo y el islam por el control político de la llamada "tierra santa" de Jerusalén, en lo que denominará "Las Cruzadas". Invocando el poder de Dios, los reyes franceses que apoyaron las mismas esperaban controlar el comercio del Mediterráneo pero sus finanzas colapsaron y apelaron al crédito de los servicios bancarios de los Templarios y de los banqueros de las ciudades hasta que Felipe el Hermoso, a principios del siglo XIV destruye la orden del Temple y acaba con el César—papismo al llevarse la sede pontificia de Roma a Avignon.

La modernidad había devastado las bases ideológicas de la fe hacia el siglo XVI y junto con la nueva clase adinerada--la burguesía--, surgieron nuevos estilos de pensamiento<sup>80</sup>, por un lado el protestantismo alentaba a sus fieles a la acumulación del capital por medio de la relectura de la parábola de los talentos (Calvino), mientras que de otro lado, el pensamiento científico (Encabezado por Descartes y Galileo) había desacreditado todo conocimiento que no pudiese ser constatable (y expresable matemáticamente), por lo que la religión no tenía sentido. Sin embargo, la iglesia logró sobrevivir y de algún modo coparticipaba del juego del poder con las coronas europeas, pero hacia el siglo XVII la filosofía contractualista del estado<sup>81</sup> penetró en las universidades y las gentes de la época soñaban con la firma del verdadero contrato social pero para celebrarlo la lucha política violenta era necesaria.

---

<sup>79</sup> La causa de este famoso y trascendental hecho es el nombramiento de un ministro aristócrata por parte del rey como reacción a la formación de la constituyente (Necker por Breteuil).

<sup>80</sup> El pensamiento científico con DESCARTES, y el desarrollo del protestantismo con LUTERO y CALVINO.

<sup>81</sup> Véase ROUSSEAU, LOCKE, MONTESQUIEU.

La revolución francesa hace parte de lo que la teoría política llama "Revoluciones de Izquierda" que son políticas, sociales, jurídicas y económicas, mientras que las de Derecha son políticas y jurídicas, algunas veces sociales pero nunca económicas. Bajo ese imaginario, la burguesía con conciencia de clase se levanta contra el antiguo régimen monárquico de Luis XVI, con la notable influencia del pensamiento ilustrado. Una serie de confrontaciones armadas, que llevaría a la decisiva toma del palacio de la Bastilla por el pueblo el 14 de Julio de 1789 y la posterior creación de la asamblea nacional constituyente francesa que se encargaría de la proclamación de una Constitución<sup>82</sup>. En Francia, la burguesía, más radical que en Inglaterra, no vio con buenos ojos la supervivencia del régimen monárquico con la conversión a monarquía limitada constitucional, sino que estimó necesario la eliminación total de esa forma de gobierno<sup>83</sup>; la revolución se afirmó en la supremacía de los derechos individuales liberales y la primacía de la soberanía de la nación --idea que le debemos a Sieyès-- y principalmente de sus legisladores --poder constituido--, como otra fuente para combatir el pasado<sup>84</sup>. Nos dice Fioravanti acerca de la idea de nación<sup>85</sup>:

### **3.2.3.1. La declaración de los derechos del hombre.**

El documento firmado por Maximilien Robespierre titulado "*la declaración de los derechos del hombre*", sirvió de fundamento dogmático de la constitución francesa de 1791 apareciendo como preámbulo de la misma. En palabras de Jaques Pirenne<sup>86</sup> "*Dotado de todas las libertades, el individuo llega a ser el centro de un nuevo sistema jurídico y político que procede del modo de pensar del siglo XVIII, pero que representa el estadio final de la emancipación individual que ha proseguido en todo el Occidente a través de la Edad Media y los tiempos modernos*". Se consagra la separación de los poderes públicos (ejecutivo, legislativo y judicial), también del patrimonio del rey y del estado, incluso la constitución francesa de 1791 le pone un sueldo al monarca, el legislativo se conforma en Asamblea, los hombres nacerán libres e iguales en sus derechos y ante la ley, nadie podrá ser procesado si no existiere una ley previa,

---

<sup>82</sup> Para profundizar sobre aspectos históricos más precisos ver MERCADO Pérez, David. *Manual de Teoría Constitucional*. Rodríguez Quito Editores, Bogotá, 2008.

<sup>83</sup> La idea de una monarquía constitucional existió en Francia en 1791 en el seno de la asamblea nacional constituyente pero finalmente esta idea sucumbiría en la guillotina en 1792.

<sup>84</sup> LÓPEZ Silva, José. *La consagración del principio de seguridad jurídica* Revista Prolegómenos. Derechos y Valores de la Facultad de Derecho, Vol. 14, N°. 28, 2011, págs.121-134, pág. 25

<sup>85</sup> FIORAVANTI Ob. Cit. pág. 113.

<sup>86</sup> PIRENNE, JACQUES, *Historia universal Tomo V*, Editorial Éxito, S.A. 1972.

se promulgan las libertades de prensa, de opinión y económica, erigiéndose la propiedad privada como un derecho fundamental<sup>87</sup> de todos los ciudadanos.<sup>88</sup>

El proceso revolucionario francés, nos permite observar con mayor evidencia la fisonomía que acompaña y desemboca en la creación de una constitución, esa bipartición entre poder constituyente y poder constituido, que no deja de ser una creación puramente liberal, para auto legitimarse en la imposición del nuevo estatuto jurídico del poder que incorpora derecho y garantías fundamentales (véase proclamación de derechos del hombre y del ciudadano) que son un límite al ejercicio del poder; y es que en Francia ocurre un fenómeno muy peculiar, no solo los derechos naturales del hombre se fundamentalizaron -como en Inglaterra- sino que también fueron constitucionalizados -como en Estado Unidos-<sup>89</sup>, y ello se debió en gran medida, a la necesidad de tener que combatir ese pasado del que trataban de escapar: el feudalismo. *Quien debía asumir la formidable tarea de demoler todo el conjunto de las relaciones políticas y sociales del antiguo régimen no podía permitirse el lujo de concebir el pueblo soberano solo como origen y fundamento de la constitución. Ese pueblo debía entenderse más bien, en sentido plenamente político, como el soberano que a través de la constitución representa y sostiene el proceso revolucionario.*

Como revolución burguesa que fue, la revolución francesa representa *la culminación de la idea de ciudadano burgués vinculado a la propiedad privada, lo cual llevaría a tensiones de carácter axiológico entre el derecho de propiedad y los derecho de igualdad y libertad al interior de la asamblea nacional constituyente francesa y de la política francesa en general*<sup>90</sup>; un problema fundamental del liberalismo del que parece no poder escapar y que aún hoy es centro de debate. Este problema tiene incidencia sobre la manera de concebir la democracia, pues la propiedad, en las democracias embrionarias liberales, era un límite al ejercicio del derecho al

---

<sup>87</sup> No se trata aquí del término "Fundamental" como producto del estado social o constitucional de derecho actual, sino como adjetivo de acuerdo con la libertad económica).

<sup>88</sup> PIRENNE, JACQUES, *Historia universal Tomo V*, Editorial Éxito, S.A. 1972.

<sup>89</sup> BREWER-CARÍAS, Allan Randolph. *Los aportes de la revolución francesa al constitucionalismo*, *Ars Boni et Aequi*, Vol. 7, N°. 2, 2011, págs. 111-142 pág. 14.

<sup>90</sup> FERNÁNDEZ Sarasola, Ignacio. *Historia constitucional*. Revista Electrónica de Historia Constitucional, ISSN N°. 2, 2001, pág. 223.

voto (voto censatario), este es el pecado de cuna del liberalismo, que nació con miedo al demos<sup>91</sup>.

Por último, otro de los aspectos más importantes de esta revolución, es que de esta experiencia procede la convicción reinante de que una Constitución (escrita) es la única forma dignificada de gobierno humano (Sieyès, Benjamín Constant, Royer-Collard, Guizot)<sup>92</sup>, pese a que la idea original se implantara primero en Estados Unidos (Constitución de Filadelfia), es a estos autores que debemos su desarrollo teórico. Por ello, el constitucionalismo liberal moderno que se implantará posteriormente en la mayoría de Estados occidentales hace de la constitución escrita algo paradigmático, aunado a los ya mencionados principios democráticos y de supremacía constitucional.

---

<sup>91</sup> MERCADO Pérez, David. Manual de Teoría *Constitucional*. Primera Edición, Rodríguez Quito Editores, Bogotá, 2008.

<sup>92</sup> Loewenstein, Karl. Ob. Cit. pág. 9.



## 4. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD, SUS MODALIDADES

Conforme a lo estudiado, la idea de constitucionalismo y constitución se confunden con la **concepción liberal misma**. Para la existencia del ideal liberal es imprescindible la existencia de **la Constitución, entendida como el estatuto jurídico del poder**<sup>93</sup>, a través del cual se establecen los límites y se reglamenta el ejercicio del poder político en un Estado. Esta organización –llamada estado constitucional liberal moderno– se distingue por cimentar su estructura sobre dos principios, uno político democrático, y otro jurídico constitucional<sup>94</sup>; es decir, bajo esta perspectiva el constitucionalismo es un sistema jurídico autosuficiente, en cuanto él es el que reglamenta el ejercicio del poder en el sistema político democrático; existe una coexistencia necesaria e indefectible entre ambos principios –democrático y jurídico–, la exclusión de alguno de los dos, impide que se hable de una organización política constitucional. La idea de una constitución es trascendental desde esta perspectiva; puesto que es esta el instrumento que materializa los límites a los poderes del Leviatán--Estado, mientras se organiza el ejercicio del poder. En todo caso también en este enfoque se considera al constitucionalismo como una ideología<sup>95</sup>, aspecto coincidente con la primera postura analizada

### 4.1. EL MODELO NORTEAMERICANO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

El modelo de control de constitucionalidad nace en Estados Unidos a partir de la famosa sentencia del caso *Madbury vs Madison*, que inaugura el derecho constitucional moderno y responde a las necesidades políticas y económicas peculiares de la naciente sociedad

---

<sup>93</sup> "Desde esta perspectiva la constitución regula cuatro formas de relación con el poder: El derecho al poder, el derecho del poder, el derecho ante el poder, y el control del poder" VALADES, Diego. *Constitución y Democracia*. Primera Edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas P.G. de J. del D.F., México, Año 2000.

<sup>94</sup> DE VEGA, Pedro. **La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente**. Primera Edición, Segunda Reimpresión, Editorial Tecnos, Madrid, 1991.

<sup>95</sup> DE VEGA, Pedro. **Mundialización y Derecho Constitucional: para una palingenesis de la realidad constitucional**. Primera Edición, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Bogotá, 1998.

norteamericana. Por ello, como muchos autores sostienen, las consideraciones a partir del mismo deben partir del análisis del contexto en el que surge, pues jamás puede llegar a considerarse como un producto del iluminado John Marshall<sup>96</sup>. Dichas necesidades son pre y post-revolución de Independencia. Desde lo político, el constitucionalismo que surge en América pretende que el sistema claramente definido de pesos y contrapesos entre los distintos detentadores del poder funcione, lo que marcaba una diferencia con la organización constitucional en Inglaterra. No debe perderse de vista que en Norteamérica se desarrolla por primera vez una de las formas de gobierno de mayor relevancia en la historia reciente: el presidencial mientras se estatuye el principio democrático en la constitución<sup>97</sup>. Evidentemente no se puede dejar de mencionar que las características propias del federalismo influían sobre manera en ese diseño constitucional pretendido.

Con la revolución norteamericana se empieza a dibujar el Estado democrático--constitucional liberal, pues claramente se buscaba la primacía del principio democrático sobre la base institucional del Estado. Aspecto no menor a considerar es que una diferencia fundamental de la revolución Norteamérica con las revoluciones liberales que tuvieron lugar en Europa y que es un símil con las revoluciones independentistas latinoamericanas, radica en que antes de la proclamación política del nuevo Estado a través de la constitución de Filadelfia, **no existía un concepto de nación "norteamericana"**, es decir, el proceso político estadounidense fue a la inversa en lo que respecta al papel que juega en Europa el nacimiento y consolidación de los Estados-Nación, pues como lo demuestran las sucesivas guerras --siendo la más importante la de secesión-- la formación de la nación estadounidense es un proceso largo y sinuoso. Lo que se logró primero fue la proclamación del Estado después se formaría la Nación.<sup>98</sup>

---

<sup>96</sup>VIVEIROS, Mauro. El control de constitucionalidad: el sistema brasileño como un modelo híbrido o dual. tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2010, pág. 14

<sup>97</sup> Por ejemplo se consagraba el artículo 1 sección II y sección III de la constitución de Filadelfia: La Cámara de Representantes estará compuesta de Miembros elegidos cada dos Años por el Pueblo de los distintos Estados, y los Electores en cada Estado deberán llenar los Requisitos exigidos a los Electores de la Rama más numerosa de la Asamblea Legislativa de dicho Estado (...)El Senado de los Estados Unidos estará formado por dos Senadores por cada Estado [elegidos por sus respectivas Asambleas Legislativas], para periodos de seis Años; y cada Senador tendrá derecho a un Voto.

<sup>98</sup>KNÖBL, Wolfgang, **"La contingencia de la independencia y de la revolución: perspectivas teóricas y comparadas sobre América latina"**. en: América latina hoy: Revista de ciencias sociales, , VOL. 57, 2011 págs. 15 - 49

Por otro lado, desde el punto de vista económico, la sociedad se encontraba dominada por la presencia de un gran número de personas propietarias de tierras y cultivadores, que diferían sustancialmente de las florecientes sociedades burguesas europeas, principalmente la inglesa donde había comenzado la Revolución Industrial y el proceso de industrialización empezaba a tomar forma. Proceso que en América empezaría tardíamente pero a un ritmo más acelerado después de las guerras napoleónicas, cuando los ingleses declaran la guerra a sus antiguas colonias que están practicando el proteccionismo y ponen trabas al tráfico comercial de las mercaderías inglesas y queman lo que hasta ese momento se había construido de la ciudad de Washington. Todo lo cual ponía a las dos sociedades en comparación, en perspectivas problemáticas distintas, que inevitablemente se van a reflejar en la organización política que se desarrollaría en las primeras décadas de vida de Estados Unidos.<sup>99</sup>

El diseño institucional establecido en la constitución de Filadelfia de 1787, con sus primeras enmiendas, reflejan esa necesidad propia de la sociedad norteamericana, que se manifestó en el hecho de considerar la constitución como un verdadero contrato social y un COVENANT o pacto hecho **“una sola vez y para siempre”** tal como en Inglaterra, con las implicaciones que ello trae. Son innegables las profundas influencias iusnaturalistas que estuvieron presente en el proceso revolucionario y en el proceso de creación de la constitución. La idea de la libertad de los ciudadanos, puesta al lado de poderes constituidos todos limitados por la separación de poderes y controlándose entre sí por el mecanismo del "checks and balances". Lo que se traduce en la idea básica de un poder soberano limitado y puesto en cabeza de sus instituciones<sup>100</sup>. Como sostiene Viveiros la característica esencial de la Constitución americana<sup>101</sup>: *“(…) es el hecho de representar el propio acto de fundación del país y no apenas su carta política, siendo considerada por la doctrina como expresión autorizada del contrato*

---

<sup>99</sup> Todo lo cual lleva a pensar, que en ningún caso el proceso de constitucionalización en Norteamérica, representa una copia o imitación del modelo constitucional inglés. Eran dos tradiciones que política y económicamente se encontraban muy alejadas, lo cual se iba traducir como ya se señaló en el diseño constitucional. Es en ese contexto que Marshall pronuncia su célebre sentencia que da origen al control de constitucionalidad moderno.

<sup>100</sup> Aquí también es posible observar una diferencia con el constitucionalismo inglés. Los americanos habían sido receptivos de las críticas que ya se había hecho palpable contra el aparente sistema democrático limitado inglés. Y es que algunos autores señalaban ya por el siglo siguiente (XVIII) que se evidenció que Inglaterra seguía siendo absolutista, solo que este absolutismo ya no recaía sobre la figura del monarca, sino sobre el parlamento que ahora era todopoderoso. Recuérdese además que el parlamento inglés era a la vez tribunal y legislativo.

<sup>101</sup> VIVEIROS, Mauro. Ob. cit. Pág. 22.

social que une los ciudadanos y legítima las autoridades instituidas. Pero, el elemento fundamental, la gran aportación americana, fue plasmar en una Constitución escrita ese parámetro normativo superior que decide la validez de las leyes del Parlamento. Una vez que la fuerza vinculante del *higher law* se ha trasladado a estas nuevas bases, dice Corwin, "la noción de soberanía del órgano legislativo desaparece automáticamente, puesto que no puede ser soberano un cuerpo creador de derecho que está subordinado a otro cuerpo creador de derecho". Además, **tal como se estructuraban los derechos en la Constitución, sobre los cuales era imposible negociar, 'un asunto de justicia', la supremacía constitucional había de conducir, de forma necesaria, a algún tipo de control de las leyes, dada la noción que se tenía de que la vulneración de la Constitución imponía la máxima sanción: la nulidad. Y ese tipo de control sólo podría entenderse como judicial, dada la lógica comprensión de que, por un lado, el vulnerar la Constitución era vulnerar la Ley de las leyes, y, por otro, porque una inconstitucionalidad perpetrada por el parlamento no dejaba de representar un conflicto, un litigio del cual debería hacerse cargo el único poder competente.**" (Negrillas nuestras)

Se hace patente así que, en un primer momento, *no era necesaria la consagración de una cláusula constitucional que permitiera el control de constitucionalidad de las leyes, sino que antes, esta era más bien la consecuencia lógica y necesaria del sistema político y de la idea de derecho que tenía el constituyente norteamericano.*

Sumado a ella, desde un punto de vista psicológico, la mentalidad del estadounidense de querer establecer un sistema contrapuesto al Inglés, considerado como abusivo, le llevaría a que no se depositara plenamente la confianza en una sola de las ramas del poder público (como es la legislativa) sino en todas, por lo que nada impediría que depositada confianza en el poder judicial, se desechara el escepticismo frente al mismo, y este pudiera también entrar a juzgar las leyes, basada en la lógica del *common law*. También, se hace menester mencionar la distinta concepción ideológica de la constitución que se tenía en Norteamérica, **donde esta era considerada por si misma Derecho**, a diferencia de lo que se establecía en Europa y que originaría las mayores problemáticas para el derecho, en el que la se entendía que la

constitución no era por sí mismo derecho, y que esta nacía a partir de la ley. Hechas esas precisiones, conviene analizar la sentencia del caso *Madbury vs Madison* misma, veamos:

#### 4.1.1. EL CASO MADBURY VS. MADISON.

La tradición constitucional norteamericana es muy peculiar, está claramente definida como republicana, federalista, y demo--liberal, que articula su soberanía sobre el pueblo, con lo que se instauraba de manera clara el principio democrático, fundamental para el constitucionalismo liberal moderno. *El principio de supremacía constitucional –Su Texto es Derecho que subordina a todos los demás-- se empieza a decantar a partir del control de constitucionalidad que, lógicamente, entra a tensionar el sistema con el principio democrático.* Es, si se quiere, lo mismo que pasó en Atenas y ya explicamos. Desde que se fraguara la constitución de Filadelfia, los padres fundadores ya concebían la idea de una limitación al poder legislativo para evitar que se repitieran los excesos cometidos en Inglaterra por el Parlamento. Fue así como uno de esos padres fundadores Alexander Hamilton insistía con empeño, en la independencia de los jueces como partícula esencial para una Constitución limitada, pues preveía que las mayores amenazas para el orden constitucional provienen desde dentro<sup>102</sup>. Dice Gargarella<sup>103</sup> que todo el modelo de la Constitución de 1787 *"Responde claramente a la idea de bloquear la formación de facciones e impedir posibles "desbordes" de los órganos mayoritarios".* **Es la suprema corte de los Estados Unidos, la que se auto habilita como defensora del principio de supremacía constitucional, pues la Constitución no había establecido de manera explícita los mecanismos y el procedimiento para los casos en lo que se trasgrediera ese sagrado principio.** De esta forma, si el ejecutivo y el legislativo son los representantes materiales del principio democrático y su actuación se encuentra legitimada en ese sentido, lo más razonable en un modelo político constitucional donde es fundamental el equilibrio de poderes, era que el guardián del principio de supremacía constitucional fuera la rama judicial, para que de esa forma hiciera freno efectivo a los demás poderes (Sistema de Pesos y Contrapesos).

---

<sup>102</sup> SANÍN, Ricardo. *Historia de la teoría política moderna*, primera edición, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2002, pág. 164.

<sup>103</sup> Citado por CARBONEL, Miguel. *Madbury vs Madison: regreso a la leyenda*, pág. 11. se encuentra en: [http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Marbury\\_versus\\_Madison.pdf](http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Marbury_versus_Madison.pdf).

Este caso --punto de quiebre del constitucionalismo moderno-- ofrece aspectos sumamente importantes sobre la teoría general de la constitución (con el aspecto de la supremacía constitucional), de teoría de derecho procesal constitucional (con el papel de los jueces ante las leyes inconstitucionales)<sup>104</sup> y a la doctrina de límites al poder de reforma del poder constituido (pues en la sentencia se trata también sobre límite al poder de reforma del poder constituido)<sup>105</sup>. Con esta sentencia se inaugura la judicial review, y el primer modelo de control judicial de la supremacía de la constitución.

Es la tradición jurídica liberal norteamericana la que nos ofrece por primera vez en el constitucionalismo moderno, el principio de supremacía constitucional con el caso de *Madbury vs Madison*. Desde que se fraguara la constitución de Filadelfia, los padres fundadores ya concebían la idea de una limitación al poder legislativo para evitar que se repitieran los excesos cometidos en Inglaterra por el Parlamento. Fue así como uno de esos padres fundadores Alexander Hamilton insistía con empeño, en la independencia de los jueces como partícula esencial para una Constitución limitada, pues preveía que las mayores amenazas para el orden constitucional provienen desde dentro<sup>106</sup>. Dice Gargarella<sup>107</sup> que todo el modelo de la Constitución de 1787 **"Responde claramente a la idea de bloquear la formación de facciones e impedir posibles "desbordes" de los órganos mayoritarios"**. Es la suprema corte de los Estados Unidos, la que se auto habilita como defensora del principio de supremacía constitucional, pues la Constitución no había establecido de manera explícita los mecanismos y el procedimiento para los casos en lo que se trasgrediera ese sagrado principio. De esta forma, si el ejecutivo y el legislativo son los representantes materiales del principio democrático y su actuación se encuentra legitimada en ese sentido, lo más razonable en un modelo político constitucional, donde es fundamental el equilibrio de poderes, era que el guardián del principio de supremacía constitucional fuera la rama judicial, para que de esa forma hiciera freno efectivo a los demás poderes (System of checks and balances).

---

<sup>104</sup> *Ibidem*, pág. 1.

<sup>105</sup> DE VEGA, Pedro. Ob. Cit. pág. 41.

<sup>106</sup> SANÍN, Ricardo. *Historia de la teoría política moderna*, primera edición, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2002, pág. 164.

<sup>107</sup> Citado por CARBONELL, Miguel. *Madbury vs Madison: regreso a la leyenda*, pág. 11. se encuentra en: [http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Marbury\\_versus\\_Madison.pdf](http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Marbury_versus_Madison.pdf)

Este caso --punto de quiebre del constitucionalismo moderno-- ofrece aspectos sumamente importantes sobre la teoría general de la constitución (con el aspecto de la supremacía constitucional), de teoría de derecho procesal constitucional (con el papel de los jueces ante las leyes inconstitucionales)<sup>108</sup> y a la doctrina de límites al poder de reforma del poder constituido (pues en la sentencia se trata también sobre límite al poder de reforma del poder constituido)<sup>109</sup>. Con esta sentencia se inaugura la judicial review, y el primer modelo de control judicial de la supremacía de la constitución.

Esta sentencia paradigma es la respuesta fundamental a varias preguntas que se generan de las tensiones entre democracia y constitución, o más exactamente, entre el principio de supremacía constitucional y el principio democrático ¿a quién corresponde la defensa de la Constitución?, ¿cuál es el poder, el órgano o el procedimiento más eficiente para ejercer el control de constitucionalidad en la difícil misión de asegurar la supremacía de la norma fundamental?<sup>110</sup> ¿Qué debe hacer el juez cuando en un caso del que esté conociendo se le presente la alternativa de aplicar una ley o aplicar la Constitución si entre ellas existe una insalvable contradicción?<sup>111</sup> ¿Cuál es el lugar que ocupa la Constitución en el ordenamiento jurídico? La respuesta es fundamental: **la defensa de la Constitución corresponde a la rama judicial por ser el órgano más independiente, y debe tener la finalidad de la permanente búsqueda de la optimización y armonización de los principios democráticos y de supremacía constitucional.** La suprema corte precedida por el Juez Marshall<sup>112</sup> es consciente

---

<sup>108</sup> Ibidem

<sup>109</sup> DE VEGA, Pedro. *La reforma Constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Editorial Tecnos, 1991, pág. 41.

<sup>110</sup> AMAYA, Jorge Alejandro. *Madbury vs Madison o De antiguas y modernas tensiones entre democracia y constitución*. Revista de estudios jurídicos, N° 10, 2010, págs. 105-130.

<sup>111</sup> CARBONELL, Miguel. Ob. Cit. pág. 11.

<sup>112</sup> Algunos datos relevantes sobre la biografía de John Marshall: Nacido en 1775, era el mayor de una familia de 15 hijos. Su familia era una de las principales de Fauquier County en el Estado de Virginia. Junto a su padre, Marshall desarrolló durante su adolescencia y juventud tareas en las grandes plantaciones familiares. Su camino a la suprema corte se comienza a preparar en diciembre del año 1800. cuando el tercer presidente de la Corte, Oliver Ellsworth, renuncia al cargo. El presidente de los Estados Unidos, John Adams, nombra entonces a John Jay para sustituirlo; Jay ya había sido el primer presidente de la Corte. Jay terminó no aceptando el cargo. Adams consideró entonces que el nombramiento debía recaer en Marshall, que en ese momento ocupaba el cargo de secretario de Estado del Gobierno Federal. Con ese nombramiento Adams intentaba escapar al fuego cruzado que se estaba librando entre el partido federalista y el anti-federalista. Cuando Marshall toma posesión como Presidente de la Corte el poder judicial era por mucho la rama de gobierno menos respetada y la más débil. Además, la posición política de Marshall era especialmente complicada, ya que tenía enfrente a

del problema que representa la tensión entre estos principios, por ello se pregunta en la sentencia "¿Si el poder legislativo cambiase una norma constitucional, el principio (de supremacía) constitucional debería ceder ante el acto legislativo?". El principio de supremacía constitucional queda coronado de la siguiente forma<sup>113</sup>: *O es la constitución una ley superior, suprema, inalterable en forma ordinaria, o bien se halla al mismo nivel que la legislación ordinaria y, como una ley cualquiera, puede ser modificada cuando el cuerpo legislativo lo desee. Si la primera alternativa es válida, entonces una ley del cuerpo legislativo contraria a la Constitución no será legal; si es válida la segunda alternativa, entonces las Constituciones escritas son absurdas tentativas que el pueblo efectuaría para limitar un poder que por su propia naturaleza sería ilimitable.*

Con la revisión judicial de las leyes se consagra el valor normativo--jerárquico supremo de la Constitución, que armoniza el principio democrático en todo su espectro, pues la Constitución se hace inmune a la violación por las leyes ordinarias de las mayorías transitorias del Congreso, las cuales se implicaran judicialmente en un caso concreto al estar opuestas y ser inferiores a la constitución, con lo que se logra proteger también a las minorías<sup>114</sup>; y se asegura que el poder soberano y constituyente del pueblo se convierta en soberanía jurídica de la constitución, mediante la limitación y restricción del poder constituido. Es un proceso abstracto de conversión de un principio político (soberanía del pueblo) en un principio jurídico (soberanía de la constitución), por medio del proceso de sustantivación objetivante por medio del cual el derecho se inventa y se reinventa a sí mismo.<sup>115</sup>

Otro aspecto clave de la sentencia, es que la decisión que aplica la suprema corte **no es la de expulsar por completo la norma que contraria la constitución, sino inaplicarla, lo que genera consecuencias totalmente dispares.** En la expulsión del ordenamiento de la norma que contraria la constitución esta deja de existir en el ordenamiento jurídico, no puede producir

---

un presidente de los Estados Unidos del partido rival (Jefferson) y un congreso que también estaba dominado por ese partido. CARBONELL, Miguel. Ob. Cit. pág. 2,3 y 4.

<sup>113</sup> Sentencia *Madbury vs Madison*, citada en DE VEGA Pedro, ob. cit. pág. 42.

<sup>114</sup> LANDA, Cesar *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Primera Edición. Universidad Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, pág. 43.

<sup>115</sup> MERCADO Pérez David, *La Interpretación en el Derecho*, en "Revista Jurídica", Ed. N°. 15 Facultad de Derecho de la Universidad de Cartagena.



efecto jurídico alguno, el efecto de la sentencia es como modernamente se ha denominado "Erga Omnes". En la inaplicación de la norma jurídica por contrariar la constitución, la decisión se encuentra supeditada al caso concreto y a futuros casos con supuestos facticos similares, pero en todo caso la norma no desaparece del ordenamiento jurídico, aunque en la práctica si el juicio de constitucionalidad es realizado por la suprema corte se dice que la ley está muerta, y también tiene efectos erga omnes. Con la sentencia de Marshall<sup>116</sup> se crea el "**control de constitucionalidad difuso**", porque se habilitó a la "rama judicial" para la defensa de la supremacía de la constitución, por lo que cualquier juez de la Unión que en un caso de su competencia se encuentre con una norma que contraria abiertamente la constitución, tiene la facultad y el deber de inaplicarla.

#### **4.1.2. EL CASO CONCRETO DEL PRECEDENTE MARSHALL**

Un análisis del caso concreto presentado en la sentencia permite observar las tensiones y el contexto político en que se generó la génesis del control de la supremacía de la Constitución de la historia moderna, pues **un análisis abstracto obvia un aspecto importante de los tribunales constitucionales el que estos son tribunales políticos, y por tanto con función política**<sup>117</sup>. John Marshall era el secretario de Estado del presidente Adams (4 de marzo de 1797 – 4 de marzo de 1801) quien pertenecía al partido federalista; para el periodo presidencial siguiente ganó la presidencia Tomas Jefferson, quien pertenecía al partido anti-federalista, que también había ganado las mayorías en el congreso. Adams, antes de abandonar su cargo como presidente y con las mayorías en el congreso todavía federalistas,

---

<sup>116</sup> Algunos datos relevantes sobre la biografía de John Marshall: Nacido en 1775, era el mayor de una familia de 15 hijos, esta era una de las principales de Fauquier County en el Estado de Virginia. Junto a su padre, Marshall desarrolló durante su adolescencia y juventud tareas en las grandes plantaciones tabacaleras. Su camino a la suprema corte se comienza a preparar en diciembre del año 1800. cuando el tercer presidente de la Corte, Oliver Ellsworth, renuncia a la magistratura. El presidente de los Estados Unidos, John Adams, nombra entonces a John Jay para sustituirlo; Jay ya había sido el primer presidente de la Corte. Jay no acepta el cargo. Adams consideró entonces que el nombramiento debía recaer en Marshall, que en ese momento ocupaba el cargo de secretario de Estado del Gobierno Federal. Con ese nombramiento Adams intentaba escapar al fuego cruzado que se estaba librando entre el partido federalista y el anti-federalista. Cuando Marshall toma posesión como Magistrado de la Corte el poder judicial era por mucho la rama de gobierno menos respetada y la más débil. Además, la posición política de Marshall era especialmente complicada, ya que tenía enfrente a un presidente de los Estados Unidos del partido rival (Jefferson) y un congreso que también estaba dominado por ese partido. Carbonel, Miguel. Ob. Cit. pág. 2,3 y 4.

<sup>117</sup> Sobre la función política de la suprema corte de los Estados Unidos Leer: LÖWENSTEIN, Karl. **La función política del tribunal supremo de los Estados Unidos** (Comentarios en torno al caso Baker vs Carr). Revista de estudios políticos, N° 133, 1964, págs. 5-40.

nombró a Marshall como magistrado de la suprema corte de los Estados Unidos. Marshall asumió después el cargo de presidente de la corte, mientras seguía desempeñando sus funciones como secretario de Estado. En ese contexto el congreso --que todavía era federalista-- debatió y aprobó dos leyes: Una sobre las cortes del circuito, que duplicaba el número de dichos jueces; y la otra, una ley orgánica en la que se autorizaba el nombramiento de 42 jueces de paz en el distrito de Columbia, donde se encontraba Washington. Adams antes de salir de la presidencia firmó el nombramiento de los nuevos jueces --todos federalistas--, y correspondía al Secretario de Estado --que era Marshall-- el sellamiento y notificación de los nombramientos para que estuviera completa y conforme a derecho. Al momento de Jefferson asumir la presidencia, algunos nombramientos de jueces no habían sido aún notificados, entre los cuales se encontraba el del Juez Madbury, por lo que Jefferson en una jugada política ordenó a su Secretario de Estado Madison --encargado de hacer las notificaciones-- detener los envíos restantes, y en otra jugada más audaz, en el congreso que para ese momento tenía mayorías anti-federalista, se aprueba una ley que deroga la aprobada en el gobierno de Adams sobre las cortes del circuito, con lo que quedaban en el aire todos los puestos creados en dicha ley<sup>118</sup>.

Los jueces William Madbury, Dennis Ramsey, Robert Townsend Hooe y William Harper que no habían sido notificados de su nombramiento, promovieron una acción -previa solicitud de notificación ante el secretario de Estado-, solicitando la notificación de su nombramiento, para poder entrar a ejercer el cargo. De ese del caso, se deduce que existía un interés muy personal de Marshall, por lo que se ha planteado que la sentencia no solo es la confrontación entre supremacía constitucional y democracia, sino también entre John Marshall contra Tomas Jefferson; el presidente de la suprema corte contra el presidente de los Estados Unidos, poder judicial contra el poder ejecutivo; y un conflicto partidista entre federalistas y anti-federalistas<sup>119</sup>.

La sentencia para un análisis del caso, se plantea tres problemas jurídicos como puntos de partida argumentativos: ¿Tiene el demandante derecho al nombramiento que solicita?; Si tiene tal derecho, y ese derecho le ha sido negado, ¿Las leyes del país ofrecen un remedio?; y ¿Ese

---

<sup>118</sup> LANDA, Cesar ob. cit. pág42, 41 y CARBONELL, Miguel Ob. cit. pág. 9, 10.

<sup>119</sup> AMAYA, Jorge Ob. Cit. Pág. 6.

remedio es un mandamus<sup>120</sup> que debe expedir esta Corte?<sup>121</sup> Al primer interrogante, la corte responde que si tienen derecho los accionantes conforme a las leyes y el procedimiento de nombramiento de los cargos, el cual según la sentencia, termina cuando se da el nombramiento en el cargo, independiente de que se halla o no notificado o comunicado. A la segunda pregunta, se responderá que si existe un remedio en el ordenamiento jurídico del país. Y, a la tercera pregunta se responderá que **es el mandamus la acción procesal correcta**, y esta última respuesta, desencadenara la pregunta esencial de la sentencia que inaugura el Judicial Review ¿Es la ley que regula la competencia de la Corte para la expedición del mandamus conforme a la constitución?, aquí la respuesta es negativa, ya que la sección tercera de la Judiciary Act de 1789 que autorizaba el mandamus, es violatoria del artículo III de la Constitución, que según su interpretación enumeraba todas las hipótesis de jurisdicción originaria<sup>122</sup>. Es un aspecto que no deja de ser curioso que Marshall haya encaminado su argumentación hacia la declaratoria de inconstitucionalidad de esa parte de la Judiciary Act, pues esta nada tenía que ver con el derecho al cargo que Madbury reclamaba, ni tampoco con la argumentación utilizada por Madison para negarle el derecho a Madbury, ni mucho menos se trataba de una disposición que afectara derechos de alguna persona, que estableciera obligaciones, penas o impuestos; se trataba de una ley en que se le daba un poder de manera amplia a la misma suprema corte<sup>123</sup>.

En la práctica no se llegó a reponer a Madbury en su cargo, en cuanto, la declaratoria de inaplicación por inconstitucional de una ley, solo recaía sobre actos del congreso, mas no sobre actos discrecionales o si se quiere arbitrarios del poder ejecutivo. En suma, el análisis de la sentencia deja claro varios aspectos para el constitucionalismo norteamericano:

- La Constitución tiene el mayor valor normativo--jerárquico al interior del ordenamiento jurídico.
- Los tribunales constitucionales, son tribunales políticos.

---

<sup>120</sup> Ibidem.

<sup>121</sup> Ibidem. Pág. 10.

<sup>122</sup> Ibidem, págs. 10 y 11.

<sup>123</sup> CLEMENTE Valdez. Madbury vs Madison. Un Ensayo sobre el origen del poder de los jueces en Estados Unidos. Jurídica: anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, N°. 35, 2005, págs.345-376.

- El control constitucional funcionalmente se estructura sobre la independencia de la rama judicial por lo que ella es la garante de la defensa jurídica de la constitución
- El principio de supremacía de la constitución es un límite al ejercicio del poder constituido, y por tanto, un límite a la democracia.

#### **4.1.2.1. Características del modelo norteamericano**

Como corolario de lo anteriormente mencionado podemos establecer las características conceptuales del modelo norteamericano de control judicial:

- *Es un control difuso*: en la medida en que el control de constitucionalidad no se encuentra puesto en cabeza exclusivamente de un tribunal, sino que está puesto en todos aquellos jueces o tribunales que tengan que decidir sobre una controversia en la que inexorablemente se deba decidir sobre la constitucionalidad de un precepto de carácter legal. En este punto es importante la estructura del sistema judicial norteamericano, en cuanto la importancia que reviste la denominada "legal rule". El precedente sentado por un tribunal de mayor jerarquía debe ser respetado por sí mismo y por los demás jueces de menor jerarquía, igual que si fuera un juez de menor jerarquía le corresponderá respetar su propio precedente, el de sus iguales, y en igual medida el de sus superiores, puesto que la jurisdicción se entiende como un poder único. Lógicamente, el precedente de la suprema corte, como órgano federal, es vinculante para todos los demás jueces y para sí misma.

- *Es un control incidental*: Dado que el control de constitucionalidad es propuesto como una cuestión incidental, puesto que el proceso en el que se promueve no se ocupa principalmente de un debate de carácter constitucional, sino que puede ser de carácter civil, laboral, penal; en el cual el debate sobre la constitucionalidad de los preceptos legales que se buscan aplicar, y toma un papel preponderante y esencial, y relevante para la determinación de una decisión para el caso concreto. Como la misma es una cuestión incidental al proceso, solo puede ser propuesta por los sujetos intervinientes del mismo.

- *No produce la expulsión de la norma enjuiciada del ordenamiento jurídico*: se puede considerar como una consecuencia de la anterior característica, en la medida en que el proceso en que se promueve la discusión sobre la constitucionalidad de la ley que se pretende aplicar, su declaratoria de inconstitucional no conduce a la expulsión del ordenamiento, sino solo su inaplicabilidad para el caso concreto, y para futuros casos en que el precedente judicial

generado a partir de la decisión, sea también aplicable. Ahora bien es necesario mencionar que cuando la misma es producida por la suprema corte, en virtud del denominado principio *Stare Decisis*, no opera plenamente esta característica, en cuanto se considera que la ley que la suprema corte considero inaplicable para el caso concreto por inconstitucional, se inaplica para todos los demás casos. Es decir, ocurre que la misma en la práctica es tomada como ley muerta, aunque no lo esté desde un punto de vista de lo que los americanos denominan in "the books". Podemos decir, que la declaratoria de inconstitucionalidad opera sobre su eficacia y no sobre su vigencia.

- *Es un control que no se encuentra establecido en el texto constitucional:* como hemos visto el control de constitucionalidad no se establece en el texto constitucional, sino que el mismo responde a la dinámica propia del constitucionalismo norteamericano, es una consecuencia lógica de la constitución.

#### **4.2. EL MODELO EUROPEO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD**

En la Europa surgida de las revoluciones liberales--burguesas se entendió de una forma distinta el principio de separación de poderes. Como vimos en Norteamérica el entendimiento de este principio había sido esencial para la construcción del control de constitucionalidad, ya que se entendía que todo poder constituido, es un poder limitado, que necesariamente necesitaba de controles. En Europa, existía cierto escepticismo frente a la figura del juez, se tenía miedo a que pudiese incurrir en arbitrariedades, se le relego al papel de simple boca de la ley, por lo que era inconcebible que pudiese juzgar la ley a la que se encontraba sometido, y de la cual era simplemente una voz.

Por ello, puede plantearse, en términos generales, que en el siglo XIX en Europa se dio un exilio de la ideología constitucional; Contrario a lo ocurrido en Norteamérica, donde a partir de la sentencia *Madbury vs Madison*, se inauguró la *judicial review*, materializándose el principio de supremacía de la constitución, en Europa se mantuvo en letargo el liberalismo --con una burguesía ya posicionada y consolidada económica y políticamente—este se volvió reaccionario, por lo que distaba mucho de aquella filosofía que pregonaba derechos naturales

en la era revolucionaria, "había una profunda diferencia en tono y espíritu"<sup>124</sup>, se estuvo muy lejos de consolidar el principio de supremacía constitucional que es el que permite en última la eficacia normativa de la constitución, por lo que esta fue objeto de las más fuertes críticas. Las más severas desnudaban los problemas y paradojas en las que se envolvía el liberalismo, desde la izquierda con el progresista Lasalle, afirmarían que la constitución es una mera hoja de papel, desde la derecha con el conservador Von Stein sostendría que *"la libertad solo existe para quienes tiene las condiciones sociales y materiales que les permitan disfrutar de ella"*, y la crítica más radical desde el marxismo que haría su aparición a mitad de siglo --con el advenimiento de una nueva clase, la obrera--, utilizando una interpretación hegeliana de la historia, desecharía una de las bases sobre la que se construye el liberalismo: la sociedad civil, al respecto diría Marx<sup>125</sup>: *"Cuando la sociedad civil coloca realmente su existencia política como su verdadera existencia, coloca al mismo tiempo su existencia civil, en su distinción de la política, como no esencial. De esta forma, con la decadencia separada de una de las partes, se destruye la otra. La reforma electoral equivale, por consiguiente, dentro del Estado político abstracto, a la disolución de éste, y al mismo tiempo a la disolución de la sociedad civil"*.

La burguesía, lejos de ese espíritu revolucionario, experimenta un miedo al principio democrático, tenía miedo al *demos*, al excluir del "pacto social" y de los procesos electorales a través del voto censatario y capacitario<sup>126</sup> a los campesinos. Así, *en la Europa decimonónica, no se estableció una verdadera articulación del principio democrático, pero fue mucho más evidente el abandono del principio de supremacía constitucional*, pues este --según el paradigma norteamericano-- solo puede ser ejercido por tribunales de justicia, y esa idea no tuvo calado, ni en los periodos revolucionarios ni en los años siguientes, solo sería hasta el siglo XX cuando Kelsen reelaboraría la doctrina norteamericana para su introducción en Europa. El hecho de que no hubiese sido posible establecer tribunales constitucionales en Europa, hasta entrado el siglo XX, se suele sostener en que la tradición europea revolucionaria y posrevolucionaria de siglos XVII al XIX, distaba mucho en condiciones sociales, económicas y políticas de la tradición norteamericana; mientras el proceso revolucionario estadounidense se

---

<sup>124</sup> SABINE G. Historia de la teoría política. México, Fondo de Cultura Económica., 2000.

<sup>125</sup> MARX, Karl. Crítica de la filosofía del derecho de Hegel. Ediciones del Signo, 2004. Primera edición. Buenos Aires.

<sup>126</sup>Sobre las inconsistencias políticas del liberalismo decimonónico leer SANÍN, Ricardo Ob. Cit. págs. 186-197.

inició en oposición a un parlamento fuerte que aparecía como "*the great oppressor*" y los tribunales aparecen como "*the role of the liberator*"; en Europa era una situación distinta porque los procesos revolucionarios son en contra de un rey tirano asistido por jueces, y por ello la liberación tenía que ser la tarea de la cámara legislativa de un órgano de representación popular<sup>127</sup>; y sumado a ello se creó la denominada doctrina de infalibilidad del Parlamento. De Vega<sup>128</sup> también señala que en el siglo XIX Europeo se produjo un olvido en política -adrede (?)- de la distinción entre poder constituyente y poder constituido, lo que traduciría jurídicamente en una completa indiferenciación entre Constitución y Ley Ordinaria.

Sin embargo, pese a todo ese contexto, en el siglo XIX existió un intento en Europa de establecer un sistema de control de constitucionalidad, corresponde al caso de la Constitución Suiza de 1874, en la que se instituye un modelo de control de constitucionalidad autónomo, concentrado -en oposición al difuso norteamericano- y con efectos generales de la constitucionalidad de las leyes, a través del cual sólo las leyes cantonales, y no las federales, podrían ser objeto de control en aquella federación mediante el recurso y reclamación de derecho público, estas son las primeras pinceladas para la creación del modelo de control constitucional Europeo<sup>129</sup>.

#### **4.2.1. EL MODELO DE CONTROL PROPUESTO POR HANS KELSEN**

Con Hans Kelsen y la escuela vienesa de la teoría jurídica, en las primeras décadas del siglo XX, se comienza a elaborar teóricamente el sistema de control de constitucionalidad Europeo, pero para ello tenía que establecerse de una vez por todas, el principio de supremacía de la constitución, por lo que se ideó la pirámide normativa --de Adolf Merkl<sup>130</sup>-- en la que la

---

<sup>127</sup> FERNÁNDEZ Segado, Francisco, El sistema Constitucional español, Madrid, DYKINSON, 1992, p. 1035.

<sup>128</sup> DE VEGA. Ob. Cit. pág. 45.

<sup>129</sup> VIVEIROS, Mauro. ob. cit. pág. 60.

<sup>130</sup> Nos dice KUCSKO-STADLMAYER que "La teoría llamada "*estructura escalonada del ordenamiento jurídico*" es una de las tesis más influyentes que Merkl desarrolla en el marco de la teoría pura del Derecho y que sería incorporada por Kelsen a su sistema como "una parte esencial" de la Teoría pura del derecho. La meta de Merkl es describir la estructura del ordenamiento jurídico, para lo cual parte de la base la comprensión del sistema de las fuentes del Derecho positivo y su relación recíproca" en Kucsko- Stadlmayer, Gabriele. La contribución de Adolf Merkl a la teoría pura del derecho se encuentra en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/244/ek/ek9.pdf> Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídica de la UNAM.

constitución tiene el valor normativo--jerárquico más alto pues la norma fundamental que se encuentra por encima en la pirámide es una norma meta-jurídica. Kelsen nos dice que la Constitución en virtud de esa pirámide de formas jurídicas, es el fundamento del Estado y la base del orden jurídico y que la constitución constituye por tanto "*un principio donde se expresa jurídicamente el equilibrio de fuerzas políticas en un momento determinado, es la norma que regula la elaboración de las leyes, de las normas generales en ejecución de las cuales se ejerce la actividad de los órganos estatales, tribunales y autoridades administrativas*"<sup>131</sup>. Así, era necesario crear tribunales constitucionales que se encargaran de velar por la supremacía de la constitución, mediante la declaratoria de la inconstitucionalidad de las leyes dictadas por el parlamento que no se ajustaran a los procedimientos de elaboración de las leyes fijados en la constitución -control negativo de constitucionalidad-; esto significa reconocer que el legislador se equivoca y por tanto dejar atrás *la doctrina de infalibilidad del legislador*, un gran avance en la ideología constitucional liberal.

Kelsen como buen positivista, concibe el ordenamiento jurídico desde una perspectiva formalista, por lo que fija el centro de su teoría en la unidad formal del sistema que está asentada en el procedimiento de expedición de las normas, y deja a un lado casi por completo su contenido, lo que ha sido objeto de muchas críticas, puesto que el mismo Kelsen reconoce que **"la constitución en sentido material coincide con la constitución en sentido formal"**<sup>132</sup>, o visto de otro modo la constitución en sentido formal es la que define el sentido material de la misma. Kelsen plantea la necesidad de que se garantizara jurisdiccionalmente la supremacía de la constitución para que no se quebrara el orden jurídico-formal, y ello se materializa mediante la técnica de anulación de los actos inconstitucionales que realiza el tribunal constitucional<sup>133</sup>.

Un modelo parecido al que se implantaría en la Constitución de Weimar (1919), que en su artículo 13 contenía una cláusula de prevalencia que le permitía a la jurisdicción constitucional controlar las leyes del Reich, también resolvía esta jurisdicción los conflictos que se suscitaban

---

<sup>131</sup> KELSEN, Hans. La garantía jurisdiccional (La justicia Constitucional) traducido por Rolando Tamayo y Salmoran, Primera edición, México, Universidad Autónoma Nacional de México, 2001, pág. 21.

<sup>132</sup> Ibidem, pág. 22.

<sup>133</sup> Ibidem, pág. 52.



entre los *Bund* (Federación) y los *Länder* (estados federados). La Constitución de Weimar, no hacía referencia alguna al control de constitucionalidad material de las leyes, hecho que suscitaría un intenso debate a nivel doctrinal<sup>134</sup>, en la práctica la falta de control material sobre las leyes llevaría al estrepitoso fracaso de la Constitución de Weimar, por lo que algunos han llevado a denominar este periodo como "Una República sin repúblicas" o "Una democracia sin demócratas"<sup>135</sup>. Pero sería la Constitución Austriaca de 1920, donde a partir de la inmensa colaboración de Kelsen, se fijarían finalmente los lineamientos más importantes del sistema Europeo de control de constitucionalidad. Se crea así, un tribunal constitucional con independencia de los poderes ejecutivos y legislativos e, incluso, de la jurisprudencia de los demás tribunales<sup>136</sup>. Los lineamientos y características más importantes del sistema implantado en Austria, y que en general caracterizan al modelo europeo de control de constitucionalidad son<sup>137</sup>:

1. Un "control concentrado" opuesto al difuso.
2. La inconstitucionalidad de las leyes sólo podía ser verificada por un *órgano creado al efecto* para realizar esta función (Tribunal Constitucional);
3. El control sólo podía llevarse a cabo una vez que la *norma* hubiese sido *promulgada*, por eso se habla de control *represivo* o *a posteriori*;
4. El objeto de la verificación de constitucionalidad, eran tanto las *normas federales* como las *de los Länder*;
5. El control no surgía como un incidente en un proceso sino que la impugnación de la norma se realizaba con *abstracción* de su aplicación a cualquier caso concreto;
6. La declaración de inconstitucionalidad tenía *efectos erga omnes*.
7. El control solo surgía a instancia de sujetos determinados, y no a instancia de los jueces.

---

<sup>134</sup>VIVEIROS, Mauro, ob. cit. pág. 62

<sup>135</sup> Sobre este punto ver: ÁLVAREZ, Leonardo. *La Constitución de Weimar ¿Una república sin republicanos?* en: revista de historia constitucional, Madrid, N° 12, 2011.

<sup>136</sup> VIVEIROS, Mauro, Ob. cit. pág. 63.

<sup>137</sup> Ibidem, pág. 64.

El modelo Kelseniano de tribunal constitucional al reducir el control de constitucionalidad de los actos jurídicos solo a la validez de su expedición conforme a los procedimientos previamente establecidos *deja por fuera la salvaguarda de los contenidos materiales de la constitución*, olvidada un aspecto importante del control de constitucionalidad norteamericano: el que se surtía por medio de dicho control la salvaguarda y protección a las minorías políticas. Se sacrificó en pos del formalismo un constitucionalismo como sistema político. Por ello, posteriormente ocurriría lo inevitable que las mayorías democráticas aplastaran la minoría acabando con la misma democracia, cuando los Nazis llegan al poder. Se olvidó por completo el principio democrático, que no involucra única y exclusivamente la soberanía popular que representa el parlamento, aspecto que después de acaecida la segunda guerra mundial y en un acto de humildad, Kelsen reivindicaría<sup>138</sup> al afirmar: *"el destino de la democracia moderna depende en gran medida de una configuración sistemática de todas las instituciones de control. La democracia sin control es a la larga imposible, pues el abandono de la autolimitación que representa el principio de legalidad supone la disolución de la democracia"*.<sup>139</sup>

#### **4.2.2. KARL SCHMITT Y EL DECISIONISMO CONSTITUCIONAL**

Con Karl Schmitt el constitucionalismo liberal recibe los ataques más fuertes teórica y políticamente. Schmitt, fue redactor del proyecto de Constitución de Weimar --en la que sostendría debates con Kelsen sobre quien debía ser el defensor de la Constitución<sup>140</sup>-, Constitución que posteriormente el mismo ayudaría a despedazar, como ideólogo nazi y como teórico realista, Schmitt esboza una de las críticas más formidables sobre la realidad política del constitucionalismo liberal *"las condiciones fácticas y los supuestos empíricos no se adaptan al modelo teórico previamente elaborado, los fundamentos ideales en que dicho se apoya no pasan de ser meros encubrimientos ideológicos de una práctica desdeñable. Con lo cual, la*

---

<sup>138</sup> KELSEN, Hans. *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Editorial Debate, Madrid, 1988, pág. 181.

<sup>139</sup> Por ello, a partir de la segunda posguerra se adoptara por modelos que son más bien una mixtura del norteamericano y los europeos, en los cuales lo que se busca es establecer una convergencias entre puntos, que van siempre encaminados hacia un papel de la jurisdicción como "legislador positivo", y en los se establecen también características novedosas que no son posibles encontrar en las caracterizaciones tradicionales de uno u otro modelo. Papel de legislador positivo que encuentra sentido y significación a partir del Estado Constitucional surgido de la posguerra en mención.

<sup>140</sup> De hecho le debemos a Schmitt, el haber advertido que **"la demanda de un protector de la constitución suele ser un síntoma que evidencia situaciones críticas para la propia constitución"**. TAJADURA Tejada, Javier. Hans Kelsen: un jurista demócrata ante la crisis de la constitución. En biblioteca jurídica virtual del instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM. [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)

*teoría constitucional liberal, se puede concluir sin exageración, queda relegada a una simple ficción (o juego de mentiras)*<sup>141</sup>. Schmitt centra su crítica sobre la endeble distinción liberal entre acto constitucional, poder constituyente, y poder constituido, dijo que "el acto constitucional del Estado Liberal burgués no es constitutivo de nada, ni siquiera del propio Estado, al igual que la sociedad, se da como presupuesto"<sup>142</sup>, por lo que si la realidad no corresponde con el modelo, había que desechar este último. En Schmitt la Constitución es concebida como la expresión de la decisión política fundamental (Grundentscheidung)<sup>143</sup>.

¿Quién debe ser el defensor de la constitución? es un aspecto sumamente importante para el constitucionalismo liberal porque es la que permite la eficacia de la supremacía constitucional, en Schmitt en contraposición a Kelsen -que la colocaba en un tribunal- coloca como defensor de la constitución al jefe de Estado, esto es lo que posteriormente llevaría bajo el flujo irremediable de las circunstancias a la instauración del Führerprinzip. El principio de supremacía de la constitución se convierte en principio de supremacía del jefe. ¿Pero por qué colocar al jefe de Estado como defensor de la Constitución? Según Schmitt ello debe ser así porque la decisión política fundamental no puede estar en manos del parlamento (que al son de discusiones impide su eficacia) y mucho menos de un tribunal, solo el Presidente del Reich es el único capaz de asegurar la unidad política a través de la eficacia de la decisión política fundamental del pueblo alemán. La certera crítica de Schmitt contra del liberalismo conduce a consecuencias quizás inesperadas para él, al hacer de una crítica inmanente una crítica trascendente<sup>144</sup>, la destrucción misma del constitucionalismo liberal lleva inevitablemente a las nefastas consecuencias que llevarán a la humanidad a la mayor catástrofe bélica y humana de la historia; para no hablar de que permiten el positivismo nazi y las leyes raciales.

#### **4.2.3. HERMANN HELLER Y EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO**

La obra de este autor, pese a ubicarse temporalmente entre la finalización de la primera guerra mundial y la toma del poder del Nazismo en 1933, tiene incalculables repercusiones e

---

<sup>141</sup> DE VEGA, Pedro. "Prologo" a la defensa de la constitución, cita de Tajadura, Javier. Ob. cit.

<sup>142</sup> MERCADO Pérez, David. Ob. Cit. pág. 164.

<sup>143</sup> ÁLVAREZ, Leonardo. La Constitución de Weimar ¿Una república sin republicanos? pág. 455

<sup>144</sup> DE VEGA, Pedro. "Prologo" a la defensa de la constitución, cita de TAJADURA, Javier. Ob. cit.

influencias en las doctrinas jurídicas que se desarrollan a partir de la finalización de la segunda guerra mundial<sup>145</sup>. Y tal relevancia se debe no solo a su concepción sobre lo que denominó "Estado social de derecho", sino también a la crítica que formuló al fascismo por su doble condición de socialista y judío<sup>146</sup> y principalmente al formalismo y a la teoría del Estado de Kelsen. Para Heller en **la ideología fascista, todas las ideas no eran más que disfraces racionalistas de una voluntad irracional; en el que el poder mismo se caracterizaba porque el acto siempre precede a la norma**<sup>147</sup>.

Por otra parte, el formalismo, representaba un intento por reducirlo todo a un sistema con la pretensión de convertir el mundo en una unidad lógica, matemática, lo que inspiraba el carácter cada vez más calculador de la economía capitalista<sup>148</sup>. Una de sus concepciones más importantes fue plantear que **el estado no forma parte del mundo de la naturaleza, ni del mundo del espíritu o la idea, sino que pertenece al mundo de la cultura**<sup>149</sup>, o sea, el mundo en el que los fenómenos de la naturaleza son transformados por la actividad humana, dirigidos hacia la realización de ciertos valores espirituales<sup>150</sup>. Así mismo, el derecho (en referencia al

---

<sup>145</sup> La obra estaba casi olvidada para su época y es solo hasta 1960 que se retoma la misma por los seguidores de Smend; nos dice OLIVER LEPSIUS que *"a partir de 1960 se aprecia un regreso de Heller en los textos y en las notas a pie de página precisamente de los autores que se suelen insertar más bien en la "escuela de Smend". Dos elementos pueden estar en el origen de esto: la concepción normativa del Estado que es propia de Heller y su orientación metodológica, más propia de las ciencias sociales que de la filosofía, ofrecían el necesario respaldo para reparar los déficits de la teoría de la integración"*. En **El redescubrimiento de Weimar por parte de la doctrina del Derecho político de la República Federal alemana**. En: Historia constitucional: Revista Electrónica de Historia Constitucional, N° 9, 2008.

<sup>146</sup> MORESO, José Luis. Fascismo y crisis política de Europa: crítica del fascismo en Herman Heller (Primera parte). En: revista de derecho constitucional europeo, N° 6, 2006, págs. 357-421.

<sup>147</sup> *Ibidem*.

<sup>148</sup> HELLER, Hermann, **Europa y el fascismo** citado por MORESO Pérez, José Luis. Ob. cit.

<sup>149</sup> No es ingenua esta posición pues si lo ubicamos en el mundo de la naturaleza *"implicaba a juicio de Heller la infundada presuposición de que la sociedad, como la naturaleza, se regía por leyes inmutables, de que la convivencia había de acomodarse a principios heterónomos exteriores a la propia existencia colectiva. La referencia constante de esta visión a un presunto orden natural, además de constituir el pretexto con el que defender el statu quo burgués, suponía una estrategia históricamente desfasada y políticamente inhábil"*. MARTÍN, Javier. **Los fundamentos sociales, políticos y jurídicos del soziale Rechtsstaat: Una relectura de Hermann Heller (1891-1933)**. En: Revista Res Publica, vol. 25, 2011, págs. 151-175. Por otro lado, *"si lo ubicáramos en el mundo del espíritu este no sería más que una simple entelequia sin entidad real"*. No sobra recordar que el contexto de la obra de Heller, se da en el de la denominada "Controversia de los métodos y la orientación", que es un problema esencialmente de teoría del Estado, en el que participaron notables autores como Kelsen, Smend, Preuss, Triepel, entre otros.

<sup>150</sup> TREVES, Renato. La doctrina del Estado de Hermann Heller. Publicación digital en la página web de UNAM <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/25/dtr/dtr15.pdf>. Y en HELLER, Hermann, **Teoría del Estado**, Fondo de Cultura Económica, México, 1997.

derecho positivo) pertenece también al mundo de la cultura, donde este aparece como un **"ordenamiento normativo social"**, que está referido a los hombres, entendidos estos como seres capaces de querer y defender determinados intereses<sup>151</sup>. Entre los dos términos Estado y Derecho se establece una conexión recíproca y dialéctica, si alguno de los términos superara al otro lo absorbería y desaparecería<sup>152</sup>, esa relación se explica en cuanto el derecho tiene el carácter de formador del estado, y el estado tiene el carácter de formador del derecho<sup>153</sup>. Es por ello que se dice que Heller plantea una teoría del estado culturalmente integrada<sup>154</sup>.

También esboza la noción de norma (el ser en el concepto de la constitución) y normatividad (el deber ser en el concepto de la constitución); y plantea que existe una relación entre norma (ser) y normalidad (realidad), de lo cual surge **la distinción entre constitución normada y no normada; esta última es la Constitución real, que puede consistir en una normalidad sin normatividad, pero lo contrario no es posible (normatividad sin normalidad)**<sup>155</sup>. Dicha distinción, entre constitución real y constitución formal, es esencial para la fluctuación del principio democrático y el de supremacía constitucional, más aun si se tiene en cuenta para efectos de determinar la incidencia de los mismos para los límites al poder de reforma<sup>156</sup>: *"(...) lo que Heller nos enseña es que carece de sentido el acudir a la modificación formal de la literalidad del Texto Constitucional formalmente vigente cuando, en el terreno de la realidad político-jurídica, se ha producido el divorcio entre la Constitución formal y la Constitución real. Y ello, por la sencillísima razón de que, fuere cual fuere el sentido y el alcance de la revisión, la misma, al haber cambiado los principios y valores de la sociedad, no dejaría de generar una realidad inconstitucional. De esta suerte, nos encontramos con que, en un tal supuesto, la única salida realmente válida y política y jurídicamente conveniente, sería la de la apertura de un nuevo proceso revolucionario constituyente, cuyo resultado fuera la aprobación de una nueva*

---

<sup>151</sup> TREVES, Renato. ob. cit. Pág. 351.

<sup>152</sup> Como por ejemplo en la concepción de Schmitt se disolvería la concepción de derecho en la de estado, de tal manera que el estado no se encuentra sometido a reglas; la misma consideración es válida con respecto a Vyshinski. En Kelsen se sobrepone el concepto de Derecho al de Estado, el derecho es una forma autónoma independiente de un contenido cualquiera.

<sup>153</sup> TREVES, Renato. ob. cit. Pág. 352.

<sup>154</sup> VALADÉS, Diego. Peter Häberle: Un jurista para el siglo XXI (estudio Introdutorio). XXIII. Haberle Peter. El Estado Constitucional, México, Universidad Autónoma Nacional de México: Instituto de investigaciones jurídicas, 2003.

<sup>155</sup> Ibidem.

<sup>156</sup> RUIPÉREZ, Javier. **De la reforma constitucional y sus límites materiales. Consideraciones desde la Teoría del Estado y de la Constitución.** en: Revista Teoría y realidad constitucional, N° 30, 2012, págs. 89-138.

*Constitución que respondiera de verdad, y no de manera ficticia, a los principios y valores por los que, al margen del Derecho, rigen su vida los ciudadanos”.*

Por otra parte, Heller en cierta medida, se adhiere a la crítica marxista a la economía burguesa, por ello postula que la sociedad también forma parte del mundo de la cultura y en la misma interactúa con el Estado. Este es un aspecto trascendental, pues tal interacción cuando está referida a la relación sociedad económica--Estado, al tener la economía objetivos distintos al estado (cuyo objetivo es garantizar la cooperación social), este último para llegar a su objetivo, puede llegar a intervenir en la economía<sup>157</sup>. Nótese que en la teoría se articulan tres conceptos que circundan en el mundo de la cultura: 1. Estado 2. Sociedad 3. Derecho. No sobra recordar, que la intervención del Estado en la economía es uno de las características del Estado social de derecho. La articulación de esos tres conceptos produciría el estado social de derecho que Heller plantearía en su obra como una solución inevitable para evitar el totalitarismo, superar la insuficiencia del Estado de Derecho y, única respuesta posible a los conflictos de clase inmanentes en esa dualidad burguesía--proletariado<sup>158</sup>:

Para Heller el Estado de derecho es el resultado provisional de un proceso racionalizador del poder conforme el cual se reivindica y fortalece la burguesía, de manera progresiva, pero al mismo tiempo el proletariado a través de las organizaciones sindicales e inclusive mediante partidos, fortalece los órganos de representación en la mayoría de los casos controlados por sectores económicamente más poderosos. Para evitar o reducir esos conflictos, el Estado debe depurar sus instituciones y entrar a intervenir la economía para proteger a los sectores menos favorecidos, por eso debe hacer la transición del estado liberal de derecho clásico, al estado social de derecho (que su vez es un estado de transición hacia el socialismo). El estado social de derecho es una forma que dota de equilibrio jurídicamente regulando el conflicto entre el movimiento obrero y la burguesía, lo cual se logra mediante la limitación de la propiedad privada (eliminación del *Ius Abutendi*), la regulación jurídica del régimen laboral, la intervención del estado en el proceso productivo y la trasposición de la actividad económica del ámbito

---

<sup>157</sup> TREVES, Renato. ob. cit. Pág. 355.

<sup>158</sup> RODRÍGUEZ Muñoz, Iveth e IBARRA Lozano, Jairo. *Del estado de derecho al estado social de derecho*. En revista *Justicia Juris*, Vol. 10. Octubre 2008 - Marzo 2009. Págs. 9-15.

privatista al interés público<sup>159</sup>. Un aspecto no menor, es la incorporación de justicia material y de igualdad real, que impone cargas al estado<sup>160</sup>.

En el Estado social de derecho, lo decisivo ha de ser la igualdad en sentido material toda vez que en virtud del pacto, tiene la obligación, atendiendo a las relaciones sociales de poder, de corregir desigualdades, garantizando que los débiles socialmente cuenten con una libertad y una protección judicial equivalente a la de los socialmente favorecidos. Pero el estado social de derecho, busca también combatir --desde un punto de vista político-- las doctrinas fascistas y totalitaristas, es por ello que el mismo incorpora como elemento fundante la pluralidad y la participación política, como mecanismo de control efectivo que eviten formas dogmáticas de autoritarismo con consecuencias nefastas para la organización social. **Vemos, entonces, que el principio democrático es esencial y toma un nuevo matiz, pues la acción política que era conformadora de lo social, es posible solo a través de la pluralidad de cosmovisiones ideológicas**<sup>161</sup>. El estado social, es inseparable de la democracia, en la medida que ambos se complementan y confluyen hacia la eliminación de los conflictos económicos e ideológicos evitando la utilización de la violencia. Por supuesto, todo esto bajo el auspicio de un liberalismo ideológico que en un últimas lo que hace es utilizar de meretriz las doctrinas socialdemócratas para lograr sus cometidos.

#### 4.3.4. RUDOLF SMEND Y LA CONSTITUCIÓN COMO FORMA MORAL

El núcleo de su teoría lo construye durante la vigencia de la Constitución de la República de Weimar, su postura representaba la versión puesta al positivismo Kelseniano, y un intento de abordar el estudio del Estado, desde una perspectiva fenomenológica.<sup>162</sup> Desde dicho enfoque su doctrina es abiertamente anti positivista, pero sin lugar a dudas, su verdadera influencia estuvo ligada a la Ley fundamental de Bonn de 1949, cuando en cierta medida el positivismo quedó relegado por el devenir de los acontecimientos y su propuesta teórica resulto

---

<sup>159</sup>VALADÉS, Diego. *Constitución y Política*, 2A. Edición, México, Instituto de investigaciones jurídicas 1994, Pág. 62.

<sup>160</sup>TREMOLADA, Eric, "*Estado social: Un legado Europeo en entredicho*", En: Revista Electrónica de la Comunidad de Estudios y Relaciones Europeas, Junio de 2004. Págs. 1-10.

<sup>161</sup>MARTÍN, Javier. ob. cit. pág. 161.

<sup>162</sup>KELSEN por su parte se basaba en premisas epistemológicas y neokantianas.

especialmente apta. El lugar de Smend entre los clásicos de la teoría de la constitución y del derecho público está fuera de toda duda por su inigualable aporte en un periodo de incalculable convulsión política y por "su valor sugeridor —por acción o por reacción—, como el de todo clásico, es innegable, se comparta o no la justeza de sus opiniones"<sup>163</sup>.

La postura esencial de Smend nos habla sobre la denominada teoría de la "integración"<sup>164</sup>, con base a la misma propone que la noción de "Estado" no hace alusión a una característica estática ni a una mera ficción --persona jurídica dotada de derechos y obligaciones-, sino que él es **"una realidad espiritual que resulta de la interacción de procesos vitales individuales"**<sup>165</sup> y "un continuo proceso de laboriosa configuración social"<sup>166</sup>. En ese proceso denominado "integración", la constitución<sup>167</sup> juega un papel central<sup>168</sup>, al ser el ordenamiento

---

<sup>163</sup> GÓMEZ DE LA SERNA y FAVRE, José, "*Filósofos modernos del Derecho: Rudolf Smend*", En: Revista de estudios políticos, N° 54, 1950. Págs. 17-56.

<sup>164</sup> La tesis es que lo jurídico actúa como integración o formación de lo social. Esta concepción está ampliamente ligada al método sociológico (no hay que olvidar que la teoría también se enmarca en la llamada "controversia de los métodos y la orientación), y es determinante para entender por qué Smend plantea este método como el adecuado para entender las constituciones, alejándose de las concepciones de orden puramente normativo de los formalistas. Este giro metodológico lleva hacia las ciencias del espíritu pues parte del entendimiento de que el estado y la constitución son realidades espirituales, y ello equivale a intentar conectar las ideas de estado y constitución con valores (meta jurídicos). Esta posición, que carecía en cierta medida de contenidos normativos y más bien estaba plagada de contenidos filosóficos, le valdría la denominación de "Teólogo del Estado", utilizada por Kelsen, quien fue un acérrimo crítico de la teoría de la integración (la cual se puede ver en su libro "El Estado como integración". Una controversia de principio, estudio preliminar y trad. española de J. A. GARCÍA AMADO, Madrid, Tecnos 1997).

<sup>165</sup> VALADÉS, Diego. Ob. cit. XXI.

<sup>166</sup> VALADÉS, Diego. Ob. cit. XXI.

<sup>167</sup> Para SMEND "*la constitución estatal es la ordenación jurídica del Estado, o más exactamente, de la vida en que el Estado tiene su realidad vital (...)*". No se puede perder de vista que Smend -como anti positivista- introduce elementos morales en su concepción de constitución que se ven evidenciados, en primera medida, en el hecho de la negación de la teorías contractualista que responden en su metáfora a una concepción de la constitución como un mero negocio jurídico al que se llega por necesidad; y en segunda medida, a la introducción de una visión antropológica del hombre. La introducción de todos estos elementos que articulan su teoría, hace que la noción de constitución en Smend adquiera una concepción material y dinámica, la cual ha sido objeto de crítica, pues la misma según sus detractores supone poner en peligro la normatividad de la misma, al decir de KORIOTH "dinamizar a la Constitución pone en peligro a su normatividad. Smend subestimó la tarea de la Constitución de crear orden a través del Derecho. Para él, la estabilidad del Derecho constitucional, que asegura la predictibilidad, quedó en segundo plano ante la elasticidad de un sistema constitucional constantemente cambiante" KORIOTH citado por BRAGUE Camazano, Joaquín. La doctrina de Smend como punto de inflexión de la hermenéutica y concepción de los derechos fundamentales por los tribunales constitucionales a partir de la segunda posguerra. En: Revista Iberoamericana de derecho procesal constitucional, N° 11, 2009. Págs. 95-123.

<sup>168</sup> De tal forma que como nos dice Smend **"Solo hay tanto Estado, como constitucionalmente sea posible"**.



jurídico en el cual se canaliza, estimula y se normativiza los valores sobre los que existía acuerdo entre los ciudadanos<sup>169</sup>. Su oposición al positivismo formalista es evidente, en la medida en que el papel de la constitución no se establece en razón de su contenido o valor normativo, sino **"que es una unidad que actúa como ley vital de algo absolutamente concreto, y cuya esencia, por tanto, está más allá de su carácter técnico jurídico"**<sup>170</sup>.

A su vez, dicha integración puede ser de tres tipos<sup>171</sup>:

- Personal: hace alusión a los dirigentes políticos, los cuales mediante sus funciones objetivas, logran su objetivo el cual es cohesionar al grupo político que les sostiene. Este concepto de integración personal es problemático, en cuanto el mismo se encuentra muy ligado a la noción de cohesión, e interpretado aisladamente se puede prestar para que en una situación hipotética pueda justificar la concentración del poder en una persona equiparándola a un símbolo nacional (máximo nivel de cohesión).

- Funcional: Se trata de formas de vida que tienden a crear un sentido colectivo, es decir, que tienden a que el contenido espiritual se haga comunitario, dinamizando tanto la vida de la comunidad como la del individuo. Como ejemplo de este tipo de integración encontramos las marchas militares, los procesos políticos, referendos, el poder.

- Material: Es una socialidad de las vivencias sustantivas, es decir, un conjunto de valores que son vividos como comunes por la comunidad. En este punto, Smend ofrece una visión del estado holística, en la medida en que el mismo supone una totalidad que se halla determinada por la concreción de esa socialidad de las vivencias sustantivas en situaciones históricas determinadas. Como ejemplo de esta tenemos los preámbulos, los derechos fundamentales, las fiestas nacionales, las ceremonias políticas. En este punto donde encontramos, a nuestro juicio la contribución con mayor relevancia de la teoría de la integración de Smend, para el estado contemporáneo: Los derechos fundamentales y los preámbulos constitucionales.

---

<sup>169</sup> VALADÉS Diego. Ob. cit., XXII.

<sup>170</sup> GARCÍA Pelayo, M., "Derecho constitucional comparado", en Obras completas; Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, Pág. 299.

<sup>171</sup> VALADÉS, Diego. ob. cit. XXII, XXIII. También en BRAGUE Camazano, Joaquín. La doctrina de Smend como punto de inflexión de la hermenéutica y concepción de los derechos fundamentales por los tribunales constitucionales a partir de la segunda posguerra. En: Revista Iberoamericana de derecho procesal constitucional, N° 11, 2009. Págs. 95-123.

Los preámbulos constitucionales, en esta teoría adquieren una nueva dimensión, novedosa y revolucionaria para su época, ya que en que los mismos, se recogen los fines y objetivos del Estado, por lo que esa naturaleza los hace un factor de integración real<sup>172</sup>: "(..) *Los preámbulos constitucionales suelen contener el techo ideológico del régimen, sintetizan todo su contenido axiológico, y cumplen esa función de un modo asequible para todo ciudadano. El pueblo, interiorizando y asimilando el texto preambular de una Constitución, como por ejemplo el de la española, penetra sin dificultad en la esencia de ésta y en la medida en que gracias a este sencillo acercamiento se identifica con la Constitución, aunque le sean desconocidos los preceptos concretos del articulado, queda integrado en el sistema político*".

Ese techo ideológico que contienen los preámbulos se encuentra ligado a la concepción de derechos fundamentales. Con Smend, comienza a evidenciarse la separación de los derechos fundamentales de la concepción reinante en la época de derechos que no significaban, o que estaban ligados a alguna área del derecho (público, privado), para quedar ligados al derecho constitucional, concepción que subsiste a nuestros días. Dicha concepción no es ingenua, pues ello significa que los derechos fundamentales son **"normas que rigen a la constitución, la legislación y la administración"**<sup>173</sup>.

Con la inclusión de los derechos fundamentales en el derecho constitucional, se produce un inevitable giro en cuanto a la forma de interpretar los mismos, pues al no estar relacionado a alguna área tradicional del derecho (privado, público) **debía inexorablemente desligarse de los métodos tradicionales de interpretación**. Su doble condición de catálogo axiológico, que integra la vida estatal a la constitución y de condición integradora material que legitima el orden positivo estatal y jurídico, conlleva a que su interpretación parta no de su tenor literal, sino de su contenido y alcance material, *una interpretación que Smend denomina "científico--espiritual"*. Esta interpretación debe ser cautelosa, en cuanto, al igual que la concepción dinámica que propone del Estado y de la constitución, los derechos fundamentales también presentan esa naturaleza, puesto que responden a unos fines determinados en permanente y constante

---

<sup>172</sup> TAJADURA Tejada, Javier. " La función política de los preámbulos constitucionales". En: Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional, N.º. 5, 2001. Págs. 235- 263.

<sup>173</sup> VALADÉS, Diego. Ob. cit. XXVI

renovación y transformación<sup>174</sup>. El método de interpretación de Smend se evidencia con el ejemplo que él propone: **si dos normas constitucionales tienen igual contenido (literal), puede que no significan lo mismo, atendiendo a la época y al espacio, y el elemento que explica esa variación es de indole cultural**; esto sería una completa falacia para los exégetas o los formalistas que se basan en un método de interpretación literal. En este método de interpretación *el operario judicial encargado de su aplicación debe indagar a priori el contenido de los derechos fundamentales, lo que indudablemente supone una labor más filosófica que jurídica*. Esto se puede ver en la jurisprudencia del tribunal constitucional alemán, quien ha acogido casi plenamente los planteamientos de Smend sobre los derechos fundamentales; no en vano este tribunal exige que sus magistrados no sean solo buenos juristas, sino también buenos filósofos.

La propuesta teórica de Smend, tiene indudable trascendencia en el ámbito de la relación democracia--constitución, pues la teoría de la integración se encuentra vinculada a la idea de unidad, lo que supone que los elementos que conforman la integración (v.gr. derechos fundamentales) representan un mínimo denominador común, en el que la idea de Estado (trascendente) que como vimos se centra en la constitución, se sobrepone a un gobierno concreto (inmanente)<sup>175</sup>. En otras palabras, el proceso integrador que supone una idea de unidad, no sucumbe ante la fluctuación de las fuerzas políticas al interior del estado. En Smend orbita la concepción --alejada de los postulados formalistas Kelsenianos-- de que lo que otorga la especificidad, o si se quiere, la especialidad al derecho constitucional es que mientras que el resto de las normas jurídicas requieren de una norma superior que les atribuya su fuerza vinculante y obligatoria, en el caso de **la Constitución, en cuanto que la misma es obra del Poder Constituyente, su fuerza vinculante y obligatoria deriva de sí misma**<sup>176</sup>, lo que sin lugar a dudas, pone especial énfasis al momento de hablar de reformas constitucionales.

---

<sup>174</sup> Pese a que indudablemente existe cierta relación entre estas concepciones y la llamada interpretación de la constitución viviente, no deben existir confusión entre ambas figuras. Por otro lado, la figura está íntimamente relacionada con la denominada mutación constitucional, que introduce factores nuevos en la vida constitucional, en este punto es indudable la relevancia de la teoría de la integración que nos brinda una constitución "elástica", que no se limita a un cambio o reforma de la constitución de contenido normativo-material. Resumido en una frase: "La constitución es vida que fluye, que se renueva constantemente".

<sup>175</sup> GARCÍA Roca, Francisco. "Sobre la teoría constitucional de Rudolf Smend (A propósito de un libro de Pablo Lucas Verdú)". En: Revista de estudios políticos, N° 59, 1988. Págs. 269-276.

<sup>176</sup> RUIPÉREZ, Javier. Ob. cit.

#### 4.2.5. KONRAD HESSE Y LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Con Hesse la teorización acerca del estado constitucional y sobre los postulados básicos para su construcción, pasan de un plano deontológico a un plano ontológico; pues el autor nos pone de presente la dicotomía y tensión que se presenta entre Constitución y realidad, que no es más que una reencarnación del debate entre la dicotomía siempre presente en la teoría del derecho entre norma jurídica y realidad.

Al tener presente dicha dicotomía, plantea que es necesario establecer una diferenciación entre la que él llama constitución jurídica y la otra propiamente dicha que denomina constitución real, que en últimas no es otra cosa que lo que deciden los que detentan el poder, dándole así una visión desde las ciencias políticas (y de otras disciplinas) que permite una concepción crítica acerca de lo que realmente llamamos constitución<sup>177</sup>. **La constitución en Hesse es el acto constitutivo a partir del cual se puede hablar de Estado, e incluso, de derecho**, por ello plantea que la constitución es el orden jurídico fundamental de la comunidad, que regula la vida estatal y la vida no—estatal.<sup>178</sup> Bajo esa concepción, pone de relieve la problemática de ciertos aspectos fundamentales para el estado Constitucional --referente a Alemania--, entre ellos el que más se destaca y en el que más ahonda, **es el relativo a la jurisdicción constitucional y el papel de la jurisprudencia**. Para Hesse la jurisprudencia se caracteriza por la tarea de adoptar decisiones basadas en la autoridad y con ello vinculantes, es una función de garantía, y contribuye a la concretización y la evolución del derecho<sup>179</sup>.

La jurisdicción --especialmente la constitucional-- tiene mucho en común con la legislación, pero se diferencia fundamentalmente de ella por la falta del elemento político que tiene el poder legislativo<sup>180</sup>. De lo cual surge un aspecto problemático, cuando los tribunales constitucionales adoptan decisiones en las cuales co--legislan y fijan incluso pautas o precedentes en los cuales en buena medida se coarta o se limita el ejercicio del poder legislativo, como máximo órgano

---

<sup>177</sup> Hesse propone en virtud de la complejidad que envuelve la constitución, no solo debe abordarse su problemática desde la perspectiva de una pura y simple teoría de la constitución. HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho constitucional*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2011, pág. 3.

<sup>178</sup> Ibidem, pág. 16 y 17.

<sup>179</sup> Entrevista de Cesar Landa.

<sup>180</sup> Ibidem.

representante de la democracia. En esa medida, plantea que como el Derecho judicial no surge en el proceso de formación de la voluntad política; no puede, prima facie, en razón de esa condición básica, sustituir al Derecho surgido en el proceso legislativo democrático y no está democráticamente legitimado en la misma medida que el Derecho adoptado por el Parlamento<sup>181</sup>.

Los tribunales constitucionales, se ven abocados con mucha frecuencia a decidir sobre cuestiones que representan un alto impacto político al interior de una democracia. De esa condición de su esencia, toma relevancia la interpretación que debe realizar el juez constitucional. Como discípulo de Smend, **sostiene que dicha interpretación debe ser cautelosa y siempre acompañada de un entendimiento dinámico de la sociedad y de la ayuda de los parámetros amplios e indeterminados (textos abiertos) de la constitución.** En todo caso, afirma, que la interpretación siempre está limitada a encontrar lo que "*de hecho ya ha sido decidido previamente*"<sup>182</sup>, con lo que pone presente lo que GADAMER denomina pre-comprensión hermenéutica y lo que CHARLES S. PIERCE razonamiento abductivo.

El carácter de textos abiertos de las normas constitucionales es una cualidad que según Hesse, permite la eficacia de la misma, de tal manera que "*la constitución debe permanecer incompleta e inacabada por ser la vida que pretende normar vida histórica, y en tanto que tal, sometida a cambios históricos*"<sup>183</sup>. De la eficacia que debe procurar la Constitución, deduce Hesse que una condición intrínseca para que ello sea posible es que la misma no sea, en la medida de lo posible, afectada por modificaciones a su texto, por los procedimientos que ella misma estipula para tal efecto. El papel que debe efectuar el tribunal constitucional, es esencial, en la medida en que la interpretación que realiza sea dinámica y acorde con los cambios sociales e históricos, como ya se señaló. Todo ello significa, que lo principal --según Hesse-- es que no se efectúen modificaciones al texto constitucional, sino que la mayoría de los cambios se efectúen por vía de la interpretación; siendo más partidario del fenómeno de la mutación jurisprudencial constitucional que el de la reforma constitucional.

---

<sup>181</sup> Ibidem.

<sup>182</sup> Ibidem

<sup>183</sup> HESSE, Konrad. Ob. cit. p. 19.

#### 4.2.6. PETER HÄBERLE Y EL ESTADO CONSTITUCIONAL AL SERVICIO DE LA DIGNIDAD

Con Haberle se perfecciona la doctrina del estado constitucional, y el papel crucial que juegan los tribunales constitucionales en este, lo que necesariamente supone una nueva dimensión en la consideración entre soberanía popular y supremacía constitucional. Peter Haberle pertenece a la misma estirpe de los filósofos alemanes antes reseñados, y su construcción teórica ha sido posible gracias a muchos de los discernimientos teóricos de estos autores.

Haberle propone una teoría cultural del estado constitucional en el que este no se supone como algo previo respecto de la constitución, sino que existe una premisa antropológico-cultural del estado constitucional, que viene dada por la dignidad humana<sup>184</sup>; haciendo de esta forma que **"el poder constituido del Estado vuelve a los ciudadanos, de los que procede"**<sup>185</sup>. En ese sentido señala que es significativo que las constituciones de países que han pasado por severas crisis de principios éticos presenten, desde su inicio, una referencia a la dignidad, de allí que el constitucionalismo de la segunda posguerra se haya orientado por incluir la dignidad como un derecho fundamental<sup>186</sup>. El eje de toda su concepción reposa sobre esa primera aproximación: la relación entre cultura y dignidad (la misma está ligada a la noción de la teoría constitucional como ciencia de la cultura, que de manera tangencial se observara en Smend). Visto así, la trascendencia conceptual del Estado Constitucional es fundamental en la medida en que engloba al Estado y a la constitución. Y desde esa mirada, entiende que la Constitución<sup>187</sup>: *"es un doble proceso cultural: por una parte el de naturaleza temporal y por otra el de naturaleza espacial. El estado constitucional es un producto multicultural (en referencia al elemento espacial que incorpora diferentes patrones culturales, por ejemplo incorporar el federalismo -que es estadounidense- en México). (...) como elemento de la cultura, la constitución tampoco puede ser objeto de sacudidas intempestivas, a menos que se produzcan como parte de un proceso revolucionario; cambios políticos deben ir acompañados de cambios constitucionales."* (Negritas fuera de texto)

---

<sup>184</sup> HABERLE, Peter. Ob. cit. Pág. 3.

<sup>185</sup> VALADÉS, Diego. ob. cit.

<sup>186</sup> HABERLE, Peter. "El estado constitucional europeo". Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional, ISSN-e 1405-9193, N°. 2, 2000 , págs. 87-104

<sup>187</sup> Ibidem.

En Haberle, se encuentran dos elementos estructurales a partir del cual es posible la dimensión cultural que se le atribuye al estado constitucional: La interpretación constitucional y los tribunales constitucionales. Los mismos, además, suponen una dimensión integradora en la acepción de Smend<sup>188</sup>.

La interpretación constitucional juega un papel crucial, pues si se parte que la constitución es cultura (lo cual significa que no está hecha solo de materiales jurídicos), y que además se parte que la norma suprema, es un sistema normativo muy abierto, se puede establecer que la constitución no es un ordenamiento dirigido a los juristas y para que éstos puedan interpretar las reglas antiguas y nuevas, deben tener en cuenta como sirven estas como guía para los no juristas<sup>189</sup>. Por ello plantea en la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales<sup>190</sup> el papel fundamental que juegan los ciudadanos en la interpretación de la constitución y puesto que **"no existe un *numerus clausus* de Intérpretes de la Constitución, la interpretación de la misma no puede estar exclusivamente reservada a los juristas (lo que sería característica de una "sociedad cerrada"). Por ella la democracia a través de lo cual se expresan los ciudadanos, ocupa un lugar fundamental, como forma de organizar la dignidad del hombre.**

En cuanto a los tribunales constitucionales, considera que su papel se proyecta en una doble dimensión, como tribunal político<sup>191</sup> y como tribunal social<sup>192</sup>. Como dichos Tribunales juegan un papel fundamental en la sociedad, considera impertinente y como un claro paso que abre vía a los excesos la posibilidad de que la elección de los jueces que la componen se vea sujeta a las negociaciones políticas en los congresos<sup>193</sup>.

---

<sup>188</sup> En el mismo sentido le reconoce los elementos integradores del estado imprescindibles de la teoría de Smend, como los preámbulos. Haberle, Peter. ob. cit., Pág. 117.

<sup>189</sup> VALADÉS, Diego. ob. cit.

<sup>190</sup> HABERLE, Peter. "La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y "procesal" de la Constitución". en Academia: revista sobre enseñanza del derecho de Buenos Aires, ISSN 1667-4154, Año 6, Número 11, 2008 , págs. 29-61

<sup>191</sup> HESSE, Konrad y HABERLE, Peter. Estudios sobre la jurisdicción constitucional, México, Editorial Porrúa, 2005, págs. 91 y ss.

<sup>192</sup> Ibidem, Pág. 103 y ss.

<sup>193</sup> Haberle, Peter. ob. cit.

## 5. PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO Y PODER CONSTITUYENTE DERIVADO. CARACTERÍSTICAS

La Historia nos enseña que la imaginación humana creó dioses para explicar los fenómenos naturales, al mismo tiempo que confería a un poder supremo su posibilidad de supervivencia en la tierra. Fue así como se organizaron las primeras civilizaciones<sup>194</sup> **donde sus dirigentes eran al mismo tiempo sacerdotes concentrando el poder político y el poder religioso en una sola persona**, bajo el título de faraón, sumo pontífice, emperador para luego muchos siglos después llevar el título de rey. La mitología es una muestra de la atribución deísta que los seres humanos le dimos a los fenómenos naturales, llegando a su máxima expresión con los mitos griegos que han llegado hasta nuestros días. En este contexto, es en la misma Grecia que se da el paso del mito al logos y con él la época de la razón, en la que los filósofos griegos<sup>195</sup> quisieron buscar explicaciones racionales a los fenómenos naturales. *La sociedad griega en su madurez, vivió un esplendor racional que permitió la organización política de las ciudades en torno a este nuevo modelo de mundo regido por leyes naturales y leyes de la razón.* El Derecho se concibe como un producto natural dado por los dioses y los pretores hablan con ellos para poder dictar sus sentencias.

Posteriormente, en la época romana, se retomaron los dioses griegos bajo nuevos nombres latinos<sup>196</sup> , pero la sociedad había cambiado ya que los “descendientes de los hijos de la loba”

---

<sup>194</sup> “Desde hace algunos años los historiadores descubrieron unas ruinas del más antiguo templo religioso que haya existido, en Turquía un grupo de arqueólogos liderados por el profesor Klaus Schmidt hallaron el lugar donde quizá haya nacido la religión , un sitio que los lugareños llaman “gobekli tepe” que quiere decir “monte panzudo” este descubrimiento pone de manifiesto una nueva teoría sobre el asentamiento humano y el desarrollo intelectual del mismo ya que se rompe con el paradigma de la agricultura que desde comienzos de siglo XX imperó científicamente. Al parecer el lugar habría sido construido hace algunos 11600 años antes que la pirámide de Keops, por lo tanto el primer templo religioso de la historia. La nueva teoría explica que antes que la agricultura surgiera como “modus vivendi” y por consiguiente como lugar de agrupación de las primeras personas, fue el impulso por lo sagrado lo que llevo a los seres humanos a congregarse para rendir culto a aquello que entendían por lo que hoy conocemos como dios o dioses”. BERMEO, LUIS Fdo., *El nuevo sacerdocio: razón jurídica*, ensayo para el grupo de investigación filosofía del derecho y teoría constitucional, Universidad de Cartagena, 2011.

<sup>195</sup> Desde los Jonios hasta Aristóteles.

<sup>196</sup> Zeus se convirtió en Júpiter, Dionisio se convirtió en Baco, Afrodita se convirtió en Venus, Etc.



no eran ni fieles religiosos ni ávidos filósofos, solo gente con un sentido práctico preocupada por su supervivencia y la hegemonía en sus territorios por lo que enfocaron sus fuerzas por perdurar como sociedad y como romanos más que en cualquier otra cosa. En la época del emperador Teodosio, se unificó el poder político del emperador, con el poder religioso de la fe. Con el edicto de Milán **Roma hace del cristianismo una religión de estado**, dado que la figura del emperador estaba unida a la del sumo pontífice<sup>197</sup> desde las reformas de Octavio. Con esta nueva visión, el poder del emperador provenía del Dios supremo, el cual investía a un hombre como su representación en la tierra<sup>198</sup>, por lo que la palabra del emperador era también la palabra de Dios. A partir de este momento todos los máximos dirigentes políticos justificarían su poder en la religión, como forma de controlar a su pueblo, la fe se puso entonces al servicio del control de la sociedad, es decir, al servicio de la dominación.

Los estados que surgieron a la caída del imperio romano germánico de occidente establecieron su poder en los reyes, quienes a su vez derivaban su poder de a partir de la idea de un dios supremo. El cristianismo se convirtió en la religión de estado y el papado alcanzó un tremendo poder en Europa, a tal punto que en una época en la edad media el papado elegía los reyes en de los estados. Era toda una fusión completa entre política y religión basada en la monarquía europea medieval. La monarquía adoptó la fe como modelo de vida y control hacia las masas, hasta que las nuevas clases sociales al interior de las aldeas fueron dando paso al comercio y con este a la burguesía. Esta nueva clase social amenazaba las bases ideológica de los antiguos latifundistas cristianos e incluso a la corona misma. La burguesía propendía por el desarrollo económico de las aldeas y el mejoramiento de la calidad de vida medieval, de la mano de la educación, ella es responsable del surgimiento de las universidades moderna europeas. Con el nuevo modelo educativo liberal, se volvió al pensamiento racional y se abandonó el viejo esquema cristiano de pensamiento de que la razón debía ser sierva de la fe<sup>199</sup>. Bajo este nuevo contexto socio-económico la sociedad empezó el rumbo hacia la

---

<sup>197</sup> En la práctica, la unión de estos dos poderes en la historia no es algo nuevo que se descubra con el cristianismo, como se ha dicho es algo unido al origen de la civilización. Lo que es nuevo es la promulgación de una religión monoteísta de estado, tantos siglos después del intento del faraón Akhenaton, en la VII dinastía egipcia.

<sup>198</sup> Esto tampoco es nuevo, los faraones eran los máximos sacerdotes de Egipto, y creían encarnar a sus dioses en la tierra.

<sup>199</sup> Sillabus Errorum.

modernidad y con ella al desarrollo del pensamiento humano nuevamente<sup>200</sup>. El derecho se mirará como un producto del Logos o razón.

Al cambiarse el enfoque del Derecho como expresión de la razón y solo de ella y como se precisó en el capítulo anterior, la diferencia esencial existente entre la antinomia Poder Constituyente--Poder Constituido desde una visión clásica demo liberal burguesa, está en que el primero es por naturaleza ilimitado y el segundo es --prima facie—limitado ya que en uno las decisiones son productos de actos políticos de soberanía, y en el otro de actos jurídicos<sup>201</sup>. La Constitución producto del poder constituyente --de la cual brota su legitimidad-- requiere de la estabilidad necesaria para que la misma pueda tener eficacia en la sociedad y de esa forma vincular indefectiblemente el principio de supremacía constitucional. Esa estabilidad que requiere debe equilibrarse con la necesidad de toda sociedad de reformar su constitución, pues parafraseando a Thomas Jefferson es un absurdo que los muertos impongan su voluntad a los vivos a través de una constitución, o como lo sostuvo Sieyès no se puede limitar el poder reformador ya que *"la nación siempre es dueña de reformar su Constitución. Sobre todo, debe otorgarse otra más válida si la suya es contestada (...) ese derecho solo corresponde a la nación, independiente, volvemos a repetirlo, de toda forma y de toda condición"*<sup>202</sup>.

El poder de reforma puesto en cabeza del poder constituido,-es como poder constituido-limitado, salvo que se manifieste como un poder extra y contra *ordenen*, lo cual es inadmisibile desde una visión liberal y democrática<sup>203</sup>. Explica Schmitt que dicha concepción obedece a que la facultad de revisión de la Constitución es una facultad constitucional y, en consecuencia, se trata de una competencia limitada por la propia Constitución<sup>204</sup>. *Es en este contexto que*

---

<sup>200</sup> "No es un misterio que la modernidad cambio la forma de percibir el mundo como los antiguos lo concebían, desde galileo, pasando por Copérnico, Descartes hasta llegar a sir Isaac Newton la ciencia ha dado grandes saltos evolutivos y con ello ha descifrado enigmas que por siglos habían estado ocultos." BERMEO, LUIS Fdo., *El nuevo sacerdocio: razón jurídica*, ensayo para el grupo de investigación Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional, Universidad de Cartagena, 2011.

<sup>201</sup> DE VEGA, Pedro. *La reforma Constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Editorial Tecnos, 1991, p. 85.

<sup>202</sup> SIEYÈS, Emanuel. *¿Qué es el tercer Estado?* Buenos Aires, Ed. América lee, 1943, p. 152.

<sup>203</sup> NOGUEIRA Alcalá, Humberto, "Consideraciones sobre poder constituyente y reforma de la constitución en la teoría y la práctica constitucional", en *Revista lus et Praxis*, v.15 n.1, 2009. p. 229-262.

<sup>204</sup> SCHMITT, Carl. *Teoría Constitucional*, Madrid, Alianza Editorial, 1982, Pág. 114.

*aparecen los límites al poder de reforma del poder constituido, como búsqueda del equilibrio entre la necesidad de la estabilidad constitucional y del poder que tiene toda sociedad de reformar su constitución, o si quiere, la necesidad de estabilizar y armonizar los principios de supremacía constitucional y soberanía popular. La Constitución debe adaptarse a la dinámica social, y en ese sentido, como señala Löwenstein las reformas constitucionales son mecanismos absolutamente imprescindibles para adaptar la dinámica constitucional a las condiciones sociales en constante cambio, pero de esa necesidad se deriva de que debe ser efectuada con gran cuidado y extrema reserva<sup>205</sup>, por lo que se hace indefectiblemente necesaria la necesidad de límites a ese mecanismo de adaptación de la constitución a los cambios sociales. Desde dicha perspectiva, los límites, pueden ser entendidos como los mecanismos a través de los cuales de alguna manera se fija el punto o grado máximo en el que puede desplegar los poderes de reforma la función o poder constituido. El poder de reforma de la constitución, por ser un poder constituido, --como se señaló-- es un poder limitado, de esa forma, se plantea, que la reforma es por antonomasia una operación jurídica limitada por la constitución, que adquiere sentido a partir de la real vigencia de los principios democráticos y de supremacía constitucional. Conforme a ello se excluye de plano dos hipótesis posibles de alteración del texto constitucional: el cambio total y el cambio parcial de la Constitución fuera del procedimiento y límites impuestos por la Constitución<sup>206</sup>. El no reconocimiento de límites a la labor del poder constituido es --como sostiene de Vega-- la proclamación de la identificación entre poder constituyente y poder constituido<sup>207</sup>.*

La temática de los límites ha sido uno de los ejes fundamentales sobre los que se articulan las distintas posiciones en los debates actuales entre las tensiones implícitas entre democracia y constitución. Su tratamiento ocupa un lugar central y es punto de partida a partir del cual se establece la técnica del juicio de sustitución que veremos en el siguiente capítulo y, además, es la línea que demarca cuando la actuación del poder constituido como poder de reforma es jurídica y cuando es por vías de hecho. Por ello, es inevitable ligar el tema de los límites con los de los controles que son los encargados de reparar las violaciones a dichos límites. Aun así es preciso distinguir una cosa son los límites y otro los controles, pero necesariamente un verdadero sistema de límites no puede estar separado del establecimiento del control, son dos

---

<sup>205</sup> LÖWENSTEIN. Ob. Cit., Pág. 199.

<sup>206</sup> NOGUEIRA Alcalá. Ob. cit.

<sup>207</sup> DE VEGA, Pedro. Ob. Cit., pág. 220.

fenómenos complementarios en la práctica e independientes en el plano teórico. El mecanismo de control debe estar en los jueces, como lo señala John Marshall (*Madbury versus madison*); por ello un sistema de límites está compuesto de los establecidos en el ordenamiento constitucional (que varían de acuerdo a su tipología) y el mecanismo de control establecido que viene a ser el control de constitucionalidad (formal y material). Es desde esa perspectiva que planteamos que en la praxis constitucional no puede existir un sistema de límites al poder de reforma que ejercita el poder constituido (representado en un parlamento o congreso), mientras no exista un institución que pueda ejercer efectivamente dicha prerrogativa como contrapeso (con base al sagrado principio liberal planteado por James Madison de pesos y contrapesos o Checks and Balances)<sup>208</sup>. En esa dirección, es una afirmación inequívoca establecer que no existió en la Europa parida de las revoluciones liberales hasta después de la segunda guerra mundial, la implantación de un verdadero sistema de límites al poder de reforma que ejercitan los parlamentos o congresos en virtud de su naturaleza de poderes constituidos. Y ello es así, además de la razón mencionada, por la tendencia en el derecho durante el siglo XIX y parte de XX a restarle el valor de Lex superior a la Constitución<sup>209</sup>, lo que la colocaba bajo el mismo tratamiento de una ley ordinaria<sup>210</sup>, lo cual significaba un mismo procedimiento sin sistema de límites para su reforma.<sup>211</sup>

---

<sup>208</sup> Cabe aclarar, que esta afirmación no se plantea desde un punto de vista lógico-formal, pues constituirá un adefesio, ya que desde esa perspectiva el control de constitucionalidad de las reformas a la constitución es una consecuencia de la supremacía constitucional, y no un presupuesto. Se convierte en un presupuesto cuando se plantea una concepción de la constitución, no ya solamente desde un punto de vista lógico-jurídico, sino socio político, o si quiere en la acepción sustancial.

<sup>209</sup>RUIPÉREZ Alamillo Javier plantea que dicha situación obedece al hecho mismo de que no se encontraba vinculado en el derecho el concepto político de constitución y no se tenía conciencia de la constitución como "norma normarum". En **"De la reforma constitucional y sus límites materiales: Consideraciones desde la Teoría del Estado y de la Constitución"**, en revista: Teoría y realidad constitucional, N° 30, 2012, págs. 89-138. También en DE VEGA, Pedro. Ob. Cit., p. 45.

<sup>210</sup> LA FERRIÈRE Julien señala que esta es una de las características de las constituciones flexibles, en las cuales las leyes ordinarias tienen exactamente el mismo valor jurídico que las leyes constitucionales. En Manuel de droit constitutionnel, París, 1947, p. 282 y 284 citado por Ferrero Costa, Raúl. *Derecho Constitucional General*, Lima, Fondo de desarrollo editorial, 2005, p. 94.

<sup>211</sup>Ello no obedeció a una razón ingenua, sino a una premeditado entramado de las oligarquías burguesas para hacer de los parlamentos controlados por ella, verdaderos poderes soberanos que no encontraban límite alguno a su poder, resultando en la praxis constitucional que la constitución fuera una mera hoja de papel como diría Lasalle, anulando a su paso toda pretensión de efectividad del principio de supremacía constitucional, y mucho menos del principio de soberanía popular que se veía asfixiada por la ficción de la representación popular burguesa; todo ello con el propósito de intentar garantizar su status político y su dominio. Era un poder aparentemente limitado en el procedimiento, pero libre en el objeto.

## 5.1. EL CONCEPTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL

No se puede desarrollar una idea y sus consecuencias sin antes intentar realizar una aproximación a lo que ella conceptualiza. La reforma constitucional es el medio más importante para llevar a cabo las transformaciones constitucionales responde a la idea arriba mencionada de que toda constitución tiene vocación de permanencia, pero que dicha vocación no significa su eternidad y el consiguiente apresamiento de las generaciones del mañana encuentra justificación en (1) el hecho mismo de la necesidad de la variabilidad constitucional frente a la dinámica constante de cambio de la realidad política y social, (2) en que es un mecanismo idóneo para subsanar los errores, bien de carácter político, bien de carácter técnico, en que hubiera podido incurrir el poder constituyente como producto de la falibilidad humana, y cuya permanencia podría provocar la disolución del propio cuerpo político<sup>212</sup> y (3) la necesidad de la constitución de adaptarse a la historia para lograr sus fines (siempre con la conservación de su "núcleo esencial")<sup>213</sup>214 y así mantener su vigencia<sup>215</sup>.

El argumento (1) se identifica con el derecho de toda sociedad actual de establecer las "leyes" por las cuales han de regirse, o la facultad del pueblo de darse su propia organización, todas establecidas -por lo menos en un plano ideal- de manera consensuada, por lo que se manifiesta en el carácter democrático que necesariamente debe regir en su contexto. Por supuesto, la necesidad de cambio social y político solo puede tener cabida en un contexto democrático que es a través del cual procede el cambio y la mutabilidad de la sociedad, es por lo menos la única vía legítima que conoce el derecho (liberal) para asimilarlo. Los argumentos (2) y (3) hacen alusión a una doble necesidad, la primera relacionada con la vigencia material de la constitución (que se logra con la subsanación de errores (2) y con la adaptación al devenir histórico (3)); y la segunda relacionada con el carácter instrumental que lleva envuelta la constitución, pues la

---

<sup>212</sup> RUIPEREZ Alamillo, Javier, "Algunas consideraciones sobre la reforma constitucional", Revista de estudios políticos, N° 75, 1992, p. 233-258.

<sup>213</sup> *Ibidem*.

<sup>214</sup> Añade GARCÍA Atance respecto a esta última justificación, que *"la reforma funciona cuando se activan los institutos de revisión, en virtud del cual se permita la adecuación de la norma fundamental a las contingencias históricas, pero sin que ello suponga una vulneración de la misma, esto es, sin que tales adaptaciones perjudiquen o distorsionen lo que configura la esencia misma del ordenamiento"*. En **"Perfil ambivalente de la fórmula de reforma constitucional en la dialéctica permanencia-cambio"**, Revista de derecho político, 1990, N° 31, p. 143-196.

<sup>215</sup> COLOMBO Murúa, Ignacio. Límites a las reformas constitucionales, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2011, p. 155.

misma no es más que en un medio en sí mismo para la consecución de fines. Un ejemplo que justifica el argumento (2) y que se suele citar, es el caso de la regulación referente al régimen de defensa militar de la Ley Fundamental de Bonn, en que al consejo parlamentario le pareció inoportuno regularla, por razones de política exterior, y el contexto en que se encontraban.<sup>216</sup>

Bajo esos argumentos, la modificabilidad de la constitución a través del mecanismo de reforma ha sido defendida, desde que apareciera por primera vez consagrada de manera expresa en una constitución --la constitución de Filadelfia de 1787 (artículo V)--. Por supuesto, su existencia no deja de ser controvertida y polémica, pero su importancia se traduce en la universalidad con la que es acogida en la mayoría de las constituciones liberales modernas, formulándose así, casi que un axioma: a una constitución, un mecanismo para su reforma. La pregunta sobre que es la reforma o que entendemos por ella, se torna así fundamental e imperiosa de responder.

De una primera aproximación a este concepto, en la cual se entiende como arreglo, modificación o cambio, **se desprende que la misma no significa supresión o destrucción**, por lo que se entiende que la reforma es por naturaleza limitada, y solo puede llegarse a modificar ciertos preceptos constitucionales. Por ello se plantea que la misma es más bien una garantía de defensa de la constitución, porque no permite su supresión y, antes bien, permite su adaptación al devenir. Esta primera aproximación se encuentra íntimamente ligada a la idea de la existencia de un núcleo constitucional fundamental, que más adelante abordaremos al analizar el tema de los límites. En una segunda aproximación, podemos establecer una definición más técnico-jurídica, siguiendo parcialmente a Ruiperez, la entendemos como una operación o actividad normativa encaminada a modificar, parcial o totalmente, una Constitución a través de órganos especiales, o procedimientos particulares diferentes a los establecidos para la legislación ordinaria, o bien parecidos, y que como efecto implícito conlleva la derogación o complementación, o colma vacíos, y lleva a una alteración expresa o tácita del documento constitucional<sup>217</sup>. De dicha definición podemos extraer los siguientes elementos:

---

<sup>216</sup> GARCÍA Atance, María Victoria. *Reforma y permanencia constitucional*, Madrid, Centro de Estudios políticos y constitucionales, 2002, p. 69.

<sup>217</sup> RUIPEREZ. Ob. cit.

-- *Operación o actividad normativa*: La reforma lo, porque solo tiene validez a partir de su consagración en el ordenamiento constitucional. Las normas que consagran la revisión, pertenecen al tipo o categoría de normas de organización, ubicadas en la denominada parte orgánica de la constitución, que se encuentra referida a la formación y competencia de los poderes del estado<sup>218</sup>; son normas cuya función es la regulación "institucional", ya que rige la institución de reforma o enmienda y determina el órgano y el procedimiento<sup>219220</sup>.

-- *Modificación parcial o total*: Aunque planteamos que la reforma, como operación jurídica limitada, esta posibilitada solo para la modificación parcial de determinadas cláusulas insertadas en el ordenamiento constitucional, ya que su espectro es reducido, su objeto no puede ser la sustitución o la supresión de la constitución; es innegable que existen y existieron constituciones que prevén su reforma total (como la Constitución francesa y suiza de 1848; y actualmente las constituciones de Nicaragua, Uruguay, Argentina, Austria, entre otras). Este es un punto polémico y bastante discutido en la doctrina moderna, pero creemos que todo el debate se reduce a establecer que entendemos por reforma total<sup>221</sup> y al reconocimiento o no de límites implícitos y explícitos<sup>222</sup>. Quizás nunca se logre un consenso frente al tema, pues la variabilidad de posturas está condicionada por el entendimiento que cada quien tiene del

---

<sup>218</sup> GARCÍA Atance, María Victoria. ob. cit. p. 72

<sup>219</sup> VANOSSI, Jorge Reinaldo. Teoría Constitucional, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1975, p. 138.

<sup>220</sup> Para un estudio normativo de la reforma constitucional y un análisis en lo que se denomina la "Constitución viva" así como el papel del juez, ver: Balaguer Callejón, Francisco. "Fuentes del Derecho y reforma de la Constitución", en Revista de Derecho Político, 1992, n.º 36 (especial La reforma constitucional), p. 407-418.

<sup>221</sup> Por ejemplo RUIPEREZ Alamillo Javier deja la puerta abierta a la reforma total y no ve impedimento para que la misma sea procedente, pero siempre y cuando, a su juicio, se conserve un núcleo esencial, lo cual parece contradictorio, pero en realidad no lo es, si se entiende que la reforma total se efectúa sobre todas las cláusulas constitucionales susceptibles de modificación, que no constituyan cláusulas materiales implícitas. Incluso, señala que "el reconocimiento de la posibilidad de las reformas totales no puede, en ningún caso, entenderse como la autorización hecha al poder de reforma para llevar a cabo actos revolucionarios. ob. cit.; y RUIPEREZ, **"Una cuestión nuclear para la teoría del derecho constitucional: sobre la reforma de la constitución y sus funciones en el estado constitucional democrático"**, en Anuario da Facultad de Dereito da Universidade da Coruña, 1997, N° 1, p. 455-498. En el mismo sentido M. ANDRINO HERNÁNDEZ: «Sobre las reformas constitucionales», en *BISDPS*, núms. 10-12, mayo-octubre 1956, págs. 240-241.

<sup>222</sup> Por ejemplo, VANOSSI se inclina por el no reconocimiento de límites implícitos que impidan una reforma total de la Constitución, pues en su criterio no existen contenidos constitucionales pretendidamente irreformables por supuesta afectación del "espíritu" de la constitución escrita; es más, sostiene que los argumentos en favor de la prohibición de la reforma total hacen alusión a argumentos de derecho positivo, al supuesto carácter inalienable del poder constituyente, todo lo cual -en su criterio- indica la falta de fe y de confianza en la capacidad de cambio político de los pueblos por medio de representantes legales. VANOSSI, Jorge Reinaldo. ob. cit. p. 190-191 y p. 200-212. En el mismo sentido ver: BISCARETTI Di Ruffia, Paolo. *Derecho Constitucional*, Segunda edición, Madrid, Editorial Tecnos, 1984, p. 279 y 280. En la posición opuesta, se encuentran connotados autores como Pedro de Vega, Carl Schmitt, y Mortati, García-Atance.

Derecho en general, y de la Constitución en particular. Evidentemente el tema de la reforma total, es quien origina toda la doctrina constitucional alrededor de los límites al poder de reforma del constituyente derivado.

-- Procedimiento extra-ordinen: La reforma a la constitución requiere de un procedimiento especial y extraordinario específicamente regulado para tal fin, que se consagra en la misma constitución. La facultad de revisión solo puede ser ejercitada por aquella autoridad y de acuerdo al procedimiento que la misma constitución determina. Es un procedimiento que dista en forma total de los establecidos para la legislación ordinaria. O por lo menos eso es lo que ocurre en las constituciones con mayor grado de rigidez (desde el punto de vista formal) -como veremos más adelante-, pues en las constituciones menos rígidas (desde ese mismo punto de vista) el procedimiento es el establecido para las leyes ordinarias. Sobre este punto nos centraremos más a fondo al hablar de las constituciones rígidas y flexibles, en los límites formales al poder de reforma.

-- Alteración del texto constitucional: La alteración del "texto" constitucional, este es el efecto formal o consecuencia formal que produce la reforma constitucional, la supresión o modificación o adición de palabras, artículos, incisos, etc. En principio es un elemento que no se identifica con las constituciones no escritas, en la que la corporeidad se encuentra diseminada. De este elemento del concepto, se desprende una distinción, en si el tipo de reforma produce una alteración expresa o tácita en el texto constitucional. La técnica de reforma que produce una alteración expresa, es llamada comúnmente como reforma expresa y **"se define como aquella operación que se lleva a cabo haciendo expresa mención a aquellos preceptos cuyo contenido se pretende modificar"**<sup>223</sup>, lógicamente se entiende que la norma legal-constitucional que regula el procedimiento de reforma debe establecer como requisito procedimental la indicación de los preceptos a modificar. En la reforma tácita, ocurre el fenómeno antípoda, ella se efectúa sin que se mencione o se indique las disposiciones o preceptos constitucionales, porque la norma legal-constitucional encargada de establecer el procedimiento no establece expresamente el requisito de indicarlo; este tipo de reforma nació en la Constitución de Filadelfia de 1787.

---

<sup>223</sup> RUIPEREZ Alamillo, Javier Ob. Cit.



Ahora bien, todo concepto engloba una necesaria distinción entre lo que es y lo que no es, ya abordamos una aproximación a lo que es, establezcamos que no es la reforma constitucional, o su diferenciación con otros fenómenos, como la suspensión, el quebrantamiento y la mutación constitucionales.

## 5.2. TIPOLOGÍA DE LOS LÍMITES

En la doctrina existe una extensa clasificación de los límites al poder de reforma, veamos: <sup>224</sup>

1.- *Límites autónomos y heterónomos*: Esta clasificación, fue establecida por Georg Jellinek (al igual que la mayoría de estas) y conforme a los lineamientos generalmente aceptados por la doctrina moderna, se dice que estamos en presencia de límites autónomos, cuando estos se enmarcan dentro de un ordenamiento jurídico estatal, es decir, los límites emanan a partir del propio ordenamiento jurídico. Se puede llegar a precisar, que es más acertado hablar de ordenamiento constitucional, puesto que es la constitución --en una acepción amplia-- la que puede establecer sus propios límites, debido a la jerarquía que ocupa al interior del ordenamiento jurídico.

Por otro lado, los límites heterónomos, son aquellos que vienen impuestos por fuentes externas al ordenamiento constitucional. Las posiciones a este respecto varían, algunos consideran como límites los concernientes a los impuestos por el derecho natural y los procedentes de los ordenamientos jurídicos internacionales. De acuerdo a lo sostenido por Biscarretti Di Ruffia **"el orden normativo constitucional se inserta dentro de una tupida red de límites, enganchada a ordenamientos diversos al estatal y, por eso, susceptibles de presentar obstáculos jurídicos a la voluntad discrecional del constituyente"**<sup>225</sup>. Así, se puede considerar como límites heterónomos, v. gr. los tratados internacionales adoptados por Colombia, como los de delimitación de las áreas marítimas o de las fronteras, aspecto que de ninguna manera puede ser reformado por el constituyente derivado, por encontrarse vedado (debido a ineptitud jurídica) y en el supuesto de efectuarse, carece de eficacia jurídica.

---

<sup>224</sup> Sobre las distintas clasificaciones véase DE VEGA García, Pedro. Ob. cit. p. 240 y ss.; CARBONELL Miguel Neo constitucionalismo y derechos fundamentales, Quito, Cevallos Editora Jurídica, 2010, p. 279 y ss.; COLOMBO Murúa, Ignacio. Ob. Cit. págs. 29-50

<sup>225</sup> DÍAZ Ricci, Teoría de la reforma constitucional, p. 580., citado por Colombo Murúa. Ob. Cit. pág. 30.

2.- *Límites formales y materiales*, dicha clasificación se presenta a partir de la distinción que hace Löwenstein<sup>226</sup> entre concepto de reforma constitucional formal y el concepto de reforma constitucional material, la cual es sin duda una de las contribuciones más significativas para el constitucionalismo de la posguerra y que marca un antes y un después, lo cual no había sido posible sin Heller y su concepción política de la constitución:

-- *Límites formales y constituciones rígidas*:

Es necesario señalar que en un primer momento la existencia de límites formales al poder de reforma del constituyente derivado solo tiene cabida en presencia de una Constitución rígida. Estamos de acuerdo con Pace cuando argumenta que desde un punto de vista formal la supremacía constitucional es igual a rigidez y lo contrario a flexibilidad. Desde esa perspectiva formal, la supremacía de una norma jurídica se ve determinada por el procedimiento establecido para su creación, por ello se establece que estamos en presencia de una Constitución rígida, cuando los procedimientos establecidos para su modificación son más complejos que los establecidos para las leyes ordinarias<sup>227</sup>, es decir, se requiere de un procedimiento extra-ordinen, establecido, por regla general, en la misma constitución. Por el contrario, estamos en presencia de una constitución flexible, cuando los procedimientos establecidos para su reforma no se diferencian de los establecidos para las leyes ordinarias. Algunos autores sostienen que la rigidez no se predica de la constitución sino de los procedimientos para su reforma, porque la misma no impide nunca su sustitución<sup>228</sup>. Creemos que dicha distinción no es precisa, en la medida en que lo que es objeto de revisión para la reforma es la normativa constitucional en su conjunto.

Se le atribuye a Rousseau, el hablar por primera vez de las denominadas constituciones rígidas, el autor planteaba que la solidez de la constitución y la irrevocabilidad de sus leyes en tanto como puedan serlo, era un punto capital para el establecimiento de una ley fundamental, pues si bien ningún cuerpo social puede imponer leyes irrevocables, no es contra la razón que

---

<sup>226</sup> LÖWENSTEIN, Karl. Ob. cit. p. 175

<sup>227</sup> FERRERES Conella, Víctor, "*Una defensa de la rigidez constitucional*", en *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, ISSN 0214-8676, N° 23, 2000, p. 29-48.

<sup>228</sup> CERRA Jiménez, Luis Eduardo, "*La constitución no es el límite: impugnación de actos legislativos. los límites del poder constituyente*", en *Revista de derecho: División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte*, ISSN 0121-8697, N°. 22, 2004, p.105-136

no se pudiesen revocar estas leyes sino mediante las mismas solemnidades que se observó al establecerlas<sup>229</sup>. No obstante, el autor nunca utilizó el calificativo de rígidas en su obra.

No sería sino hasta los inicios del siglo XX, cuando se empezaría a utilizar esta calificación. Fue propuesta por James Bryce en su conocido libro *"Constituciones flexibles y Constituciones rígidas"*, donde emplea esta novedosa clasificación de las constituciones frente a la existente que las clasificaba simplemente en constituciones no escritas y escritas. La denominación resulta de la utilización de términos de la física aplicada a las características de las distintas constituciones.<sup>230</sup> Dice: *"Las constituciones del tipo más antiguo pueden llamarse flexibles, porque poseen elasticidad y se adaptan y alteran sus formas sin perder sus características principales. Las constituciones del tipo más moderno no poseen esta propiedad, porque su estructura es dura y fija. Por lo tanto, no hay inconveniente en darles el nombre de constituciones rígidas."*

Señala también que las constituciones flexibles son más antiguas que las constituciones rígidas, pues son más compatibles con una sociedad "cruda", en la cual predomina la costumbre, y es la forma más clara y sencilla que una sociedad natural puede adoptar<sup>231</sup>. La existencia de ese tipo de constituciones en las sociedades políticas actuales, se sitúa en aquellas donde es fuerte el predominio de la costumbre como fuente principal del derecho, como ocurre en Inglaterra con el common law, en la cual se puede observar la característica esencial de la constitución flexible, la cual es la inexistencia de una jerarquía formal de la constitución sobre los demás tipos de leyes. Estas constituciones --señala Bryce-- corresponden a un estadio más avanzado del desenvolvimiento político, en el cual las sociedades políticas son conscientes de la diferenciación entre leyes políticas fundamentales orientadas a determinar ciertos aspectos esenciales de la organización y las demás leyes, con lo que se establece una superioridad jurídico-formal de la misma sobre las demás leyes en el ordenamiento jurídico<sup>232</sup>. La constitución rígida se presenta generalmente como escrita (como

---

<sup>229</sup> Jean Jacques ROUSSEAU. *Consideraciones sobre el gobierno de Polonia y su proyecto de reforma*, Madrid, Editorial Tecnos, 1988, p. 127 y ss.

<sup>230</sup> BRYCE, James. *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*, segunda edición, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1963, p. 26

<sup>231</sup> Ibidem, p. 34

<sup>232</sup> Ibidem, p. 94 y SS

sostiene Esmein "toda Constitución escrita es rígida, a menos que sea profundamente ilógica y soberanamente imprudente, debe organizar el procedimiento por el cual podrá ser revisada y modificada"), y se caracteriza por su vocación de permanencia y estabilidad<sup>233</sup>. Decimos generalmente, porqué es factible la existencia de constituciones escritas flexibles<sup>234</sup>.

No obstante, autores como La Ferrière piensan que la flexibilidad puede presentarse también en las constituciones escritas cuando éstas no prescriben formas especiales para su modificación<sup>235</sup>, ya que –dice– a menos de declararse inmutables a tales constituciones, debe admitirse que su modificación puede operarse en formas legislativas ordinarias de que no existen otras. Se recalca que la rigidez de una constitución establece límites solo en cuanto a la forma, es decir, el procedimiento exigido para su reforma que es calificado. Sin embargo, algunos autores (v. gr. Vanossi<sup>236</sup>, Biscaretti<sup>237</sup>, Colombo<sup>238</sup>) consideran que actualmente la utilización de la clasificación propuesta a inicios del siglo pasado por Bryce es obsoleta, ya que no existe hoy una constitución que sea totalmente flexible (ni siquiera la inglesa<sup>239</sup> que tiene límites desde la perspectiva política) ni una que sea totalmente rígida, ni mucho menos sería posible enmarcar dentro de las categorías a que se hace alusión las constituciones con cláusulas pétreas o cláusulas de intangibilidad, por lo que lo más conveniente es hablar de

---

<sup>233</sup> Ibidem, p. 131 y ss.

<sup>234</sup> FERRIÈRE, Julien. Manuel de droit constitutionnel, París, 1947, citado por Ferrero Costa Raúl. Ob. cit., p. 94.

<sup>235</sup> Es necesario mencionar que en la doctrina que acepta la clasificación de constituciones rígidas y flexibles se discute si una constitución que no establece su procedimiento para ser reformada, es una constitución rígida o flexible. La mayoría de autores -entre ellos Kelsen, Carré de Malberg - señalan que es flexible, pues lo que se entiende es que la constitución puede ser llegada a modificar por una simple ley ordinaria (sobre esta posición ver KELSEN, Hans. *Teoría general del Estado*, 15.a ed., México, 1979, p. 331-332. Por otra parte, Alessandro PACE señala que es una señal inequívoca de su inmodificabilidad y por tanto de su rigidez. Nosotros estamos de acuerdo con Pace, en la medida en que es necesario no obviar el desarrollo constitucional de los últimos 50 años para señalar que no existe una constitución enteramente flexible, y mucho menos puede serlo una constitución que no señala su procedimiento de reforma, lo que sin lugar a dudas es una señal inequívoca de que es irreformable por las vías jurídicas y antes bien es necesario acudir a las vías de hecho para lograr su reforma. En este caso el fenómeno de la reforma, se asimila al fenómeno de la destrucción constitucional, por la inexistencia de procedimiento.

<sup>236</sup> VANOSSI. Ob. Cit., p. 189.

<sup>237</sup> BISCARETTI Di Ruffia, Paolo: *Introducción al Derecho constitucional comparado. Las «formas de Estado» y las «formas de Gobierno»*. Las Constituciones modernas, 1. ed., México-Madrid-Buenos Aires, 1979, pág. 332.

<sup>238</sup> COLOMBO Murúa, Ignacio. Ob. cit., p. 28.

<sup>239</sup> La constitución inglesa es flexible solo en teoría, pues basta observar la frecuencia con que es reformada para determinar que la actividad reformatoria es escasa, e incluso menor que en aquellos países donde la constitución es escrita y por ende rígida.

grados de rigidez. En todo caso, debe quedar claro que --como lo sostiene Pace<sup>240</sup>-- la superioridad jurídico-formal de la Constitución y la rigidez de la misma, son dos caras de la misma moneda; por lo que rigidez y límites formales se asimilan.<sup>241242</sup>

-- *Límites materiales*:

Volvamos a algo que mencionamos de manera tangencial cuando hablamos de Herman Heller, quien es el que lo plantea por primera vez en el plano teórico la existencia: de límites materiales al poder de reforma. Esto implica una concepción política de la constitución<sup>243</sup>. Este teórico parte de la idea básica de que todo cambio a la constitución (conviene recordar que para el los cambios pueden ser simplemente al texto constitucional afectando la constitución formal, la cual es inocua; o materiales afectando lo que él denominó el contenido político de la constitución) es por naturaleza limitado, porque lo contrario supondría actos revolucionarios que de ningún modo pueden estar auspiciados por la misma constitución y la dotación de "jurídico" que ella misma hace a los actos que se encuentran enmarcados dentro de los actos que denominamos constitucionales, todo lo cual supone que toda modificación se encuentra sujeta a la constitución en su conjunto y no solo a las disposiciones formales que demarcan los procedimientos para su reforma.

---

<sup>240</sup>PACE, ALESSANDRO Y VARELA, Joaquín. **La rigidez de las Constituciones escritas**, Cuadernos y Debates, núm. 58, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995. p. 71.

<sup>241</sup> Ferreres Conella, Víctor. Ob. cit. dice: "Para determinar la mayor o menor rigidez, se suelen enumerar los siguientes factores que -se recalca- son de carácter jurídico—formales:

(1) El número de instituciones políticas cuyo consentimiento ha de concurrir para la procedencia de la reforma a la constitución

(2) El tamaño de las mayorías exigidas para la reforma

(3) Si se exige o no la participación del pueblo

De esa forma la constitución *v. gr. de los Estados Unidos* es más rígida que la Colombiana, en la medida en que según el requisito (1) exige la participación no solo de congreso federal, sino también el de los legisladores de las tres cuartas partes de los estados. En cuanto al factor (2) se refiere a las mayorías que requiere. Y el factor (3) por ejemplo la constitución puede establecer la ratificación de la reforma mediante un referendo, o por una asamblea elegida popularmente

<sup>242</sup> Plantea Löwenstein respecto a este punto, que con las exigencias de las mayorías parlamentarias cualificadas "no sólo se alcanzará un consenso más amplio entre los partidos elegidos en el parlamento y entre las fuerzas sociales representadas por ellos, elevando así el grado de legitimidad de la reforma, sino que también se concederá a la minoría disidente un veto que puede jugar el papel de un eficaz control intraórgano. Esta técnica supone un cerrojo frente a las manipulaciones abusivas de la mayoría parlamentaria, radicando aquí un regulador de la dinámica cuya importancia difícilmente puede ser exagerada" Löwenstein, Karl. Ob. cit. p. 176.

<sup>243</sup> Sin embargo, sería con Carl Schmitt cuando la idea de la concepción política de la constitución encontraría particular desarrollo teórico, al punto de que hoy dichas postulaciones son generalmente aceptadas por la doctrina.

Con el concepto de constitución como realidad político--constitucional se adopta la noción de "supremacía material"<sup>244</sup> de la constitución (Que se plantea en el plano de la realidad política--ser) como complemento a la supremacía formal de la misma (la cual se plantea en un plano abstracto del deber ser), lo cual significa la existencia de límites en cuanto al objeto de la reforma misma. Estos límites -que al decir de García-Atance<sup>245</sup> no cumplen esencialmente una función de limitación, porque realmente su efecto no es impedir, sino conservar --al encauzar la reforma para que no altere el orden esencial-- propenden por la protección del orden jurídico fundamental, intentando conservar las prescripciones del constituyente primario referentes al núcleo fundamental de la constitución que hace que la misma sea tal y no otra, manteniendo la identidad del fin político del ordenamiento. Se presentan así, como una barrera insuperable, los principios y preceptos sin los cuales la constitución deja de ser lo que es.

Dichos límites hacen alusión a ciertos preceptos del ordenamiento jurídico constitucional que presentan las directrices principales a partir de las cuales son posible el orden y la unidad política del Estado adoptada en la constitución, entendida esta en palabras de Rubio Llorente como *"un modo de organización de la vida social en el que la titularidad de la soberanía corresponde a las generaciones vivas"*<sup>246</sup>. Por supuesto la pregunta vendría a ser, ¿Cuál es ese contenido esencial de la constitución? García-Atance responde con acierto:<sup>247</sup> *"(...) El conjunto de elementos que constituyen las fuerzas políticas y los fines de los que es portador y que inspiran el complejo normativo, que configuran, a tal efecto, el régimen, forma de estado, sistema, como expresiones equivalentes, y que a veces se mencionan en el preámbulo, o que no se mencionan explícitamente, pero se desprende de los principios que informarán el ordenamiento"*.

Para citar un ejemplo de dichos principios: Benjamin Constant<sup>248</sup> planteó que **el poder soberano, independiente de si este recae en el pueblo, en un grupo o en uno solo, debe ser limitado; dicho poder limitado es una necesidad invariable e inmodificable; la**

---

<sup>244</sup> GARCÍA Atance, María Victoria. Ob. cit. p. 45-57.

<sup>245</sup> Ibidem, p. 52

<sup>246</sup> "Constitución", Enciclopedia Jurídica Básica, Madrid, Civitas, 1995.

<sup>247</sup> GARCÍA Atance, María Victoria. Ob. Cit.

<sup>248</sup> CONSTANT, Benjamin. *Curso de política constitucional*, Madrid, Editorial Taurus, 1968, p. 19.

**limitación de la soberanía se logra a través de la separación de poderes, por lo que este principio es un elemento que conforma el núcleo fundamental y esencial de toda constitución liberal.** Ramírez Cleves también hace alusión a estos límites que denomina como "clausulas axiológicas de intangibilidad", pero que se basan en la misma idea, la del concepto político de constitución y señala explícitamente varios tipos de normas o valores que además de las ya mencionadas (forma de estado, sistema, régimen político) forman parte de dicha noción, veamos<sup>249</sup>:

- Los derechos fundamentales
- La religión, es consagrada en ciertos Estados donde esta juega un papel importante.
- Las mismas clausulas de reforma
- La forma de organización territorial.

Aun así, por más que a priori se puedan establecer algunos elementos que conforman dicho Núcleo fundamental, la dificultad que demarca una delimitación completa es innegable dada la medida de la multiplicidad y complejidad de elementos y factores a tener en cuenta, por lo que este solo puede ser determinado a partir de la labor interpretativa de la institución encargada del control a la reforma<sup>250</sup>, con las consecuencias que ello traduce en la práctica (la delgada línea entre discrecionalidad interpretativa y arbitrariedad). Para sintetizar lo expuesto, podemos decir que los Límites Materiales se manifiestan como una garantía reforzada de la vocación de permanencia y vigencia de los postulados esenciales de la constitución, dotándolos de cierta inmunidad.

Por último, es necesario mencionar que la existencia de estos límites, en nuestro criterio, no se encuentra supeditada al menor o mayor grado de rigidez que adopte la constitución y que ellos se manifiestan, por regla general, también como límites implícitos (aunque es factible y existen numerosos ejemplos como la Ley fundamental de Bonn en el que dichos límites son explícitos

---

<sup>249</sup>RAMÍREZ Cleves, Gonzalo. Límites de la reforma Constitucional en Colombia: El concepto de constitución como fundamento de la restricción, Bogotá, Universidad Externado, 2005, p. 348-353.

<sup>250</sup> El profesor Gargarella presenta unas interesantes reflexiones respecto a este tema, pero referido a los derechos fundamentales (que por la naturaleza misma del Estado Constitucional constituyen límites materiales) y el debate que se ha suscitado frente al tema del pre compromiso y como se "ata" a partir del establecimiento de dichos límites a una sociedad, y la función y papel del juez en esa dirección. Ver GARGARELLA, Roberto, "Los jueces frente al coto vedado", en Doga, 2000, N° 1, p. 53-64.

v. gr. la prohibición de reformar la división territorial en "Länder" o la estipulación de la dignidad humana como intangible), e incluso la aparición de unos y otros va de la mano en la medida en que los límites implícitos surgen a partir de la adopción de la concepción política de la constitución.

--límites absolutos y límites relativos.

Los primeros son aquellos que presentan una barrera insuperable e infranqueable a la reforma ya que de ningún modo se puede reformar normas del sistema constitucional. Estos pueden existir, bien porque el poder constituyente expresamente lo señala --en cuyo caso serían a la vez límites explícitos--, o bien porque se deduce implícitamente del ordenamiento constitucional --en cuyo caso serían implícitos- como es el caso de los límites materiales que mencionamos y explicamos anteriormente.

Por otra parte, los límites relativos, como su nombre lo indica, son aquellos que son superables mediante el empleo de los mecanismos de reforma (procedimiento agravado) que la misma constitución emplea para dicho objeto. Explica Cicconetti<sup>251</sup>, para una mayor ilustración respecto de estos que: *"Los límites relativos (...) pueden ser objeto de una revisión indirecta, según algunos autores, a través de la remoción previa de la norma que prescribe la prohibición, o según otros por intermedio de tramites diversos a los normales (...) la diferencia respecto de la hipótesis de violación de un límite absoluto es que mientras para éste, tal consecuencia es inevitable, para el límite relativo no hay una ruptura de la continuidad, cuando se observan las particulares condiciones para su superación"*.

La diferencia entre uno y otro, estriba en que en los relativos el límite es superado por vías jurídicas --que en Colombia es un procedimiento agravado de doble reforma-- y en el de los absolutos la superación es imposible, solo procede a través de una Revolución.<sup>252</sup>

---

<sup>251</sup> CICONETTI, la revisión de la constitución, citado por RAMÍREZ Cleves, Gonzalo. Ob. cit., p. 340.

<sup>252</sup> La doctrina distingue, entre **límites temporales y circunstanciales**. Los primeros se refieren a cláusulas expresas que determinan la prohibición de modificar el texto constitucional --o bien alguna de sus disposiciones-- por un lapso de tiempo. Este tipo de límites es común establecerlos en regímenes temerosos de que su inestabilidad política produzca una modificación de la constitución sin que antes haya sido asimilada por el pueblo. Actualmente la utilización de este tipo de límites es escasa, y en general se presenta como una solución de tipo jurídico para impedir el advenimiento de futuras dictaduras o golpes de Estado. De suerte que ellos constituyen una especie de inmunidad utilizado por los regímenes políticos que causan una irrupción de difícil asimilación en sociedades altamente influenciadas por los estamentos tradicionales. Los circunstanciales, a diferencia de los temporales, no hacen alusión a una limitación de tiempo, sino a una limitación condicionada, es decir, imposibilitan la reforma en determinadas situaciones.



### 5.3. LA MUTACIÓN CONSTITUCIONAL

No se trata en este acápite de adentrarnos en la problemática de las mutaciones constitucionales, cuyo amplio desarrollo doctrinal puede dejar en entredicho cualquier intento teórico que se pueda abordar aquí como solución<sup>253</sup>, sino el de señalar --a manera de diferenciación teórica-- los principales rasgos, características y calificación que tiene la figura y que permite su perfecta diferenciación de la figura de la reforma constitucional.

La mutación constitucional, es entendida como las modificaciones no formales que operan al interior del ordenamiento constitucional y que no se producen por la vía de la reforma constitucional, mecanismo jurídico establecido formalmente para efectuar dichas modificaciones. En este fenómeno, el texto o la norma constitucional no sufren una modificación en su literalidad, pero si en su contenido o significación. En Francia se le denomina costumbre constitucional (*costume consitutionnelle*), en Italia modificaciones constitucionales tácitas y en Alemania mutación constitucional<sup>254</sup>.

Con Jellinek empieza la doctrina, desde el siglo pasado, la distinción entre la reforma constitucional y la mutación constitucional. La complejidad de la figura de la mutación, hace notar la dificultad para realizar un tratamiento englobador del fenómeno por lo que se ha preferido en la doctrina desde Jellinek<sup>255</sup> --en aras de una mayor identificación del fenómeno-- distinguir entre múltiples tipos de mutaciones constitucionales.

La clasificación que actualmente tiene más relevancia es la propuesta por Hsü Dau-Lin, que es la más conocida y la más seguida, y en la que se recoge una amplia gama de posibilidades de mutación.

---

<sup>253</sup>Para un tratamiento más profundo sobre la temática, ver: LÓPEZ Cadena, Carlo. **"Mutaciones constitucionales: nuevo rol de la interpretación constitucional."** El nuevo constitucionalismo en América Latina. Quito, ed. Corte Constitucional Ecuatoriana para el período de transición, v. 2010, , p.80 y ss.; Pablo Lucas VERDÚ, Curso de Derecho político, volumen IV, Madrid, 1984, págs. 137 y SS.; DA SILVA, José Alfonso, **"Mutaciones Constitucionales"**, en Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional, 1999, N° 1 , p. 1-24; OROZCO Solano, Víctor, **"La mutación constitucional y la fuerza normativa de la Constitución: a propósito de varias sentencias emitidas por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia"**, en Anuario, , N° 11, 2008 , p. 107-136.

<sup>254</sup> DE VEGA, Pedro. Ob. cit. p. 179.

<sup>255</sup>El autor entiende por *reforma* a la constitución, la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionales; y por *mutación*, la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención. JELLINEK, George. **Reforma y permanencia constitucional**, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 7.

Veámosla<sup>256</sup>:

1. *Mutaciones debidas a prácticas políticas que no se oponen formalmente a la Constitución* escrita, y para cuya regulación no existe ninguna norma constitucional. La existencia de estas obedece a la existencia de lagunas constitucionales que vienen a ser llenada con la realidad fáctica que produce la mutación. A este respecto debe decirse que no deja de ser en todo caso polémico el reconocimiento de "lagunas" en el ordenamiento constitucional, pero esto no es el lugar para entrar en dicho debate. Se cita, como ejemplo de las mismas, el control de constitucionalidad de las leyes en Estados Unidos que ejercita la Suprema Corte, pues como ya vimos no existía norma explícita que habilitara para dicho propósito cuando se produjo la sentencia de *Madbury vs Madison*, por lo que podría hablarse de un vacío en ese sentido, que fue llenado por una práctica.

2. *Mutaciones debidas a prácticas políticas en oposición abierta a la Constitución*. En esta los hechos se imponen a la realidad jurídica. El ejemplo que se menciona -citado por de Vega-- es el de la prohibición (señalada en ciertos textos constitucionales) de los mandatos imperativos a los parlamentarios que, sin embargo, la realidad política demuestra que se encuentran sometidos a los mandatos y directrices de los partidos políticos a los que pertenecen sin poder actuar libremente. (Votación de Bancada).

3. *Mutaciones producidas por la imposibilidad del ejercicio, o por desuso, de las competencias y atribuciones establecidas en la Constitución*. En este caso, la práctica política se impone a la realidad jurídica, en la medida en que impide el ejercicio de los derechos y de las competencias constitucionalmente consagradas. Como ejemplo de este supuesto, se cita el caso de la III república francesa, en la cual se estableció la competencia al presidente de la república de disolver la cámara de diputados, que en la práctica después de ciertos intentos de golpes de estado, no se ejercitó nunca más.

4. *Mutaciones producidas a través de la interpretación de los términos de la Constitución*, de tal modo que los preceptos obtienen un contenido distinto de aquel en que inicialmente fueron pensados. Este supuesto, se basa en el papel preponderante --ya reconocido generalmente en la doctrina-- que juegan las significaciones de las palabras conforme lo explicado por Saussure y analizado a partir de las teorías lingüísticas. El ejemplo clásico, es la interpretación del significado de la palabra libertad en la constitución americana de 1787, en el que sin duda se

---

<sup>256</sup> DE VEGA, Pedro. Ob. cit. Pág. 185-190.

puede observar la notable variación que tiene. A partir de dicha clasificación se establece que la mutación constitucional proviene de una práctica (ámbito factico) o bien de una norma<sup>257</sup>, que contradice o varía el significado de algunos preceptos de la constitución, o bien, si se aceptan las lagunas constitucionales, entra a llenar un vacío no previsto por el ordenamiento constitucional. A partir de dicha premisa, se puede establecer la característica básica y esencial de la mutación, que la diferencia de la reforma constitucional, que la misma supone una contraposición entre la realidad política y la realidad jurídica; mientras que en la reforma lo que se busca es conciliar o acoplar dicha realidad política a la realidad jurídica.

Ahora bien, es necesario establecer que dicha contraposición es tolerada por el ordenamiento jurídico en la medida en que --como lo señala el maestro de Vega<sup>258</sup>-- el conflicto entre la realidad política (que significa la mutación) y la realidad jurídica sea latente, o en otras palabras, que no se manifieste en términos de conflicto o incompatibilidad, ello es así por el carácter de cauce informal para el cambio de la mutación. En la reforma, al no existir dicho conflicto, significa un cauce más expedito, y formalmente establecido, para intentar conciliar realidad política y jurídica sin entrar en tensiones.

#### 5.4. LA SUPRESIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

Con este fenómeno ocurre algo semejante al de la destrucción de la constitución, en cuanto supone también la subversión del orden constitucional existente, pero se diferencia en que persiste idéntico el poder constituyente.

---

<sup>257</sup> Precizando la noción de la norma como acto originador de una mutación constitucional, nos dice el profesor de Vega, que dicha consecuencia que produce (la mutación) nunca puede estar en contravía del ordenamiento constitucional, pues el ordenamiento prevé las vías por las cuales dicha norma debe ser declarada inconstitucional, por lo que las únicas mutaciones constitucionales que son posibles de aceptar con procedencia de una norma son dos: las que se derivan de la ausencia de desarrollo legislativo de ciertos preceptos que impedirían el ejercicio de determinados derechos y competencias constitucionales, y las que sin vulnerar el contenido de la Constitución, podrían conducir a una modificación efectiva por vía de la interpretación. *En Colombia la existencia de la mutación constitucional como consecuencia de normas o actos normativos, es notable y ha adquirido importancia en los últimos años; el profesor Sierra Porto menciona un interesante caso, el del bloque de constitucionalidad.* Sierra Porto, Humberto, "**Las reformas constitucionales: transformaciones explícitas e implícitas del estado colombiano**", en Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia (Bogotá). -- No. 331 (Abr. 2006). -- p. 61-83.

<sup>258</sup> DE VEGA, Pedro. Ob. cit., pág. 210 y 215.

Ahora bien, es necesario distinguir las vías por las cuales se puede llevar a término la supresión de la constitución. Dicha distinción brota a partir de la polémica entre la aceptación o no de la reforma total al texto constitucional, entendiendo por reforma total la modificación de todo el texto constitucional sin el reconocimiento de un núcleo esencial irreformable.

Si nos situamos en los que abogan por la imposibilidad de la reforma total de la constitución, por la existencia de límites implícitos y materiales que establecen la irreformabilidad por la facultad de revisión del poder constituido y que como poder constituido le está vedado usurpar las funciones del poder constituyente, la respuesta necesariamente tiene que ser que la vía idónea para realizar la supresión al texto constitucional es a través del poder constituyente originario, porque es solo este quien tiene la legitimidad para destruir la continuidad jurídica que supone el orden constitucional existente.

Al respecto, vimos ya los supuestos teóricos que ello implica. Siguiendo esta perspectiva, podemos citar como ejemplo de supresión de la Constitución la que acaeció en Colombia con el movimiento de la séptima papeleta que desembocó en la asamblea nacional constituyente de 1991, que promulgó una nueva constitución y "suprimió" la anterior. Nótese que supone una ruptura en la continuidad del orden constitucional anterior, pero la misma se basa en similar poder constituyente originario (nación o pueblo, que con variaciones se asimila a una idea democrática). Es a partir de esta concepción, que se puede establecer la diferencia entre la reforma constitucional y el fenómeno de la supresión de la constitución

Si nos situamos en la posición contraria, la que reconoce la posibilidad de la reforma total, se sostendrá que la supresión de la constitución se puede realizar por vía de la reforma, pues lo que prima son los procesos políticos por encima de las proclamas jurídicas, todo lo cual significa la destrucción de la continuidad jurídica del orden constitucional existente, pese a la utilización de vías jurídicas para llevarlo a cabo, ya que como sostiene Vanossi *"lo único eterno en materia constitucional es la necesidad e impulso de cambio: cambio de formas y cambio de contenidos"*<sup>259</sup>. Todo ello llevado a cabo con la conservación aparente intacta de la persistencia

---

<sup>259</sup> VANOSSI, Jorge. Ob. cit. pág. 203.

de idéntico poder constituyente. En este caso, la supresión se puede llevar a cabo por vía de reforma con lo cual la línea que diferencia una y otra es difusa o, si se quiere, utópica.

#### 5.4.1. El Quebrantamiento de la Constitución

Este hace alusión al fenómeno por el cual se produce una alteración de la constitución, mediante una violación --en la acepción de no aplicación o inobservancia-- a título excepcional, y para supuestos determinados de una o varias normas constitucionales que, pese a ello, conservan su plena validez y eficacia respecto de los demás casos objeto de su regulación, y que será admisible cuando sea el propio Texto Constitucional quien lo prevea o cuando se introduzca mediante la técnica a la reforma constitucional<sup>260</sup>.

Löwenstein señala un ejemplo de esta figura, y nos menciona la peligrosidad y perniciosidad de la misma:<sup>261</sup> *“En Alemania, bajo la Constitución imperial de 1871, así como bajo Weimar, se desarrolló la desafortunada práctica llamada enmienda constitucional «silenciosa» o «tácita». Si la ley parlamentaria que cambiaba la Constitución afirmaba en su preámbulo que había sido establecida por las mayorías requeridas constitucionalmente de ambas Cámaras, no se consideraba requisito que se registrase en el texto mismo del documento. El resultado fue que en 1933 la Constitución había sido alterada en tal medida que incluso los expertos eran incapaces de afirmar si los singulares preceptos eran todavía ley positiva, y hasta qué punto. Particularmente perniciosa fue la práctica de hacer excepción, por razones políticas, a la norma constitucional que, por otra parte, seguía sin cambiar y plenamente operativa: la llamada «perforación» de la Constitución (Verfassungsdurchbrechung), fenómeno limitado en amplia medida al medio político germano. Lo que era objetable era la deshonestidad del cambio clandestino, esto es, no articulado textualmente, de la norma”.*

En la medida en que con esta figura --al igual que con la reforma-- se contribuye a la dinámica de las realidades jurídica y política, pueden parecernos con semejanzas, pero en realidad presentan un profundo distanciamiento. Primero, es necesario mencionar que la reforma es una operación jurídica que produce transformaciones formales en el texto constitucional, cosa que no se produce en el caso del quebrantamiento, ya que aquí lo que ocurre es que se adopta una

---

<sup>260</sup> RUIPEREZ, Javier. ob. cit.

<sup>261</sup> LÖWENSTEIN, Karl. Constituciones y derecho constitucional en oriente y occidente. en *Revista de estudios políticos*, 1969, N° 164, 1969, págs. 5-56.

disposición que en un caso concreto y excepcional, desvía la norma; y además no se persigue la reforma de la norma constitucional, sino que efectivamente se presume que esta seguirá vigente<sup>262</sup>. Como puede observarse el quebrantamiento es "constitucional" por encontrarse de forma excepcional dentro de los cauces propios del ordenamiento constitucional. Pero puede existir el quebrantamiento inconstitucional, en los casos en los cuales los supuestos del contenido de la figura que se deroga, no vienen establecidos formalmente en la constitución. Sería el caso que se encontró en la Constitución francesa de 4 de noviembre de 1848, en que el Presidente disolvió el parlamento, cuando el texto constitucional no solo no contemplaba tal posibilidad de quebrantamiento excepcional, sino que la prohibía expresamente<sup>263</sup>.

#### **5.4.2. La Suspensión de la Constitución**

Este es un fenómeno en virtud del cual se dejan de aplicar provisionalmente determinadas prescripciones constitucionales por el acaecimiento de ciertas circunstancias excepcionales<sup>264</sup>. Señala García-Atance<sup>265</sup>, tal posibilidad puede adoptarse por dos vías, la *primera* la jurídica, según la cual la eventualidad de la suspensión se encuentra expresamente consagrada en la Constitución y se sigue el cauce señalado por las prescripciones legal--constitucionales; la *segunda* es por las vías de hecho ya que no existe norma constitucional que exprese la eventualidad de la suspensión por lo que esta será inconstitucional.

En apariencia pueden existir similitudes, entre esta figura y el quebrantamiento constitucional, en la medida en que ambas aparecen cuando suceden situaciones excepcionales y extraordinarias, sin embargo, como menciona De Vega<sup>266</sup> son dos las diferencias esenciales que se encuentran, por un lado en el quebrantamiento la no aplicación de una norma para ciertos casos excepcionales, no implica que pierda su vigencia, todo lo contrario, la conserva plenamente para todos los demás casos no sujetos a la excepción; mientras que la consecuencia jurídica de la suspensión, es la No aplicación provisional de la norma, sin que vea afectada su validez. Por otro lado, el quebrantamiento por regla general da vida a actos singulares, mientras que la suspensión puede dar origen a actos de carácter general.

---

<sup>262</sup> RUIPEREZ, Javier. Ob. cit.

<sup>263</sup> GARCÍA Atance, María Victoria. Ob. cit., p. 89-90.

<sup>264</sup> Cfr. Schmitt, Karl. Ob. cit., p. 116.

<sup>265</sup> GARCÍA Atance, María Victoria. Ob. cit., p. 90.

<sup>266</sup> DE VEGA, Pedro. Ob. cit., p. 173-174.

## 6. EL CASO COLOMBIANO

Los controles en el Estado Constitucional están establecidos para asegurar efectivamente que la supremacía de la Constitución esté garantizada por medio de la exclusión o la adecuación de las normas de inferior categoría a ella. En tratándose de uno de los mecanismos de reforma de la Constitución, como interviene el Congreso, quien las aprueba o redacta la Ley de convocatoria a un Referendo o a una Asamblea Constituyente, tal reforma que se haga debe experimentar el control de la Corte Constitucional, en virtud de su naturaleza jurídica, para confrontarla **con los requisitos que la misma carta señala** mediante la garantía de un control a su procedimiento y a sus límites.

Como alguna vez dijo Benjamin Constant, **es a través de la división de poderes y competencias que se asegura la soberanía del pueblo**; por ello, el tema de los controles es puesto en cabeza de un órgano que tomó relevancia a partir de la posguerra: *El Tribunal Constitucional*. Con ello se consigue lo que planteó Löwenstein<sup>267</sup> que la competencia para verificar la modificación del texto constitucional se encuentre lo más dispersa posible. En razón a que la reforma constitucional es un acto Político--Jurídico de naturaleza compleja que requiere la participación de la mayoría de órganos del Estado Constitucional. Sin embargo, en la doctrina el tema del juez constitucional como verificador de los requisitos de validez formal de la reforma no es nuevo ni exclusivo de la doctrina alrededor del Estado Constitucional<sup>268</sup>. En efecto, ella ya fue expuesta por M. Hauriou, para el cual **"...la ley constitucional misma no debe escapar al control del juez..."** El presupuesto del maestro tolosano es la categoría de "súper legalidad constitucional", que tenía por finalidad *"libertarnos del concepto de Constitución escrita, en lo que tiene de excesivamente rígido"*; comprendiendo "principios individualistas" y

---

<sup>267</sup> LÖWENSTEIN, Karl. ob. cit.

<sup>268</sup> ZÚÑIGA, Francisco. *Control de constitucionalidad de la reforma constitucional. Control de constitucionalidad de la reforma constitucional* Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales, 2006 Año 4, N°. 2, p. 415-434.

"principios políticos" que integran una "legitimidad constitucional" colocada encima de la constitución escrita.

La función del control por parte del tribunal constitucional, desde la perspectiva del constitucionalismo, no es la de legitimar políticamente la reforma --aunque la praxis constitucional parezca demostrar lo contrario--, sino el de controlarla efectivamente. Dicha función de control, **que es una garantía que establece la misma constitución** está establecida en la mayoría de constituciones modernas de carácter demo-liberal.

El control de constitucionalidad de la reforma puede ser planteado desde dos supuestos: El primero, el control formal y, el segundo, el control material. Bajo el primer supuesto, el control de constitucionalidad se realiza mediante la vigilancia y la garantía de que la reforma constitucional se llevó a cabo con el respeto y observancia de las prescripciones legal-constitucionales que establecen el procedimiento; recordemos que este fue el tipo de control planteado originalmente en las primeras décadas del siglo XX. El segundo supuesto se refiere a un control de la reforma, vigilando que la misma respete los límites materiales (Implícitos o Explícitos) establecidos en la constitución, es decir, busca que la reforma se produzca acorde al orden político—jurídico establecido por el Constituyente primario sin vulnerar el núcleo esencial de la constitución. Estamos frente a una situación teórica nueva que naciera después de la segunda guerra mundial, la de la posibilidad de declaratoria de inconstitucionalidad de una "una actuación como constituyente derivado del Congreso con pretensión de que se convierta en norma de rango constitucional". El tipo de control que se busca es determinado en la constitución (generalmente de forma vaga, característica esencial de las normas constitucionales), pero establecido efectivamente por la interpretación constitucional realizada en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales, quienes en últimas son los que determinan cuál de los dos o los dos supuestos de control es el que establece la Constitución<sup>269</sup>.

---

<sup>269</sup> No deja de ser polémica esta facultad del tribunal constitucional, pues no es un órgano elegido directamente por el pueblo, y actualmente es objeto de las más cruentas críticas. Las más fuertes e interesantes provienen del profesor Roberto Gargarella. Al respecto GARGARELLA, Roberto. Una disputa imaginaria sobre el control judicial de las leyes. *"El constitucionalismo popular" frente a la teoría de Nino*. Revista El canon neo constitucional / coord. por Miguel Carbonell Sánchez, Leonardo



## 6.1. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN EUROPA A PARTIR DE 1945. EL ESTADO CONSTITUCIONAL, TEORÍAS Y CARACTERÍSTICAS.

Tras el fin de la guerra y la caída de los estados fascistas en el año de 1945 llega una nueva etapa del fenómeno constitucional a una Europa devastada, donde se gesta un proceso que da lugar a que se adopte en los principales estados europeos, de cara a la URSS como modelo totalitario y la "Guerra fría", el modelo del Estado constitucional con la jurisdicción constitucional como estandarte; así, Italia en 1947, Alemania en 1949, la quinta República Francesa en 1958, Portugal en 1976 por la "Revolución de los Claveles" y España en 1978. El surgimiento de la Jurisdicción constitucional es fruto de diferentes procesos y contingencias políticas que facilitaron el asentamiento de las bases y presupuestos de la jurisdicción constitucional en cada Estado, procesos que al decir de Haberle, *"son de crecimiento que "van recogiendo" competencias, autoridad y legitimidad a través, por ejemplo, del Preámbulo concebido normativamente y, con ello, de los derechos humanos"*<sup>270</sup>. Toda esta coyuntura en torno al surgimiento y estructuración de la jurisdicción constitucional en los países europeos lleva a que el fenómeno constitucional llenara de ciertas características esenciales al Estado de Derecho ahora denominado Estado Constitucional.

Sin embargo los procesos que devienen en los cambios de paradigma no son ni rápidos ni sencillos, y el que permite el surgimiento del Estado constitucional junto a la jurisdicción constitucional no es la excepción. El verdadero cuestionamiento a la jurisdicción constitucional, comienza en la tradición jurídica europea, con el debate entre Carl Schmitt y Hans Kelsen, en torno a la defensa de la constitución y la naturaleza jurídica de esta. Para Schmitt *"la Constitución en sentido "positivo" es la decisión del conjunto del pueblo sobre el modo y la forma de la unidad política"*<sup>271</sup>. Para el teórico alemán la naturaleza de la constitución no es normativa sino política, razón por la cual entiende que el guardián de la supremacía de la constitución debe ser el presidente del *Reich* o Jefe de Estado, elegido por el pueblo y en consonancia con la decisión soberana del pueblo representada en la constitución. Estima

---

García Jaramillo, 2010, ISBN 978-84-9879-162-4, págs. 403-426; GARGARELLA, Roberto. **La dificultad de defender el control judicial de las leyes**. Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho, ISSN 1405-0218, N.º. 6, 1997, págs. 55-70; y GARGARELLA, Roberto. *Del reino de los jueces al reino de los políticos*. Revista: Jueces para la democracia, ISSN 1133-0627, N.º 28, 1997, págs. 24-28.

<sup>270</sup> HABERLE, P. *"La jurisdicción constitucional en la fase actual de desarrollo del estado constitucional"*

<sup>271</sup> La polémica Schmitt -- Kelsen sobre el guardián de la Constitución, HERRERA Carlos Miguel, Revista de Estudios Políticos, Madrid n.º 86, 1994, p. 195-227.

además que concebir la constitución como norma y entregar su supremacía al poder judicial, implica una injustificada reducción del poder ejecutivo. Refiriéndose claramente a las posturas de Kelsen, él dice: *"A semejantes tendencias he contrapuesto en mi "teoría constitucional" el sistema de un Estado Constitucional democrático con un concepto positivo de Constitución. Cuando se insiste en que la Constitución de Weimar es una decisión política del pueblo alemán unificado, como titular del poder constituyente, y que, en virtud de esta decisión, el Reich alemán es una democracia constitucional, la cuestión relativa al protector de la constitución puede resolverse de otra manera que mediante una ficticia judicialidad."*<sup>272</sup>. Schmitt además expone en contra del argumento del éxito del *"Judicial Review"* en Estados Unidos de América, que su constitución y su organización estatal obedecen a realidades políticas diferentes a las de los estados europeos. Este debate que se da durante la primera posguerra tiene una particular importancia en torno al surgimiento de la jurisdicción constitucional propia del estado constitucional de la segunda posguerra. Explicamos cómo las teorías de Kelsen en torno a la garantía jurisdiccional de protección de la supremacía de la constitución, son bien recibidas en Austria, con la creación del Tribunal de Justicia Constitucional en 1920. El Tribunal del *Reich* bajo la vigencia de la constitución de Weimar, reconoció a los jueces la posibilidad de control constitucional sobre las leyes del *Reich*, en decisión del 4 de noviembre de 1925, control que contrario al planteado por Kelsen es difuso, pero que sigue la idea del austriaco en cuanto a la constitución como criterio formal para determinar la constitucionalidad de las leyes.

Así las cosas y a pesar de los cuestionamientos planteados por Schmitt, las tesis Kelsenianas se imponen. La Alemania Nazi, ¡Quién lo creyera! evidencia como el paradigma formal Kelseniano, que permitía que todas las leyes que se crearan siguiendo los procedimientos formales previamente determinados en la Constitución, se consideraran derecho válido, al aceptar que el tribunal Constitucional de Leipzig siguiera ejerciendo un precario control de constitucionalidad, se diera un fundamento jurídico a la barbarie. Los Nazis a través de sus ideólogos jurídicos --en esa mezcla muchas veces rechazada que se da entre derecho y política-- idearon la forma de introducir cambios notables a la ideología liberal siguiendo los procedimientos formales establecidos para las leyes, realizando de esta forma una sustitución de la ideología liberal subyacente a la Constitución de Weimar.

---

<sup>272</sup> SCHMITT Carl *"La defensa de la constitución"*.

El caballo de Troya nazi --como se le denomina a lo ocurrido-- tuvo los efectos deseados y esperados por sus ideólogos. Así pues, fue como se expidieron las leyes sobre la raza en las cuales se excluía a los judíos de la comunidad Aria germánica, por medio de quitarles la ciudadanía alemana, se les excluyó del conglomerado social alemán, en una especie de *capiti diminutio* nazi. **El racismo se volvió así en un principio ideológico de los nazis y el derecho iba a ser usado para defender la pureza aria.** Nace así un Derecho racial. Frente esos exabruptos cometidos por el ejecutivo bajo el beneplácito y a través del legislativo durante la segunda guerra mundial y permitidos por el derecho por medio de los positivismo no liberales, en el cual el derecho quedo "ciego" frente a la injusticia material, con la cual se flanqueo la Carta de Weimar demostrándose la fragilidad del orden constitucional liberal, se buscó durante la segunda posguerra darle preeminencia a los contenidos materiales del derecho, hasta ahora prácticamente ignorados por el positivismo ciego y politizado.

Así, ante la necesidad de rematerializar el derecho, el pensamiento jurídico contemporáneo ve la necesidad de abandonar el fracasado paradigma Kelseniano y traer al derecho contenidos que la tradición jurídica positivista había dejado completamente por fuera, proceso que comienza con la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, al establecer dignidad humana como elemento intrínseco a la condición humana, y un catálogo de derechos humanos. Tras ello vendría una oleada constitucionalizadora, en la que de la mano a la introducción de contenidos de carácter material tales como derechos fundamentales, principios y valores en las partes dogmáticas, vendría a la implantación de tribunales constitucionales garantes de la supremacía de la constitución, de lo que son principales ejemplos las constituciones mencionadas al inicio de este capítulo, como también las constituciones y reformas constitucionales de países como Chipre y Turquía en 1960 y Checoslovaquia en 1963.

El surgimiento de este nuevo paradigma constitucional fruto de esta evolución histórica de la segunda posguerra, donde las constituciones se dotan de un pleno carácter de búsqueda de la justicia material, del que un renovado concepto de jurisdicción constitucional es presupuesto. Los tribunales constitucionales guardianes de la supremacía constitucional se instituyen en una verdadera garantía jurisdiccional del derecho contenido en la constitución, convirtiéndose en limitadores de las facultades legislativas, ya que ahora es esta jurisdicción quien está obligada a

determinar el alcance de cada derecho, valor y principio presentes en la parte dogmática de la constitución y que ahora los legisladores deben respetar en el ejercicio de su labor de expedición de normas. Garantía que realizan a través del papel de legislador positivo, que por su parte no implica un remplazo o una sustitución al legislador como institución representante de la democracia, sino corregirlo con el fin de lograr un mayor nivel de justicia. Este nuevo rol se hace efectivo a su vez, mediante las técnicas de modulación, bien sea con las técnicas de modulación en el tiempo o las de modulación de contenidos o "control concreto". **El juez constitucional es un juez proactivo y con una misión política, no un mero aplicador mecánico de la ley como ocurría bajo el anterior paradigma, su papel central es el de creador de derecho.**

El nuevo papel de la jurisdicción constitucional plantea unas particulares consecuencias, comenzando por el hecho de que los tribunales constitucionales adquieren una cierta mayor jerarquía con respecto del legislador, al imponer a éste la interpretación judicial de los contenidos de la constitución. Además el Tribunal Constitucional, *en su función de máximo intérprete de la Constitución, queda exento del control de las decisiones que adopte --ahora es el juez constitucional el que no se equivoca--. También se deriva de esta nueva jurisdicción constitucional, que el fundamento de sus decisiones no es el puramente democrático, sino la declaración de la racionalidad contenida en la constitución misma.*

*En el concepto de Estado constitucional se unen el de Estado y el de la constitución misma,<sup>273</sup> de tal manera que la existencia de uno y otro quedan atadas la una a la otra, ello se refleja en que en la Teoría del Estado contemporánea, no se concibe un Estado sin constitución, y ya no solo en tanto el contenido político que esta involucra, sino que emerge de particular manera la dimensión jurídica de esta, representada en principios de carácter material que permean ahora toda la juridicidad dentro del Estado Constitucional, en tanto que en el universo de lo jurídico entran a ocupar un papel preponderante conceptos que le eran por*

---

<sup>273</sup> Surge entonces con la jurisdicción constitucional como hoy la entendemos una nueva concepción de ordenamiento jurídico, el cual se entiende cobija y debe ser respetado por cada uno de los conformantes de cada poder público y por el poder público que ellos conforman, no siéndole dado en el ejercicio de esos poderes la vulneración de esas garantías, derechos, valores y principios vinculantes para cada sujeto contemplado por el ahora Estado Constitucional.

completo extraños al estado de derecho legalista, y en general a la concepción de Estado vigente antes de la segunda posguerra. Esta idea de Estado Constitucional surge como respuesta al surgimiento de nuevas y más complejas demandas sociales y que necesitan encontrar un lugar dentro del Estado, en tanto que son realidades provenientes de fuentes materiales que el derecho había cuando menos había ignorado durante años. Así pues, las reivindicaciones políticas humanizadoras de lo político alcanzan dentro del Estado Constitucional, una especial relevancia jurídica, el juez como parte de la jurisdicción constitucional adquiere dentro del Estado Constitucional un papel preponderante, en tanto que su labor lejos de ser la de un autómatas, es ahora la de un garante de los principios democráticos en los que se funda el Estado.

El Estado constitucional tal y como está concebido hoy en día, tiene ciertas particularidades, que aquí ya hemos venido esbozando, y que son determinantes a la hora de identificarlo. Un primer aspecto a considerar, es el del proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico en su totalidad, esto es llevar la constitución a cada sector de la sociedad, en sus diferentes niveles y a sus diferentes actores, ello en torno a unos predeterminados factores políticos, culturales y económicos. Dicho proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico, lleva como principal estandarte los principios y valores presentes en la constitución.

Tomamos de Ricardo Guastini, la siguiente enumeración de las características del Estado Constitucional.

a) La existencia de una Constitución rígida: Es decir una Constitución escrita, con un procedimiento de modificación más agravado que el de una ley ordinaria, ya que de ello depende su el establecimiento de su mayor jerarquía dentro del ordenamiento jurídico, y la operación de su fuerza vinculante

b) Existencia de una garantía jurisdiccional: Como ya aquí se había desarrollado es solo a través de la labor de la jurisdicción constitucional que en el Estado constitucional, se garantiza la supremacía de la constitución y se hacen efectivos los principios y valores presentes en la parte dogmática de la constitución. Dicha garantía puede ser, 1) abstracta o concreta, obedeciendo ello a si se hace el control constitucional sobre una norma en abstracto o una

disposición en concreto, o II) previo o posterior, dependiendo si se hace antes o después de la entrada en vigencia de la norma objeto de control III) Concentrada o difusa, suponiendo que la concentrada obedece a un control constitucional en manos de un único órgano o tribunal constitucional, o si se hace por todos los jueces.

c) El reconocimiento de la fuerza vinculante de la Constitución. Esto como de cierta manera ya hemos venido desmenuzando, encuentra razón en la necesidad de hacer efectivos los catálogos de derechos y libertades de carácter programático que exigen la actuación del Estado. Estas disposiciones deben ser dotadas de supuestos jurídicos y consecuencias jurídicas construidas por el Tribunal constitucional, que permiten la realización de estos principios.

d) La interpretación extensiva de la Constitución: Esto hace referencia a la interpretación que le es dada a la constitución, y mediante la cual se llenan los vacíos presentes en el ordenamiento jurídico, a través del contenido material de la constitución.

e) La aplicación directa de la Constitución, la cual, como se indicó, está íntimamente ligada al reconocimiento de su fuerza vinculante. Esta aplicación directa se refiere a la extensión de los efectos de la Constitución a las relaciones entre ciudadanos y los poderes públicos, y a las de los ciudadanos entre sí.

f) Interpretación conforme a la Constitución. Esta característica tiene que ver directamente con el ordenamiento jurídico infra constitucional, que en atención a ese principio de supremacía de la constitución opera haciendo que la interpretación que se haga de las normas infra constitucionales, tenga que hacerse conforme a la constitución.

Efectuaremos la descripción de uno de los conceptos más interesantes que ha creado el constitucionalismo colombiano en su historia; el mismo fue extraído de la teoría hermenéutica constitucional y denominado por nuestra corte constitucional **“El Juicio de Sustitución Constitucional y los límites a la reforma de la Constitución por el constituyente derivado”**. Nace a partir de la sentencia C-551/ 2003 en la cual se revisa la ley que convoca al pueblo a una reforma constitucional usando el referendo reformativo de la Carta, promovido por el gobierno de Álvaro Uribe que buscaba introducir 18 reformas constitucionales.

Esta doctrina, *bastante polémica dentro de la teoría constitucional*, es en últimas una bella figura de derecho procesal constitucional. Busca imponer límites de carácter material a las reformas de la ya muy cambiada constitución de 1991. La doctrina mundial maneja el concepto de “Cláusulas Pétreas” o principios, normas y enunciados dogmáticos inmodificables en las constituciones por expresa prohibición de reformarlos<sup>274</sup>, esta prohibición tiene su fundamento argumentativo en el principio de Estado Constitucional de Derecho<sup>275</sup>, que implícitamente incluye el concepto de supremacía material de la constitución como un cuerpo armónico.

La técnica del juicio de sustitución no es una simple comparación de un artículo o un principio constitucional con el articulado de una Ley que convoca al pueblo a un Referendo reformativo de la Carta o a una Asamblea Constituyente, en razón a que su empleo exige un estudio filosófico y armónico de toda la constitución para determinar su alcance.<sup>276</sup> En este entendido el juicio de sustitución busca la objetivación en un abuso de competencia en que ha incurrido el organismo facultado por la Constitución Política Colombiana para realizar una reforma a la constitución, creado un nuevo estatuto constitucional o, peor aún, lo ha desfigurado o mutado en otro<sup>277</sup>.

## **6.2. DEMOCRACIA Y CONSTITUCIONALISMO**

Aunque no es el tema de este informe explicar la complejidad temática de este choque de valores filosóficos, estamos obligados a realizar unas breves reseñas sobre este tema:

---

<sup>274</sup> Peter HÄBERLE *El Estado Constitucional* Fondo de Cultura Económica de México Trad. De Héctor Fíx-Fierro y estudio introductorio de Diego Valdez.

<sup>275</sup> Entiendo este Concepto tal como lo usó La Corte Constitucional en la Sentencia T- 406/92 MP. Ciro Angarita Barón.

<sup>276</sup> C-141/10.

<sup>277</sup> 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.

- En el orbe demo--Liberal el nuevo constitucionalismo sostiene que **el principio de estado constitucional fundado en justicia material está por encima del concepto de democracia cuando esta no se ha ajustado a los presupuestos formales en que debería enmarcarse**. En el caso del referendo el desarrollo es mucho más complejo en cuanto ha tenido que ser limitado por la jurisprudencia de la corte constitucional.<sup>278</sup>
- La Corte Constitucional colombiana hace notar que **cuando en las democracias no se actúa dentro de una perspectiva seria esta podría degenerar en una demagogia como es explicado por Aristóteles,**<sup>279</sup> un claro ejemplo de degeneración de democracia fue el de Adolf Hitler en Alemania, el del General Napoleón Bonaparte y el del General De Gaulle en Francia entre muchos más.<sup>280</sup>
- Nuestra Corte Constitucional, afirma que la democracia en ningún momento se debe guiar solo por las reglas de la mayoría, sino que esta debe estar íntimamente ligada con el respeto y protección a las minorías.<sup>281</sup>

### **6.2.1. Poder Constituyente y Poderes de reforma de la Constitución como primera forma de limitar las reformas a las constituciones**

La teoría Constitucional se ha encargado de dividir las clases de poderes constituyentes; en este orden de ideas Emmanuel Sieyès en un escrito denominado *¿Qué es el Tercer Estado?*, enseña que la nación liberal tiene periodos de institucionalización donde ella se expresa de forma diferente ya que el poder como fuerza creadora de una constitución es una etapa meramente política que llama *“la nación es”*, donde cada pueblo tiene autonomía suficiente para

---

<sup>278</sup> La C-141/10 es innovadora en esta materia y expresa textualmente *“Se concluye entonces que la regla de la mayoría y la voluntad popular no tiene un valor superior a los procedimientos diseñados para permitir que éstas se manifiesten. Esta idea se sustenta en que un sistema democrático supone en esencia la combinación de distintos elementos que permiten la válida adopción de decisiones. En efecto, el sistema está conformado por (i) un conjunto de reglas que permiten garantizar tanto (ii) la participación efectiva de los ciudadanos en las decisiones, como (iii) la adopción de una decisión por mayoría al final del proceso. La democracia es tanto el componente teleológico (la participación popular y decisión adoptada por la mayoría) como el medio empleado para alcanzarlo (el procedimiento y las reglas procesales previamente diseñadas y conocidas por los participantes).”*

<sup>279</sup> Al respecto el magistrado Jaime ARAUJO RENTERÍA advierte a la corte **lo peligroso que sería dejar instalar un régimen autoritario a través de reformas constitucionales** en el salvamento de voto de la C-971/04.

<sup>280</sup> A este respecto me remito a la obra de Kart Löwenstein *“Teoría de la constitución”*. Sobre todo la parte que él denomina democracia plebiscitaria.

<sup>281</sup> Sentencia C-141/10.



darse la normatividad jurídica que bien le parezca, la misma es de carácter histórico y sociológico, para entenderla hay que remitirse a los estudios del poder que realiza el profesor Karl Löwenstein, entendiendo a este fenómeno como una característica intrínseca de la *naturaleza* humana; además, también hay que remitirse a los aportes sobre el modelo de polis que desarrolló Aristóteles o, si se quiere, se puede recurrir a la explicación marxista de este fenómeno. En fin, la estructura fenomenológica de este proceso es estudiado por la ciencia política, pero le resulta irrelevante al Derecho para la construcción de una teoría jurídica porque a este último le resulta imposible usar otro lenguaje que no sea el suyo que es donde se puede reconocer como *ius*. (El Derecho es AUTO POIETICO).

Por otro lado este pensamiento hay que ligarlo con la filosofía contractualista de la época donde la soberanía popular o nacional es la característica de una sociedad libre; ejemplos de este periodo lo encontramos en la revolución francesa, donde la idiosincrasia del pueblo francés determinó las instituciones que estos querían darse de manera autónoma; la constitución colombiana de 1991 y en general todas las constituciones que son realizadas por los pueblos cuya realidad histórica les permiten tener conciencia de lo que están creando; en pocas palabras, **un pueblo que no tenga un concepto de sí mismo como libre no puede ser tenido en cuenta como una "nación que es".**<sup>282</sup>

La segunda etapa es donde la "*nación hace*" consiste en un proceso político donde crean sus instituciones y se percata del papel que tendrán dentro de la organización estatal, es decir después del desbordamiento de poder de la etapa anterior, los factores reales de poder se organizan y plasman que organización quieren darle a la nación,<sup>283</sup> la tercera etapa es donde la "*nación ve*" en ella el conglomerado toma un papel menos relevante dentro del estado por que las instituciones funcionan y son las que dan movimiento a este, en pocas palabras ellas son las que ejercen el poder formalmente en el estado por tanto la nación ya no ejerce el poder de la manera en que fue concebida en la primera etapa y pasa a un segundo plano, la vida jurídica y política del estado la dan sus instituciones jurídicas. Esta etapa la relacionamos con el fenómeno denominado por Maurice Duverger institucionalización del poder o poder

---

<sup>282</sup> Kart LÖWENSTEIN *Teoría de la Constitución* y Emmanuel Sieyès *¿Que es el Tercer Estado?*

<sup>283</sup> David MERCADO Pérez *Manual de Teoría Constitucional*.

institucionalizado<sup>284</sup> que en últimas da como resultado un aparato burocrático denominado estado. En este orden de ideas el poder dentro de los estados tendrá diferentes consecuencias dependiendo de la forma en que este se exprese, la primera en teoría es ilimitada tanto política como jurídicamente, la segunda está ya limitada políticamente, en los términos fijados por la primera.

La obra del profesor Sieyès es el fundamento para el estudio del fenómeno del poder cuando este es ejercido bajo las funciones estatales y cuando actúa como supremo; en este orden de ideas el poder desde la perspectiva de la teoría constitucional se divide en: a) Poder Constituyente, b) Poder Constituyente derivado y c) Poderes Constituidos. En teoría podemos decir que cada una de estas clases es la representación sociológica del desarrollo de la nación. El **poder constituyente** actúa en el Estado cuando crea y fundamenta todo un ordenamiento jurídico, tal como lo expresa Hans Kelsen en su libro *Teoría General del Derecho y el Estado*, la *aceptación* de esta fuerza extra jurídica será la que otorgue su validez al orden jurídico, en últimas este es un acto político que dará legitimidad a todo el sistema político—jurídico y es la razón por la cual no está sujeto a límites.<sup>285</sup>

El **poder constituido** es el que surge de la organización que da la constitución al estado es el que hace funcionar todo el aparato estatal, es decir pone en movimiento la constitución. Las fuentes de este son la constitución y la ley, por ello *está totalmente subordinado al ordenamiento jurídico*, es en él donde se realiza el estudio de legalidad constitucional que en Colombia es conocido como *juicio de constitucionalidad por medio de los mecanismos de control de la supremacía*, El poder constituido a la manera del positivismo jurídico es un acto de aplicación de una norma superior, por eso está supeditado a un tribunal constitucional para resolver las antinomias.

El concepto de **poder constituyente derivado** ha sido una de las complejidades más grandes del derecho constitucional, por mezclar los efectos del poder constituyente originario con la

---

<sup>284</sup> Maurice DUVERGER *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*.

<sup>285</sup> Hans KELSEN *Teoría del Derecho y el Estado* Editorial UNAN México.

poiesis o legitimación del poder constituido. Es decir en el *estado constitucional este construye normas de derecho en nombre de la constitución y con el mismo rango normativo*. La existencia de este poder se remota a la necesidad de actualizar la constitución a los cambios políticos de cada época y es garantía de que la constitución no se convierta en arqueología jurídica o un mero visaje jurídico del desarrollo político de un pueblo. Anotadas dichas características es necesario preguntarse: ¿A qué límites se encuentra sujeto el poder constituyente derivado?<sup>286</sup> Para contestarla debemos hacer una valoración política desde los valores demo liberales establecidos en la propia Carta Constitucional.

El desarrollo constitucional de este tema se ha vuelto una de los puntos claves y de más debate en la actualidad y aunque su origen se halla varios siglos antes de cristo en la democracia Ateniese, hay que señalar que dicho límite era más una pieza política que una técnica jurídica que salvaguardase un orden constitucional vigente<sup>287</sup>. Es muy conocido el suceso de SOLON (cuando **PISISTRATO estaba persuadiendo a la Ekklesia para convertir el sistema político ateniense en una dictadura**, quien hace un reclamo por medio del "Graphē Paranómōn" ante el areópago formado por militares y otras personas para evitar el colapso de la democracia por parte el encantamiento sofista de PISÍSTRATO). Además, debemos recordar el suceso de Antígona, narrado por Sófocles, el cual permite distinguir entre democracia y demagogia, entre las leyes inmutables de los dioses y los decretos de los hombres<sup>288</sup>.

Además del ejemplo griego, en la historia podemos encontrar muchos otros, en la antigua Mesopotamia bajo el gobierno de Hammurabi se permitía demandar leyes que violasen el orden divino establecido por Marduk y, una doctrina nacida en Francia llamada "*Fraude Constitucional*" creada por la escuela Bordelesa<sup>289</sup>. En este trabajo nos centraremos esta doctrina en el estado liberal, por eso las constituciones actuales han creado un mecanismo llamado "*Clausulas Pétreas*", que son prohibiciones expresas que traen las constituciones para

---

<sup>286</sup> Gonzalo RAMÍREZ Cleves.

<sup>287</sup> Hay que tener presente que aunque el desarrollo de 1950 tiene grandes connotaciones políticas el fondo y la filosofía que encierran son totalmente opuestas con las que se practicaron en distintas épocas histórica y la forma depurada de su uso.

<sup>288</sup> Gonzalo RAMÍREZ Cleves *Reformas a la Constitución de 1991 y su control constitucional: entre la democracia y la demagogia*.

<sup>289</sup> Gonzalo RAMÍREZ Cleves ...

limitar el ámbito de reforma de una constitución, al expresar que artículos no pueden ser modificados por el poder constituyente derivado, encontrándose en debate si el originario está facultado para crear sistemas políticos inhumanos o que sean una gran amenaza internacional a los derechos humanos, pero esto es un debate político más que jurídico.

Las llamadas cláusulas de petrificación de una constitución no son tan nuevas, en la primera república francesa fueron usadas para no permitir que fuera cambiado el sistema republicano<sup>290</sup>. Las constituciones actuales en el mundo han creado este mecanismo de límite al poder constituyente de forma explícita<sup>291</sup>; y su desarrollo se ha remontado al problema de

---

<sup>290</sup> Gregorio Badini *Tratado de Derecho constitucional*

<sup>291</sup> La Constitución de los Estados Unidos contiene dos disposiciones que tratan explícitamente el punto. La primera está dirigida a los estados federados para garantizar la república. "**Artículo 4. Cuarta Sección. Los Estados Unidos garantizarán a todo Estado comprendido en esta Unión una forma republicana de gobierno y protegerán a cada uno en contra de invasiones, así como contra los disturbios internos, cuando lo soliciten la legislatura o el ejecutivo (en caso de que no fuese posible reunir a la legislatura).**" La segunda protege la igualdad de los estados federados. "Artículo 5. Siempre que las dos terceras partes de ambas Cámaras lo juzguen necesario, el Congreso propondrá enmiendas a esta Constitución, o bien, a solicitud de las legislaturas de los dos tercios de los distintos Estados, convocará una convención con el objeto de que proponga enmiendas, las cuales, en uno y otro caso, poseerán la misma validez que si fueran parte de esta Constitución, desde todos los puntos de vista y para cualesquiera fines, una vez que hayan sido ratificadas por las legislaturas de las tres cuartas partes de los Estados separadamente o por medio de convenciones reunidas en tres cuartos de los mismos, según que el Congreso haya propuesto uno u otro modo de hacer la ratificación, y a condición de que antes del año de mil ochocientos ocho no podrá hacerse ninguna enmienda que modifique en cualquier forma las cláusulas primera y cuarta de la sección novena del artículo primero y de que a ningún Estado se le privará, sin su consentimiento, de la igualdad de voto en el Senado."

2. En Alemania "Artículo 79. (...) **3. Será ilícita toda modificación de la presente ley en virtud de la cual se afecte la división de la Federación en Estados, los fundamentos de la cooperación de los Estados en la potestad legislativa o los principios establecidos en los artículos 1° y 20.**" "Artículo 1. **1. La dignidad del hombre es sagrada y constituye deber de todas las autoridades del Estado su respeto y protección. 2. El pueblo alemán reconoce, en consecuencia, los derechos inviolables e inalienables del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo. 3. Los derechos fundamentales que se enuncian a continuación vinculan al Poder Legislativo, al Poder Ejecutivo y a los tribunales a título de derecho directamente aplicable.**" "Artículo 20. **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.**"

3. En Francia, el artículo 89. (...) La forma republicana del Gobierno no puede ser objeto de reforma."

4. En Italia Artículo 139. No podrá ser objeto de revisión constitucional la forma republicana."

5. En Portugal Artículo 288 (De los límites materiales de la revisión). Las leyes de revisión constitucional deberán 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; ) 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) La coexistencia del sector público, del sector privado y del sector cooperativo

corrupción constitucional; este se da cuando se actúa de mala fe y se pone al servicio del terror anticonstitucional todo el aparato y la ideología liberal de un estado constitucional para luego destruirla. Los problemas fundamentales de este sistema se dan cuando analizamos si la protección que otorgan estas cláusulas afecta artículos explícitos de la constitución, o instituciones jurídicas o la filosofía del sistema etc. entendiendo que cada uno de estos sistemas de protección genera consecuencias diferentes. Por otra parte, debemos preguntarnos si la petrificación otorga intangibilidad constitucional moderada o total, lo que señala que esta doctrina se encuentra aún en construcción por lo que existen grandes vacíos que llenar.

El otro mecanismo que se ha inventado es el de las “cláusulas pétreas implícitas”, atribuido al jurista alemán Karl Schmitt al que hoy nadie se refiere porque aceptó ser el asesor constitucional de Hitler y destruyó “desde dentro” la Constitución de Weimar. Hace referencia a los principios con el carácter de postulados de la ideología política de la Constitución. El otro límite es de origen colombiano, ha sido creado por la Corte Constitucional colombiana en el año 2003 y tiene como fundamento filosófico no la superioridad de un poder sobre otro sino la competencia de un poder para modificar la constitución.

### **6.3. JUICIO DE CONSTITUCIONALIDAD Y DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN EL ESTADO DE DERECHO.**

¿Qué es lo que ha innovado nuestra Corte Constitucional como **Un límite a la reforma a la constitución a través del juicio de sustitución?**

---

y social de propiedad de los medios de producción; g) La existencia de planes económicos en el ámbito de una economía mixta; 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 del gobierno local, así como el sistema de representación proporcional; i) El pluralismo de expresión y organización política, incluyendo los partidos políticos, y el derecho de oposición democrática; j) La separación y la interdependencia de los órganos de soberanía; l) La fiscalización de la constitucionalidad por acción o por omisión de normas jurídicas; m) La independencia de los Tribunales; n) La autonomía de las entidades locales; o) La autonomía político-administrativa de los archipiélagos de las Azores y de Madeira.”

La técnica del “Juicio de Sustitución” hace parte del Derecho procesal Constitucional. Su estudio es hoy en día un tema de gran actualidad cuya gran relevancia radica en que se amplía el margen de acción de la constitución actuando su articulado como normas directamente aplicable; Dicho sea al pasar, entendemos en esta monografía al derecho Procesal Constitucional, como *derecho Constitucional “Concretizado”*, tal como lo entiende Häberle con las precisiones propias de la adecuación de su doctrina a la realidad jurídica colombiana. Por ello es menester realizar precisiones preliminares sobre sus generalidades jurídicas del mismo, advirtiendo que no es un estudio especializado sobre el tema, por la cual no profundizaremos en este punto.

### **6.3.1. UBICACIÓN JURÍDICA DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL.**

Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 el derecho Colombiano entró en la llamada “*constitucionalización del derecho*”, por dos razones fundamentales, la primera de ellas es que la Carta del 91 supedita todas las actuaciones tanto de particulares como de servidores públicos a ella (Art. 4º C.N), con lo cual cambia la concepción de la constitución como discurso constitucional que más parecía una poesía; por una concepción de “norma jurídica” de aplicación inmediata y directa. La otra razón es la darle sentido a la soberanía del pueblo y como consecuencia de ello ofrecerles herramientas a los colombianos para defender sus derechos por vías eficaces, como lo son, la acción de tutela (Art. 86 C.N) o la acción popular (Art. 88 C.N). Este proceso ya se venía dando a nivel mundial con la tesis del control constitucional a las normas y actuaciones de los órganos del estado, que en estricto sentido nacen con la histórica decisión del famoso juez John Marshall en el caso “*Madbury Vs Madison*” ya explicado. En esta sentencia se combina el poder judicial que la constitución le reconocía a la corte suprema de U.S.A en su Art III con la cláusula de supremacía del Art.VI de la misma, creándose lo que se conoce como “*judicial review*” o “*control judicial*”.

Ahora bien, “*la elaboración del nomen juris DPC se debe a la agudeza intelectual del notable procesalista Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, quien en 1947 advirtió la ampliación del ámbito de influencia del proceso y de la ciencia procesal hacia espacios nuevos e inusitados, y bajo la premisa de avanzar una tipología de los procesos jurisdiccionales con base en la naturaleza del litigio, estableció por primera vez la existencia de un DPC. El uso de la denominación apuntada*

*llevaba implícita una decisión de orden metodológico tendiente a ubicar el estudio científico de los mecanismos de tutela constitucional de la órbita del derecho procesal. El pensamiento de Alcalá-Zamora fue rápidamente atendido por el maestro Héctor Fíx-Zamudio, a quien corresponde el mérito de haber establecido la primera aproximación al concepto de DPC. Sobre la base de las aportaciones de Alcalá-Zamora y Fíx-Zamudio, hoy en día, buena parte de la doctrina coincide en que el DPC cuenta con referentes temporales, espaciales, normativos y personales bien delimitados. Hay consenso en que la disciplina nace en 1920, en Austria, en su ley fundamental, gracias a su principal impulsor: Hans Kelsen*<sup>292</sup>.

Afirma el Dr. NESTOR PEDRO SAGUES que “el lanzamiento de Cortes y Salas Constitucionales”, constituyen una razón del éxito del procedimiento constitucional, y un origen por así decirlo del mismo; al expresar que “*al comenzar el siglo XXI, compartiendo o no el control de constitucionalidad con los restantes tribunales típicamente judiciales, Costa Rica, Guatemala, El Salvador, Colombia, Venezuela, Ecuador, Perú, Paraguay, Bolivia y Chile, junto con Nicaragua y poco después Honduras, aceptaban la idea de programar una judicatura especializada en lo constitucional, muchas veces con la facultad de abolir a la ley declarada inconstitucional. Por supuesto, en estos casos resultó indiscutible la necesidad de diseñar procesos constitucionales específicos para litigar ante tales salas o cortes constitucionales, generándose de tal modo, de vez en cuando, verdaderos códigos de derecho procesal constitucional, aunque no siempre se los denomine así (Costa Rica, v. gr., llama a su ley 7135, de jurisdicción constitucional). Esto importó avalar la autonomía legislativa del derecho procesal constitucional*”.<sup>293</sup>

El derecho procesal constitucional nace en dos sentidos, el primero con la constitución como norma jurídica de aplicación inmediata y sobre todo y como consecuencia de lo anterior, como resultado de la interpretación que de la constitución haga la respectiva Corte, Sala o Tribunal

---

<sup>292</sup> ASTUDILLO Cesar. Doce Tesis en torno al Derecho procesal Constitucional, publicada en la Revista Ibero Americana de Derecho Procesal Constitucional N° 7.

<sup>293</sup> SAGÜES Néstor Pedro Sagües; *El desarrollo del Derecho Procesal Constitucional: logros y obstáculos*; publicado en la Revista Ibero Americana de Derecho Procesal Constitucional N° 2.

autorizado por la constitución. De tal suerte, que es forzoso concluir que el **derecho procesal constitucional depende directamente del órgano interprete de la constitución**. Una de las más completas definiciones de *Derecho Procesal Constitucional* es la del Dr. Cesar Astudillo, quien lo define como *“un sistema unitario de normas de status constitucional, dirigido a la determinación de las categorías jurídicas elementales a través de las cuales se tutela la Constitución, cuyo empleo exclusivo por el máximo órgano de garantía constitucional posibilita que la norma fundamental se traduzca en parámetro concreto de enjuiciamiento para la resolución de las controversias surgidas del propio entorno constitucional.”*<sup>294</sup> Podemos entonces conceptualizarlo, como **el conjunto de instituciones creadas por el intérprete de la constitución para ejecutar los derechos consagrados en la carta fundamental**.

Así, la teoría general del proceso sufre una transformación cualitativa, ya que el objeto no serán las instituciones plasmadas en los tradicionales códigos y leyes como consecuencia de la definición clásica del derecho procesal, según el cual este es el que permite materializar el derecho sustancial por lo que terminó siendo una herramienta de tipo práctica en la vida de los litigantes y jueces. Por el contrario el derecho procesal constitucional, tiene por objeto las acciones constitucionales, o mejor la constitución misma, ya que en realidad las acciones que le permiten a los ciudadanos una mayor participación en su relación con el estado, constituyen derechos dentro del concepto de “Estado de Derecho” consagrado en el Art 1º de la Constitución. LOPEZ MEDIDA dirá que: *“(…) dentro del concepto tradicional de “Estado de derecho”, los jueces entendían que su misión consistía en aplicar las reglas y principios enunciados por los códigos y las leyes. La constitución se expresaba en la ley, suprimiendo así la necesidad de interpretar directamente el texto superior. Los niveles de constitucionalización del conflicto común eran, por tanto, muy bajos”*.<sup>295</sup>

En este sentido, la tesis de Peter Häberle por la cual **el derecho procesal constitucional es derecho constitucional “concretizado”** cobra gran sentido, dejando de lado las tendencias latinoamericanas de ubicar el derecho procesal constitucional como una rama del derecho

---

<sup>294</sup> ASTUDILLO César. *Ibidem*.

<sup>295</sup> LOPEZ Medina Diego; *Interpretación Constitucional*, Consejo Superior de la Judicatura, sala administrativa, escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, Universidad nacional de Colombia, Bogotá 2002.



procesal o de la teoría general del proceso. Para Häberle, “[E]l derecho procesal constitucional significa en dos sentidos la concretización de la constitución. De un lado, es por sí mismo un derecho procesal concretizado y por otro, le sirve al TFCA para concretizar la constitución.”<sup>296</sup>

Todo esto es factible porque el derecho No es Ciencia y debe mirarse como un objeto de estudio de las ciencias que estudian la Cultura dado que es en sí una de las manifestaciones de la misma.<sup>297</sup> Sobre esto vale la pena traer a colación la conclusión en su primera tesis del Dr. Astudillo, en la que explica que “(...) es notorio que existen dos formas de aproximación claramente definidas en el DPC: la primera como “disciplina científica”, y la segunda como “sistema normativo”. Una implica un posicionamiento que puede denominarse “teórico-abstracto” en virtud de que enlaza el “referente positivo” (normas) con el “referente científico” (doctrinas) a fin de demostrar la existencia de bases científicas sólidas para conformar una nueva disciplina dentro del ámbito de la ciencia jurídica. La otra supone una aproximación “concreto-positiva” que atiende solamente al “referente positivo” y lo vincula a un “objeto específico” (la tutela constitucional), con la intención de profundizar en su concreto modo de ser y de representarse.”<sup>298</sup>

Ubicar al derecho procesal constitucional como una rama dependiente de la teoría del proceso resulta paradójico, pues este es el resultado de la interpretación constitucional y no de meros procedimientos o reglas a seguir en las acciones constitucionales pre establecidas por el legislador; de tal manera que sostiene HÄBERLE: “[E]s mucho más importante la preparación de la judicatura para el derecho procesal constitucional que la “imaginación del legislador” respecto al alcance de la jurisdiccionalidad constitucional según la Constitución, que carece de modelo a seguir, ya que no puede prever todas las posibilidades que se dan en este ámbito (E 2, 79, [84]). Por este motivo, las normas referentes al procedimiento de la constitución y a las leyes de TFCA deben contener “necesariamente vacíos”, corresponde al TFCA desarrollar normas legales para su procedimiento, a partir de los lineamientos básicos señalados en la constitución

---

<sup>296</sup> HÄBERLE Peter, “El Derecho Procesal Constitucional como Derecho Constitucional Concretizado frente a la judicatura de Tribunal Federal Constitucional Alemán (TFCA)”, publicado en la Revista Ibero Americana de Derecho Procesal Constitucional N° 1.

<sup>297</sup> Sobre este punto, MERCADO Pérez David, *Aproximación a la ciencia jurídica*, Revista Mario Alario D filipo N° 2; Universidad de Cartagena.

<sup>298</sup> ASTUDILLO César. Ibidem.

y en las leyes de TFCA.”<sup>299</sup> No se olvide que la LEY no es fuente formal del Derecho Constitucional porque según la pirámide jerárquica normativa está por debajo de la Carta.

Entendiendo al derecho procesal constitucional como el **resultado de una interpretación del órgano autorizado por la misma constitución para el caso colombiano ha sido la Corte constitucional quien por medio de sus providencias crea el derecho procesal constitucional**. Debe quedar en claro que si bien el derecho procesal constitucional se vale de figuras de la teoría del proceso, tales como la acumulación, reglas de competencia y reparto, legitimación en la causa, agencia oficiosa y muchas más, ello no implica que el derecho procesal constitucional sea una rama del derecho procesal toda vez que todas **estas figuras al ser interpretadas a la luz de la constitución, sufren un cambio cualitativo**, ya que desde esta nueva perspectiva varía el objeto de dichas figuras, por lo terminan siendo parte del derecho constitucional “*concretizado*” para usar la terminología de Häberle.

### 6.3.2. EL PRETORIANISMO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

En este contexto Procesal de pura creación pretoriana, tal como se dijo, la maravillosa doctrina que ha creado la corte constitucional tiene dos aristas de estudio diferentes; la **primera**, versa sobre el fundamento filosófico de un límite procesal a las reformas constitucionales e incluye un estudio del contenido de la doctrina (¿qué es el juicio de sustitución constitucional?, ¿cómo se demuestra? etc.), la **segunda** obliga a realizar un análisis sobre la filosofía de la forma en que es creada dicha doctrina. Es decir, estamos obligados a analizar el derecho procesal constitucional como fundamento de dicha doctrina y la influencia clara del neo constitucionalismo como posible avivador de la doctrina; no es un secreto que así como el juez John Marshall sin existir ley procesal que reglamentara la Judicial Review, lo inventó en 1803. En la Praxis jurídica creó el derecho procesal constitucional basado en los procedimientos consuetudinarios del Common Law. En ese orden de ideas cada fallo es una creación de derecho procesal pues al ser autoridad o juez límite ella no debe obedecer a reglas de menor jerarquía<sup>300</sup> que determinen los efectos de sus sentencias, por tanto, *jurídicamente actúa bajo*

---

<sup>299</sup> HÄBERLE Peter. Ibidem.

<sup>300</sup> C-113/93 MP: Jorge Arango Mejía.

los parámetros procesales que ha determinado para optimizar el cumplimiento de los derechos fundamentales, en Colombia, por ejemplo, el Decreto Ley 2067 de 1991 *reglamenta* la acción pública de inconstitucionalidad sobre leyes y normas jurídicas inferiores a la constitución, pero nada advierte sobre el control constitucional de los actos que reforman la constitución (la constitución es la que realiza el límite de estudio de la corte en estos temas), en otras palabras, como si no fuera poco la creación de derecho jurisprudencial **en materia de acción de inconstitucionalidad la corte está obligada a realizar una reglamentación del juicio de sustitución** como un límite de la reforma constitucional. Dicha labor es una de las más complejas que ha tenido que afrontar nuestra corte constitucional por los notorios vacíos argumentativos ante la ausencia de tópicos constitucionales, que han producido como resultado una doctrina acusada de confusa o poco concreta etc. Regresando al juicio de constitucionalidad debe mencionarse que este ha llevado a la corte a la creación de doctrinas como la *Pro Actione*, donde la causa de la demanda es condición para emitir sentencia, de acuerdo a la teoría de los derechos fundamentales han dejado rezagados los requisitos establecidos por la legislación existente<sup>301</sup>.

La misma corte constitucional ha invalidado tácitamente estos requisitos que regazan un mejor ejercicio de los derechos fundamentales y por tanto esquematizan o amarran al derecho constitucional, el cual ha nacido para ser libre y auto determinarse a partir de la solución de cada caso tal como nació el derecho romano (el derecho como creación pretoriana)<sup>302</sup>. En el año 1993 se presentó la primera demanda sobre los requisitos que establecía el Dto. 2067/91 para el trámite de las acciones de constitucionalidad y si la jurisprudencia era o no un criterio auxiliar la corte decidió dejarlo vigente, modulándolo, no sin antes declarar que lo establecido en el mismo son meros parámetros y que en lo relativo a cada caso ella decidirá sobre su aplicación.<sup>303</sup> Pero mucho antes de esta histórica sentencia la corte constitucional se había pronunciado sobre una demanda de inconstitucionalidad referida a un tratado de derecho internacional debidamente ratificado<sup>304</sup>. En esta sentencia la corte consideró que era viable un

---

<sup>301</sup> Dto. 2067/91, "Artículo 2° Las demandas en las acciones públicas de inconstitucionalidad se presentarán por escrito, en duplicado, y contendrán: .....

<sup>302</sup> La "Ciudad Antigua" Foustel DE COULANGES; "Tópica y Jurisprudencia" Theodor VIEHWEG.

<sup>303</sup> C-131 de 1993 MP. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>304</sup> **Artículo 241.** *A la corte constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo:... "10 Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueban. Con tal fin, el gobierno los*

estudio de un tratado de derecho público firmado por Colombia 100 años antes de la Carta de 1991, a través de una demanda de inconstitucionalidad, ya que nunca se había realizado un estudio constitucional sobre el tema que trataba el tratado.<sup>305</sup>

Pero regresando al estudio de los requisitos formales de la demanda de inconstitucionalidad y sus cambios conceptuales a nivel jurisprudencial, para diferenciarlo del juicio de sustitución, es menester estudiar algunas sentencias que han estudiado el tema. La C-131/93 fue la primera que estudio la temática considerando como viables los requisitos formales de la demanda de inconstitucionalidad, pero no sin antes hacer las siguientes advertencias: *“Según la teoría del núcleo esencial de los derechos, éstos pueden en consecuencia ser canalizados en sus diferentes expresiones, sin ser desconocidos de plano; ellos pueden ser objeto de regulación pero no de desnaturalización... Ahora bien, cuando para el ejercicio de un derecho se establezcan requisitos mínimos razonables, que apuntan a hacer más viable el derecho mismo y que no desconocen su núcleo esencial, no puede aducirse, como lo hacen los actores, que se está violando de plano tal derecho... En realidad los requisitos son de dos naturalezas: aquellos que apuntan a viabilizar el derecho y aquellos que tienden a dificultarlo, a complicarlo y, en últimas, a impedirlo... **Para la Corte Constitucional, de conformidad con lo anteriormente dicho, el artículo 2° del Decreto 2067 de 1991, en los apartes atacados, es pues constitucional, porque allí se establecen unos requisitos mínimos razonables que buscan hacer más viable el derecho sin atentar en ningún momento contra su núcleo esencial...***

En la presente sentencia aunque no se declaran inexecutable los requisitos de la demanda, se deja sobreentendido que el incumplimiento de **razonabilidad mínima** daría paso a una declaratoria de inexecutable por atentarse directamente contra un derecho fundamental. Hagamos un repaso jurisprudencial para constatar que la corte constitucional ha creado nuevos requisitos que permiten dar vida argumentativa al derecho de acción pública de

---

*remitirá a la corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la corte los declara inconstitucionales, el gobierno podrá efectuar el cambio de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado sean declaradas inconstitucionales por la corte constitucional el presidente de la republica solo podrá manifestar el consentimiento formulando las respectivas reservas.”*

En pocas palabras la constitución nacional establece el sistema de estudio previo a la aplicación de la norma jurídica, y se descarta *prima facie* un control constitucional por vía de acción por operar el fenómeno de cosa juzgada, (aunque actualmente se maneja esta doctrina de forma más atenuada ya que los tratados internacionales si pueden ser demandados por particulares en los casos donde se verifique que no hubo un estudio constitucional).

<sup>305</sup> C-023/1993.

inconstitucionalidad por ejemplo en el fallo C-1052/2001 con ponencia del Mag. Manuel José Cepeda Espinosa<sup>306</sup>.

**De acuerdo con el texto de la Constitución Política<sup>307</sup>, es inadmisibile que se deba resolver sobre su inexequibilidad a partir de argumentos “vagos, indeterminados, indirectos, abstractos y**

---

<sup>306</sup> ...3.4. Concretamente, el ciudadano que ejerce la acción pública de inconstitucionalidad contra una norma determinada, debe referir con **precisión el objeto demandado, el concepto de la violación y la razón por la cual la Corte es competente para conocer del asunto**. Estos son los tres elementos, desarrollados en el texto del aludido artículo 2 del Decreto 2067 de 1991 y por la Corte en sus pronunciamientos, que hacen posible el pronunciamiento de fondo por parte de este Tribunal...

3.4.1. Así, tendrá que identificar, en primer lugar, el objeto sobre el que versa la acusación, esto es, el precepto o preceptos jurídicos que, a juicio del actor, son contrarios al ordenamiento constitucional. Esta identificación se traduce en (i.) “el señalamiento de las normas acusadas como inconstitucionales” (artículo 2 numeral 1 del Decreto 2067 de 1991). Pero además, la plena identificación de las normas que se demandan exige (ii.) “su transcripción literal por cualquier medio o la inclusión de “un ejemplar de la publicación de las mismas” (Artículo 2 numeral 1 del Decreto 2067 de 1991). Se trata de una exigencia mínima “que busca la indispensable precisión, ante la Corte, acerca del objeto específico del fallo de constitucionalidad que habrá de proferir, ya que señala con exactitud cuál es la norma demandada y permite, gracias al texto que se transcriba, verificar el contenido de lo que el demandante aprecia como contrario a la Constitución”...

...3.4.2. El segundo elemento de toda demanda de inconstitucionalidad es el concepto de la violación, que supone la exposición de las razones por las cuales el actor considera que el contenido de una norma constitucional resulta vulnerado por las disposiciones que son objeto de la demanda. En este orden de ideas, al ciudadano le corresponderá (i.) hacer “el señalamiento de las normas constitucionales que se consideren infringidas” (artículo 2 del numeral 2 del Decreto 2067 de 1991), pues “si bien cada ciudadano es libre de escoger la estrategia que considere conveniente para demostrar la inconstitucionalidad de un precepto (siempre y cuando respete los parámetros fijados por la Corte), considera la Corte que... el [particular] tiene el deber de concretar el o los cargos contra las disposiciones acusadas, lo que implica realizar un esfuerzo por identificar de manera relativamente clara las normas constitucionales violadas”. Este señalamiento supone, además, (ii.) la exposición del contenido normativo de las disposiciones constitucionales que riñe con las normas demandadas, es decir, manifestar qué elementos materiales del texto constitucional son relevantes y resultan vulnerados por las disposiciones legales que se impugnan. No basta, pues, con que el demandante se limite a transcribir la norma constitucional o a recordar su contenido.

<sup>307</sup> En este sentido la C-447/97 MP: Alejandro Martínez Caballero... “El actor aduce que la norma demandada viola el artículo 23 de la Constitución. Sin embargo, en general la demanda no formula un cargo directo contra el contenido normativo de la disposición sino que relata la manera como, según criterio del actor, la Federación Colombiana de Voleibol ha vulnerado su derecho de petición, ya que esa entidad no ha dado respuesta a las solicitudes que ha presentado desde el año de 1994. Así, el demandante señala que la Federación le manifestó que por ser una entidad de carácter privado no atendía su solicitud, por cuanto no se le aplican las normas sobre derecho de petición. En tales circunstancias, el actor cita apartes de sentencias de tutela proferidas por la Corte que señalan que las regulaciones de los organismos privados no pueden desconocer la Constitución y que, con fundamento en el artículo 23 Superior, el legislador puede regular el derecho de petición en relación con los organismos privados con el objeto de proteger los derechos fundamentales. Conforme a lo anterior, el actor concluye que las normas demandadas son inconstitucionales pues “le NIEGA al ciudadano un derecho fundamental como es el de PETICIÓN”... “La formulación de un cargo constitucional concreto contra la norma demandada es uno de los requisitos materiales que debe cumplir el demandante ya que, como lo dijo la Corte al declarar la exequibilidad de esa exigencia, “el ataque indeterminado y sin motivos no es razonable”.

globales" que no se relacionan concreta y directamente con las disposiciones que se acusan...<sup>308</sup>. Estas jurisprudencias demuestran dos observaciones hechas antes, la **primera** se refiere a que la corte constitucional ha visto la necesidad de crear su propio derecho y la acción pública de inconstitucionalidad aunque trabaja con requisitos establecidos en la misma normatividad, ha visto ampliada conceptualmente su estudio; la **segunda** dice que la configuración de un juicio de constitucionalidad se rige por unos requisitos que fundamentan el derecho de acción pública de inconstitucionalidad, en este mismo sentido dichos requisitos como carga probatoria para hacer valer las pretensiones del demandante se vuelven insuficientes ante la doctrina de inconstitucionalidad por sustitución, porque el estudio que se emprende en la acción pública de inconstitucionalidad se hace desde la perspectiva de poder constituyente controlando al poder constituido y no de poderes constituyentes con diferencias en el tiempo luchando por la supremacía.

En este orden de ideas, abordaremos el estudio de la inconstitucionalidad por sustitución, resaltando dos cosas; la **primera**, hace de la creación jurisprudencial un nuevo derecho de control que en nuestras mentes deberíamos introducir en el artículo 40 de la constitución, y que por tales razones esta tiene características diferentes de la acción pública de inconstitucionalidad; la **segunda** se despliega a partir de la anterior anotación. En este orden de ideas se expondrán las características desde la perspectiva probatoria y los presupuestos procesales y requisitos formales que ha plasmado la corte.

---

<sup>308</sup> *...La pertinencia también es un elemento esencial de las razones que se exponen en la demanda de inconstitucionalidad. Esto quiere decir que el reproche formulado por el peticionario debe ser de naturaleza constitucional, es decir, fundado en la apreciación del contenido de una norma Superior que se expone y se enfrenta al precepto demandado. En este orden de ideas, son inaceptables los argumentos que se formulan a partir de consideraciones puramente legales y doctrinarias, o aquellos otros que se limitan a expresar puntos de vista subjetivos en los que "el demandante en realidad no está acusando el contenido de la norma sino que está utilizando la acción pública para resolver un problema particular, como podría ser la indebida aplicación de la disposición en un caso específico"; tampoco prosperarán las acusaciones que fundan el reparo contra la norma demandada en un análisis de conveniencia, calificándola "de inocua, innecesaria, o reiterativa" a partir de una valoración parcial de sus efectos...*

*...Finalmente, la suficiencia que se predica de las razones de la demanda de inconstitucionalidad guarda relación, en primer lugar, con la exposición de todos los elementos de juicio (argumentativos y probatorios) necesarios para iniciar el estudio de constitucionalidad respecto del precepto objeto de reproche; así, por ejemplo, cuando se estime que el trámite impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado ha sido quebrantado, se tendrá que referir de qué procedimiento se trata y en qué consistió su vulneración (artículo 2 numeral 4 del Decreto 2067 de 1991), circunstancia que supone una referencia mínima a los hechos que ilustre a la Corte sobre la fundamentación de tales asertos, así no se aporten todas las pruebas y éstas sean tan sólo pedidas por el demandante...*

La revisión realizada por la corte constitucional de las reformas constitucionales contiene límites dados por la misma constitución, el último título de nuestra constitución es el encargado de reglamentar la materia, por tanto la corte cuando realiza un estudio de una reforma constitucional debe ceñirse a lo estipulado por la constitución que consagra los siguientes mecanismos de reforma constitucional:

- Acto Legislativo
- Referendo Reformatorio
- Asamblea nacional constituyente<sup>309</sup>.

El régimen de reforma de estos actos es totalmente distinto desde la perspectiva filosófica y jurídica (aquí se actúa como poder constituyente derivado y antes se actuaba sin límites jurídicos); la constitución estipula con respecto a los límites a la reforma diciendo que la corte constitucional solo podrá realizar análisis en la formación de estos<sup>310</sup> y con respecto al título en cuestión es decir del artículo 374 hasta el 380<sup>311</sup>. Es menester aclarar que no todas las reformas constitucionales se deben calificar de la misma manera.

---

<sup>309</sup> Const. Política Art. 374 La constitución política podrá ser reformada por el congreso, por una asamblea constituyente y por el pueblo mediante referendo.

<sup>310</sup> Const. Política Art. 379 Los Actos legislativos las convocatorias a referendo, la consulta popular o el acto de convocación a asamblea constituyente, solo podrán ser declarados inconstitucionales cuando se violen los requisitos establecidos en este título. En ese mismo sentido podemos mencionar el artículo 241 de la constitución política menciona "A la corte constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la constitución en los estricto y precisos términos de este artículo. Con tal fin cumplirá la siguiente funciones:

1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformatorios de la constitución, cualquiera que sea su origen solo por vicios de procedimiento en su formación.

2. Decidir con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una asamblea constituyente para reformar la constitución solo por vicios de procedimiento en su formación.

<sup>311</sup> De hecho es de saber que estos artículos solo reglamentan de forma superflua la reforma constitucional por ejemplo el Art. 375 dice: "Podrán presentar proyectos de actos legislativos el gobierno, diez miembros del congreso, el veinte por ciento de los concejales o disputados y los ciudadanos en un número equivalente al menos, al cinco por ciento del censo electoral vigente.

El trámite del proyecto tendrá lugar en 2 periodos ordinarios y consecutivos. Aprobado el primero de ellos por la mayoría de los asistentes, el proyecto será publicado por el gobierno. En el segundo periodo la aprobación la requerirá el voto de la mayoría de los miembros de cada cámara.

Al año 2003 las reformas constitucionales que hasta el momento se le habían realizado a la constitución eran solamente de carácter técnico y mínimo, no ofrecían un mayor cambio a la estructura constitucional,<sup>312</sup> la unidad del orden plasmado por el constituyente del 91 no se había visto gravemente afectada por las anteriores reformas (a pesar de que fueran muchas), a partir del año citado, en que gobierna Álvaro Uribe Vélez se promueve un referendo (primera vez que era usado este mecanismo de reforma constitucional) para reducir el gasto del aparato administrativo del estado y considera el presidente necesario cambiar una gran cantidad de artículos constitucionales; entre las reformas se situaban temas sobre el número de curules que conformaban las cámaras, la dosis personal, la organización de la contraloría, organización de las juntas administradoras locales etc. Que intentaba modificar la estructura del estado colombiano y la filosofía del mismo como queda evidenciado en el siguiente punto del referendo: "16. *Contra el narcotráfico y la drogadicción. Pregunta: **para proteger** la sociedad colombiana, particularmente su infancia y su juventud, contra el uso de cocaína, heroína, marihuana, bazuco, éxtasis y cualquier otro alucinógeno, ¿aprueba usted el siguiente artículo?: Agregase al artículo 16 de la Constitución Política, un segundo inciso del siguiente texto: "Para promover y proteger el efectivo desarrollo de la personalidad, la ley castigará severamente la siembra, producción, distribución, porte o venta de sustancias alucinógenas o adictivas, como la cocaína, la heroína, la marihuana, el éxtasis u otras similares, graduando las penas según las circunstancias en que se cometa la infracción. El Estado desarrollará una activa campaña de prevención contra la drogadicción, y de recuperación de los adictos, **y sancionará, con penas distintas a la privación de la libertad, el consumo y porte de esos productos para uso personal, en la medida en que resulte aconsejable para garantizar los derechos individuales y colectivos, especialmente los de los niños y adolescentes**".*<sup>313</sup>

La pregunta más lógica que se viene a la cabeza es ¿Dónde queda el concepto de Estado laico y liberal que respeta el libre desarrollo de la personalidad siempre y cuando no se vean afectados derechos de terceros?, ¿No es esta una medida fascista de un modelo de individuo único y un Estado represivo? ¿No es esta reforma en realidad un maquillaje de un cambio de la

---

<sup>312</sup>RAMÍREZ Cleves Gonzalo *Reformas a la Constitución de 1991: entre la democracia y la demagogia* Revista Derecho y Estado.

<sup>313</sup> C-551/03.



concepción liberal y neutral a una confesión religiosa o demasiado moralista?<sup>314</sup> En fin, vemos que esta reforma es diferente de aquella que estipulara hipotéticamente que “el presidente de la república una vez tomado posesión del cargo tendrá un plazo de 10 días para nombrar su gabinete o que dicho plazo hubiese sido de 5 días”. Por tanto es a partir de la sentencia que realiza el control<sup>315</sup> de esta reforma constitucional donde nace la doctrina colombiana de *límites a la competencia en la reforma constitucional del poder derivado sobre la constitución*; esta doctrina, única en todo el mundo es un aporte de la jurisprudencia Constitucional Colombiana a este, plantea unas tesis que extienden la interpretación que se le debe dar a la carta política en los artículos donde limitan el estudio de la corte sobre estos temas.<sup>316</sup>

En efecto la corte constitucional estimó que el alcance del estudio constitucional en una reforma debe ser interpretado de forma sistemática, por ejemplo, con respecto al artículo 380 de la constitución, la corte dijo: **“Alcance del control de la Corte sobre la ley 796 de 2003**<sup>317</sup>. De la

---

<sup>314</sup>Al respecto, la sentencia C-221/95 MP: Carlos Gaviria Díaz es famosa porque despenaliza el consumo de la dosis personal, por ser carácter esencial del estado social de derecho que las normas jurídicas no penalicen las conductas que se expresen en consecuencias negativas para el sujeto que las comete.

<sup>315</sup> C-551/03.

<sup>316</sup>Debe destacarse que todas las bases de esta sentencia se manejan dentro de conceptos que lingüísticamente enmarcan unas definiciones que traen las normas en mención, pero que es totalmente distinta cuando se estudian en un sistema jurídico constitucional de la postguerra.

<sup>317</sup> “5- La Carta confiere a la Corte la facultad de controlar la convocatoria a un referendo para reformar la Constitución, pero *“sólo por vicios de procedimiento en su formación”*. (CP arts. 241). Por su parte, el artículo 379 de la Carta señala que *“los Actos Legislativos, la convocatoria a referendo, la consulta popular o el acto de convocación de la Asamblea Constituyente, sólo podrán ser declarados inconstitucionales cuando se violen los requisitos establecidos en este título”*. Algunas intervenciones consideran que esas normas constitucionales establecen un alcance muy restringido al control automático que la Corte debe adelantar de la ley 796 de 2003, pues se trata de un examen puramente formal, de suerte que esta Corporación debe limitarse a verificar el trámite de la Ley (iniciativa, número de debates, votaciones, etc.), pero no puede en manera alguna estudiar la constitucionalidad de su contenido. Además, señalan ciertos ciudadanos, la Corte sólo puede analizar la eventual violación de los requisitos establecidos en el Título XIII, pero no puede investigar una posible vulneración de otras cláusulas constitucionales o del Reglamento del Congreso (Ley 5ª de 1992) o de la Ley Estatutaria de Mecanismos de Participación. (Ley 134 de 1994, de ahora en adelante LEMP)...

6- Un entendimiento puramente literal y aislado del artículo 379 superior, según el cual los actos legislativos, la convocatoria a referendo, la consulta popular o el acto de convocación de la Asamblea Constituyente, sólo pueden ser declarados inconstitucionales cuando se violen los requisitos establecidos en el título XIII de la Carta, conduce a obvias perplejidades...

7. Cuando el artículo 379 de la Constitución establece que la convocatoria a referendo sólo podrá ser declarada inconstitucional cuando se violen los requisitos establecidos en el artículo pertinente de dicho título XIII de la Carta v.gr. el artículo 378, eso no significa que el control de la Corte sólo pueda tomar en consideración esa disposición, por la sencilla razón de que el trámite propio de la convocatoria a un referendo constitucional, no se encuentra regulado exclusivamente en el título XIII, ya que el artículo 378 superior reenvía a varias disposiciones que no hacen parte del mencionado

lectura del pie de página 318 vemos como se interpreta la carta política y el papel que juega el concepto de la constitución como un sistema jurídico y el principio de efecto útil que fundamentan la doctrina que la soporta, que es la que nos interesa para el estudio de la perspectiva material parte de los siguientes a priori: *"13- La exclusión del control constitucional del contenido material de una reforma constitucional es natural, pues el contenido de toda reforma constitucional es por definición contrario a la Constitución vigente, ya que precisamente pretende modificar sus mandatos... No le corresponde a la Corte examinar si los contenidos materiales de una ley que convoca a un referendo son o no constitucionales, ni mucho menos políticamente oportunos, sino que debe exclusivamente estudiar si el procedimiento de*

---

título. Por ejemplo, cuando se habla en el artículo 378 de la iniciativa del Gobierno, habrá que determinar según el artículo 115 del Estatuto Superior quienes integran el Gobierno; circunstancia similar se presenta cuando la misma norma añade que la iniciativa puede tener origen en los ciudadanos en las condiciones del artículo 155, es decir, se requiere en este caso un número de ciudadanos igual o superior al cinco por ciento del censo electoral existente en la fecha respectiva. Además, de acuerdo con el mismo artículo 155, los ciudadanos proponentes tendrán derecho a designar un vocero que será oído por las cámaras en todas las etapas del trámite...

La Constitución es un texto armónico que debe ser interpretado de manera sistemática, teniendo en cuenta, además, los propósitos pretendidos por el constituyente. Esta Corte ya había precisado que la Constitución *"ha de entenderse como un texto que goza de unidad, de suerte que no resulta posible seleccionar caprichosamente las consecuencias normativas que resulten favorables o desfavorables para la solución de un problema puntual. Por el contrario, la solución de las controversias jurídicas de interés constitucional, exige que le sean aplicados al caso controvertido, todas las consecuencias – mandatos, permisiones, prohibiciones y diseños estructurales- previstos en la Carta"*. Por lo mismo, cuando el artículo 378 señala que la ley que incorpora el referendo es aprobada por el Congreso (órgano descrito en el título VI), mediante ley, que requiere la aprobación de la mayoría de los miembros de ambas cámaras, envía al intérprete a aquellas normas de la Constitución y del Reglamento del Congreso que regulan el trámite de las leyes...

En suma, puede afirmarse que el trámite propio de la reforma constitucional no se agota en lo dispuesto por el artículo 378, ubicado en el Título XIII, sino que su texto debe ser interpretado con las demás disposiciones que resulten acordes con el procedimiento propio de la convocatoria a un referendo...

8- Una conclusión se impone: la restricción del artículo 379 superior no implica que la Corte no deba tomar en consideración las otras normas constitucionales, que sean relevantes para examinar la regularidad del procedimiento de aprobación de un referendo para reformar la Constitución...

9- Con todo, podría argumentarse que la anterior interpretación resta toda eficacia al mandato del artículo 379 de la Carta, según el cual los actos legislativos o la convocatoria a un referendo sólo podrán ser declarados inconstitucionales cuando violen los requisitos establecidos en el título XIII. Y esa objeción tiene en parte sentido, pues uno de los principios que guía la interpretación constitucional es el del llamado *"efecto útil"*, según el cual el juez constitucional debe intentar conferir a toda cláusula constitucional una eficacia propia, pues es razonable suponer que el Constituyente no expidió disposiciones desprovistas de efectos normativos. La pregunta que obviamente surge es entonces la siguiente: ¿es posible armonizar ese mandato del artículo 379, que indica que el juez constitucional debe tomar en cuenta únicamente los requisitos establecidos en el Título XIII de la Carta para examinar la regularidad de la aprobación de una reforma constitucional, y el análisis adelantado en los fundamentos anteriores de esta sentencia, que indica que es imposible ejercer el control constitucional de esos actos, sin tomar en consideración otros artículos de la Carta y del Reglamento del Congreso o de la LEMP? (negritas fuera del texto)...

**formación de esa ley se ajusta o no a las exigencias constitucionales, puesto que la ley de referendo está orientada a reformar (esto es, a contradecir materialmente) el ordenamiento constitucional vigente hasta ese momento...** 15- Esta discrepancia de las intervenciones en torno a la competencia de la Corte remite a su vez a un diverso entendimiento sobre el alcance de la noción de "vicios de procedimiento" en la formación de las leyes. Ahora bien, esa divergencia de entendimientos no es sorprendente, ya que cualquier repaso breve de la doctrina o jurisprudencia extranjeras muestra que estamos frente a un tema complejo y debatido. Así, la mayor parte de los autores y jurisprudencias admiten que una ley puede incurrir en distintos tipos de vicios que pueden provocar su inconstitucionalidad: por ejemplo, **es posible que el órgano que expidió el acto no estuviera facultado para hacerlo; o que estándolo, haya incurrido en una irregularidad grave en el trámite de su expedición; o que la disposición promulgada tenga un contenido normativo contrario a normas de superior jerarquía; o que el órgano haya estado irregularmente integrado, etc.**".

La anterior reseña indica que el juez constitucional sólo debe examinar el trámite de la presente ley de referendo (iniciativa, votaciones, quórum, etc.), pero no tiene ninguna competencia para examinar su contenido, pues la competencia de la Corte sólo cubre el procedimiento de formación. Esa interpretación plantea empero dos problemas. (i) ¿Cuál sería el alcance de los artículos 378 y 379 que no refieren a vicios de procedimiento sino, de manera más amplia, a "requisitos" establecidos en el artículo 378, entre los cuales la protección de la libertad del elector para escoger separadamente dentro del temario o articulado que vota positiva o negativamente no es un vicios de formación de ley convocante sino de presentación del contenido del proyecto de reforma constitucional incorporado a dicha ley? y (ii) **¿qué sucede con los vicios de competencia relativos a si el procedimiento fue seguido por un órgano constitucionalmente autorizado para ello?...**

Un vicio de competencia se proyecta tanto sobre el contenido material de la disposición controlada, como sobre el trámite, pues es un pilar básico de ambos, ya que para que un acto jurídico expedido por una autoridad pública sea regular y válido es necesario que la autoridad realice el trámite señalado por el ordenamiento, pero que además esté facultada para dictar ciertos contenidos normativos. Esto significa entonces que el procedimiento de formación de un

acto jurídico puede estar viciado porque el órgano que lo establece, no podía hacerlo, esto es, carecía de la facultad de expedir ese contenido normativo. Pero también puede ocurrir que un órgano sea competente para regular una materia, pero expida de manera irregular el acto por haber incurrido en un vicio de trámite...

En tales circunstancias, no tendría sentido que la Constitución atribuyera a la Corte el control de los vicios de procedimiento de las reformas constitucionales, pero la excluyera de verificar si los órganos que adelantaron esa reforma tenían o no competencia para hacerlo, pues esa regulación lleva a una situación inaceptable, puesto que, ¿qué ocurriría si un órgano incompetente adelanta una reforma constitucional, pero con un trámite impecable? ¿Debería la Corte Constitucional limitarse a considerar los trámites de la reforma, a pesar de la absoluta invalidez de la reforma por carencia de competencia? ¿En qué quedaría su función de velar por *"la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución"* que le asignada el artículo 241 de la Carta? Esto muestra entonces que si esta Corte no verifica la competencia del órgano que adelanta la reforma, no estaría verdaderamente controlando que el procedimiento de aprobación de la reforma se hubiera hecho en debida forma.

El anterior examen muestra que cuando **la Constitución adjudica a la Corte el control de los vicios de procedimiento en la formación de una reforma constitucional en general, y de una ley que convoca un referendo en particular, no sólo le atribuye el conocimiento de la regularidad del trámite como tal, sino que también le confiere competencia para que examine si el Constituyente derivado, al ejercer el poder de reforma, incurrió o no en un vicio de competencia...**

En efecto como queda demostrado en los apartados anteriores de la sentencia C-551/03 el estudio formal (o de vicios de procedimiento) implica a toda costa un estudio de sobre la *competencia*, es decir determinar si el órgano que expidió la normatividad jurídica se encontraba en plenas facultades jurídicas para realizarlo y al parecer la constitución guarda silencio al respecto (supuestamente); en este punto quiero hacer una reflexión corta; como puede sobre entenderse, el tema de juicio de constitucionalidad a través del concepto de

competencia tiene un matiz un poco maquillado bajo el entendido de que la competencia no se encuentra mencionada en el texto constitucional esta se encuentra sobrentendida dentro del concepto de vicios de procedimiento, pero olvida la corte que la constitución en cada una de las etapas del proceso de creación establece cual es el sujeto que debe realizar la reforma constitucional (es decir ella define quién es competente), en pocas palabras la corte estima quien es el competente y la corte debe estimar hasta donde es competente de reformar la constitución<sup>318</sup> (facultad que no se encuentra expresamente en la constitución). Este hasta donde la puede reformar es la que ha creado toda la doctrina y sus características y que básicamente son: **“31- Por ser un poder instituido, el poder de reforma tiene límites y está sujeto a controles. Así, en el caso colombiano, los artículos 374 y siguientes de la Constitución establecen e instituyen ese poder de reforma, pues regulan los modos de reforma de la Carta, que son: acto legislativo, referendo y Asamblea Constituyente. Esas normas fijan además las reglas y los procedimientos a los cuales están sometidos tales mecanismos de reforma constitucional. Así las cosas, no duda la Corte que en tales eventos se está frente al ejercicio de un poder derivado y, por lo mismo, limitado por la propia Constitución. 32- Los límites formales y procedimentales que la Constitución impone al poder de reforma son obvios, pues la Carta ha establecido los mecanismos, procedimientos, etc., requeridos o autorizados para realizar la reforma constitucional. Por ejemplo, es claro que un acto legislativo necesita ser tramitado en dos períodos y contar con el voto favorable de la mayoría de los miembros de ambas cámaras (CP art. 375), mientras que un referendo supone no sólo el voto favorable de la mayoría absoluta de los sufragantes, sino que, además, el número de éstos exceda de la cuarta parte del total de ciudadanos que integren el censo electoral (CP art. 378). El interrogante obvio es si, además de esas exigencias de trámite, el poder de reforma tiene límites competenciales, en el sentido de que existan temas vedados a su capacidad de reformar las normas constitucionales”.**

Más adelante afirma: **“33- Una primera respuesta al anterior interrogante podría ser que, la Carta de 1991 no estableció cláusulas pétreas o inmodificables, y que por ello el poder de reforma no tiene ningún límite competencial. Conforme a esa tesis, por medio de cualquiera de los mecanismos previstos por el Título XIII resultaría posible reformar cualquier artículo o**

---

<sup>318</sup> La constitución claramente asigna la facultad de reformas a sujetos en específico, como son la asamblea constituyente, el congreso y el pueblo a través de un referendo.

principio de la Carta de 1991 e, incluso sustituirla por una Constitución radicalmente distinta. **La Corte estima que en ese argumento se confunden dos temas diferentes. 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.**

...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 cualquier disposición del texto vigente, pero sin que tales reformas supongan la supresión de la Constitución vigente o su sustitución por una nueva Constitución... Para saber si el poder de reforma, incluido el caso del referendo, incurrió en un vicio de competencia, el juez constitucional debe analizar si la Carta **fue o no sustituida por otra, para lo cual es necesario tener en cuenta los principios y valores que la Constitución contiene, y aquellos que surgen del bloque de constitucionalidad**, no para revisar el contenido mismo de la reforma comparando un artículo del texto reformativo con una regla, norma o principio constitucional – lo cual equivaldría a ejercer un control material. Por ejemplo, no podría utilizarse el poder de reforma para sustituir el Estado social y democrático de derecho con forma republicana (CP art. 1°) por un Estado totalitario, por una dictadura o por una monarquía, pues ello implicaría que la Constitución de 1991 fue remplazada por otra diferente, aunque formalmente se haya recurrido al poder de reforma..."<sup>319</sup>

---

<sup>319</sup> C-551/03.

En efecto cada uno de los parámetros establecidos por la corte constitucional ofrecieron en su época una gran ambigüedad, en especial aquel que utiliza como limite a la reforma constitucional, en realidad nunca un ciudadano ha utilizado este parámetro como guía de un cargo (o por lo menos la corte nunca ha explicado cómo actúa o se sustantiva el concepto de bloque de constitucionalidad como limite a la reforma constitucional<sup>320</sup>. Pero como lo que queremos en esta investigación propuse es argumentar acerca de las dos aristas que se estiman que afectan más esta línea jurisprudencial, nos referiremos a la otra arista; esta cobija una aproximación a la creación u objetivación de las pretensiones para obtener una sentencia de fondo, en ese orden de ideas tal como dijimos, los presupuestos procesales son totalmente diferentes.

#### **6.3.2.1. La argumentación en forma de las pretensiones para un juicio de sustitución constitucional**

La Sentencia C-551/03 deja grandes vacíos al respecto, el desarrollo procesal de este derecho se debe a las sentencias posteriores donde la corte emitió los parámetros que debe tener en cuenta todos los ciudadanos que pretendan demandar una reforma constitucional por carencia de competencia. La sentencia C-1200/03 fue la siguiente en la lista<sup>321</sup>, ella analiza los cargos mal argumentados en contra de una reforma constitucional que a juicio del demandante por no decir de forma expresa que reformaba un artículo de la constitución y por consecuencia desfiguraba el fin de la reforma constitucional<sup>322</sup>, por tanto los argumentos del demandante giraban desde una proyección del control abstracto, donde existe una norma superior infringida

---

<sup>320</sup> Es un poco falso este razonamiento del bloque de constitucionalidad como limite a la reforma constitucional, en primer lugar porque la posición de la corte sobre el valor de las normas internacionales respecto del derecho interno, no compaginan con la pretensión que la referida jurisprudencia le ha querido otorgar a la norma surgida del bloque de constitucionalidad. En la sentencia C-400/98 se despliega la relación del derecho interno con el internacional y el plano en que se encuentran ambos ordenamientos jurídicos.

<sup>321</sup> C-1200/03 MPs. Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Triviño.

<sup>322</sup> Para aumentar claridad en este tema me siento cohibido a narrar un poco acerca de la reforma, lo que ocurría era que a través de un artículo transitorio, la reforma estableció que si en un periodo perentorio x no se promulgaba una ley que adoptara el código penal, el presidente de la republica que daba facultado de emitir el código, pero si tenemos en cuenta la prohibición expresa del artículo 150 constitucional del presidente de crear códigos a través de decretos con fuerza de ley, a juicio de los accionantes esta no era una reforma constitucional en propiedad porque solo creaba una excepción a la prohibición del 150 que precluiría.

por una inferior, desde la perspectiva argumentativa en la construcción del Obiter dicta necesario para elaborar la Ratio Decidendi, estimó la corte constitucional:

**“...De ahí que el método de control judicial del poder de reforma no pueda ser igual al método de control constitucional ordinario de fondo que recae sobre normas inferiores a la Constitución...En relación con este aspecto -relevante para distinguir las características del control judicial de sustitución de la Constitución de los rasgos del control judicial de violación material de una cláusula constitucional específica- es necesario hacer énfasis en que el método de control judicial de las reformas constitucionales en ningún caso puede asimilarse o convertirse en un control ordinario de fondo, porque ello le ha sido expresamente prohibido por el Constituyente a esta Corte Constitucional (artículo 241 de la Carta), la cual ha de cumplir su misión de “guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo”.<sup>323</sup>**

Esta sentencia planteó la piedra angular de mi posición<sup>324</sup> y que como consecuencia de esta se coartó el ejercicio de una acción de sustitución constitucional, tal como lo transcribe la sentencia en la parte motiva el **método argumentativo debe ser diferente**, no es suficiente que el ciudadano demuestre que hubo un cambio a un principio, también deben adoptarse parámetros específicos tendientes a la prosperidad del cargo. En efecto el magistrado Jaime Araujo expresó: *“Es de aclarar que la Corte Constitucional ya tenía definido en la Sentencia C-551 de 2003, que el poder de reforma de la Constitución no está facultado para sustituir o eliminar la Constitución vigente, así por ejemplo, no podría utilizarse el poder de reforma para sustituir el Estado social y democrático de derecho con forma republicana (CP art. 1º) por un Estado totalitario, por una dictadura o por una monarquía, (Fundamento jurídico No. 39). Sin embargo, en la presente Sentencia la Corte se apartó de esta tesis, a partir del argumento de que en eventos como el que nos ocupa, la Corte debe partir de una “metodología diferente”, en el sentido de que el límite impuesto al poder de reforma es para impedirle sustituir o eliminar toda la Constitución, no una parte de ella. En efecto, como quedó consignado en las Actas de esta Corporación, se dijo por uno de los magistrados que integraron la mayoría que: “[...] no es un control material el que se ejerce sino de competencia y que*

<sup>323</sup> C-1200/03 MPs. Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Triviño.

<sup>324</sup> RAMÍREZ Cleves Gonzalo *El Control Material a las Reformas Constitucionales...* Plantea el autor que el método de definición es extraño porque lo único que demuestra son las impropiedades de los magistrados, al intentar dar una definición de lo que no es sustitución.



**el límite que existe al poder de reforma es que no sustituya la propia Constitución. [...] en el presente caso, el juez constitucional debe distinguir una metodología diferente en la evaluación de los presupuestos que debe contener la demanda para el control de constitucionalidad. El análisis del juez constitucional debe girar en rededor de si se ha sustituido o no la Constitución o si hay un exceso en el poder de reforma".**<sup>325</sup>

Pero esta doctrina solo se perfeccionará hasta la sentencia C-1040/05, donde la corte de la forma más fácil y **clara** posible, objetiviza los presupuestos probatorios de esta acción y nombra las características que permitirían al ciudadano fácilmente distinguir entre juicio de comparación jerárquica y un juicio por competencias, en ese orden de ideas expresa la corte: "... Las diferencias fundamentales que distinguen al juicio de sustitución de los otros dos mencionados, residen en que la premisa mayor del juicio de sustitución no está específicamente plasmada en un artículo de la Constitución, sino que es toda la Constitución entendida a la luz de los elementos esenciales que definen su identidad. Además, en el juicio de sustitución no se verifica si existe una contradicción entre normas -como sucede típicamente en el control material ordinario-, ni se registra si se presenta la violación de un principio o regla intocable - como sucede en el juicio de intangibilidad-, sino que mediante el juicio de sustitución (a) se aprecia si la reforma introduce un nuevo elemento esencial a la Constitución, (b) se analiza si éste reemplaza al originalmente adoptado por el constituyente y, luego, (c) se compara el nuevo principio con el anterior para verificar, no si son distintos, lo cual siempre ocurrirá, sino si son opuestos o integralmente diferentes, al punto que resulten incompatible...La Corte ha avanzado en la fijación de criterios que han servido como ratio Decidendi para establecer que determinadas reformas constitucionales, no pueden considerarse una sustitución de Constitución, pero no hay una elaboración equivalente a partir de la cual pueda señalarse en qué casos sí se produciría una sustitución de Constitución. En ese campo hay solo unos planteamientos generales a partir de los cuales la Corte, a la luz de las circunstancias de un caso concreto, podría, eventualmente, fijar una regla jurisprudencial sobre sustitución de Constitución...El juez constitucional cuando deba enfrentar un problema de sustitución de Constitución: primero, **es necesario establecer cuáles son los elementos esenciales que definen la identidad de la Constitución; y, segundo, cómo puede una reforma llegar a ser**

---

<sup>325</sup> C-1200/03 MPs. Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Triviño. Salvamento de Voto del Magistrado Jaime Araujo Rentería.

**realmente una sustitución de la Constitución...**El método del juicio de sustitución exige que la Corte demuestre que un elemento esencial definitorio de la identidad de la Constitución de 1991 fue reemplazado por otro integralmente distinto. **Así, para construir la premisa mayor del juicio de sustitución es necesario (i) enunciar con suma claridad cuál es dicho elemento, (ii) señalar a partir de múltiples referentes normativos cuáles son sus especificidades en la Carta de 1991 y (iii) mostrar por qué es esencial y definitorio de la identidad de la Constitución integralmente considerada.** Solo así se habrá precisado la premisa mayor del juicio de sustitución, lo cual es crucial para evitar caer en el subjetivismo judicial. Luego, se habrá de verificar si (iv) ese elemento esencial definitorio de la Constitución de 1991 es irreducible a un artículo de la Constitución, - para así evitar que éste sea transformado por la propia Corte en cláusula pétrea a partir de la cual efectúe un juicio de contradicción material- y si (v) la enunciación analítica de dicho elemento esencial definitorio no equivale a fijar límites materiales intocables por el poder de reforma, para así evitar que el juicio derive en un control de violación de algo supuestamente intangible, lo cual no le compete a la Corte. Una vez cumplida esta carga argumentativa por la Corte, procede determinar si dicho elemento esencial definitorio ha sido (vi) reemplazado por otro –no simplemente modificado, afectado, vulnerado o contrariado- y (vii) **si el nuevo elemento esencial definitorio es opuesto o integralmente diferente, al punto que resulte incompatible con los elementos definitorios de la identidad de la Constitución anterior.**<sup>326</sup>

Prosigue: "...El resultado del mismo debe poder llevar a la conclusión de que, **como el elemento esencial definitorio ha sido reemplazado por otro opuesto o integralmente diferente, no es posible armonizar la reforma constitucional con el resto de normas constitucionales que no fueron modificadas por ella y que reflejan aspectos claves de lo insustituible, para lo cual el bloque de constitucionalidad es especialmente relevante...** En ese orden de ideas este modo de estudio es totalmente diferente al empleado para las acciones públicas de inconstitucionalidad, es decir como su base es totalmente diferente es necesario que la corte que distinga la carga argumentativa a la que se enfrentará el ciudadano que intente la inconstitucionalidad de una reforma constitucional.

---

<sup>326</sup> Sentencia C-1040/05 Ms. Ponentes, Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, Dr. Rodrigo Escobar Gil, Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, Dr. Humberto Antonio Sierra Porto, Dr. Álvaro Tafur Galvis, Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

Los presupuestos estimados en esta sentencia fueron utilizados en la sentencia C-141/10 pero de la siguiente manera: Primero tal como lo determinó la corte en la sentencia C-1040/05 se debe primero concretar que instituciones son de carácter esencial en la constitución política y además argumentar el hecho de porque serían esenciales. Para el presente caso estima la corte que la institución que afectada se encuentra es la del sistema presidencial sus características básicas y la tridivisión del poder público como una garantía de los derechos fundamentales: *"toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución"*<sup>327</sup>. Es decir el sistema presidencialista implica que el mandato no sea mayor a 8 años porque de lo contrario degeneraría en un presidencialismo.<sup>328</sup> Además el sistema que ha implantado la corte constitucional es de control por parte de los órganos estatales.

**El Juicio de Sustitución es una "metodología para adelantar este particular examen, tal como fue precisada en la sentencia C-1040 de 2005,** es la siguiente: *"el método del juicio de sustitución exige que la Corte demuestre que un elemento esencial definitorio de la identidad de la Constitución de 1991 fue reemplazado por otro integralmente distinto. Así, para construir la premisa mayor del juicio de sustitución es necesario (i) enunciar con suma claridad cuál es dicho elemento, (ii) señalar a partir de múltiples referentes normativos cuáles son sus especificidades en la Carta de 1991 y (iii) mostrar por qué es esencial y definitorio de la identidad de la Constitución integralmente considerada. Solo así se habrá precisado la premisa' mayor del juicio de sustitución, lo cual es crucial para evitar caer en el subjetivismo judicial. Luego, se habrá de verificar si (iv) ese elemento esencial definitorio de la Constitución de 1991 es irreductible a un artículo de la Constitución, - para así evitar que éste sea transformado por la propia Corte en cláusula pétrea a partir de la cual efectúe un juicio de contradicción material- y si (v) la enunciación analítica de dicho elemento esencial definitorio no equivale a fijar límites materiales intocables por el poder de reforma, para así evitar que el juicio derive en un control de violación de algo supuestamente intangible, lo cual no le compete a la Corte. Una vez cumplida esta carga argumentativa por la Corte, procede determinar si dicho elemento esencial definitorio ha sido (vi) reemplazado por otro -no simplemente modificado, afectado, vulnerado o*

---

<sup>327</sup> El mencionado principio se remonta al constitucionalismo liberal de finales del siglo XVIII, y aparece recogido bajo la famosa formulación contenida en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

<sup>328</sup> Sentencia C-141/10 M. P. Humberto Sierra Porto.

*contrariado- y (vii) si el nuevo elemento esencial definitorio es opuesto o integralmente diferente, al punto que resulte incompatible con los elementos definitorios de la identidad de la Constitución anterior.*"<sup>329</sup>

En resumen, para verificar si el constituyente derivado sustituyó o no la Constitución y en qué forma se produjo esta, la Corte ha fijado una metodología aplicable para la aplicación del juicio de sustitución que, de conformidad con decantada jurisprudencia constitucional, comprende varios elementos y etapas. Lo primero es la identificación de la premisa mayor conformada por los aspectos definitorios de la identidad de la Constitución que supuestamente han sido sustituidos o pueden llegar a serlo como resultado de la aplicación de dicha técnica jurídica. **A la determinación de la premisa mayor debe seguir un análisis del acto acusado**, con el fin de establecer su alcance jurídico respecto de los elementos definidores de la Constitución previamente identificados y a partir de los cuales se han aislado los parámetros de control, lo que implica la realización de un contraste entre las premisas del cual ha de resultar la posibilidad de verificar si la reforma efectuada o propuesta reemplaza la Constitución por otra integralmente distinta, si cambia alguno de sus ejes definitorios por un elemento opuesto y si la sustitución operada es permanente o transitoria.

Es por ello que el juicio de sustitución exige una carga argumentativa muy exigente, pues, ha sostenido la Corte que *"su premisa mayor demanda fijar con suma claridad el elemento que probablemente ha sido sustituido, determinar **"a partir de múltiples referentes normativos cuáles son sus especificidades en la Carta de 1991"** y mostrar por qué es esencial y definitorio de la identidad de la Constitución integralmente considerada*<sup>330</sup>. Según la Corte, cuando se actúa del modo indicado se evita caer *"en el subjetivismo judicial"*, y al exigir múltiples referencias normativas se impide que el eje definitorio quede reducido a un artículo aislado de la Constitución y que dicho artículo quede transformado por la propia Corte en cláusula pétrea a partir de la cual se proceda a realizar un juicio de contradicción material totalmente ajeno al juicio de sustitución.

---

<sup>329</sup> Sentencia C-1040 de 2005 f.j. 7.9.

<sup>330</sup> Sentencia C-1040 de 2005.

## 7. EVALUACIÓN Y CONCLUSIONES

El trabajo de análisis de las sentencias C-551/2003 y C-141/2010 donde se usó la técnica del “Juicio de Sustitución” hecho en el capítulo 6, contrastado con el problema de Investigación, planteado así: **¿Cuáles son los límites materiales a que se encuentra sometido el congreso al momento de reformar la constitución?** Debidamente referenciado con los Marcos Teórico e Histórico que vienen expuestos en los capítulos 1 y 2, permite evaluar y precisar, conforme a los objetivos de la Investigación, la determinación de las bases filosóficas y de Teoría Jurídica sobre las cuales la Corte Constitucional Colombiana emplea la técnica en mención. Por ser este un trabajo de investigación, conforme se dijo, de tipo exploratorio, descriptivo, bibliográfico y explicativo aplicando el método cualitativo-etnográfico que busca determinar lo que hacen, piensan y dice la Corte Constitucional, es un estudio base que se convierte en punto de partida de nuevas investigaciones que esperamos se puedan realizar en nuestra Facultad de Derecho.

Ya en la “Evaluación y Conclusiones” del informe de Investigación titulado **“Análisis Crítico sobre la coherencia del derecho en la Función Judicial”**, presentado por nuestro grupo de Investigación se dijo: *“La realidad a investigar por parte del método cualitativo tal como se explicó en el capítulo 2, viene formada por las decisiones judiciales contenidas en sentencias que son en sí el **“El Derecho vivo”**, el Derecho en su forma primaria y básica de construcción y expresión, es decir el Derecho en su materialidad y en su forma; por ello, establecimos como rasgo histórico que él siempre ha sido pretoriano ya que **solo se capta por medio de lo que los jueces digan que es**. En Colombia, algo tan evidente se olvidó, de allí que se siga “adorando”, cual fetiche, a la Ley como “Derecho único” con carácter exclusivo y por lo tanto excluyente, por parte de un “stablishment” conservadurista que ha perdido de vista que **el Derecho Romano era lo que los pretores declaraban como tal**, en aplicación del aforismo de aforismos: IURA NOVIT CURIA. Es por ello que entre sus diversos objetivos, la Teoría Contemporánea del Derecho replantea una indagación sobre lo **que es la práctica jurídica**, es decir, como “aplican” el derecho los operadores jurídicos en los específicos casos que deben resolver”.*

En Colombia ha sido amplio el desarrollo jurisprudencial en relación con la fijación de los efectos de los fallos de constitucionalidad en ejercicio del control de constitucionalidad de las leyes. Nuestra Corte Constitucional consciente del papel que juega el juez constitucional en el Estado Social de Derecho, **ha fijado una posición clara respecto a que es ella misma la encargada de determinar los efectos de sus propios fallos y por ende ha acogido la doctrina constitucional de control de constitucionalidad concreto**, a través del cual, según la doctrina española (que es la más amplia y precisa en desarrollar esta temática) los tribunales constitucionales "modulan" el efecto de sus propios fallos, en aras de hacer efectivos los postulados constitucionales e lograr la mayor justicia material posible. Es en el estado social de derecho que el tribunal constitucional realiza esta práctica que se encuentra enmarcada a un acto procesal específico y concreto: la sentencia de constitucionalidad.

La naturaleza humana es la misma desde la edad de piedra y la polis democrática ideal solo puede existir si tiene a Ángeles como ciudadanos; por ello es necesario que le hagan creer al Demos que las reformas que se intentan realizar son convenientes o inconvenientes dependiendo de si violan o no el orden constitucional. Pero ¿Por qué desequilibra al sistema constitucional una discusión sobre supremacía y democracia? La respuesta no es sencilla y arrastra consigo todos los altibajos de la historia de las ideas liberales y sus constituciones políticas; sin embargo, para responder nos apoyamos en un texto del tratadista Pedro de Vega: *"El Estado Constitucional cimienta su estructura en dos pilares fundamentales: **por un lado, en el principio político democrático; por el otro, en el principio jurídico de supremacía constitucional.** Conforme al principio político democrático se entiende que **corresponde al pueblo como titular de la soberanía el ejercicio indiscutible del poder constituyente.** Según el principio de supremacía, se considera que la constitución es **Lex superior, que obliga por igual a los gobernantes y gobernados.**"* (Negrillas fuera del texto original).<sup>331</sup>

Dijimos ya que ambas ideas son tomadas del pasado helénico<sup>332</sup>, pero se replantean, la de **Democracia comprende el respeto de las minorías limitando las consecuencias de lo**

---

<sup>331</sup>DE VEGA García Pedro "La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente" Edit. Tecnos 1991. Página 15.

<sup>332</sup>Independiente de que la condición de ciudadano fuera restringida, señala ENGELS en su conocida obra *El origen de la propiedad privada, la familia y el Estado* "ciudadanos eran tan solo unos 90.000

**votado por las mayorías y la de supremacía constitucional se replantea al aceptar la tutela judicial de garantía de la misma, en la Constitución Americana de 1787.** Dentro de la supremacía constitucional destacamos hechos importantes como la sentencia de la Corte Suprema Norteamericana en el caso (Madbury Vs Madison) y los procesos políticos Ingleses del siglo XVII, Francés a finales del siglo XVIII, Alemán del siglo XX.<sup>333</sup> Entonces ¿cuál es la causa de la paradoja entre la supremacía constitucional y la soberanía popular? Es un hecho histórico notorio que el sistema liberal inicia su vida con temor obsesivo a un verdadero discurso popular proveniente de los excluidos que no pudieron tener inmuebles, títulos nobiliarios, reconocimiento o fortuna mínima<sup>334</sup> para participar en la escena de las decisiones –la asamblea constituyente o el parlamento– perteneciendo al discurso político del liberalismo y a la “Fiesta de la Democracia”, como en Atenas; ello en razón a que **No todo el pueblo pertenecía al Demos.**<sup>335</sup> El liberalismo nace temiéndole a su concepto legitimante fundamental –el *DEMOS*–. Esa actitud estará presente a lo largo de toda la historia constitucional de occidente. Tenemos un liberalismo que usa el poder constituyente pero le teme, “queriendo encarcelar a *ULISES de por vida*.”

---

*personas en Atenas, los demás eran esclavos o extranjeros. Posteriormente esta democracia fracasaría por haber sido llevado a un extremo tal, en el que una de las instituciones (asamblea de ciudadanos activos (Ekklesia) se sintió omnipotente y no se sometió a ninguna de las limitaciones que habían sido fijadas por el sistema político”. Löwenstein con su sagaz tino afirma “Él pueblo fue incapaz de frenar su propio poder soberano”.*

<sup>333</sup> Estos procesos inician con un discurso o alabanza al concepto de **LIBERTAD, (el inicio de la época en que todo lo solido se desvanece en el aire, en que lo santo se convierte en profano)** y reivindicación de la titularidad de la soberanía a la nación o el pueblo. El liberalismo inicia así su vida, como lo indica el politólogo Francés MAURICE DUVERGER (en la célebre metáfora del Dios JANO) **“como un proceso político y económico de naturaleza plutocrática.** Como proceso político apela a los valores BURGUESES, tales como libertad, igualdad, solidaridad, etc. Se enmascara la intencionalidad egoísta. Las ideas liberales de inclusión, respeto, igualdad y demás, son las que en la actualidad se revelan el verdadero deseo liberal, cual es: *“antes que igualdad y solidaridad deseo mi seguridad y mi libertad económica. Antes que un proceso de reivindicación por las injusticias ocultas del sistema económico, necesito que se garanticen los principios donde se cimentan mis adquisiciones o prerrogativas. Es inconcebible que se conmuevan las bases del sistema liberal y se le permita al pueblo decidir (el verdadero pueblo).”*

<sup>334</sup> Esto es lo que nuestro director DAVID MERCADO denomina en sus clases **“El pecado original o de cuna del Liberalismo”** Se hacen las Revoluciones Burguesas excluyendo a los campesinos por medio del sufragio limitado basado en los votos censitario y capacitario, ya que cuantitativamente eran mayoría frente a la Burguesía.

<sup>335</sup> Por ejemplo en el proceso constitucional norteamericano realizado por las diferentes provincias, para participar como miembro de las Asambleas constitucionales de estas, era necesario cumplir con requisitos económicos y sociales. En la historia esto se conoció como democracia censitaria.

Para funcionar y legitimarse en la sociedad industrial ¿Que hace el liberalismo? ¿Cómo funciona esa *PARADOJA* del liberalismo entre un te necesito DEMOS pero luego te niego? Estas respuestas las encontramos en el desarrollo del concepto de Estado Constitucional, temática que crea el concepto de límite del poder por la Constitución y de los límites a la reforma de esa constitución. Algunos son muy soñadores y pretenden solucionar el problema considerando el concepto de constitución como un fenómeno de integración o como un concepto de restricción; suponen erróneamente que es innata a la palabra constitución la de límite en ejercicio del poder. Creen en una idea salvadora o mesiánica de jueces y constituciones, que limitan el ejercicio perverso del poder, son seguidores ortodoxos de la doctrina pactista, viven en un estado onírico sosteniendo que decidimos abandonar el estado de naturaleza, limitar nuestras libertades. No entienden que la verdadera función de una constitución no es de modo primario una integración, que no es un proceso popular--cultural, sino una conjunción de factores reales de poder<sup>336</sup> en razón a que es una forma "LEGAL" de dominación, una expresión simbólica del pretendido "equilibrio".

Los que despotrican contra el Estado Constitucional de Derecho ignoran la desaparición de las libertades y de la propia dignidad humana en la época de los totalitarismos Nazi y Stalinista, durante el Maoísmo o en el régimen de Pol-Poh. Socavar el orden constitucional liberal que se preocupa a pesar de sus carencias notorias por esas libertades y esa dignidad es abrirle las puertas a cualquier forma de totalitarismo; incluso a esa forma de reacción católica ultramontana que se está dando en Colombia o las pretensiones de varias sectas protestantes que quieren imponer su visión de la "moral cristiana", sin ver que entre ellas existen variadas formas de entender el "Cristianismo" que determina grados y matices de esa moralidad. Quien pretende imponer su concepción moral ya está irrespetando lo que cada cual como seres dignos ha optado como tal.

Tanto el uso del Juicio de Sustitución como la modulación de contenidos de las sentencias exigen como presupuesto esencial un ejercicio dialectico--argumentativo por parte del tribunal constitucional para la determinación de la utilización de las distintas técnicas, muchas veces determinada por la complejidad de la situación sometida a control constitucional. Ello en razón a

---

<sup>336</sup> LASALLE Ferdinand Ibidem.



que existe un obstáculo epistemológico que resulta de la imposibilidad de lograr una caracterización general universalizable de dichas técnicas, se logra en el presente informe final de investigación, dar con unas características comunes –de índole Procesal-- en el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional colombiana, dentro de la jurisprudencia existente para el caso materia de esta investigación, que más que satisfacer un criterio determinista en pos de una acotación, definición, o caracterización general de tales técnicas, propenden hacia una aproximación –y diferenciación-- a lo que han sido hasta hoy ellas han sido con miras a que este informe sirva de texto de consulta para el estudio del derecho constitucional.

En un principio puede que el objeto de investigación se ofrezca como un asunto de mera técnica constitucional, más que como un estudio de Teoría Constitucional. Sin embargo una vez concluida la labor investigativa, presupuesto de las presentes conclusiones y, tras lectura de este informe final, no puede concluirse en tal sentido, ello debido a que aquí se ponen de manifiesto importantísimas cuestiones de las que no solo se sirve el derecho constitucional sino que se constituyen en paradigmáticas para el desarrollo del mismo. La técnica del Juicio de Sustitución junto con las de modulación en el tiempo y en los contenidos desarrolladas en la jurisprudencia colombiana, han servido al juez constitucional para tratar los asuntos políticos más intrincados de la sociedad colombiana, siempre en procura de la primacía constitucional, y de la realización de los contenidos materiales de la Constitución, logrando tantas veces --y tantas otras no-- satisfacer esas particulares demandas que motivaron un giro en la noción de Estado de Derecho hacia la concepción Estado Constitucional de Derecho<sup>337</sup>.

---

<sup>337</sup> DAVID MERCADO nos enseña que ***“El Derecho crea y no puede hacer nada para evitarlo, una especie de “Mitología Jurídica” que enmascara de manera eficaz las imperfecciones de los tipos de razonamiento que emplea, según explicamos. Esta “Mitología” deviene así en una suerte de “Magia Poderosa”, porque cada vez que se usa para exorcizar los “conflictos” de los asociados indefectiblemente la diosa de la Justicia aparece para declarar lo “Justo”. Esta Mitología está presente en todos los productos culturales, máxime que el IUS es una mitología articulante de otras en ese complejo que es el imaginario cultural como realidad socio-semiótica de eso que llamamos “Sociedad Humana” o “Polis”. Es esta “Mitología” la que se maneja en el foro, no olvidemos que la práctica judicial se representaba en ROMA como una actividad teatral, ya que cada parte y el pretor mismo son “PERSONAS”, es decir, “MÁSCARAS”, que “actúan” conforme a la “ritualidad procesal”, de modo tal que si esos “ritos” no se efectuaban se entendía que no podía “interpretarse” el IUS (La palabra de IOVE). Hoy de modo más elaborado llamamos a la violación de dicha “ritualidad”, “NULIDAD PROCESAL” por falla en la aplicación del “Principio” del “Debido Proceso”, pero en sí, nada ha cambiado. El IUS de hoy es el ayer y el de siempre, la fuerza más conservadora inventada por el hombre, solo varían los presupuestos teóricos de la Dogmática Jurídica. Por ello, al hacerse la “práctica forense” cargo de todas las etapas del razonamiento jurídico, conservando ese rasgo de juego escénico con el que nació, exige la presentación de “ejemplos antagónicos” cuando se protegen a las partes y a los asociados por***

El cambio que introdujo el concepto de estado social de derecho, trae como consecuencia fundamental la nueva interpretación de la constitución; pues al darle a la constitución la fuerza de norma jurídica, implica una aplicación directa de la constitución; por lo tanto el papel del juez constitucional es de un verdadero garante de los derechos consagrados en la Carta Política, y en esta labor es, inevitablemente, creador de derecho. La interpretación constitucional le permite al juez crear derecho porque sus sentencias son actos de control constitucional a los demás órganos de poder, sus pronunciamientos son verdaderos actos políticos y con la fuerza vinculante de la constitución misma.

Ahora bien, definimos el juicio de constitucionalidad como la comparación lógica entre las normas del bloque de constitucionalidad y la norma o acto sometido al control; en este sentido se pronuncia el autor Italiano Antonio Baldassarre, al decir que: *“Il giudizio di costituzionalità è essenzialmente un giudizio astratto fra due norme (che, come vedremo meglio poi, son o caratterizzate dalla struttura logica completamente differente). Nella sua espressione piu semplice e, nello stesso tempo, emblematica, esso si basa sul confronto tra una proposizione legislativa, cui si riconosce un certo significato normativo, e un principio costituzionale, per lo più desumibile da una proposizione normativa contenuta nella Costituzione o dal significato derivante dalla combinazione di più disposizioni di rango costituzionale (ciò che in Italia chiamiamo «combinato disposto»). Nell’esperienza pratica delle Corti costituzionali quasi mai questo confronto concerne norme aventi una struttura giuridica omogenea, poiché normalmente ciò che i giudici costituzionali devono verificare è se una «norma di comportamento» stabilita nelle leggi è compatibile con determinati principi costituzionali. Il raffronto tra una singola «norma di comportamento» legislativa e un singolo valore costituzionale.”*<sup>338</sup> (Antonio Baldassarre; L’INTERPRETAZIONE DELLA COSTITUZIONE).

---

medio de establecer que todos los que coparticipen del “conflicto de intereses” objeto de la Litis, lleguen a los Tribunales (Capacidad para ser parte, Capacidad para comparecer dentro del proceso) y pueda operar así la “ilusión” de que la regla a aplicar es el fruto de un acto complejo en el cual, todas las cosas diferentes son tratadas como iguales, dado que **“Todas las diferencias han sido presentadas en los alegatos”**. Así y solo así se crea y se aplica el precedente judicial, razón de ser de la seguridad jurídica. Esto torna en vana la pretensión de que el Derecho defina desde sí mismo que es él y obliga a **situarse en un marco amplio** la verificación no solo de la respuesta al problema que sirve de base a esta investigación sino la de la respuesta a la pregunta por el Derecho”.

<sup>338</sup> Traducido al español: [El juicio de constitucionalidad es en esencia un juicio abstracto entre dos normas (que, cómo veremos pueden ser caracterizadas dentro de una estructura lógica completamente diferente). En su más sencilla expresión y, al mismo tiempo, emblemática, se basa en la comparación

El darle a la constitucion fuerza de norma juridica se deriva del hecho que las normas constitucionales carecen de consecuencia juridica en su estructura lingusitica; lo cual derivará en ultimas a la obligada conclusion de que **"la constitucion es lo que el juez constitucional dice que es"**; y esto es así en virtud de la estructura semántica de las normas constitucionales, que por ser de textura abierta deben ser llenadas o mejor dicho interpretadas para darles un sentido, dentro de la dimamica de el silogismo juridico. Así, la tesis del Dr. Gustavo Zagrebelsky, sobre que son los jueces constitucionales los que le dan vida a la constitucion, cobra mucho sentido, al afirmar: **"[L]a constitucion viviente es la experiencia cotidiana de las cortes."**

Pero lo verdaderamente interesante, radica en que el juez constitucional tiene una gran responsabilidad, pues sobre él recae el concepto de "justicia social", que en terminos concretos significa, que sera el juez constitucional quien equilibre la balanza para aquellos que sientan afectados sus derechos individuales o colectivos, depende el tipo de control que se le pida a dicho funcionario. Así, **el juez constitucional deberá tener mucho cuidado en la creación de la premisa mayor del silogismo jurídico en la sentencia de control constitucional, pues está debe atender a criterios valorativos que en ultimas no son jurídicos, sino meta-jurídicos.** Este fenómeno se evidencia mucho más en la aplicación del control de supremacía dela Constitución como expresión suprema del principio de los pesos y contrapesos.

De acuerdo con lo aquí desarrollado es imperativo concluir, que las técnicas modulativas desarrolladas doctrinariamente por la jurisprudencia, y estudiadas en la presente investigación además de evitar que se generen efectos paradójicos y absurdos con el fallo, al propender por la solución de tensiones valorativas, posibilitan que la labor del juez constitucional más que la de un aplicador de los mandatos constitucionales, logre **un acertado encuadramiento jurídico**

---

*entre una proposición legislativa a la que se le reconoce un cierto significado normativo, y un principio constitucional, por lo demás, deducible de una proposición normativa contenida en la Constitución o de los significados que derivan de la combinación de más disposiciones de rango constitucionales (lo que en Italia llamamos <<combinato disposto>>). En la experiencia práctica de las Cortes constitucionales casi jamás esta comparación concierne a las normas que tienen una estructura jurídica homogénea, ya que normalmente lo que los jueces constitucionales deben verificar es si una <<norma de comportamiento>> establecida en las leyes es compatible con determinados principios constitucionales. La comparación entre una simple <<norma de comportamiento>> legislativa y un singular valor constitucional.]. traducción de David Mercado Pérez.*

**de los fenómenos políticos, en procura de la salvaguarda de los principios democráticos en que se funda el Estado Constitucional.** Es más, concluimos también, que el planteamiento introductorio es el verdadero OBITER DICTA que enmarca la razonabilidad escogida para elaborar la premisa mayor del silogismo jurídico, dado que se está señalando una **“Pre comprensión Hermética”** tal como la concibe y explica GADAMER. En todas las sentencias de la Corte Constitucional **se está “Predeterminando” como es que se quiere proferir la sentencia.** *En su “intimidad” cada operador jurídico sabe que va a resolver por lo que argumentará en un sentido pre concebido, es decir, vestirá jurídicamente lo que ha resuelto.*

Al respecto, la filosofía hermenéutica o filosofía de la interpretación Gadameriana establece que *el sujeto y el objeto tienen en sí el mismo modo de ser, al estar incluidos en un mismo y único proceso de movilidad histórica, de esto se desprende que no existe la neutralidad de nadie ya que no se puede evitar ser parte del objeto de investigación, por ser un ser histórico y ser ese objeto algo que solo puede tener sentido como “objeto histórico”.* De allí la afirmación Gadameriana de que **no existen los hechos puros o los hechos en sí, solo las interpretaciones de los mismos.**<sup>339</sup> Luego, el Derecho Constitucional que es la rama del Derecho que estudia las normas que buscan regular este juego del poder, se mueve entre dos polos que parecen excluirse pero que juntos hacen posible la vida social, **el de la autoridad y el de la libertad**; el Derecho Constitucional es simultáneamente una técnica de autoridad y una de libertad. Él busca, al decir de HAURIOU, **“organizar en el marco del estado-nación una coexistencia pacífica del poder y de la libertad”.** Este objeto del Derecho Constitucional es titánico y le otorga a la labor de interpretar la normativa de una constitución características muy

---

<sup>339</sup> Esto en razón a que los “Hechos” ya acontecieron, son parte de un pasado y este “pasado” debe ser reconstruido, reconstrucción que se efectúa en el Derecho por medio de las PRUEBAS que por si mismas nada “prueban”, sino que su “sana crítica”, vale decir, **su INTERPRETACIÓN, es la que en sí nos dice que es lo que ellas “prueban”.** Es así que **debemos desterrar el concepto falso de que el Derecho es un sistema de reglas conocidas que los jueces aplican casi que automáticamente,** en realidad eso es una postura y nada más, según explicamos en la Teoría que soporta esta investigación, ya que ninguna regla jurídica es intrínsecamente clara y la “claridad” solo depende de su valoración interpretativa frente al caso y **en función de este y jamás como una disquisición absoluta frente a su texto.** El análisis de las sentencias recopiladas nos dice que el Ius solo tiene sentido a partir del problema o caso que da inicio a la reflexión jurídica. *En el derecho las normas se aplican, pero él como se aplican no es un hecho que indefectiblemente debe ocurrir* (DUNCAN KENNEDY).

definidas y específicas.<sup>340</sup> El control material concreto permite a la corte “analizar” el presupuesto objetivo de la declaratoria, es decir, verificar y calificar los hechos con los que el gobierno pretende justificarla, determinando si realmente es así o no, que el país se vea bajo el estado de emergencia económica, social y ecológica. Es decir, al interpretar la normativa constitucional su intérprete autorizado, este crea derecho en todos los sentidos, ya que está **“organizando una coexistencia pacífica del poder y la libertad”**.

A lo largo de la historia humana el orden constitucional liberal, con todas sus paradojas e imperfecciones es el que nos permite vivir como humanos al poder decidir cómo es que queremos desplegarlos en nuestro existir.

---

<sup>340</sup> Ahora bien, **la normativa constitucional no puede, como cualquier normativa, preverlo todo**, de allí que haya sido esta rama del derecho la primera en plantear la aplicación de la misma, previo su “entendimiento”, desde dos perspectivas:

A. La interpretación propiamente dicha, donde hay norma y,

B. La integración del derecho, por lo cual se llenan vacíos o lagunas que existan en una constitución. No se olvide que no existe la interpretación analógica o la aplicación analógica porque no hay normas constitucionales que ordenen aplicarla a casos parecidos o textos de ese rango que regulen situaciones parecidas o similares.

## BIBLIOGRAFIA:

- ÁLVAREZ, Leonardo. La Constitución de Weimar ¿Una república sin republicanos? En: revista de historia constitucional, Madrid, N° 12, 2011.
- ALVIAR García, Elena. Uso y Límites de la acción pública de inconstitucionalidad en Colombia, en: Teoría Constitucional y políticas públicas, bases críticas para una discusión, Bogotá, Universidad Externado, 2003.
- AMAYA, Jorge Alejandro. Madbury vs Madison o De antiguas y modernas tensiones entre democracia y constitución. Revista de estudios jurídicos, N° 10, 2010, págs. 105-130.
- BOCANEGRA Sierra, Raúl, El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional, Madrid, Ed Instituto de Estudios de la Administración Local, 1982, p. 19.
- BOURDIEU, Pierre, (2000), Poder, Derecho y Clases Sociales, Bilbao: Desclée de Brouwer.
- CARBONELL, Miguel. Madbury vs Madison: regreso a la leyenda, pág. 11. En [http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Marbury\\_versus\\_Madison.pdf](http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Marbury_versus_Madison.pdf)
- CONSTITUCIÓN Política de Colombia, 1991.
- DE VEGA, Pedro. *La reforma Constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Editorial Tecnos, 1991.
- ESCOBAR Martínez, Lina, La Modulación de Sentencias. Una Antigua practica Europea. En Universitas, Bogotá, Edición N° 112, 2006, págs. 91-110.
- El poder normativo del Consejo de Estado y la Corte Constitucional Colombiana, en: Historia, narración y derecho, reportes de investigación, págs. 197-145, JAVEGRAF.
- ESPINOZA-SALDAÑA, Eloy. Sentencias Interpretativas: sus alcances y algunas reflexiones sobre su uso a la luz de la experiencia peruana, Estudios Constitucionales, noviembre, sin año. Vol. 4, número 002, Centro de Estudios Constitucionales, Santiago, (pág. 202-220 pág. 219.
- FERNÁNDEZ Segado, Francisco, "La obsolescencia de la bipolaridad ¿modelo americano-modelo europeo-Kelseniano? como criterio analítico del control de constitucionalidad y la búsqueda de una nueva tipología explicativa", en Parlamento y Constitución. Anuario, N° 6, 2002, págs. 9-73.
- El sistema Constitucional español, Madrid, Dykinson, 1992,
- GARCÍA de Enterría, Eduardo. "La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional", Editorial Civitas S.A. Madrid, 1991, p. 96.
- GARCÍA Toma, Víctor. La interpretación constitucional y las sentencias manipulativas interpretativas. Interpretación y Aplicación de la Ley Penal Anuario de derecho Penal 2005 pág. 202.
- GROPPI, Tania. ¿Hacia una justicia constitucional "Dúctil"? Tendencias recientes de las relaciones entre Corte Constitucional y jueces comunes. Traducción Miguel Carbonell. En Revista jurídica Boletín Mexicano de derecho comparado.
- GIRALDO ANGEL, Jaime. Metodología y técnica de la investigación jurídica. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá, 1985.

GUASTINI, Ricardo. "Estudios sobre interpretación Jurídica". Traducido por Gascón Abellán y Carbonell Miguel. México, Primera Edición, UNAM. 1999. pág. 11.

HABERLE, Peter. *El Estado Constitucional traducido* por Héctor Fíx-Fierro, Primera Edición, Primera Reimpresión, México, Universidad Autónoma Nacional de México, 2003, ISBN 968-36-9069-6.

----- *La jurisdicción constitucional en la fase actual de desarrollo del estado constitucional. Revista UNED. Teoría y Realidad Constitucional. Madrid. Núm. 14. 2004 p 117-125.*

HART, Herbert L. El Concepto del Derecho, Abeledo-Perrot, trad. Genaro Carrió, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963, sin número de reimpresión.

\_\_\_\_\_ (2005), Postcriptum, en: La Decisión Judicial, Hart-Dworkin, Bogotá: Uniandes, 5<sup>a</sup> reimpresión.

HERRERA, Carlos Miguel *La polémica Schmitt - Kelsen sobre el guardián de la Constitución.* Revista de Estudios Políticos, Madrid n° 86, 1994, p. 195-227.

KELSEN, Hans. La garantía jurisdiccional (La justicia Constitucional) traducido por Rolando Tamayo y Salmoran, Primera edición, México, Universidad Autónoma Nacional de México, 2001,

----- Escritos sobre la democracia y el socialismo, Editorial Debate, Madrid, 1988.

KENNEDY, Duncan (1999), Libertad y Restricción en la Decisión Judicial, trad. Diego López Medina y Juan Manuel Pombo, Bogotá: Uniandes, 1<sup>a</sup>. Edición.

KNÖBL, Wolfgang, "La contingencia de la independencia y de la revolución: perspectivas teóricas y comparadas sobre América latina". En: América latina hoy: Revista de ciencias sociales, VOL. 57, 2011 págs. 15 – 49.

KUCSKO- STADLMAYER, Gabriele. La contribución de Adolf Merkl a la teoría pura del derecho. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídica de la UNAM.

LANDA, Cesar *Tribunal Constitucional y Estado Democrático.* Primera Edición. Universidad Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, pág. 43.

LÖWENSTEIN, Karl. La función política del tribunal supremo de los Estados Unidos (Comentarios en torno al caso Baker vs Carr). Revista de estudios políticos, N° 133, 1964, págs. 5-40.

LÓPEZ Medina, Diego Eduardo, El derecho de los jueces, Legis Editores, Bogotá, D.C., págs. 67 a 69.

MARTÍNEZ Caballero, Alejandro. Tipos de sentencias en el control de constitucionalidad de las leyes: La experiencia Colombiana. Revista estudios Socio-Jurídicos vol. 2 no. 1. 2000 págs. 9-32.

MARX, Karl. Crítica de la filosofía del derecho de Hegel. Ediciones del Signo, 2004. Primera edición. Buenos Aires.

MERCADO PÉREZ, David. Grabaciones de las clases de Derecho Constitucional en tercer semestre. Facultad de Derecho de la Universidad de Cartagena. Septiembre 15 de 2011.

----- Manual de Teoría Constitucional. Edición Rodríguez Quito Editores. Bogotá, 2008.

----- (Sin año), La Interpretación en el Derecho, en "Revista Jurídica", Ed. N° 15 Facultad de Derecho de la Universidad de Cartagena.

----- *Las sentencias de constitucionalidad en el derecho constitucional contemporáneo*, en Revista Jurídica Facultad de Derecho y Ciencia Política Universidad de Cartagena, Edición N°11, 1997, págs. 18-27.

MORA Donato, Cecilia. "El valor normativo de la constitución" México, primera edición, Editorial UNAM. 2002. Pág. 63.

NINO, Carlos Santiago (1995), Introducción al Análisis del Derecho, Buenos Aires. Ed. Astrea, 2ª edición. 7ª reimpresión.

NOGUEIRA Alcalá, Humberto, Consideraciones Sobre las Sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus Efectos en América del Sur. Revista *Ius et Praxis* Año 10 N° 1 : 113 - 158, 2004 pág. 152.

OCAMPO, Miguel. La modulación de los efectos de las sentencias de constitucionalidad en Colombia, Boletín N° 17 del Instituto de Estudios Constitucionales, Universidad Sergio Arboleda, Primera edición 2009, Bogotá, Págs. 7-14.

----- *La modulación de los efectos de las sentencias*.

OLANO García, Hernán. Tipología de nuestras sentencias constitucionales, Revista *Vniversitas*, núm. 108, diciembre, 2004. Págs. 571-602.

PALOMINO Manchego, José. "La sentencia Constitucional en las acciones de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional del Perú", en: *Memorias II encuentro de derecho procesal constitucional iberoamericano y seminario de justicia constitucional*, San José de Costa Rica, 8 y 9 de julio de 2004.

PRIETO SANCHÍS, Luís, (1987), *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid: Ed. Tecnos.

\_\_\_\_\_ (1999), *Constitucionalismo y Positivismo*, México: Ed. Fontamara.

RECASENS SICHES, Luís, (1980), *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, México: Ed. Porrúa, 1ª reimpresión.

RODRÍGUEZ, Cesar, (1999), *Una Crítica contra los Dogmas de la Coherencia del Derecho y la Neutralidad de los Jueces*, en: Kennedy Duncan, *Libertad y Restricción en la Decisión Judicial*, Bogotá: Uniandes.

\_\_\_\_\_ (2005), *Teoría del Derecho y Decisión Judicial*, en: *La Decisión Judicial*, Hart-Dworkin, Bogotá: Uniandes, 5ª reimpresión.

RUBIO Correa, Marcial. *La interpretación constitucional según el tribunal constitucional*, Lima, primera edición fondo Editorial PUCP. 2006 pág. 402.

RUBIO Llorente, Francisco. *La forma del poder*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

RUEDA Leal, Paul. Fundamento teórico de la tipología de sentencias en los procesos de constitucionalidad, *Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Año 2, N°. 1, 2004, págs. 323-335. pág. 331.

SABINE G. *Historia de la teoría política*. México, Fondo de Cultura Económica. 2000.

SANÍN, Ricardo. *Historia de la teoría política moderna*, primera edición, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2002, pág. 164

SCHMITT Carl "La defensa de la constitución" 4ta. Edición Ed. Tecnos. Madrid. 1983.

SOLANO González, Edgar. "La modulación de los efectos de las sentencias de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional" en *Teoría Constitucional y*



Políticas Públicas (Bases Críticas Para Una Discusión), Editorial Universidad Externado, Primera Edición, 2007, Bogotá. págs. 521-614.

VALDEZ Clemente. *Madbury vs Madison*. Un Ensayo sobre el origen del poder de los jueces en Estados Unidos. *Jurídica: anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, N°. 35, 2005, págs.345-376.

VIEHWEG, Theodor (1991), *Tópica y Filosofía del Derecho*, Barcelona: Gedisa, 1ª edición.

\_\_\_\_\_ (1964), *Tópica y Jurisprudencia*, Madrid, Taurus, Edición sin número.

VIVEIROS, Mauro. *El control de constitucionalidad: el sistema brasileño como un modelo híbrido o dual*. Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2010.

ZAPATA Larraín, Patricio. *Las sentencias atípicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno (TCCH)*. En: *Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, ISSN-0718-0195, Año 4, N°. 2, 2006, págs. 175-187. Pág. 179.